AÑO IX

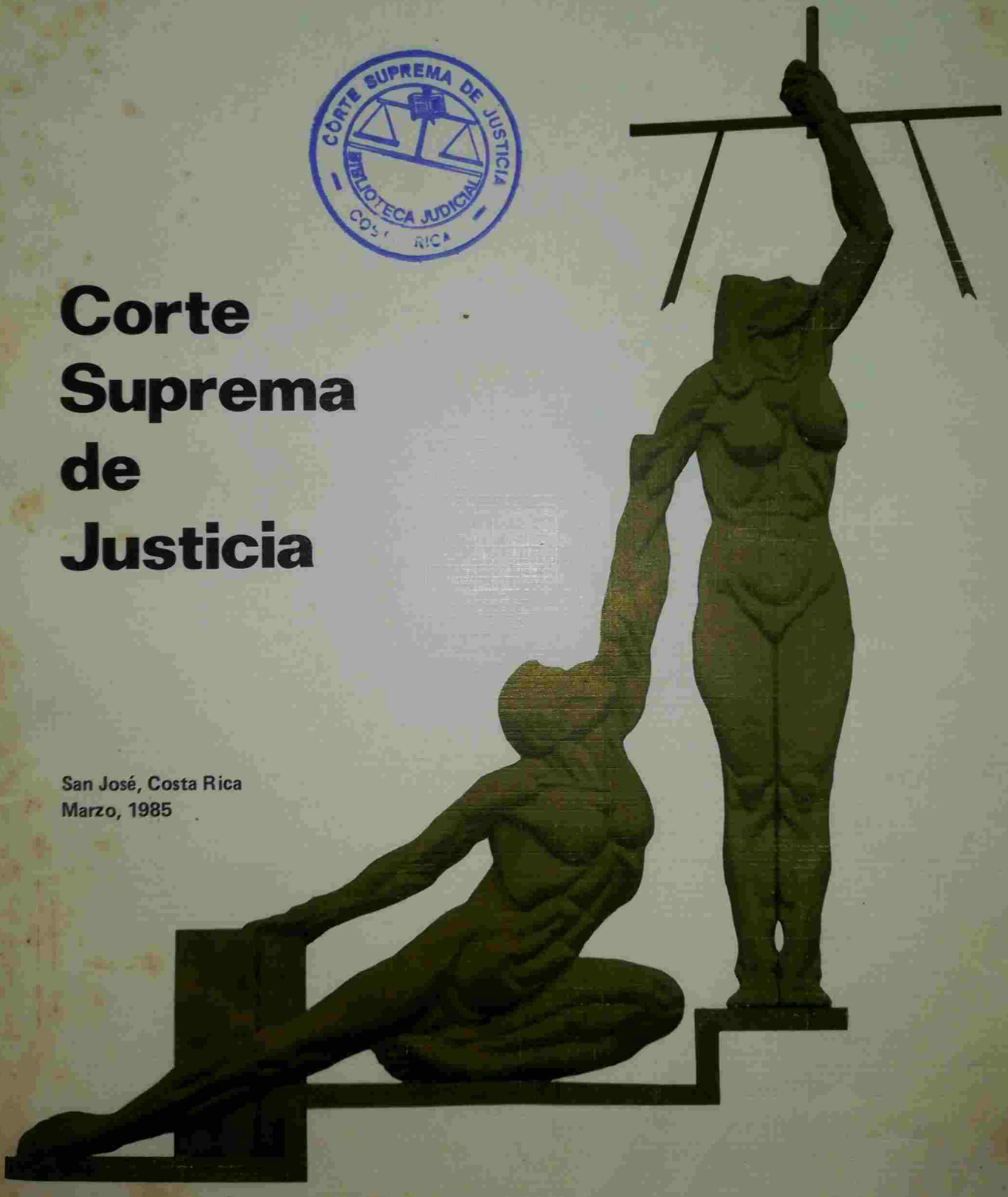
Nº 32

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA BIBLIOTECA JUDICIAL COSTA RICA



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Marzo, 1985

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año IX — No. 32 — Marzo, 1985

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

13

LIMITACIONES EXPROPIATORIAS Y LIMITACIONES DE INTERES SOCIAL

Eduardo Ortiz Ortiz
Ex Catedrático Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Costa Rica.

INDICE

Pág.

Planteo del tema 15
El artículo 45 de la Constitución Política 15
a) La Garantía y la inviolabilidad de la propiedad privada 15
i) La garantía llamada "Institucional" 15
ii) La garantía llamada "Individual" 16
b) La expropiación 19
i) La esencia de la expropiación 19
ii) No se determina 19
1) Tipo o clase de bienes 19
2) Tipo o clase de acto 19
3) Beneficiario de la expropiación 19
4) Extensión o alcance de la expropiación 19
La expropiación clásica se construía sobre las siguientes cuatro determinaciones 20
i) Recaía únicamente sobre inmuebles 20
ii) En el Derecho Comparado 20
iii) Beneficiario normal de la expropiación 20
iv) La expropiación es normalmente concreta en cuanto al derecho sobre el que recae 20
c) Las limitaciones 21
1) De origen legislativo 22
2) La limitación no es expropiación 22
3) Respeto de los fines públicos o de utilidad social 22
4) Las limitaciones de utilidad social 22
5) Según el artículo 45 de la Carta las limitaciones son reserva de ley 22
6) El cambio de perspectiva 23
6i) La previsión legal de la conducta del propietario 24
6ii) El otorgamiento a la administración pública de potestades 25
6iii) El fenómeno anterior puede darse también por la sujeción 25
6iv) La forma más efectiva de arribar al anterior resultado 25
6v) El esquema anterior culmina cuando la autorización produce una sujeción especial 26
6vi) La correlación entre ideologías políticas y formas de control y dirección de la propiedad y de la actividad 27

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD 28
1) Tipología de las limitaciones 29
i) Prohibiciones absolutas 29
ii) Prohibiciones relativas 29
iii) Sujeciones 30
iv) Obligaciones y deberes de hacer 30
v) Obligaciones y deberes de dar 30
Autorizaciones 32
1) Estructura 32
2) Función 34
3) Conclusión 34

LA EVOLUCION RECESIVA DE LAS LIMITACIONES Y EXPANSIVA DE LA EXPROPIACION 35
i) El parlamento o asamblea legislativa auténticos representantes del pueblo 35
ii) Las limitaciones son de origen fundamentalmente administrativo 35
iii) Las limitaciones no son siempre generales 36
iv) Las limitaciones a la propiedad son hoy fundamentalmente positivas 37
v) Es imposible distinguir hoy entre limitación y expropiación por razón del origen público de daño 37
vi) El criterio posible de distinción entre expropiación y limitación 37

LA EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD PUBLICA Y SU CONEXION CON LA EXPROPIACION 37
i) Alemania 38
ii) Francia 38
iii) Italia 39
iv) España 39
Síntesis 44

LOS CRITERIOS DE DISTINCION ENTRE LIMITACIONES EXPROPIATORIAS Y LIMITACIONES COMUNES 44
1) Francia 44
2) Alemania 46
3) Italia 47
4) España 48
5) Costa Rica 48

EL ANALISIS ESTRUCTURAL Y FORMAL DE LAS LIMITACIONES 49
a) Hay sacrificio cuando hay supresión de un derecho 49
b) La esencialidad del derecho subjetivo de propiedades y de sus partes ha de medirse desde el punto de vista objetivo 49
c) Ha de tenerse como esencial no solo lo que está ya en acto 49
d) El daño ha de tenerse por existente no solo por aparición de un nuevo régimen legal 49
e) Cuando el daño sea normativo 49
f) Cuando el daño consista en una limitación general al contenido del derecho de propiedad 49
g) Cuando la sujeción a órdenes sea total y estas puedan referirse a cualquier aspecto de la administración del bien 49
h) Cuando la limitación consista en una sujeción a una potestad de autorización 49
i) Cuando la sujeción a potestades administrativas de autorización o de ordenación sea parcial 49

ENFOQUE CLASICO SUBSIDIARIO 50

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PLANTEO

Nuevas atribuciones del Estado y de los entes públicos, como la planificación agraria, económica y urbanística, la tutela de los recursos naturales renovables (agua, suelo, aire, clima, bosques, etc), la intervención sobre las fuentes energéticas del país, la preservación del patrimonio arqueológico, artístico y panorámico, etc., han puesto sobre la propiedad y en manos de aquellos una serie de limitaciones y potestades de índole públicas, en ocasiones con grave detrimento de su goce y disposición por el dueño. Es, efectivamente, por la sujeción de los bienes y de las empresas o actividades económicas, a regímenes jurídicos diseñados con criterio finalista, para la obtención de resultados específicos o globales, que el Estado de hoy suele gobernar la economía nacional.[1] En relación con los bienes esos regímenes consisten en la demarcación y en la configuración de la propiedad ordenada a fines, primeramente por las llamadas limitaciones y, en segundo término, por la misteriosa "función social" de la propiedad, respectivamente.

Analicemos brevemente ambos conceptos.

El artículo 45 C. Política

> Artículo 45.— La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.
>
> Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

Esta norma contiene tres disposiciones fundamentales, a saber:

i) Reconoce la existencia de la propiedad privada y garantiza su inviolabilidad; ii) Autoriza la expropiación por razones de utilidad pública, vinculándola a la idea de indemnización (que deberá ser previa a la toma de posesión del bien, salvo caso de emergencia nacional, en que podrá ser posterior, dentro de los dos años siguientes al apoderamiento); iii) Autoriza la posibilidad de "limitaciones de interés social" a la propiedad privada y crea una reserva de ley al efecto, reforzada por una mayoría legislativa calificada para imponerla. Es evidente que en esta última disposición, la Carta nada dice respecto de indemnización. No hay jurisprudencia que así lo defina en Costa Rica, pero, como veremos de inmediato, hay doctrina extranjera dominante que encuentra esa la principal consecuencia jurídica de la distinción entre expropiación y limitación, aquella indemnizable y ésta no.

El artículo 45 nos lleva de inmediato a analizar el alcance de las tres instituciones contenidas en su texto.

a) La garantía y la inviolabilidad de la propiedad privada.

Mucho se discute ahora y en varios sistemas que garantizan constitucionalmente la propiedad privada, si ese reconocimiento constitucional supone un contenido mínimo e invariable de la propiedad, que la ley no puede tocar; o si, a la inversa, lo diga o no la Constitución, ese contenido está librado a la ley sin restricciones de ninguna especie o sólo con las exigidas por el interés público en la mejor explotación de la propiedad.[2]

En la hipótesis de la garantía constitucional de una propiedad a contenido mínimo, se darían, en realidad, dos garantías:

i) la garantía llamada "institucional", que es la del sistema capitalista como forma política y jurídica de ordenación de la economía por el Estado, a partir de la propiedad privada de los medios de producción[3];

---

(1) Massino Severo Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, pág. 76.

(2) La polémica ha sido particularmente encendida en Alemania e Italia, véase por Italia, Guido D'Angelo, *Limitazioni Autoritative della Facolta di Edificare e Diritto all'Indennizo*, Morano, Napoli, 197, págs. 50 a 71; y para Alemania Ernst Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 455 y 456.

(3) Luciano Parejo Alonso, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, No. 17, págs. 248, 249, 270 y 271; Ricardo Villata, *Autorizzazioni Amministrative e Iniziativa Economica Privata*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 108 a 111.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ii) la garantía "individual" del derecho de propiedad a contenido mínimo, que permitiría al individuo impugnar cualquier ley o acto público que disminuyera o debilitara seriamente ese contenido, consistente en un haz pétreo e irreductible de poderes atribuidos al dueño en su principal provecho e interés personal.[4]

En la hipótesis, en cambio, en que se entendiera la propiedad como institución constitucionalmente vacía de contenido y sin un mínimo invariable de poderes jurídicos en función privada, la ley, pese a su reconocimiento y garantía constitucionales, podría no sólo eliminar, sustituir o modificar cualesquiera poderes típicos de la propiedad en cualquier momento, sino que podría, incluso, arribar a un sistema colectivista de propiedad de los medios de producción o reducir al dueño a titular de la nuda propiedad, sin violar la Constitución. Esto, precisamente, es lo que, en la hipótesis contraria, prohibiría la llamada garantía institucional, que sería incompatible con un ensanchamiento de la propiedad pública (estatal o social, de grupos u organizaciones) sobre los medios de producción capaz de convertir en residual y excepcional, jurídicamente hablando, la propiedad privada.[5]

No hay acuerdo en la doctrina sobre el tema, que sigue siendo arduamente polémico. Hay, como quiera, un dato que pesa en la elección que se haga, que es el texto constitucional. Cabe decir al respecto que mientras esa polémica puede ser enardecida y rica en sistemas como el italiano o el alemán,[6] donde la Constitución se limita a reconocer o a garantizar la propiedad privada (como término de una evolución histórica en la que previamente otra Constitución establecía su "inviolabilidad"), no parece tener igual favorable coyuntura en Costa Rica, donde es precisamente esa inviolabilidad lo que se garantiza. Ello no obstante, nuestra Corte Suprema de Justicia ha optado claramente por la tesis que podríamos llamar partidaria de un concepto constitucional "formal" o vacío de la propiedad privada, cuando ha sostenido reiteradamente que esta última carece de contenido constitucional y de un haz de poderes intangibles para la ley; ha dicho nuestra Corte Suprema:

> "El artículo 45 de la Constitución Política reconoce y garantiza el régimen de propiedad individual, pues dispone que ésta es inviolable y que a nadie puede privarse de la suya si no es por un interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. Pero ni el artículo 45, ni en ninguna otra regla constitucional, se encuentran establecidos los principios que rigen el derecho de propiedad, ni tampoco se ocupa el citado texto —ni otro de la misma categoría— de señalar las condiciones en que ese derecho puede adquirirse ni la forma de comprobarlo" (sesión extraordinaria de 10hs. del 9 de diciembre de 1971).[7]

La inviolabilidad de la propiedad supone, ello no obstante, el contenido mínimo de ese derecho, con entera independencia de si hay uno o varios tipos de ella, y de si hay, o no, un concepto relativo e histórico, evolutivo, de cada uno. Pues aun admitiendo que haya varios, a determinar por la ley, y que cada uno tenga su lugar en la historia, aunque se mezclen entre sí en un momento dado, habría que admitir que la Constitución no puede querer la inviolabilidad de aquello que no considere sagrado y fundamental y menos la de lo opuesto a esto último, cualquiera que sea la esencia de esto último. La norma constitucional, sobre todo, está directamente encaminada a realizar valo-

---

(4) Pedro Escribano Collado, *La propiedad privada urbana*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1980, págs. 68 a 71.

(5) Aldo María Sandulli *Natura ed Efetti dell' Imposizioni di Vincoli Paesistici*, Rivista Trimmestrale di Diritto Pubblico, Milano, 1961, pág. 825. En contra, por una propiedad residual en Italia, Giovanni Rotondi, *Diritto Pubblico dell' Economia*, CEDAM, Padova, 1980, pág. 70, y Domenico Sorace, *Espropiazione della Proprietà e Misura dell' Indennizzo*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 265 a 271 y 293.

(6) Véase también votación de Corte Plena correspondiente a sesión extraordinaria de 10 hrs. del 25 de noviembre de 1971.

(7) El voto de la Corte Suprema, sin razonamiento alguno de respaldo, corresponde a una línea de pensamiento importante, a la que fortuitamente enlaza, cuyo más distinguido representante en Italia es su más distinguido publicista, Massino Severo Giannini, quien dice en forma muy similar a la decisión constitucional transcrita: "Sobre el art. 42 (de la Constitución Italiana) se han levantado una rara cuestión: sin, con el "reconocimiento" y con "la garantía" prevista en el segundo párrafo (de esa norma), se ha dispuesto que el derecho de propiedad privada tenga "un contenido mínimo garantizado". Es rara la cuestión porque es un vestigio, derivado de la concepción que de la propiedad tenía la pandectística como derecho absoluto de gozar y de disponer, concepción desfasada del derecho positivo desde la época de la primera guerra mundial"; pero véase en sentido opuesto y favorable a la tesis del presente trabajo D'Angelo, op. cit. págs. 16 a 24 y 33, especialmente esta última.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

res sociales y, por ahí, a preferir modelos o ideales colectivos.[8] Es evidente que la inviolabilidad constitucional de un bien social determinado implica rechazo de otros distintos u opuestos y que cuando ese bien es la propiedad privada queda rechazado un sistema político y económico donde no la haya, por ser casi toda pública o social (de grupos organizados y no de individuos). Un sistema de propiedad privada es distinto constitucionalmente —si la regulación es de rango constitucional— de otro de propiedad pública, con lo que se habla de preponderancia, dado que no ha existido nunca ninguno que sea puramente lo uno o lo otro. Caso opuesto sería imposible la inviolabilidad, por ser imposible la violación, que nunca podría darse por ley, por ser la ley, según la Constitución y, no esta misma, la única causa jurídica de creación, atribución y delimitación del derecho de propiedad. Pero es, sobre todo, el fundamento de la inexistencia de un contenido constitucional mínimo, invocado por quienes sostienen la soberanía legislativa plena al respecto, aun en sistemas que consagran la "inviolabilidad" de la propiedad, lo que revela su error y la existencia de ese contenido. Y es que ese fundamento radica siempre en la afirmación del carácter funcional, teleológico y suprapersonal o colectivo, del derecho de propiedad. El contenido constitucional mínimo no existe, se dice, porque deben ser posibles todos los contenidos del derecho de propiedad que imponga —a modo de instrumentos— la realización de necesidades o fines colectivos, extraños y superiores a los del individuo.[9] Queda totalmente sin explicación cómo la Constitución, sin conocer esos intereses finales ni esos medios posibles, pueda garantizar su inviolabilidad y, sobre todo, cómo pueda garantizar su razonable y racional ensamble funcional, en forma tal que tenga algún sentido hacerlo, brindando la garantía correspondiente. Si la Constitución los protege y garantiza todos, armónicos u opuestos, y todos, desconocidos y aun inconocibles, ¿cómo puede racionalmente contar con una mínima adecuación de esos medios a esos fines, de esos eventuales e infinitos tipos de propiedad a esas eventuales e infinitas necesidades colectivas, en orden al modelo de sociedad perseguido? ¿Cuál sería éste? ¿Cómo podría garantizar o siquiera esperar la armonía y la eficiencia entre los mismos fines, sin saber cuáles, y aún si son —a sabiendas— inconocibles?

El contenido constitucional mínimo e "inviolable" del derecho de propiedad no lo da la lógica ni la doctrina jurídica, al vacío, sino la Constitución, considerada en su conjunto, a la luz de la conciencia colectiva. El Juez constitucional, en último término, no hará otra cosa que desentrañar el sentido normativo de esa conciencia, o, en épocas de consolidación política, hará lo inverso y alumbrará la conciencia de la Constitución. En C.R. —y creemos que es el caso de muchos países hermanos— la Constitución hace inviolable lo que podríamos llamar una propiedad privada de "capitalismo avanzado", no por concentración, sino por distribución y convergencia, con el Estado mismo, hacia el desempeño de una función social.[10]

La función predominante de la propiedad hasta la Primera Guerra mundial fue la de servir el interés personal e indeterminado del individuo dueño. Fue la propiedad una, entre otras, de las libertades clásicas del individuo, cuyas principales formas de coexistencia social son todavía el respeto a los derechos iguales de los demás, al orden público y a la función individualista del mismo derecho. Deberes de vecindad, de policía administrativa (en tutela de la seguridad, tranquilidad y

---

(8) George Burdeau, *Traite de Science Politique*, tomo IV, Le Statut du Pouvoir dans l'Etat, L.G.D.J, París, 1966, págs. 106 a 112, esp. 106 y 109; Cesar Enrique Romero, *Derecho Constitucional*, Zavalia Editor, Bs. Aires, 1975, tomo I, págs. 54 a 57; Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1965, págs. 30 a 32, donde se ensaya la definición de sistema político como un conjunto de institutiones dedicadas a la realización de una ideología y de ésta como un sistema de creencias irracionales sobre la forma en que la sociedad debe estar organizada a través del poder, según explicaciones racionales sobre la forma de ejercerlo. Ver también Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Editorial, Madrid, 1980, 2 ed., págs. 114 a 117, especialmente las dos primeras. Es notorio que la identificación del sistema político a través de elecciones de valor social y político proviene de Carl Schmitt, quien centra su teoría de la Constitución en la de las "decisiones políticas fundamentales", seguido de cerca por Hermann Heller, con leves modificaciones de enfoque en cuanto a la definición de las mismas como actos creativos y aplicativos de ideologías políticas.

(9) Eduardo Novoa Monreal, *El derecho de propiedad*, Temis, Bogotá, 1979, págs. 62, 63 y 69; Angel Sustaeta Elustiza, *Propiedad y Urbanismo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1978, págs. 88 y 89.

(10) José Leguina Villa, *Las facultades dominicales de la propiedad privada*, Revista Española de Derecho Administrativo, No. 3, 1974, pág. 450.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

salubridad) y deber de no abusar del derecho propio, tales fueron y son esos límites principales de la clásica propiedad privada. La teoría del orden público de la policía administrativa general es de sobra conocida, así como su función preventiva de daños sociales. No lo es tanto la del abuso del derecho que, contra lo que generalmente se cree, prohibe no sólo los actos de emulación contra los demás (externamente correctos pero subjetivamente dirigidos sólo a dañar al tercero), sino también los actos estériles, en tanto que nocivos o destructivos del interés del mismo dueño o derechohabiente. Ninguno de tales límites ha desaparecido, pero otros se han agregado, necesarios para el cumplimiento de fines públicos. El ámbito de libertad o potestad que dejaban ha sido recortado por el aluvión de nuevas situaciones jurídicas desfavorables impuestas al propietario en función de fines colectivos, extraños y superiores a los del individuo. La propiedad se ha "funcionalizado", al menos parcialmente. Pero nunca ha dejado de ser ni de llamarse tal.

La razón es simple: la propiedad es una, por su contenido y función medulares, sea pública o privada, sea capitalista o colectivista el sistema. Como es evidente, sólo hay dos formas de propiedad, en C.R. como en Rusia: la propiedad de consumo y la de producción. La primera es vital, pero frágil y dirimible, por su propio destino. La propiedad por excelencia es la de los medios de producción y es siempre la misma, aunque cambie su régimen de adquisición y de titularidad, sea cual sea el sistema político y económico. En tanto que todo Estado moderno es —en último término— fenómeno de distribución de bienes y de servicios, la propiedad de producción es la fundamental, no sólo porque sirve para definir el sistema, según quien sea el propietario, sino porque sirve principalmente para producir más bienes y, si el sistema es el "capitalista avanzado", más propiedad. El llamado Estado Social de Derecho no es otra cosa que un esfuerzo político para lograr la igualdad entre los hombres por la participación en la propiedad privada de consumo y, en lo posible, en la de producción. El ideal es hacerlos a todos propietarios o empresarios.[11] Y no hay forma de emplear la propiedad de producción —en C.R. como en Rusia— sin el goce ni la disposición del bien de producción. Esta posibilidad de gozar y de disponer del bien de producción, o de cualquier otro, para utilidad propia o para utilidad social, es el contenido mínimo esencial de la propiedad pública y privada, o es, al menos, el que tiene en la Constitución de C.R.[12]

Esto se induce bien del resto de su articulado.

En efecto: el artículo 46 consagra la libertad de empresa con clara prohibición de cualquier acto público, "aunque fuera originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura o industria". La prohibición está dirigida fundamentalmente al legislador, en cuanto la de los actos opuestos a la libertad de empresa se da aunque estén originados en la ley, que viene a ser, en último término, la verdadera causa de la violación. Aquí ello es más claro que con la garantía de la propiedad privada y de su inviolabilidad, pero en el fondo la técnica es la misma: es la consagración de un núcleo constitucional inviolable e implícito de esa libertad de empresa, cuyo cercenamiento o retaceo legislativos resultarían inconstitucionales. El artículo 50 impone al Estado, acto seguido, procurar "el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza", lo que significa una consagración de la iniciativa privada, a través del estímulo, como fuente de esa riqueza, y de la difusión de la propiedad privada, mediante la distribución de esta última, como la meta del sistema. Organizar la producción y su reparto sólo puede significar aquí, contra lo que es el sentido jurídico estricto del vocablo, el dictar las medidas necesarias para que la producción y su reparto se

---

(11) Es obviamente un ideal, cuya realización más cercana es la transformación de la libertad del individuo como esfera de señorío propio para su subsistencia en una libertad de participación, para exigir del Estado esa manutención mínima, sustituto del derecho de propiedad sobre los medios económicos necesarios al efecto. Pero, en todo caso, el fenómeno se relaciona también con una simplificación de los modos de adquisición del dominio, que se aproximan cada vez más a la posesión y al trabajo como títulos de legitimación para adquirirlo; véase Antonio Hernández Gil, *La función social de la posesión*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1967, pág. 53. En cuanto al Estado de Prestaciones como sucesor del Estado intervencionista, para procurar sucedáneos de la propiedad, como fuente de los medios de subsistencia, a través de los servicios públicos, véase Lorenzo Martín Retortillo, *La configuración Jurídica de la Administración Pública*, RAP, Madrid, No, 38, págs. 43 a 46; y Ernst Forstnoff, *Sociedad Industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1967, págs. 46, 47 y 49.

(12) D'Angelo, op. cit. págs. 216 a 219.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

hagan en la forma mejor posible, y representa, obviamente, una alusión a la función social de la producción y de la propiedad y de la libertad privadas. Los artículos 9 y 41 reconocen al Estado costarricense como responsable y el último declara específicamente que todos tienen derecho a obtener plena reparación no sólo de las injurias o entuertos contra derecho, sino también de los simples daños que sufran en su persona, propiedad o intereses morales, lo que alude a las lesiones causadas sin recurso a lo ilegítimo, por acto legal o por funcionamiento normal del Estado y de sus servicios.

El artículo 49 crea la jurisdicción contenciosa y ordena:

"La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos".

De este modo, nuestra Carta, que impone al Estado la mejor distribución de la riqueza, garantiza a cada beneficiario y propietario, por virtud de ella, una esfera global de protección que abarca no sólo toda clase de bienes, por su naturaleza y función, sino, además, todo tipo de situación jurídica favorable, —incluyendo— pero sin limitarse a los intereses legítimos.[13] La protección se da a través de la tutela contra los actos públicos y por el sistema amplio de la expropiación y de la responsabilidad públicas, como base del conjunto de prestaciones resarcitorias del Estado.

La inviolabilidad de la propiedad significa, en síntesis, una forma de garantía de la libertad, en virtud de la cual al individuo le está permitido todo lo que no le está prohibido en el goce y disposición de su propiedad, y resulta repudiable todo lo que la disminuye o cercene sin base en una ley que lo permita. Pero no se trata, en absoluto, de una libertad ilimitada ni de una libertad egoísta.

b) La expropiación.

Dos son los límites que impone el artículo 45 de la Carta a la propiedad privada: la expropiación y las limitaciones de interés social.

No es el caso de extendernos aquí en la teoría de la expropiación. Basta al efecto observar que su consagración constitucional presenta los siguientes rasgos:

i) la esencia de la expropiación no está en una transferencia forzosa de derecho real, sino en la privación de un bien, aunque ni el Estado ni otro sujeto resulten beneficiarios, como nuevos dueños del mismo, pues se trata fundamentalmente de proteger al propietario, y no sólo de evitar un enriquecimiento sin causa;[14]

ii) no se determina ninguno de los siguientes extremos: 1) tipo o clase de los bienes expropiables; 2) tipo o clase del acto expropiatorio, si legislativo, administrativo, o si cualquiera de los dos;

3) beneficiario de la expropiación, si ente público, privado o comunidad genérica;

4) extensión o alcance de la expropiación, si general, singular, o si cualquiera de los dos efectos.

Significa ello que tales elementos han de ser los que determine la ley y se da, al respecto, una marcada evolución.

---

(13) En C.R. se dan varias disposiciones que suponen la resarcibilidad del interés legítimo, que carecerían de vigencia si no se diese ese respaldo constitucional decisivo; así, por ej.: el art. 91.2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (de 12 de marzo de 1966), admite la suspensión del acto impugnado sólo si su ejecución puede causar al actor daños de imposible o difícil reparación, sin exceptuar la hipótesis de acciones meramente anulatorias, que implican lesión de intereses legítimos, no de derechos subjetivos.

(14) Alejandro Nieto, *Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa*, RAP, No. 38, 1962, pág. 95; Franco Bartolomei, *Contributo Ad'Una Teoría del Procedimiento Ablatorio*, Giuffrè, Milano, 1962, págs. 43, 158 y 159. Sandulli acentúa este carácter negativo y extintivo de la expropiación, por encima del transmisivo, Natura ed Efetti . . ., op. cit. pág. 830. Pero Giannini, el máximo estudioso de la figura de las que él ha llamado "ablaciones reales", sostiene que lo típico de ellas es que significan simultáneamente una privación y una apropiación de un derecho real o de una utilidad de la cosa, en beneficio de la Administración, y que esa función adquisitiva es la principal y determinante del fenómeno, dentro del cual obviamente la principal figura es la expropiación ver: *Diritto Amministrativo*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 1198 y 1199. Es claro, sin embargo, que la supresión de la potestad de edificar o transformar, en un fundo panorámico, si es absoluta, e incluso si no lo es (porque puede removerla una licencia ad hoc), es la extinción de un derecho que no corresponde al nacimiento de uno nuevo en la Administración, salvo que ésta puede no sólo dar o negar la autorización, sino, como es común, ordenar y definir la forma de su aprovechamiento. En la primera hipótesis, en efecto, cuando simplemente se prohíbe edificar o transformar, o se da a la Administración una simple potestad de impedir —si niega la licencia— que se transforme, sin concederle la de indicar cómo se debe hacer, muere un derecho del propietario, pero no nace ninguno de la Administración. Sea: que no toda expropiación ni toda ablación o sacrificio de un derecho o utilidad patrimoniales de un bien suponen simultánea transferencia o constitución en la Administración del derecho o de la potestad correspondiente. Pero Giannini reconoce, en todo caso, que toda "ablación real" es indemnizable por principio, op. cit. tomo II, págs. 1248 a 1251.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En efecto: la expropiación clásica se construía sobre las siguientes cuatro determinaciones:

i) Recaía únicamente sobre inmuebles; quedaba excluida la expropiación de muebles y, sobre todo, de derechos inmateriales, como la propiedad industrial, atributos privados del dominio, utilidades y usos del bien para fines determinados, sin transferencia de la titularidad en favor de otro sujeto. Nuestra vieja Ley General de Expropiación Forzosa (No. 36 del 26 de junio de 1880) contempla, ante todo, la expropiación para la realización de obras públicas, que sigue siendo el principal objetivo de la institución en C.R., y su articulado está todo referido a inmuebles (artículos 4, 6, 7, 8, 12, 13, etc.). Pero se han dado ya múltiples casos de expropiación de muebles, sobre todo durante la Segunda Guerra Mundial y en contra de nacionales del Eje, sin que, por ello, se tuviese ni tramitase el acto como una sanción; se trató de expropiación común, pero de muebles. Y no han escapado últimamente a la expropiación los bienes incorporales, como los derechos indivisos en fincas afectadas a fines viales, y, sobre todo, derechos subjetivos incorporales, principalmente créditos y patentes.[15]

ii) En el derecho comparado la ley cumplía normalmente su función en materia de expropiación sentando su régimen general y eventualmente definiendo los títulos de utilidad pública que podían justificarla en casos concretos. No era usual y se reputaba peligrosa que la expropiación fuese "ope legis", operada por la ley formal, por temor a la inmunidad contenciosa de la ley y al abuso que la misma puede propiciar. Pero hoy, el artículo 14 de la Constitución Federal de Alemania impone, a la inversa, que la expropiación sea únicamente legal, con determinación de las bases y criterios de cálculo de la respectiva indemnización (Junktim Klausel). En C.R. nunca hubo problema al respecto y la jurisprudencia constitucional siempre entendió que la ley era perfectamente constitucional y suficiente como acto expropiatorio y ello tanto dentro de la actual como de la vieja Constitución de 1871 (que rigió hasta la promulgación de la vigente, el 12 de noviembre de 1949). Tal situación ha hecho siempre lábil en C.R. la distinción entre expropiación y limitaciones a la propiedad, por razón del origen, que puede ser el mismo en ambas.[16]

iii) Beneficiario normal de la expropiación es y sigue siendo el Estado o ente público interesado, sobre todo en una obra pública, pero también ha llegado a serlo el particular, a título precisamente de realización del interés público envuelto, que puede consistir en la transformación y/o distribución de lo expropiado entre individuos necesitados, como ocurre con la construcción y venta de alojamientos populares, con la entrega de títulos de propiedad en la reforma agraria, etc. Característica notable de la expropiación en su evolución última es, sin embargo, que puede justificarse en necesidades públicas objetivas y no correspondientes a nadie en particular, sin que tampoco medie obra ni trabajo público de ninguna especie, por ej.: expropiaciones para la preservación de monumentos o paisajes, para evitar la contaminación del aire o con otros fines ecológicos, etc. Se trata de expropiaciones sin beneficiario o cuyo único beneficiario es el público indeterminado o la masa de los administrados.[17]

iv) La expropiación es normalmente concreta en cuanto al derecho sobre el que recae, que ha de ser perfectamente individualizado, y singular en cuanto al dueño o poseedor afectado, que ha de ser perfectamente identificado. Pero son cada día más frecuentes las expropiaciones globales de bienes con fines de conformación de la realidad social (para salvamentos zonales y traslado de poblaciones por causa de desastres, para urbanizaciones destinadas a ensanchamientos extensos de la ciudad, para creación de zonas ecológicas y forestales, etc.), o, con igual función, de enteras catego-

---

(15) Enrique Van Brown, *La expropiación*, Tesis de grado, inédita, Universidad de Costa Rica, 1970, págs. 117 a 121. Sobre expropiación de derechos de propiedad intelectual véase: votación de Corte Plena de sesión extraordinaria No. 54, de 11 de Octubre de 1956.

(16) Votación C. Plena, ses. ext. No. 23 de 13 de mayo de 1955.

(17) Votación C. Plena, ses. ext. No. 5 de 25 de enero de 1956, sobre particulares beneficiarios; véase: Jean Marie Auby et Robert Ducos-Ader, *Droit Admistratif (fonction-biens-travaux)*, Dalloz, 3ra. Edición, 1973, págs. 573 y 574. Sobre la ley concreta o general que opera expropiaciones individuales o masivas, ver Giovanni Duni, *Lo Stato e la Responsabilità Patrimoniale*, Milano, 1968, págs. 177 a 180.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PODER JUDICIAL BIBLIOTECA JUDICIAL
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

rías de derechos (por ej.: de todas las acciones de capital de sociedades bancarias, de todas las empresas comerciales de seguros, de todos los expendios de gasolina, etc.). En estas hipótesis, por no tratarse de normas, la expropiación continúa siendo un acto (administrativo o legislativo), pero de efecto general y relativo a un grupo de componentes indeterminados (aunque determinables), lo que acerca su figura, cada vez más, al de la ley normativa.[18]

En síntesis: hay dos tipos de expropiación, con múltiples impurezas de matiz, por mezcla de los rasgos de una con los de la otra: la expropiación clásica heredada del pasado siglo y la expropiación multiforme que diariamente interviene sobre la vida del ciudadano de hoy.

La expropiación clásica era sobre bienes inmuebles corporales, singularizados, se daba por acto administrativo y tenía por efecto la transferencia del dominio o la constitución de uno nuevo en beneficio de alguien identificado. La expropiación de hoy se refiere a cualesquiera derechos de contenido patrimonial (aunque sean muebles inmateriales); frecuentemente se opera por acto legislativo; su efecto esencial es privar de un derecho o disminuir su contenido concreto, aunque no haya transferencia ni constitución de dominio en favor de nadie; y también frecuentemente es de alcance general, por referirse a un número indeterminado de sujetos pasivos, sin beneficiario subjetivo identificado.

El texto constitucional abarca ambos tipos, por lo que puede hablarse de un concepto estricto y de otro lato de expropiación, de los cuales sólo el último tiene rango de principio general de derecho público y el primero cada día menos vigencia efectiva. La evolución de la institución, tal y como queda someramente descrita, es claramente expansiva. El centro de la noción expropiatoria no es ya ningún tecnicismo legal sino un dato decisivo: es la noción de sacrificio internacionalmente provocado en el patrimonio del propietario o afectado. Han pasado a plano secundario los demás rasgos y notas del instituto. El fenómeno decisivo para definir la institución es la noción de sacrificio y el punto de vista fundamental para regularla es el de la víctima.

El sacrificio del derecho patrimonial o, como lo llama nuestra Constitución, su "privación", es el correlato del contenido constitucional garantizado de ese derecho: es toda intervención pública, legislativa o administrativa, general o singular, que suprima o disminuya equivalentemente, sin suprimirlas de nombre, las potestades de gozo y de disposición del bien, en forma tal que el propietario, aunque no deje de serlo y aunque no se transfiera a nadie su derecho, quede imposibilitado, jurídica o materialmente, para obtener del bien una utilidad suficiente que justifique tener y mantener su titularidad y/o su posesión. Sería absurdo, en efecto, que una ley o un acto administrativo pudiesen privar a su dueño, *en forma pura y simple,* de cualesquiera o de todos los atributos jurídicos o reales de la propiedad, cuando la misma está constitucionalmente garantizada o declarada inviolable, no obstante ser importantes, esenciales o decisivos, para el uso de la propiedad, los elementos o partes suprimidos. Sacrificio de tal tipo amerita, como la expropiación clásica, indemnización adecuada y no meramente simbólica del daño causado.

Llegados a este punto de la evolución, queda por explicar lo que nuestra Constitución llama "limitaciones de interés social" sobre la propiedad, obviamente como cosa distinta de la expropiación que el mismo artículo 45 consagra. ¿Cuáles son hoy los rasgos distintivos entre ambas instituciones?

c) Las limitaciones de interés social y la función social de la propiedad.

Las limitaciones.

Paralelamente a la expropiación clásica había límites de la propiedad distintos de aquella y con

---

(18) Normalmente, la transferencia de la titularidad sobre empresas privadas al sector público se hace mediante nacionalización, cuya principal característica respecto de la expropiación es que siempre tiene efecto transmisivo —lo que no sucede con toda privación de derechos en el sentido constitucional ya visto— y se realiza siempre sobre actividades y, por ende, sobre empresas, nunca sobre cosas o bienes nudos. Es obvio, por otra parte, que mientras la expropiación suele tener régimen legal general, las nacionalizaciones tienen el que casuistamente les atribuya la ley que las opera. Por lo demás, las diferencias son irrelevantes cuando se trata de expropiación transmisiva, desde el punto de vista del efecto lesivo y del resarcimiento, que siempre se da, salvo cuando se trata de nacionalizaciones-sanción. En Costa Rica sin embargo, la expropiación o la nacionalización sin indemnización serían confiscación, pena constitucionalmente prohibida, por lo cual nunca se han dado y, desde este ángulo, son equivalentes (art. 40 C. Política). Ver al respecto Auby et Ducos-Ader, op. cit. págs. 553 y 554; y Alberto Predieri, *Voz Colletivizzazione*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Milano, No. 7, párrafo B) del texto correspondiente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

la decisiva consecuencia de que, por ser distintos, no eran indemnizables. Era éste, y sigue siéndolo, el principal rasgo del régimen jurídico-constitucional de esos otros límites, comúnmente llamados "limitaciones" o "restricciones". [19]

Las notas esenciales de esas limitaciones o restricciones clásicas al dominio aparecen todas en el artículo 45 de la Carta o las da la doctrina prodigada en su examen; esos rasgos son:

1) Las limitaciones a la propiedad son de origen legislativo y de la máxima importancia institucional y, por ello, su creación requiere normalmente mayoría legislativa reforzada (en C.R., de dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa);[20]

2) La limitación no es expropiación ni, por ello mismo, implica sacrificio singular ni concreto de la propiedad. Su nota fundamental al respecto es ser una prohibición, que crea un deber jurídico, en el sentido técnico estricto del vocablo, de no hacer o, a lo sumo, de soportar la inmisión del Estado en la propiedad para fines públicos, deber negativo que se agrega a los poderes o facultades del propietario, sin desnaturalizarlos ni destruirlos;[21]

3) Respecto de los fines públicos o de utilidad social en cuestión el propietario es pasivo y nada tiene que hacer para lograrlos, sino meramente abstenerse, o dejar que el Estado los persiga, en la medida en que para ello requiera usar u ocupar su propiedad. Desde este punto de vista el fin público interfiere con, pero no justifica, la propiedad privada, que se funda en el interés exclusivo o, al menos, preponderante de su dueño; ni define tampoco el contenido de la propiedad, cuyos poderes son inmutables y siempre los mismos, sin importar el tipo de bien ni su función mejor dentro del mercado.[22] Obviamente, dentro de este enfoque, no hay deber alguno para con los demás de ejercer los derechos contenidos en la propiedad, excepto si el no hacerlo dañara seriamente al propietario. Se dice de los fines de utilidad social propios de las limitaciones que, por ello, son "externos", como las limitaciones mismas, al derecho de propiedad, cuyo núcleo está formado por los poderes de goce y de disposición. Estos, como tales, no desaparecen. "Externo" significa, en este contexto, "extraño" y prevalente en relación con los fines de la propiedad como institución al servicio del propietario.

4) Las limitaciones de utilidad social son, además de legislativas, generales y no pueden ser concretas ni singulares. Si lo fueran su incidencia podría equipararse eventualmente a una expropiación, de la que son netamente distintas. La generalidad no corresponde, por otra parte, solamente al destinatario de la norma, sino también al supuesto de hecho de aplicación de la misma, que debe ser repetible en el tiempo y, más simplemente, denotativo de la normatividad.[23] Conviene insistir en la naturaleza legislativa y abstracta que caracteriza las "limitaciones", en este enfoque claramente ideológico.

5) Según el artículo 45 de la Carta las limita-

---

(19) Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, págs. 105 y 106, Editorial Civitas, 1977 y, sobre todo, 207 a 212, especialmente 209. En igual sentido Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Bs. Aires, 1973, tomo IV, pág. 60.

(20) La reserva de ley al respecto es herencia de uno de los dogmas fundamentales del Estado de Derecho decimonónico, en el que la ley representaba la voluntad general del pueblo, dentro de un ordenamiento en el que el pueblo era, a su vez, dominado por la burguesía propietaria. Ver por todos la espléndida monografía de Jesch, Dietrich, *Ley y Administración*, Inst. Estudios Políticos, Madrid, 1978, págs. 27, 28, 32 a 35 y 38 y 39. La reserva en Costa Rica es claramente relativa y penetrable por "reglamentos delegados" de la Administración en materia de propiedad privada, de lo cual hay abundantísimos ejemplos: reglamentos municipales en materia urbanística por delegación de la Ley de Construcciones, en materia de agricultura de zonas forestales protectoras por delegación de la Ley Forestal, en materia de explotaciones turísticas de zonas colindantes con zona-marítima terrestre por delegación de la Ley de la misma, etc.

(21) Escribano Collado, op. cit. págs. 68 a 74, especialmente 69, 71 y 74.

(22) Sustaeta, op. cit. págs. 49 y 50; Escribano Collado, op. cit. págs. 81 y 82; Leguina Villa, op. cit. pág. 450. La resistencia a un cambio de concepción, en virtud del cual pueda tenerse por jurídicamente subordinado el interés del dueño al de la comunidad y adecuados al interés público prevalente los poderes y facultades de la propiedad, así como la orientación de su ejercicio, es revelada por Rotondi, op. cit. pág. 73, y todavía con más claridad por Charles Carbonnier, *Derecho Flexible*, Tecnos, Madrid, 1974, págs. 216, 223, 224 y 227.

(23) Escribano Collado, op. cit. págs. 79 y 80; Luciano Parejo, REDA, No. 17, pág. 259. Este rasgo de la generalidad de las limitaciones se ha consolidado con el tiempo y ha llegado a ser preceptivo en Alemania de conformidad con el art. 19.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que dice: "Cuando conforme a esta Constitución un derecho fundamental pueda ser limitado por Ley o con base en una Ley, ésta debe tener vigencia general y no sólo para un caso concreto".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ciones son una reserva de la ley, relativa y perforable por la delegación en reglamentos autorizados, bajo la guía y dentro del marco que la ley indique, para que el Poder Ejecutivo regule la materia. Esta reserva de ley, lo mismo que la generalidad y normatividad antes indicadas, son esenciales al concepto, por entenderse que la propiedad debe protegerse contra regulaciones dictadas casuistamente, sin el consentimiento del pueblo, expresado para todos en la ley, enfoque que se dio desde la aparición del Estado (constitucional) de Derecho, en la segunda mitad del siglo pasado, hasta la Primera Guerra mundial.[24] En este contexto la ley fue y sigue siendo la expresión verdadera y plena de la voluntad popular. Y la limitación legislativa una autolimitación, aceptada por el propietario a través de los diputados, sus representantes en la elaboración del régimen de la propiedad privada. Se trata de una burda ficción jurídica que, sin embargo, no ha podido ser sustituida por una doctrina racional de la representación política, que lo explique en términos más satisfactorios. El dogma de la reserva legislativa como forma de consentimiento popular automático sobre las materias "nobles", "nacionales" o "inviolables" (como la tributaria, la penal, la procesal, la contractual o, en general, como las libertades públicas) está todavía vigente en las partes más vitales del derecho constitucional moderno. Esta superioridad representativa de la Asamblea sobre cualesquiera otros poderes del Estado y de la ley como fuente del ordenamiento, es tributaria de las concepciones filosóficas de Locke y Rousseau sobre la esencia popular del poder político, en las que la Asamblea o Parlamento aparecen no sólo como representantes del pueblo sino como infalibles en la búsqueda del bien común, en cuanto la voluntad de ese cuerpo electoral, por ser la única forma democrática de ejercicio del poder, o por ser el único poder gubernamental pluralista y comprensivo de todas las principales clases o estamentos de una Nación, siempre constituye la voluntad de todos y la voluntad racional y buena, conforme con las leyes universales de justicia y de bien común. La fe dogmática en esta bondad y supremacía de la ley sobre cualquier otro acto del Gobierno y, naturalmente, sobre cualquier derecho o poder opuesto del ciudadano, es lo que determinó también la inadmisibilidad de la responsabilidad pública por acto legislativo durante todo el siglo pasado y gran parte de éste. Nada menos que Laferriere afirmaba, a principios de siglo, que lo típico de la ley es ofender sin responder.[25] Y es lo que ha determinado mayormente, dado que siempre se ha ligado la mera limitación o restricción de la propiedad a la ley formal y material, el que todavía hoy no se reconozca unánimemente la indemnización por daños a la propiedad originados en "limitaciones" o "restricciones" que se suponen "bien impuestas" e inobjetables, por ser legislativas. La soberanía legislativa excluye la responsabilidad estatal y la indemnización consecuente.[26]

6) El cambio de perspectiva.

El sistema descrito de las limitaciones "externas" a la propiedad privada obedece a una imagen de la sociedad y de la justicia distributiva dentro de ella. Son admisibles los señoríos económicos individuales, fundados en la propiedad, en la medida en que potencien el supremo valor de ese mismo orden, la libertad individual. Dos guerras mundiales desatadas por grandes propietarios y

---

(24) La evolución de este dogma del Estado de Derecho en Alemania puede verse en la citada obra de Jesch, desde la Monarquía Constitucional hasta la actual República Federal, y la evolución básica consiste, según el autor, en que en esta última el Gobierno ha perdido legitimación para titular un poder político y normativo originario frente al Pueblo, fuente única de representación en el Estado Social de Derecho actual. Consecuentemente, no hay zonas reservadas al Gobierno ni a la Administración y toda intervención sobre la propiedad y la libertad, incluso la que se da dentro de las relaciones de supremacía especial, así como la totalidad de la actuación estatal, incluyendo sus actos administrativos favorables y las prestaciones públicas, quedan sujetas al principio de legalidad y al de reserva de ley. Sólo por ésta o, con base en ésta, se puede regular o intervenir la propiedad privada, para todo lo cual léase en general op cit. págs. 150 a 154 y 219 a 224. La reserva legal en favor de los derechos de propiedad y de libertad es general en Occidente y se reputa un pilar del Estado de Derecho, como consta para Italia del art. 42.1 de su Carta, para Francia por el art. 34 de la suya, y hoy, para España, por virtud del art. 51.1 de su nueva Constitución. Se mantiene viva la doctrina de la ley como acto del máximo rango dentro del sistema constitucional creado.

(25) Juan Santamaría Pastor, *La responsabilidad del Estado por acto legislativo*, RAP, No. 68, Madrid, 1972, págs. 70, 71 y 72; Long Weil et Braibant, *Les Grands Arrets de la Jurisprudence Administrative*, Sirey, 1974, pág. 242.

(26) Eduardo García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Inst. Est. Políticos, Madrid, 1956, págs. 184 y 191, especialmente esta última, donde el autor dice: "Definiendo la Ley el ámbito de lo jurídico positivo, jamás puede imputarse a sus efectos un perjuicio antijurídico. Los perjuicios derivados de las leyes son cargas legales y no daños". El autor ha rectificado este concepto, en cuanto admite hoy la responsabilidad por acto legislativo, sin invocar en contra el carácter precisamente legislativo y general de este último.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

empresarios y las inevitales crisis económicas que les siguieron a igual escala (especialmente la de 1929), enseñaron los errores y las frustraciones de esa concepción y a entender que la exclusiva clave del mal estaba —para quien no es marxista— no en la propiedad privada sino en su función preponderante a favor de la libertad individual, porque se prestaba poco o nada para el servicio al público. El interés individual librado a sí mismo es egoísta y peligroso para el bien común y sólo puede admitirse —como tiene que ser— atemperado y aun doblegado por los imperativos de la solidaridad y de la igualdad, sin los cuales la libertad de unos es necesariamente la esclavitud de otros. El 11 de agosto de 1919 Alemania promulgó la llamada Constitución de Weimar, cuyo artículo 153.1 y 2, contiene la más sobria y durable definición de la propiedad como servicio o función; dijo:

Artículo 153.1: *"La Constitución garantiza la propiedad.* El contenido y límites de ésta resultan de las leyes".

Artículo 153.2: *"La propiedad obliga. Su utilización debe ser simultáneamente servicio del bien común".*

La norma fue casi repetida por la llamada Constitución de Bonn (23 de mayo de 1949), cuyo artículo 14 declara y ordena:

1) *"La propiedad y el derecho de herencia están garantizados.* Su naturaleza y sus límites serán determinados por las leyes".

2) *"La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bienestar general".*

Es decir: la propiedad privada es deber y no sólo derecho, no puede ser privilegio ni monopolio de nadie, y esos deberes son para con el público o el pueblo.

El primer párrafo de cada una de las normas citadas consagra una reserva de ley en la definición y atribución del derecho de propiedad y de su contenido; los párrafos segundos de ambas consagran la obligación del propietario, nacido de la titularidad de su derecho como tal, de servir el bien público con la propiedad, también por determinación de la ley. La reserva de ley no tiene aquí ya el sentido unilateralmente tutelar y defensivo de un interés y de una libertad del propietario, indeterminados en cuanto a fines y medios, como en el sistema clásico ya descrito. Se parte del supuesto inverso: puesto que la propiedad o, mejor dicho, los bienes sujetos a propiedad privada están natural e inevitablemente llamados a realizar fines sociales, la reserva de ley también tutela éstos y lo hace no sólo reprimiendo y conteniendo la actividad del propietario o su haz de derechos, sino, más bien, imponiendo al propietario la prestación, en la medida en que lo es, de un servicio de hacer o de dar en bien de la colectividad.[27] Esto se logra por uno de los varios modos o medios alternativos o complementarios, siguientes:

6—i) La previsión legal de la conducta del propietario, en orden a los fines públicos perseguidos por la ley. En este supuesto la ley (o su reglamento delegado) determina las prohibiciones (absolutas, no sujetas a dispensa) y establece también los deberes de hacer, dar o soportar, del propietario, sin remisión a la Administración para determinar su alcance y contenido. Es la misma ley la que lo hace y la Administración cumple, a lo sumo, una función de inspección, imparte órdenes con fines preventivos de la infracción, y, finalmente, impone sanciones, en el uso de potestades de policía que se consideran necesarias para cumplir el genérico deber de la Administración de hacer cumplir la ley (sanciones que son necesariamente típicas y basadas en texto expreso, legal o reglamentario, dentro de límites dados por la ley). Una de tales limitaciones legales, consistente en obligación de hacer, es la de cultivar el fondo inmueble y ejercer efectivamente, no en cualquier forma, sino en la mejor posible y de más rendimiento económico-social, los atributos del dominio, casi siempre so pena de expropiación sancionatoria.[28]

---

(27) Parejo Alonso, op. cit. REDA, No. 17, págs. 257 y 258; Escribano Collado, op. cit. págs. 117 a 121, 125 a 127, y 132; D'Angelo, op. cit. págs. 64 a 67; Sorace, op. cit. págs. 265, 266, 271 a 274 y 279 a 282. En general, el reconocimiento de la función social de la propiedad como determinación de su contenido para fines específicos de utilidad social, genera la fragmentación del derecho único de propiedad de corte clásico en muchos otros tipos de propiedades, según diversos criterios de mayor rendimiento social, principalmente por la naturaleza objetiva del bien objetivo del dominio; ver Sorace, op. cit. pág. 284; Leguina Villa, op. cit. págs. 451—454; Giannini, Diritto Pubblico dell', op. cit. págs. 102 a 104.

(28) Escribano Collado, op. cit. pág. 121.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

6—ii) El otorgamiento a la Administración Pública de potestades que, de no darse la limitación, formarían parte del derecho de propiedad, pero respecto de usos o utilidades específicos de ésta. De este modo la Administración puede disponer, en lugar del propietario y sin que éste pueda legalmente evitarlo, sobre lo concerniente al goce y explotación de la propiedad en determinados aspectos, como si fuera su dueño, pero abandonando a éste los productos económicos de la gestión. El propietario tiene la obligación no sólo de no impedir sino también de ejecutar en lo que le corresponda las decisiones de la autoridad, para lo cual ésta mantiene inspección de su conducta y puede eventualmente hacer imposible la del propietario y hasta sustituirse a éste (si viola los mandatos o normas administrativas, lo que también faculta a la Administración para imponerle sanciones).[29]

6—iii) El fenómeno anterior puede darse también por la sujeción del propietario a una potestad de regulación y de ordenación de la Administración, la cual, en lugar de disponer y decidir en su lugar, lo obliga a actuar según órdenes e instrucciones. No se trata de una ley que atribuya tales o cuales potestades o facultades reales a la Administración en relación con un bien determinado, sino de una Administración que tiene legalmente la potestad de dar órdenes al propietario y de decidir, caso por caso, las que tendrá y ejercerá éste, obligado a actuar por las órdenes administrativas positivas, de hacer, o negativas, de no hacer o de soportar. En éste y en el anterior caso hay una sujeción a una potestad administrativa de contenido indeterminado, puesto que la ley la confiere para garantizar la sucesiva y puntual adaptación de la conducta del propietario al interés público legal, lo que no podría hacer por sí misma dado su carácter normativo. El contenido del derecho de propiedad y su modo de ejercicio, serán, entonces, los que indique la Administración, con vista de las diversas incidencias del interés público sobre la propiedad en cuestión.[30]

6—iv) La forma más efectiva de arribar al anterior resultado, es haciéndolo aparecer como un bien para el propietario, lo que se logra condicionando el ejercicio del derecho de propiedad a una autorización de motivo y contenido discrecionales, que juega como hecho permisivo, cuya denegación es impediente de ese mismo ejercicio. Normalmente, la autorización crea una relación de sujeción o supremacía especiales entre la autoridad y el propietario, en virtud de la cual aquella puede también dictar a éste órdenes conformativas de todo tipo, que determinan casuísticamente lo que debe hacer, no hacer, soportar o dar en su calidad de titular del derecho. Las órdenes pueden afectar toda la conducta del propietario, que se "funcionaliza". Se trata de lo que Giannini ha llamado "autorizaciones preceptivas" y "conformativas", por las que entiende aquellas que tienen como contenido la definición concreta de los poderes y deberes que corresponden al propietario, así como las condiciones y modos de ejercicio y cumplimiento de los mismos.[31]

Esta función conformadora del derecho de

---

(29) Giannini, Diritto Pubblico . . . págs. 107 y 181.

(30) Esta hipótesis tiene en común con la anterior el que en ambas la Administración tiene una potestad de dar órdenes al propietario, pero en el primero para fines o en relación con usos específicos determinados por ley, en tanto que en el segundo la explotación de la finca en su totalidad cae bajo la autoridad de la Administración (también para el cumplimiento de fines públicos legalmente determinados), en términos tales que el propietario sólo puede actuar autónomamente en lo que expresamente se lo permita la ley o el plan de explotación dictado por la autoridad pública. Se trata de lo que Giannini ha llamado la propiedad "funcionalizada", porque en ella lo que es relevante es la propiedad como tal en orden a fines públicos y no determinadas utilidades de ella. Véase Giannini, Diritto Pubblico dell'Economia, pág. 108, y Diritto Amministrativo tomo I, pág. 440. Como se verá, toda función social de la propiedad incluye esta potestad de dar órdenes, en mayor o menor grado, y sin ella tal función no existe (como también lo apunta el autor, Diritto Pubblico . . ., pág. 119). Las órdenes son llamadas "conformativas" en la medida en que definen el contenido del derecho de propiedad y pueden hacerlo instantánea o sucesivamente, según lo disponga la ley.

(31) El objetivo anterior puede lograrse igualmente sujetando a autorización, licencia o permiso una actividad del propietario, para usar de una potestad de dar órdenes, inherente o concomitante a la de autorizar, o, simplemente, para condicionar la aplicación al caso (figura clásica del acto condición) de un régimen objetivo, legal o reglamentario, o hecho a base de actos administrativos generales, proveniente de la misma o de otra autoridad. El caso más notorio al respecto es, en Costa Rica, el de la licencia de construcción y lo es también en el derecho comparado en general, donde, sin embargo, cobra cada día mayor fuerza la figura de la "autorización constitutiva" —en tanto que creadora del derecho de construir— y no la de la meramente "permisiva" —en tanto que habilitante del ejercicio de un derecho subjetivo preexistente— por entenderse separada del dominio la facultad de construir, que se convierte en servicio público o en potestad autónoma únicamente derivable de acto estatal. En esta concepción el derecho a construir

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

propiedad puede ser ejercida inicialmente, en la medida en que sea discrecional el otorgamiento de la autorización, pues bien puede el mismo condicionarse a la observancia de un pliego de términos y condiciones (de ejercicio del derecho o potestad que se autoriza), sin reserva ninguna de potestades ulteriores de ordenación. Pero cabe lo contrario y que, como en el anterior caso, la autorización cree una sujeción continua a órdenes de la Administración. Todo depende de la ley, dado que las sujeciones a potestades administrativas varias que queda descrito son incidencias imperativas sobre la propiedad privada cubiertas por una reserva de ley, a más de las exigencias propias del principio de legalidad, que exige coordinadamente una norma de base que las cree.

6—v) El esquema anterior culmina cuando la autorización produce una sujeción especial a una autoridad administrativa con potestades abiertas de regulación sobre una forma de propiedad, según el tipo de bien o de fin que se persiga con ella o a través de ella. La autoridad dicta actos generales y/o reglamentos comunes a todos los propietarios ubicados dentro de la categoría, que vienen así a soportar más bien una posición jurídica, entendida como calificación subjetiva que condiciona la aplicación de un status objetivo o que crea la sujeción a una potestad normativa, base de un orden jurídico parcial. A ese orden, centrado en la existencia de un determinado tipo de propiedad o de actividad, que se erige en supuesto de existencia de una calificación personal "propter rem", del propietario en tanto que dueño de una propiedad de ese tipo, se ha llamado orden u ordenamiento sectorial. Dentro del mismo se da también una sujeción a una potestad de ordenación o de mando, que se expresa en órdenes positivas o negativas, emanadas de la autoridad de cúspide para uno, para varios o para todos los miembros del sector, pues las órdenes pueden y suelen ser generales. La garantía de cumplimiento de las órdenes y reglamentos viene dada por potestades concomitantes o inherentes de vigilancia, de sanción administrativa y hasta de sustitución de conducta, a costa del omiso. Pero esto último puede no darse y es, en todo caso, discutible.[32]

Hay una tendencia a minimizar las exigencias de la reserva de ley y del principio de legalidad, en proporción directa a la importancia del fin público

—como el derecho de propiedad urbana en su totalidad— depende enteramente de la ley o de los actos reguladores de su contenido y función con arreglo a ella, principalmente del plan urbanístico. Este fenómeno se ha extendido también a otros tipos de propiedad, como la forestal, arqueológica, monumental, panorámica, etc., y suele llamarse "propiedad vinculada", en el sentido de que resulta prohibido transformarla, sino en las condiciones dictadas por la Administración y bajo su vigilancia y control; y en el sentido de que también ha de ejercerse para los fines que la Administración indique y bajo sus órdenes al respecto. Véase Ramón Martín Mateo, *La Penetración Pública en la Propiedad Privada* RAP, No. 67, 1972, págs. 23 a 27, especialmente 24 y 27; García de Enterría, Curso, op. cit. tomo II, págs. 132, 133, 140 y 141, así como García de Enterría, Eduardo y Parejo Alonso Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo,* Civitas, Madrid, 1979, págs. 404, 405, 410 a 415; en relación con la propiedad forestal véase Fernando López Ramón, *Problemas de los Parques Nacionales en Italia,* RAP. No. 81, 1976, págs. 359 y 360; Leguina Villa, op. cit. págs. 451 a 453; Enrique Riverso Isern y Angel Sánchez Blanco, *El Estatuto Jurídico de la Propiedad Forestal Privada,* RAP, No. 78, 1975, págs. 35 y stes; y Ramón Martín Mateo, *La propiedad Monumental,* RAP, No. 49, 1966, págs. 74, 81 y 85. En toda esta materia suele hablarse de vínculos, a la par de limitaciones y deberes. Sandulli ha aislado pulcramente la noción de vínculo, insertándola en el género de las prohibiciones, dentro de las cuales se distingue por su función de conservación de la integridad física, del destino y de la disponibilidad jurídica del bien vinculado, lo que significa que el dueño no puede transformarlo, desafectarlo ni enajenarlo, o que sólo puede hacerlo en las condiciones de ley, normalmente mediante permiso o dispensa: véase Sandulli, *Natura ed Efetti* . . . pág. 811.

(32) Giannini, Massino Severo, *Sull'Azione dei Pubbic Poteri nel Campo dell' Economia,* Rivista del Diritto Commerciale, 1959, pág. 321; García de Enterría, *Curso de Derecho Admnistrativo,* tomo II, págs. 143 y 144; Gustavo Vignochi, *Aspetti Pubblici del Servizio del Credito,* Studi in Memoria di Guido Zanobini, tomo II, Giuffrè, Milano, 1965, págs. 605 a 607 y ahora *II Servizio del Creditonell'Ordinamento Pubblicistico Italiano,* Giuffrè, Milano, 1974, págs. 52 a 57. Los dos autores que más han adelantado el examen de los ordenamientos sectoriales —después de su formulación por Giannini— son Leopoldo Mazzarioli, *I Piani Regolatori Urbanistici,* CEDAM, Padova, 1962, págs. 66, 73 a 77, 114 a 125, especialmente la primera; y Potoschnig, *I Pubblici Servizi,* CEDAM, Padova, 1963. La idea del orden sectorial corresponde a la de servicio público objetivo, por contraposición a subjetivo u orgánico, en cuanto éste último exige que el titular sea un ente público; aquel puede estar en mano de ente privado. Francia ha sido el origen de la idea, que ha tenido recientemente importancia bajo el nombre de "servicio público virtual", a partir de una jurisprudencia desarrollada en tres famosos casos (Etablissemen Vezia, C.E., 20 de diciembre de 1935; Caisse Primaire Aide et Protection, C.E., 13 de mayo de 1938; y Cie Maritime de l'Afique du Nord, C.E., 5 de mayo de 1944, ésta principalmente). Parte importante de la doctrina combate la idea como peligrosa para las libertades económicas, pero parte importante la apoya; véase en contra Jean Rivero, Droit Administratif, 1973, pág. 411, y a favor André Demichel, *Les Controls dell'Etat sur les Organismes Prives,* L.G.D.J., París, 1960, tomo II, págs. 431, 432 y 676, así como J.M. Auby et R. Ducos Ader, *Grands Services Publics et Entreprises Publiques,* Presses Universitaire de France, París, 1969, tomo I, pág. 35.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

que la Administración persigue —o la ley a través de ella— con las potestades de autorización antes indicadas, en todas sus variedades, excepto la primera. Cuando la inherencia del interés público a la situación jurídica subjetiva autorizada es intensa, por esa su misma importancia social, doctrina y jurisprudencia del derecho comparado tienden a admitir la existencia, por principio general de derecho, de potestades concomitantes o inherentes a la de autorizar, básicamente la de dar al propietario órdenes conformadoras de la propiedad y directrices de su actividad, para asegurar el cumplimiento del fin público connatural a la propiedad privada, en forma bastante parecida a como la Administración lo hace con los llamados servicios públicos objetivos o virtuales, en mano de particulares.[33] La situación o posición de supremacía especial, en particular, tiende a ser concebida como una esfera interna de poder administrativo, dentro de la cual la Administración puede adoptar medidas incidentes sobre la propiedad o libertad privada sin requerir —fuera de la que crea la potestad de autorizar— de una ley que expresamente las contemple.[34] Dentro de esa relación se respeta la ley como límite, cuando existe (principio de supremacía de la ley), pero no se exige como fundamento ni guía de la conducta administrativa (negación de los principios de reserva y de legalidad). La teoría es desechable en la medida en que un ordenamiento interno debe respetar el de base (en este caso el del Estado) con todos sus principios, entre ellos los de reserva de ley y de legalidad, ya dichos, pero es un hecho que tal tendencia antilegalista existe y ha recibido consagración en varios ordenamientos que, como tales, respetan los principios referidos.

Giannini encuentra que sólo hay verdadera función social de la propiedad, como veremos, cuando hay una potestad administrativa, incidente sobre la propiedad privada, de índole normativa y/o directriz, capaz también de permitir órdenes dirigidas al propietario, que lo obliguen a usar y explotar su propiedad en la forma y con las técnicas, procedimientos y fines que la Administración indique. Caso opuesto, habría limitación, pero no función social de la propiedad. Giannini presentó esta idea desde hace ya varios años, cuando habló de los bienes privados de "uso controlado", precisamente en cuanto su utilización viene sujeta a órdenes o a potestades administrativas de índole real, correspondientes a usos o formas específicas de goce de la propiedad privada, que sirven para garantizar la adecuación de ese uso a intereses o fines públicos fijados por la ley, eventualmente por encima del interés económico-lucrativo del propietario.[35]

6—vi) La correlación entre ideologías políticas y formas de control y dirección de la propiedad y de la actividad. Hay una íntima conexión, explicable por la mayor amplitud e incisividad de los controles y de las potestades directrices y ordenatorias últimamente descritas, entre éstas y el Estado intervencionista o de bienestar, también llamado (Forsthoff) Estado de Prestaciones, por un lado; y entre el Estado liberal y abstencionista decimonómico, y las formas atenuadas y pasivas, por no decir negativas, de intervención pública sobre la propiedad privada, por otro. Es decir: hemos visto como se dieron primero las limitaciones negativas, que no sólo no exigían del propietario conducta alguna, sino que más bien le prohibían hacer algo o le imponían soportar pasivamente que el Estado hiciera algo en su propiedad; y hemos visto cómo después, al empuje de los cambios sobrevenidos por obra de las dos guerras mundiales, ha sido necesario recurrir frecuente y hasta masivamente a otro tipo de intervención pública sobre la propiedad, tendente a movilizar al propietario en uso de su propiedad

(33) Ver nota anterior.

(34) La idea de relación de sujeción permanente entre Administración y Estado —que corresponde a la de supremacía especial— se ha desarrollado después hasta alcanzar la de orden jurídico parcial o a fin especial, pero siempre ha incluido la idea de una liberación de los principios tutelares de la libertad y de la propiedad típicos del Estado de Derecho, para lo cual ver Jesch, op. cit. págs. 263 y 264; Otto Mayer seminó la idea, Derecho Administrativo Alemán, Ediciones Arayú, Bs. Aires, 1954, tomo IV, págs. 201 a 207, que todavía tiene eco en Alemania, para lo cual véase Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 185, 187, 190, 644 a 647.

(35) Giannini, *I Beni Pubblici*, Mario Bulzoni, Editore, Roma, 1963, págs. 128, 138 y 139, así como los párrafos destinados a la propiedad urbanística y agraria. El autor distingue entre los bienes de uso controlado de disciplina negativa (vínculos de conservación y afectación de la cosa, como propiedad cultural) y de disciplina positivas (vínculos llamados a extraer una utilidad social de la propiedad agraria y urbanística). El autor no ha vuelto a emplear su feliz hallazgo semántico e institucional en obras ulteriores.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

como agente del bien común, a través no sólo de obligaciones de dar o de hacer directamente impuestas por la ley, sino de órdenes y regulaciones, generales o para casos concretos, nacidas de la Administración, apoderada a ese efecto por la ley. Este último tipo de intervención pública revela claramente una ideología y postula la funcionalización de la propiedad hacia metas sociales, que se pueden resumir todas en el mandato consagrado en el artículo 50 de la Constitución, cuando ordena al Estado, organizar y estimular la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Bien se sabe que del principio de legalidad, por contraposición al de libertad, hay dos versiones o grados: hay la legalidad formal y hay la legalidad sustancial del acto autoritario. La primera exige que estén determinados legalmente los elementos que no revelan el sentido del acto, su disposición; es una "relación de compatibilidad" entre el acto y la ley. Están fijados el sujeto y órgano, el procedimiento, la forma y el fin del acto, pero no su motivo ni contenido. El segundo tipo de legalidad es el que exige que el contenido y motivo del acto estén también regulados, aunque sólo sea imprecisa y parcialmente; es la hipótesis de la legalidad sustancial o por "conformidad" del acto con la ley, en la que se da una verdadera conformación del acto por esta última.

Igualmente puede decirse de la función social en relación con la propiedad. Un primer enfoque formal, que es el clásico antes descrito, busca modestamente que la propiedad y su uso no violen ni los derechos ajenos ni el orden público; basta la "compatibilidad" entre éste y la propiedad. Pero hay otra concepción material de esa misma relación, que exige conformación del contenido de la propiedad, a nivel legislativo o administrativo, por intereses y fines colectivos, extraños y superiores a los del dueño y necesariamente configuradores del haz de poderes y de deberes que forman el contenido de ese derecho, en estrecha relación con la naturaleza del bien y su mejor uso productivo para la sociedad, en el momento en que sobreviene el choque. Hay tantos tipos de propiedad como tipos de bienes haya, o puede haberlos, desde el momento en que la consecución de ciertos objetivos públicos de producción o de reparto económico así lo exijan, con preterición, si es necesario, del interés del propietario. La llamada función social de la propiedad sirve, entonces, para hacer presente el interés público en la propiedad como algo inherente a ella, y para determinar el contenido de la propiedad en orden a la realización de un fin público extraño al propietario, por los siguientes medios:

1) Denegación de una, o de algunas potestades clásicas del derecho de propiedad, en cuanto incompatibles absolutamente con el bien público perseguido; 2) imposición de deberes (en el supuesto de prohibiciones o mandatos legales de aplicación directa) y de sujeciones a potestades administrativas (en el supuesto de órdenes o instrucciones de igual origen para un propietario, dentro de una relación pública de supremacía especial), conexos a la *existencia* de los poderes reconocidos; 3) fijación de deberes o sujeciones, por iguales conceptos, conexos *al ejercicio* de esos poderes; y todo ello en función de intereses públicos.

En síntesis: la función social de la propiedad privada es su simultánea ordenación a fines e intereses públicos, mediante la subordinación a éstos del interés del dueño, a través de limitaciones varias, consistentes principalmente en potestades administrativas de control y de dirección, que permiten a la Administración, con base en la ley, conformar el contenido y el ejercicio del derecho, mediante prohibiciones y mandatos, bajo la forma de normas y de actos, sobre los usos y utilidades del derecho o de la cosa. Si este grado de subordinación a la Administración no se da, aunque se den loables fines sociales en la ley que regula la propiedad, no habrá función social de ésta, en el sentido en que lo entiende la doctrina que hace de tal noción el eje de su sistema. La función social sólo existe cuando, sobrepasados los límites legislativos y negativos, surgen los administrativos y conformadores de la propiedad, que pueden llamarse positivos.

Los ejemplos mejores en C.R. están en la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

propiedad urbana y en la forestal, sobre todo en ésta, y únicamente cuando, como ocurre con las zonas forestales protectoras en propiedad privada, la respectiva finca tiene que sujetarse a un orden jurídico total o parcialmente creado por la Administración, como el llamado Régimen Forestal, constituido, según el artículo 6 de la Ley Forestal, no sólo por leyes y reglamentos, sino también por decretos y resoluciones de aplicación, que regulan la "conservación, protección y racional aprovechamiento de los bosques y terrenos forestales". El propietario queda sometido a todo ello y, además, a la grave prohibición que le impone el artículo 87, obviamente comprensiva de una potestad ordenadora y directriz de la Administración, cuando se dice:

"En las zonas declaradas protectoras, por disposición de ley o por decreto ejecutivo, queda prohibido efectuar labores agrícolas o destrucción de vegetales, salvo en los casos previstos por vía reglamentaria y con sujeción a las normas técnicas que determine la Dirección Forestal".

En el caso, el daño se agrava al extremo porque el Reglamento que habrá de contemplar las excepciones sujetas a autorización, según la Ley, no se ha dictado y es de aquellos que resultan totalmente necesarios y sin los cuales la ley a ellos supeditada no puede aplicarse, por ausencia de los elementos de juicio apropiados.[35bis]

Es claro, en efecto, que si el reglamento exigido por el artículo 87 antecitado no existe, nadie podrá autorizar ninguna explotación agrícola de la zona protectora, pues la autorización carecería de la base técnica y general que, según la ley, tiene que tener. En tal circunstancia, la omisión oficial ha dejado inerme al propietario de zona protectora y le ha imposibilitado legalmente cualquier uso de su propiedad para fines agrícolas, lo que equivale, mientras tal situación se mantenga, a la pérdida total de su valor o, al menos, de parte importante del mismo.

1) Tipología de las limitaciones.

Son múltiples los puntos de vista que pueden adoptarse para clasificar las llamadas limitaciones a la propiedad privada. Debe tomarse en cuenta que la utilidad de las distinciones al respecto, en este contexto, es la de saber, con vista de su contenido típico, cuáles pueden, o no, originar indemnización en favor del propietario o afectado. Puede anticiparse que, como se verá, el tipo por sí no garantiza invariablemente una ni otra cosa y que puede ser legalmente indemnizable, o no serlo, una limitación de un tipo, no obstante que ocurra lo contrario con otra del mismo tipo.

Son múltiples las clasificaciones de las limitaciones administrativas, pero me referiré únicamente a dos fundamentales, la de los publicistas Aldo María Sandulli —quien la esbozó inicialmente— y Guido D'Angelo, y la que intenta, con su habitual lucidez, Massimo Severo Giannini.

Los dos primeros clasifican en cinco rubros las limitaciones, según que consistan en deberes o en sujeciones, y según la modalidad específica de estas últimas, como sigue:

i) Prohibiciones absolutas. Son absolutas las que tienen origen legislativo, sin excepción posible contemplada por la ley. En C.R. podrían ser ejemplos los siguientes: prohibición de destruir bosques nacionales sitos en pendientes, orillas de carreteras o si son explotables sin necesidad de cortarlos (como el caucho, el café, los cítricos, etc., artículo 146 Ley de Aguas); prohibición de edificación vecina a un aeropuerto a distancia menor de un décimo de la que hay entre ambos puntos (artículo 29 Ley de Aviación Civil); prohibición de demoler monumentos históricos de propiedad privada, excepto por razones de seguridad (artículo 4 Ley de Propiedad Artística e Histórica).

ii) Prohibiciones relativas y sujetas a autorización, licencia o dispensa: prohibición de agricul-

---

(35bis) Jean Calude Douence, *Recherches sur le Pouvoir Reglamentaire de l'Administration*, L.G.D.J., París, 1968, pág. 492); Marcel Waline Droit Administratif, Sirey, París, 1963, págs. 125 y 126; André de Laubadere, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, L.G.D.J., tomo 1, 1957, pág. 190; Federico Cammeo, *Corso di Diritto Amministrativo*, CEDAM, Padova, 1960, al cuidado de Giovanni Miele, pág. 77; e ibídem, nota de Miele, en misma página; Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova, 197, tomo II, pág. 660. Los autores son claros en admitir la suspensión de vigencia de una ley por obra de su propio texto cuando éste condiciona esa vigencia a la aparición de un reglamento ejecutivo o delegado que la desarrolle (este último cuando alguna parte de la ley de base es meramente programática o directriz). Pero de todos ellos se desprende claramente que lo que importa —por encima de cualquier expresa condición en tal sentido— es la aplicabilidad inmediata de la ley, en razón del carácter cabal y claro de su texto, que no exige reglamento y que hace de éste una condición prescindible por el Juez, aun contra el texto expresado de la ley; o, a la inversa, su carácter fragmentario y supeditado, por su propio contenido, al reglamento futuro, lo diga o no lo diga la ley. En síntesis: lo que importa es el sentido de las cosas y del texto, que quedará suspendido hasta aparición del reglamento ejecutivo si realmente lo necesita, o a la inversa, con independencia de lo que expresamente disponga la ley.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tura en zonas forestales protectoras, salvo autorización de la Dirección Forestal (artículo 87 Ley Forestal); prohibición de demoler o realizar cualquier construcción sin licencia municipal (artículo 51 Ley de Construcciones); prohibición de cerrar fundo propio colindante con camino o vía públicos sin autorización de la Dirección Vial del Ministerio de Transportes (artículo 34 Ley de Caminos); prohibición de usar en cualquier forma finca colindante con zona marítima terrestre sin autorización del Instituto de Turismo, del Instituto de Tierras y de la respectiva Municipalidad (artículo 25 Ley de la Zona Marítima Terrestre).

iii) Sujeciones (a la conducta material pública): deber de soportar visitas y estadía de personal del Ministerio de Agricultura para combatir plagas vegetales (artículo 19 Ley de Sanidad Vegetal); de permitir labores de personal municipal para la prevención de accidentes viales por inestabilidad de terrenos contiguos a calles (artículo 11 Ley de Construcciones); de recibir aguas de terrenos superiores (artículo 94 ídem) y de tolerar el tránsito por el borde de ríos, canales, acueductos, etc., por parte de concesionarios de aguas de terrenos inferiores (artículo 73 Ley de Aguas); obligación de permitir conexión individual de líneas de suministro de energía eléctrica a cargo de empresarios dueños de red de distribución (artículo 21 Ley del Servicio Nacional de Electricidad).

iv) Obligaciones y deberes de hacer: obligación de desecar pantanos insalubres (artículo 91 Ley de Aguas); obligación de producir la cuota anual de azúcar asignada a cada ingenio para la zafra (artículos 42b, 43b, 47 y 78 Ley de la Liga de la Caña); obligación de denunciar plagas vegetales al Ministerio de Agricultura y de combatir a costa propia las que son llamadas plagas de combate particular obligatorio (artículo 16 Ley de Sanidad Vegetal); obligación de recortar ramas sobre caminos públicos, de mantener rondas, paredones y caminos fronterizos limpios de vegetación (artículo 20 Ley de Caminos); obligación de lecherías contiguas a caminos públicos de empedrar la zona para el paso del ganado, si el camino no es pavimentado (artículo 19 ídem); obligación de observar la planificación dictada por el ICT, el INVU o la Municipalidad en el uso y construcción de fincas colindantes con zona marítima terrestre (artículo 15 Ley de Zona Marítima Terrestre).

v) Obligaciones y deberes de dar: obligación de ceder gratuitamente terrenos necesarios para vías públicas nuevas, si tienen ancho menor de 20 m. en urbanizaciones aprobadas (artículo 7 Ley de Planificación Urbana); obligación del urbanizador de ceder gratuitamente hasta 30 m^2 por cada familia para áreas verdes y facilidades comunales (artículo 40 ibídem); obligación de ceder una porción de terreno boscoso para reforestación, no excedente de un 5% del área total (artículo 73 Ley Forestal).

La única discrepancia que guardamos frente a tal clasificación es que no destaca los casos más interesantes y graves de limitaciones, aunque no los ignore, consistentes en sujeciones a potestades administrativas. En efecto: si bien dicha clasificación alude expresamente a las "sujeciones" (en la obra de D'Angelo y en el artículo de Sandulli), entiende por tales únicamente las que se dan frente a facultades (para comportamientos) de la Administración y frente a autorizaciones de ésta (en sus varias especies, tipificadas por Sandulli, de autorizaciones permisivas, licencias y dispensas). No hace alusión la anterior clasificación a las formas graves de limitación de la propiedad privada frente a la Administración Pública consistentes en la sujeción a potestades administrativas para dictar actos ejecutorios y, concretamente, para dar órdenes, imponer directrices y programar el uso de la propiedad privada. Es cierto y evidente que las autorizaciones, en su empleo actual, son el instrumento más usual y eficaz, porque enmascarado bajo la apariencia de actos favorables al administrado, para imponer conductas, fines y modos de explotación al propietario; pero, inexplicablemente, la anterior clasificación no lo pone de relieve.

Puede decirse, en síntesis, que las limitaciones a la propiedad privada, desde un ángulo mucho más relevante que el escogido por los dos distinguidos autores antes citados, son de dos tipos fundamentales: las impuestas por ley (que define precisa o imprecisamente, pero sin envío ulterior a una autoridad administrativa, el contenido y alcance de la limitación, prohibición, mandato, sujeción, etc.); y las impuestas por acto administrativo, en virtud naturalmente de una delegación legislativa. Las limitaciones legislativas tienen normalmente la permanencia propia de la ley formal y general, y se refieren a situaciones de evidente conveniencia en el sentido de la regulación hecha, válidas como tales con entera indepen-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dencia de ideologías, intereses de grupo (de presión), programas de gobierno, etc., y son herencia, en su mayor parte, de problemáticas superadas desde varios decenios.

Distintas son las sujeciones de la propiedad a potestades administrativas varias. Como con la potestad reglamentaria, ocurre con éstas que existen porque no podrían estar en mano de la Asamblea Legislativa sin provocar su estancamiento e ineficacia automáticos. Es por el carácter cambiante, acelerado y complejo, a más de frecuente y voluminoso, de los problemas de convivencia actuales, sobre todo en punto a propiedad y libertad de empresa, que la ley, clásicamente dueña de esa esfera de regulación, la delega, apoderando a la Administración para dictar reglamentos sustitutos (delegados o autorizados, en la jerga doctrinal) y actos concretos, capaces de conformar la propiedad y su contenido para garantizar resultados y programas sociales, urgidos por planes de gobierno o por la evolución económico-social. De este modo, la técnica moderna de regulación de la propiedad privada y de la empresa es conferir potestades a la Administración para que ésta, en ascendente gradación controle, ordene y programe la propiedad privada, sujetándola a las políticas y técnicas impuestas por la realidad y la naturaleza de los problemas, vistos a la luz de programas de gobierno y de administración. Es precisamente este ángulo el adoptado en la clasificación propuesta por Giannini, que encontramos claramente más penetrante y útil. Lo que sigue es simplemente resumen de su pensamiento, pero referido en lo posible al orden jurídico costarricense.

Giannini acepta la existencia de limitaciones legislativas a la propiedad, con toda la gama de deberes —positivos o negativos— antes descrita por Sandulli y D'Angelo, como no podía menos; y se refiere a las servidumbres públicas reales (que contienen un deber de respeto y abstención a cargo del propietario frente a su ejercicio), con la fundamental advertencia de que, mientras la jurisprudencia italiana reconoce indemnización por éstas últimas (aun si son de origen contractual o paccionado), generalmente no lo hace respecto a las otras limitaciones.[36] Acto seguido Giannini elenca las "otras" limitaciones en sujeciones del propietario a potestades administrativas de control, de conformación o de dirección. Dada la reconocida capacidad del ilustre jurista italiano para acuñar su vocabulario jurídico ha de hacerse una advertencia previa al respecto. Por potestad de control entiende aquí fundamentalmente la de dictar las autorizaciones administrativas, en el sentido amplio de actos que crean o permiten el ejercicio de un derecho extraño a los entes públicos, que sólo el particular puede tener, pero sólo mediante autorización, como bien lo ha expuesto en su Curso; por potestad conformadora del derecho de propiedad entiende la de imponer los modos en que el bien deberá ser utilizado, si lo es y sin obligación de que lo sea; y por control directivo o programador entiende "la sustracción al propietario de los poderes de decisión acerca de la utilización y el goce del bien, porque una parte de esos mismos poderes se confiere a la autoridad pública: así, el propietario del bosque "vinculado" puede decidir utilizar el bosque para extraer leña, pero no puede decidir dónde y cómo cortar los árboles; esto lo decide la autoridad pública" (Diritto Pubblico dell'Economia, Il Mulido, Bologna, 1977, pág. 107). Igual noción aplica el autor a la potestad de dirección o programación de la empresa privada, cuando dice: "se trata de una relación orgánica de tipo general en el derecho administrativo, en la cual a un sujeto público se atribuye una potestad de disponer parcialmente de las decisiones (scelte) de otro sujeto, en posición de sujeción, quien puede ser tanto público como privado" (op. cit. ídem, pág. 181).

En el caso de la limitación referida a una potestad de dirección o programación aparece lo que el autor ha llamado la "propiedad funcionalizada", de cuya descripción bien se desprende que su más importante rasgo consiste en que la potestad de dirigir y decidir, en lugar del propietario, implica o lleva inherente la de darle órdenes e imponerle regulaciones, cuya forma jurídica puede

---

(36) Giannini, *I Beni Pubblici*, op. cit., pág. 128; y *Sull'Azione dei Pubblici Poteri*, op. cit., págs. 8 y sigtes, que describen el empleo históricamente progresivo de los diversos medios y métodos de intervención de la Administración en la economía, enteramente aplicables a la propiedad privada, siempre en el sentido de un aumento en las ablaciones de potestades y en las potestades de dirección y de ordenación sobre el particular empresario o propietario. García de Enterría y Parejo Alonso describen parecido fenómeno en lecciones de Derecho Urbanístico, capítulo primero, histórico e institucional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ser diversa (orden común, instrucción, acto administrativo general o bien reglamento). Como agudamente lo ha formulado el mismo autor en otro importante escrito, se trata de una intervención del Estado en la economía, usando el instrumento de la propiedad como objeto pasivo de conformación y orientación de su parte, que empieza con las autorizaciones y desemboca, finalmente, pasando por los llamados "ordenamientos sectoriales", en la planificación o programación imperativas de la propiedad o de la libertad privadas. Detengámonos un momento en el esquema de este importante enfoque, anticipado por su ilustre autor desde mucho antes, cuando habló de los bienes privados de "uso controlado". Insistamos en las "autorizaciones".

Autorizaciones. Es sabida la crisis actual del concepto de la figura, tanto en punto a estructura como en punto a función.

1) Estructura. La figura clásica seguía la definición consistente en decir que la autorización es un acto administrativo discrecional, cuyo efecto y función son remover un límite puesto por el ordenamiento al ejercicio de un derecho subjetivo preexistente, de un ente público o de uno privado.[37] Fundamental en este concepto es entender que la autorización carece de efecto constitutivo del derecho subjetivo cuyo ejercicio habilita, porque el mismo ha sido atribuido previa y simultáneamente por otra norma, como parte de la esfera jurídica normal del sujeto autorizado. El ejemplo típico es el del derecho a educar, garantizado como libertad pública por el artículo 79 de la Constitución, cuando dice:

Artículo 79: "Se garantiza la libertad de enseñanza. No obstante, todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado".

Este derecho constitucional e inalienable del ciudadano y del hombre, existe por disposición constitucional y no lo podría suprimir la ley ordinaria; pero ésta puede —como lo ha hecho— sujetar su ejercicio a autorización previa, para velar por la compatibilidad del proyecto docente con el interés público en una educación de nivel aceptable y de valores congruentes con la filosofía democrática y humanista de nuestro Estado. Es un caso cristalino. La figura se torna mucho menos clara cuando no hay ley que atribuya el derecho sujeto a autorización, por aparte de la norma que la exige; y llega a ser más oscura y dudosa todavía cuando hay ley que prohíbe expresamente la actividad, salvo autorización en contrario.[38]

Las objeciones más decisivas contra el ya enunciado concepto (de la estructura) de la autorización, como remoción discrecional de límites legales a un derecho, no son, sin embargo, provenientes del derecho positivo, sino de la teoría general manejada por esa definición, a saber: a) Las autorizaciones son actos discrecionales. Ahora bien: donde hay discrecionalidad no puede haber, correlativamente, un derecho subjetivo.[39] Puede ser dudosa la aserción contraria, sea: la de que donde hay regla y vinculación legal siempre hay un derecho subjetivo y nunca un interés legítimo, lo que parece aceptable únicamente cuando la regulación sea total, por ser reglados tanto el motivo como el contenido del acto administrativo. Es lo cierto, sea cual sea la suerte de esta última afirmación, que el particular titular de un derecho cuyo ejercicio depende de una autorización discrecional guarda frente a la Administración una posición igual a la del que pretende una concesión de un nuevo derecho, también discrecional, pues en ambos casos puede ser legítimo denegar el acto e impedir legítimamente, con ello, la legitimidad de

---

(37) Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1954, tomo I, pág. 264; Guido Landi, Giuseppe Potenza, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1960, págs. 211; y Donato Donati, *Scritti di Diritto Pubblico, Atto Complesso, Autorizzazione, Aprovazione*, vol. II, págs. 61 y 62, CEDAM, padova, 1966.

(38) Esta es la hipótesis normal y la autorización funciona casi siempre como una dispensa de esa prohibición; véase por ej.: art. 142 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional: "Art. 142: Ningún Banco privado podrá operar sin la autorización expresa del Banco Central. . .". Es decir: la actividad privada esta prohibida, sin esa autorización. Es uno de los puntos débiles del enfoque tradicional: acepta que la autorización supone una prohibición de ejercicio del derecho preexistente sujeto a ella, lo que equivale a decir que antes de la autorización no había derecho subjetivo. La autorización, consecuentemente, es constitutiva; véase García de Enterría, Curso., op. cit., tomo II, pág. 123; ver José Luis Meilan Gil, *Sobre la Determinación Conceptual de la Autorización y de la Concesión*, RAP, No. 17, 1973, págs. 85 a 88, especialmente 86; Ramón Martín Mateo, *Silencio Positivo y Actividad Autorizante*, RAP, No. 48, 1965, págs. 213, 214 y 215, especialmente esta última.

(39) La definición del interés incluye normalmente la mención al carácter discrecional de la potestad administrativa correlativa; así Pietro Virga, *La Tutela Giurisdizionale nei Confronti della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, pág. 31. Cuando las definiciones del interés legítimo no se refieren expresamente al carácter discrecional de la potestad administrativa de correlato, la presuponen, pues, caso contrario, si hubiese potestad reglada en cuanto a motivo y contenido, habría derecho subjetivo en favor del interesado (a exigir el acto favorable a su interés).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

la conducta correspondiente al presunto derecho del interesado.

La observación decisiva es que en estos casos, dada la inexistencia de la potestad de exigir en el particular, reflejo de la potestad de no acceder de la Administración, la autorización tiene función constitutiva de un derecho que antes de ella no existía, aunque, para existir, requiera —si así se acallan las objeciones clásicas— de otro derecho de base.[40] El argumento deja de ser determinante sólo cuando la autorización es acto totalmente reglado, correlato de un derecho subjetivo preexistente, que incluye entre sus potestades, la de exigir la autorización. b) La autorización supone normalmente un derecho subjetivo a definir y por configurar. En efecto: se da frecuentemente ante un particular que carece de todo derecho a ella y al acto o actividad que intenta realizar, no sólo porque es normalmente discrecional autorizar, sino porque, en razón de su estructura, el presunto derecho subjetivo muchas veces no puede existir con un contorno definido. A este efecto importa hacer ver que en el derecho actual, ante todo en el económico (agrario, urbanístico, de la planificación, etc.), el ordenamiento interviene sobre la conducta privada (del propietario o del empresario) cercenando facultades o potestades comprendidas en otras, que simultáneamente atribuye a la Administración.

Las mismas no existen con definición y regulación autónomas en el derecho privado, pero el derecho público, dada su importancia social, las "connota" y distingue de otras muchas, amorfas o informes, que también integran latente o germinalmente el contenido de las potestades o derechos privados complejos (como la propiedad o la libertad de empresa). Así, para seguir los ejemplos del ilustre autor, cualquiera puede comprar y usar lo que no le esté prohibido, pero si quiere comprar y portar armas de fuego, debe obtener autorización administrativa; cualquiera puede construir su predio previa licencia municipal, pero si quiere construir un depósito de materias inflamables o una cámara frigorífica, tiene que obtener autorización del departamento técnico del Ministerio de Salud, adicional y específica para ese fin.[41] Esta es la situación en muchos ordenamientos urbanísticos modernos, donde la potestad de construir ha sido extraída del derecho clásico de la propiedad, para convertirla en materia de licencia municipal. ¿Qué sentido tienen todas estas autorizaciones? Sólo es posible contestar adecuadamente si se para mientes en que, aun si el derecho favorecido con la autorización fuese preexistente a ésta, es muy frecuente que sea la autorización misma la que fija las condiciones y términos para su ejercicio y, como consecuencia, la que activa potestades ulteriores de vigilancia, de ordenación y dirección, para someter el uso de la propiedad privada a fines impuestos por el Estado, que coexisten con los del dueño y que, en caso de conflicto, prevalecen.[42] En otras palabras: o bien la Administración concede ex novo un derecho antes inexistente; o bien lo concede conformado y/o sujeto a posterior conformación, por actos sucesivos de la Administración en su calidad de titular de potestades de control, de ordenación y de dirección sobre el uso de la propiedad, que garantizan la adecuación funcional del derecho subjetivo correspondiente a un fin público, distinto (aunque no necesariamente opuesto) al del particular propietario. Ocurre en este aspecto algo similar a lo que pasa con la expropiación, que no es negocio traslativo sino constitutivo del dominio, porque el Estado no se limita a suprimir un dere-

---

(40) Ricardo Villata, op. cit. págs. 64 y 65.

(41) Giannini, M.S., *Diritto Amministrativo*, tomo II, pág. 1095, donde dice: "Se puede constatar que los procedimientos de autorización tienen todos una estructura lógica que se compone de tres elementos: un poder del particular, una connotación jurídica del poder hecha por la norma, un acto administrativo que administra tal connotación". Ejemplos: quiero cortar árboles; para hacerlo necesito autorización, siendo ese aspecto de la explotación forestal el único que esta previsto por la ley expresamente, que así, al aislarlo para darle un tratamiento jurídico, lo "connota" por sí y en sí; luego, la autorización indica donde debo cortar, que tipo de árboles, por cuanto tiempo, con qué intensidad diaria, etc. Esto último que aquí el autor llama "administración" de la facultad o potestad "connotada", es lo que también llama "conformación de los mismos".

(42) Véase nota 31. Puede agregarse que lo más típico de las autorizaciones que inciden sobre el mundo económico con función "conformadora" es precisamente la creación de esta relación permanente entre Administración y propietario (o empresario), dentro de la que generalmente la Administración concede favores a cambio de prestaciones y de sujeciones intensas a órdenes; ver al respecto: Flaminio Franchini, *Le Autorizzazioni Amministrative Costitutive di Rapporti Giuridici fra l'Amministrazione e i Privati*, Giuffrè Milano, págs. 60 y 67; José Luis Villar Palasi, *La Intervención Administrativa en la Industria*, Instituto de Est. Políticos, Madrid, 1964, págs. 311, 312, 319 y 320; Pierre Livet, *L'Autorization Administrative Prealable et Les Libertes Publiques*, L.G.D.J., 1974, págs. 62, 63, 205 y 206, y 267 a 271, especialmente la última; igualmente García de Enterría, op. cit. Curso, tomo II, págs. 124 a 127.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cho del particular y/a sustituirlo en la titularidad del mismo, sino que más bien crea para él un nuevo derecho originario, sustituto y totalmente independiente del que suprimió, y limpio de todo gravamen previo, impuesto por el anterior dueño. Igualmente, la autorización no confirma o habilita el ejercicio de un derecho preexistente, sino que lo crea o, si no lo crea, lo conforma y ordena a fines impuestos por el Estado, por encima del interés del propietario, como si ese derecho subjetivo nunca antes hubiese existido, con ese contenido y esa "función social". Lo que nos lleva a definir ésta en las autorizaciones.

2) Función. Es este quizá el aspecto más importante del nuevo enfoque de la autorización. Porque si es discutible (aunque sólo difícilmente) el anterior esquema estructural, no lo es, en cambio, la observación decisiva de que obviamente la función de la autorización nunca es o casi nunca es simplemente remover un obstáculo al ejercicio de un derecho preexistente (efecto imputable —si acaso— al ordenamiento y no a la voluntad del agente público, que busca más bien construir el nuevo derecho y, sobre todo, garantizar un resultado por su utilización), sino claramente determinar el contenido y el fin de su ejercicio, con vistas de objetivos específicos a lograr por la Administración a través de la conducta (acto o actividad) autorizada. Hemos hecho ver ya que existen muchos tipos de autorización, cada uno con efectos más graves e incisivos, sobre la propiedad y libertad. Sin embargo, para lo que nos interesa, basta decir que todos esos tipos pueden reducirse a dos modelos: el de la autorización que se limita a condicionar su otorgamiento y su propia revocación a una serie de condiciones y términos inicialmente establecidos; y el de la autorización que, al conferir una posición jurídica de beneficiario al interesado, en función del interés público, crea una relación durable de supremacía especial entre la Administración y él, quien, a partir de ese instante, queda sujeto a potestades administrativas de darle órdenes, instrucciones y directivas, lo mismo que de adoptar decisiones concernientes al giro de la propiedad o de la empresa, potestades que se reputan inherentes o concomitantes a la de autorizar. De este modo, dicha potestad, aparentemente ordenada a permitir el ejercicio de los derechos subjetivos del particular (en el errado enfoque que criticamos), se convierte en el instrumento más usual y eficaz para sujetar la propiedad y la empresa privadas a la voluntad ordenadora y directriz de la Administración dentro de una relación continua de supremacía de ésta con paralela sujeción del individuo.

La "limitación" al derecho de propiedad sujeto a "explotación autorizada", no consiste, como se cree, o no consiste principalmente, en la necesidad de recabarla ni en la posibilidad de no obtenerla, sino, lo que es mucho peor, en la necesidad de sujetarse a la voluntad ordenadora, reguladora y directriz de la Administración, si se obtiene. Cuando todos estos actos y potestades de supremacía administrativa se coordinan, lo mismo que las ablaciones de contenido en los derechos de libertad y de propiedad, para dirigirlas todas hacia la realización de ciertos objetivos comunes, surgen los ordenamientos sectoriales y la planificación, cuya diferencia es principalmente cuantitativa, pero también cualitativa, pues acentúan al máximo la "funcionalización" de la propiedad y de la libertad privadas, sobre las que recaen.

3) Conclusión: La autorización es un acto constitutivo del derecho que autoriza, sea porque ella lo crea, sea porque, aunque preexista en el interesado, la autorización normalmente conforma y define sus atributos, privándolo de unos, modulando y condicionando el alcance y ejercicio de los que autoriza y, en la hipótesis del derecho económico, "funcionalizando" la propiedad, en mayor o menor grado, para fines sociales, en muchas ocasiones a través de potestades concomitantes, que permiten conformar nuevamente el mismo derecho subjetivo privado, para ajustarlo a las circunstancias cambiantes de su ejercicio y darle la mayor productividad y eficiencia en beneficio de la colectividad, dentro de una relación autoritaria de duración.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA EVOLUCION RECESIVA DE LAS LIMITACIONES Y EXPANSIVA DE LA EXPROPIACION

Lo dicho revela una crisis del concepto y del alcance de las limitaciones a la propiedad, muy similar, por lo demás, a la que afecta la expropiación, antes descrita, pero de signo inverso. Pues mientras la de la expropiación es una evolución expansiva —como la ha llamado felizmente Alejandro Nieto y como lo veremos de inmediato— la de las limitaciones es una evolución recesiva. La razón es que los mismos cambios históricos y socio-económicos posteriores a las dos guerras mundiales, sobre todo a la segunda, han impuesto esas encontradas rutas de una y otra institución. En efecto: han caído por su base casi todos los supuestos justificantes de las limitaciones y de sus ya anotados rasgos, en su concepto clásico expuesto.

i) Ha caído, en primer término, la óptica que ve al Parlamento o Asamblea Legislativa como únicos auténticos representantes del Pueblo. Tal posición, heredada de las Monarquías Constitucionales y de los sistemas parlamentarios europeos, no condice con el sistema presidencial de Gobierno, propio de C.R. y de muchos países de L.A. En Europa el Parlamento ha tenido siempre la representación máxima del Pueblo, sea como contralor opuesto al Monarca-Gobierno en las Monarquías constitucionales, sea como depositario de todas las ideologías y tendencias políticas del régimen democrático y parlamentario actual. El Gobierno, con ser poderoso (parlamentarismo de Gabinete), es siempre, ello no obstante, parte vicaria del Parlamento, cuyas principales funciones son justamente la orientación y el control políticos del Gobierno, que emana del parlamento. En C.R. —y en casi todos los sistemas presidencialistas de L.A.— tal esquema falla por su base, puesto que el Presidente también representa la voluntad del pueblo y a nombre de él ejerce su mandato.[43] Ello no obstante, nunca ocurrió, antes de las dos guerras mundiales, que irrespetara las reservas de ley o que éstas le fuesen cedidas por la Asamblea Legislativa, no al menos en C.R. A partir de la primera guerra, con fluctuaciones y retrocesos, pero sostenida e irreversiblemente después de la segunda, por el fortalecimiento del Poder Ejecutivo —sobre todo por razones del volumen y complejidad de la regulación necesaria y por el bajo nivel técnico comparativo de las Asambleas Legislativas— éstas abdican en el Gobierno las intervenciones sobre la propiedad y la libertad, que hoy se crean normalmente por reglamento o acto administrativo, fundados en una autorización de ley, frecuentemente incapaz para contener al Poder Ejecutivo en su despliegue normativo. Este, por su parte, ha dictado regulaciones fundamentales para el régimen de aquellos derechos y, sobre todo, se ha recetado, por vía reglamentaria, toda clase de potestades de intervención concreta y preceptiva al respecto.

ii) Las limitaciones son de origen fundamentalmente administrativo, por todo lo que queda expuesto. No están frecuentemente cobijadas, frente a los derechos e intereses del particular, por la autoridad cuasisoberana de la ley, expresión de la máxima representación popular. No obstante que subsiste la reserva de ley en punto a la libertad (artículo 28 C. Política) y a la propiedad (artículo 45), esas reservas son claramente relativas y claudicantes ante las múltiples delegaciones legislativas, limitadas o en blanco, en favor de la potestad reglamentaria y aun de actos administrativos, de alcance general o concreto, para llevar a cabo las intervenciones sobre ambos bienes constitucionales.[44] Y las limitaciones legislativas fundamentales, según se explicó, son precisamente las

---

(43) Art. 130 C. Política: "El Poder Ejecutivo lo ejercen, en nombre del pueblo, el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores"; véase Rotondi, op. cit., págs. 85 y 86, que sostienen tesis similar para el régimen parlamentario europeo.

(44) Es evidente, sin embargo, que para ser válida la delegación legislativa tiene que ser acotada y dirigida, sin lo cual puede entenderse como una claudicación prohibida de la Asamblea Legislativa en favor de la Administración Pública, aun si no hay norma constitucional prohibitiva de la delegación y con mayor razón si la hay, como ocurre en Costa Rica con el art. 9 C. Política. Nuestra Corte Suprema ha interpretado que la delegación es posible incluso en materia reservada a la ley —como la tributaria— siempre y cuando la ley delegante fije límites y directrices a la reglamentación administrativa; ver votación de sesión extraordinaria de Corte Plena, de 8 hrs del 29 de noviembre de 1973. Si la ley delegante no fija esos límites, hay violación del art. 9 C. Política; y si los fija y la reglamentación los desborda, hay, además, violación de la ley delegante, pero siempre se vulnera la Constitución. En Costa Rica no

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

administrativas, porque consisten en potestades de esa índole, justamente para permitir a la Administración mayor posibilidad de decisión, de maniobra y de adaptación de las intervenciones públicas a la cambiante realidad socio-económica a la que van destinadas y, concretamente, a las cambiantes utilidades sociales a derivar en cada coyuntura de la propiedad.

iii) Las limitaciones no siempre son generales. Cuando provienen directamente de la ley, es perfectamente posible, primero, la existencia de leyes concretas, referidas a casos e individuos identificados, con igual alcance subjetivo que el acto administrativo.[45] Las llamadas leyes —providencia o leyes— decisión se multiplican para resolver multitud de casos irrepetibles, o no previstos, o situaciones de urgencia, con la autoridad de la ley —inmune a la jurisdicción contenciosa de legalidad— y su constitucionalidad está admitida hoy por casi todos los tribunales constitucionales de Occidente. Pero, por otra parte, el texto general de la ley, por abstracto (respecto del supuesto de hecho previsto para su aplicación) y por indeterminado (respecto del sujeto a quien se aplicará), nada dice de su generalidad real u objetiva. Una ley formulada en abstracto para una serie indefinida de casos puede aplicarse sólo a unos muy pocos sujetos y, eventualmente, sólo a uno; en tanto que un acto administrativo dirigido a sujetos identificados, y todavía más, uno general, puede afectar a grandes cantidades de individuos o empresas.[46] Así, la ley del decimotercer mes para el trabajador privado en C.R. contempló la obligación de pagarlo completo únicamente en contra de empresas que devengan más de una cierta utilidad neta, la cual, en realidad, sólo devengaba una empresa multinacional, y la norma se hizo a sabiendas de que así era. Es el caso de las leyes fotográficas o, como decía un ilustre político costarricense (Ricardo Ji-

---

hay delegación legislativa pura o propia, para que el Gobierno dicte leyes delegadas, que la misma votación de C. Plena, antes citada, reconoce como inconstitucionales. En cuanto a los límites necesarios en toda delegación, propia o impropia, véase Eduardo García de Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Tecnos, 1970, Madrid, págs. 123 a 125, donde el autor dice expresivamente: "No puede la ley, según sabemos, referirse en blanco a lo que la Administración decida, porque ello supondría no una delegación legislativa, sino algo sustancialmente distinto, una Ley de plenos poderes, una abdicación de la posición y poderes del órgano legislativo en favor de otro órgano constitucional, lo cual tampoco es posible en nuestro sistema. Esta indicación de contenido de la futura norma administrativa que queda anticipadamente elevada de rango, es lo que constituye, en este supuesto específico de delegación, los llamados "límites de la delegación". En la práctica legislativa, las delegaciones en favor del reglamento se hacen no sólo sin indicación de límites y sustancialmente en blanco o con límites contradictorios o irrelevantes (que no tocan la parte importante de los problemas técnicos o sociales a regular), sino, lo que es mucho peor, en favor de entes autónomos, lo que va contra el art. 9, de la Carta, que sólo menciona al Poder Ejecutivo; si Corte Plena ha optado por entender esta norma en el sentido de que prohibe únicamente las delegaciones propias, que autorizan leyes dictadas por el Poder Ejecutivo, para permitir sólo los reglamentos delegados, pudo, al menos, limitar la respectiva potestad por razón del beneficiario y tener por constitucional únicamente la que se hace para el Poder Ejecutivo. Este, en Costa Rica, detenta la representación nacional, es órgano constitucional en paridad de rango con la misma Asamblea y tiene a su cargo la dirección política de la función administrativa, la descentralizada inclusive. Es obvio que permitir la delegación legislativa en beneficio de un ente autónomo y de sus reglamentos, es cosa totalmente distinta y mucho más grave que dársele a un órgano con el nivel institucional del Gobierno, mucho más capacitado para reglamentar las materias nobles o decisivas, por rango y función.

(45) Véase el hermoso artículo de Ernst Forsthoff, *Stato di Diritto in Trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, págs. 109, 110, 111, 113, 115, 116, donde el autor, no obstante reconocer los peligros que la ley-acto o decisión comporta (como la violación de la separación de funciones), encuentra necesario admitir su existencia por los imperativos de la vida política y social actual, que exigen al legislador, en ocasiones, en la vida colectiva —sobre todo económica— para poner orden en casos concretos. El autor define la "ley-singular" o "ley-acto" en función precisamente de lo que es jurídicamente el acto por contraposición a la norma: "El acto (provvedimento en la traducción italiana) es "actio" y tiene su antípoda en los actos de soberanía constitutiva. Característica del "acto" es una específica relación entre medio y fin. El acto va dirigido a un determinado fin. A este fin van adaptados y subordinados los medios usados para lograrlo. A todos los actos de soberanía constitutiva (legislativa) es extraña la persecución de un fin, en éste sentido concreto y asequible. (pág. 110). . . "La ley-acto debe tener características tales que garanticen una correspondencia objetiva entre fin y medios. Se trata de un acto que no puede y no debe constituir nada (normativo), sino que contiene reglas que miran y están subordinadas a la realización de un fin. La ley-acto nace, consecuentemente, de una determinada situación y guarda con ella una relación previsible y lógicamente realizable" (págs. 111 y 112). En Costa Rica la ley singular parece admisible, porque la división de poderes no significa una distribución estricta de funciones desde el punto de vista de su contenido —como lo pretende la clásica doctrina material de ellas— aunque estén expresamente autorizados algunos ejemplos de ley singular. Ello no es taxativo, en nuestro concepto, y más bien abre la posibilidad para entender que puede haber otros, siempre que, desde el punto de vista de su contenido, sean compatibles con la Constitución en todas sus normas. La ley singular que no está prohibida, está permitida, posición que corresponde en general a la Asamblea Legislativa dentro del sistema, pues su libertad es más parecida a la autonomía privada que a la discrecionalidad administrativa, siempre dentro del marco de la Constitución. El principio constitucional fundamental que deberá respetar toda ley singular es, naturalmente, el de igualdad.

(46) D'Angelo. op. cit. págs. 197 a 202, especialmente la primera.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ménez Oreamuno), de las leyes con "cara de gente". Por otra parte, una orden administrativa general, por ej.: la clausura de todos los aeropuertos privados del país, dirigida a un número pequeño y determinado de personas, afecta a todos los que tienen ese tipo de propiedad. La generalidad ni es exclusiva de la ley, ni puede condicionarse a ella la existencia de una limitación a la propiedad privada. Hay limitaciones legislativas concretas, y limitaciones generales de índole administrativa, y todas lo son.

iv) Las limitaciones a la propiedad son hoy fundamentalmente positivas y consistentes —mucho más que en meras abstenciones— en una sujeción a obligaciones de dar y hacer y a potestades preceptivas y ordenadoras de la Administración, que inciden profundamente sobre la situación legal del propietario, sea privándolo de atributos del dominio, sea modulando puntualmente el ejercicio de los que titula, eventualmente sin un mínimo de libertad y con un máximo de gastos, en orden a la realización de fines públicos impuestos por la ley o por la Administración.

v) Es imposible distinguir hoy entre limitación y expropiación por razón del origen público del daño, según que sea ley (limitaciones) o acto administrativo (expropiación), ni tampoco por la extensión del acto ablativo o negativo, según que sea daño general y normativo (limitación), o daño concreto e individualizado (expropiación).[47]

vi) El criterio posible de distinción entre expropiación y limitación no indemnizable a la propiedad tiene que ser extraño, en consecuencia, a los requisitos de tipo formal, y atinente exclusivamente a criterios de tipo material, relativos a la lesión resarcible. Es en el análisis de ésta, correlacionada con el derecho subjetivo lesionado, que radica la posibilidad de determinar cuándo hay limitación similar a la expropiación, porque implica sacrificio verdadero e indemnizable del derecho de propiedad o de cualquiera otro patrimonial; y cuándo hay limitación no indemnizable distinta de la expropiación, porque no inflinge daño grave al derecho en cuestión, sino que lo ordena y conforma dentro de límites normales, que deben aceptarse como consecuencia de la vida en sociedad. Es evidente que si puede haber expropiación por ley, puede sobradamente la ley operar otro tipo de sacrificios menos graves, pero intensos y extraordinarios, también indemnizables, aunque no sean precedidos por el procedimiento típico de la expropiación como acto ablativo. Esta última conclusión ha determinado el que, a la inversa de la evolución de las limitaciones a la propiedad privada hacia una convergencia con la expropiación, se haya dado paralelamente un movimiento expansivo y reafirmativo de ésta, como garantía general del patrimonio total del individuo, hasta abarcar figuras tan distintas de la expropiación clásica como la responsabilidad pública y, dentro de ella, tanto la que es por acto legítimo, como la que se da por acto ilegítimo, y esto principalmente después de la Segunda Guerra mundial (sobre todo en Alemania y en Italia). No es cosa de resumir aquí esa trabajosa evolución, que ha sido ya bien descrita en sus etapas y rasgos principales.[48] Valga únicamente el poner de relieve su punto de arribo: la íntima conexión establecida entre la expropiación y la responsabilidad pública en Occidente.

LA EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD PUBLICA Y SU CONEXION CON LA EXPROPIACION

Es importante advertirla, porque se trata de otro sistema legal llamado —como la expropiación— a resarcir lesiones causadas por el Estado. La diferencia fundamental radica en que en tanto en la expropiación la lesión es el contenido del acto público, al que éste va intencionalmente dirigido, en la responsabilidad la lesión es accidental y no querida, tanto si era previsible (lesión culposa)

(47) D'Angelo, op. cit., págs. 199 y 200; y nadie puede negar la existencia de las limitaciones originadas en planes urbanísticos y de reforma agraria, necesariamente administrativos y no legislativos. Todo el segundo volumen de la importante investigación de Bartolomei, Franco, *L'Espropiazione di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 19 está dedicada a la que opera mediante ley, ope legis.

(48) Se trata de los trabajos de Nieto y de Parejo, así como de la obra de D'Angelo, Capítulo Quinto, Lecciones Segunda y Tercera, ya citadas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

como imprevisible (lesión objetiva). Pero en ambas se presenta el problema de resarcir un daño causado. La similitud se acentúa al máximo cuando se acepta —y para quien lo acepta— la posibilidad de responsabilizar al Estado por actos y actividades legítimos, como la expropiación, nacidos del funcionamiento normal del Estado o de la Administración Pública, sin culpa ni dolo de nadie, para la obtención o cumplimiento de los fines públicos encomendados a ella.

i) Alemania.

Durante un largo proceso —que se inicia en la Edad Media, con la teoría de los jura quaesita, pasando por los artículos 74 y 75 de la Introducción al Código General Prusiano de 1794, siempre con fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas, que se entendía vulnerado cada vez que el Estado infligía un sacrificio singular a alquien para la persecución de un fin público— se llevó a cabo en Alemania una extensión progresiva del régimen y del concepto de la expropiación, que culminó con la aplicación de la institución a toda incidencia legítima o ilegítima, legislativa o administrativa, sobre los derechos patrimoniales del individuo. Toda lesión inferida a un patrimonio privado por el Estado resulta indemnizable sobre el fundamento del artículo 14 de la Constitución Federal de Bonn (y antes con base en el artículo 153 de la de Weimar, 1919) y se denomina "ablación similar a la expropiación" o "ablación expropiatoria".[49] Dentro de esta rica doctrina cabe incluso todo el sistema de responsabilidad pública del Estado, aun aquella que lo es por acto ilegítimo o culpable, pues, en el decir de un notable expositor del sistema:

> "Según el tribunal (Federal Contencioso-Administrativo), el hecho de que una intervención sea antijurídica demuestra ya que el sacrificio impuesto al individuo mediante la intervención en su situación jurídica *sobrepasa el límite común de sacrificio y constituye, por eso mismo, un sacrificio particular que obliga al resarcimiento del daño*" (Gunther Jaenicke y Peter Selmer, La Responsabilità dello Stato per la l'Azione Antigiuridica dei Suoi Organi Amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca", en La Responsabilità della Pubblica Amministrazione, UTET, Torino, 1976, pág. 102).

De este modo, siempre que haya una lesión que "sobrepase el límite común de sacrificio" debe haber indemnización, sea legítimo, o no, el origen del sacrificio extraordinario o especial, y aunque éste haya sido inferido mediante la creación, por norma o acto administrativo, de una limitación de interés social a la propiedad o a cualquier derecho patrimonial del individuo.

ii) Francia.[50]

En Francia la evolución del sistema siguió diversa y más trabajosa orientación, debido precisamente al dogma de la soberanía de la ley como conformadora y creadora del ordenamiento jurídico. De este modo, la lesión inferida por una ley, cualquiera que fuese aquella, no era indemnizable, salvo expresa o presunta —pero, en este caso, clara e inequívoca— voluntad en contrario del legislador. Si éste nada decía o expresamente negaba la indemnización, la misma era jurídicamente imposible.

El 4 de enero de 1938, en "arret" La Fleurette, el Consejo de Estado, siguiendo ideas pioneras de León Duguit y a su Comisario de Gobierno, Roujou, aceptó y declaró la responsabilidad del Estado por daño inferido por una ley (que, al prohibir la fabricación de un producto alimenticio, principal giro de la empresa, obligó a su clausura). Pero expresamente el fallo fundó su declaración, dada en el silencio de la ley, en la voluntad presunta favorable del legislador. Muchos años más tarde, y no antes, por "arret" Bovero del 23 de enero de 1963, el Consejo de Estado volvió a reconocer responsabilidad estatal por acto legislativo e invocó el principio de igualdad ante las cargas públicas, emanación del general principio de igualdad de todos ante la ley, y no mencionó ni invocó la voluntad presunta del legislador.

El Decano Vedel llega, con base en tal fallo, a

---

(49) Gunther Jaenicke y Peter Selmer, *La Responsabilità dello Stato per l'Azione Antigiuridica dei suoi Organi Amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca*, en *Studi di Diritto Comparato*, UTET, Torino, 1976, págs. 100 a 102 y 135 a 137.

(50) La obra más importante en la doctrina francesa sigue siendo la ya clásica de René Chapus, *Responsabilite Publique et Responsabilite Prive*, L.G.D.J., París, 1957, pero la misma da poca cuenta de la responsabilidad por ley y acto legítimo, tema sobre el cual la doctrina francesa a nuestro alcance es omisa. La obra que estudia mejor el tema es la de Pierre Devolve, *La Principe d'Egalite devant Les Charges Publiques*, L.G.D.J., 1969, París.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

enunciar un principio general del derecho público francés en materia de responsabilidad por acto legislativo o legítimo, como sigue:

> "en todas las hipótesis en las que la regularidad del comportamiento del poder público no puede ser atacada ante el Juez de la constitucionalidad o de la legalidad strictu sensu (ley, acto de gobierno, decisión jurisdiccional definitiva) el principio de igualdad ante las cargas públicas debe permitir la reparación de los perjuicios especiales que superen cierto grado de seriedad, si el acto causante no prohíbe expresamente dicha reparación" (Droit Administratif, 1975, Presses Universitaire de France, 1975, págs. 415, 416 y 418).

Esta regla tiene hoy consolidada jurisprudencia a su favor en Francia. No puede negarse la similitud entre tal afirmación del ilustre jurista para el sistema de la responsabilidad pública y la que, por iguales razones e invocando los mismos principios, debería hacerse para el sistema de las limitaciones de la propiedad privada que infieren un daño especial al propietario, en perfecto acuerdo y conformidad con el derecho vigente, por superar ese daño "cierto grado de gravedad" o, como dicen los tribunales alemanes, por "sobrepasar el límite común de sacrificio".

iii) Italia.

Es sobre bases parecidas que se ha regulado en Italia el problema de la responsabilidad del Estado. Suministran allá base constitucional suficiente los artículos 3 y 42 de la Carta, que consagran las garantías individuales de la igualdad ante la ley y de la propiedad privada. El principio de igualdad es el pivote del sistema, muy probablemente por las influencias alemana y francesa, que corresponden a ordenamientos más evolucionados institucionalmente. Pero, en realidad, la garantía de la propiedad privada juega independientemente, como la doctrina lo ha puesto de relieve, pues una derogación constitucional de una sola cualquiera de las dos garantías permitiría siempre mantener vivo el principio de que todo daño causado por el Estado en su funcionamiento normal para la obtención de un fin público debe ser plenamente indemnizado, porque lo contrario resultaría violatorio sea de la igualdad ante la ley, sea de la intangibilidad de la propiedad privada. De este modo, sostiene la doctrina italiana, aunque un daño sea general, es opuesto a la garantía de la propiedad y tiene que ser indemnizado, y con mayor razón si es especial y confinado. Ese daño es un costo de la actividad pública y como tal tiene que pagarse. Es Renato Alessi quien quizá mejor lo ha formulado, diciendo que existe:

> "un principio de justicia distributiva, según el cual la carga necesaria para la producción de una utilidad colectiva viene proporcionalmente distribuida entre todos los miembros de la colectividad y no debe pesar sobre uno sólo, en razón de lo cual todo sacrificio sufrido por un ciudadano en su patrimonio más allá de lo que contribuye a la sociedad en virtud de ley tributaria debe ser compensada por el Erario Público" (L'Illecito e La Responsabilità Civile degli Enti Pubblici, Giuffrè, Milano, 1964, págs. 130 y 131).

Lo que resulta ratificado por Giovanni Duni, en una excepcional monografía sobre Lo Stato e la Responsabilità Patrimoniale, cuando dice: "De la igualdad desprendemos que el costo de una acción o de una situación no puede ser a cargo de personas que no actúen y que ni siquiera se aprovechan directamente de la acción o de la situación. Se trata de costos objetivos de una acción tanto si hay necesidad de apoderarse de bienes ajenos, cuanto si la hay de disminuir su valor. Y son costos objetivos también los daños accidentales derivados del riesgo inherente a la actividad. No sería conforme al principio de igualdad un sistema de responsabilidad que excluyese o limitase excesivamente la responsabilidad por actos lícitos o aquella objetiva, y esto no sólo entre particulares sino también cuando el causante es el Estado" (op. cit. pág. 214).

Veremos cómo este enfoque ha tenido ya repercusiones en derecho urbanístico a nivel de interpretación del artículo 42 de la Constitución respectiva por la Corte Constituzionale.

iv) España.

España se ha incorporado a esta importante corriente de pensamiento jurídico, básicamente por la voz de su gran publicista Eduardo García de Enterría, diciendo:

> "Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva) sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo". "La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trata". (Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1977, 1era. Edición, págs. 319 y 320).

Al impulso de estas ideas, la Ley de Expropiación Forzosa, de España, de 16 de diciembre de 1954, dispuso en su artículo 121.1:

> "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contencioso administrativa, sin perjuicio de responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo".

La Ley General de Administración Pública de C.R. (No. 6227 de 2 de mayo de 1978), a tono con esta tendencia objetivista en el enfoque del problema de las obligaciones resarcitorias a cargo del Estado, que centra la fuente de las mismas en la existencia de una lesión *especial,* con independencia de la calificación de la conducta de su autor, dispuso en su artículo 194.1:

> Artículo 194.1: "La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión".
>
> Agrega al artículo 194.3: "El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo".

Ahora bien: la regla puede reputarse seguramente como un principio general de toda prestación resarcitoria del Estado, sea por acto jurídico (expropiación strictu sensu o limitaciones de la propiedad privada), sea por hecho jurídico (responsabilidad extracontractual). Y puede decirse, con base en el mismo, que también valdrá y deberá aplicarse igual principio en C.R. cuando se trate de determinar si son, o no, indemnizables, los daños producidos por una ley, un reglamento o un acto administrativo (por ej.: si son indemnizables, o no, las disminuciones, cercenamientos o modulaciones onerosas impuestas a la existencia o al ejercicio del derecho de propiedad, por uno cualquiera de esos tipos de actos públicos). La regla es que lo serán si son "especiales", por la "pequeña proporción de afectados" o "la intensidad excepcional de la lesión", aunque, en este caso, se trate de muchos damnificados. Si todos han sido seriamente lesionados, todos tendrán igual derecho a la indemnización.

Es evidente que estas reglas no tienen por qué variar cuando hablamos de limitaciones a la propiedad privada, legislativas, reglamentarias o administrativas, pues la única diferencia posible entre estas hipótesis y la responsabilidad pública, es, como se vio, la del elemento intencional del acto público que genera aquellas limitaciones, el cual es irrelevante para imponer tratos o soluciones diferentes, si se enfoca el asunto desde el punto de vista de la víctima afectada (el propietario), que es el único ángulo válido y admisible dentro de esta problemática, y no desde el ángulo equivocado de la culpa o dolo del autor del acto causante, lo que sólo puede conducir a una sanción, estéril como tal para la víctima que busca reparación plena de su daño.[51] Aceptar lo contrario y repudiar este nuevo enfoque, para volver a la calificación de la conducta causante desde puntos de vista diversos, como su naturaleza intencional o culposa, negocial o material, e individual o general, de contenido objetivo o subjetivo (Duguit), es, como bien lo ha

---

(51) D'Angelo, op. cit., págs. 13 y 138: "No hay razón lógica alguna... que, desde el punto de vista que aquí interesa, pueda mover a incluir entre los "límites" de la propiedad (y entre las medidas que disciplinan el goce), y no en el concepto de "Expropiación", las disposiciones legislativas (o dictadas con base en una ley) que sustraen (sustancialmente) del todo al propietario la posibilidad de gozar del propio bien. No se entiende, por cuál razón debe ser indemnizado el propietario de un bien expropiado con vista de una determinada finalidad pública y no también aquel que, para la misma finalidad, sufra un sacrificio mayor que el inferido al primero, en el caso, quiere decirse, en el que le venga impuesta la privación, sin indemnización, de la posibilidad de utilizar el propio bien, aunque conservando la titularidad".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dicho Vedel en bella frase, "hacer de la víctima el responsable" y exponerlo a una derrota segura de su pretensión.

Las situaciones jurídicas objetivas y los derechos adquiridos.

La supremacía de la ley como expresión máxima —aunque ya no única— de la soberanía popular y de la Asamblea como su máximo —aunque no único— representante, lleva a la aceptación de la doctrina de la autoridad formal de la ley como suprema e irresistible potencia activa, capaz de derogar cualquier otra ley o acto inferior en la jerarquía de las fuentes, sin que nadie pueda alegar derechos adquiridos en contrario. En forma más sencilla, nadie —se afirma— tiene derecho adquirido a la inmutabilidad de la ley. Si una situación jurídica de un individuo es —como la propiedad privada— estatutaria y de origen directamente legal, la ley tiene poder ilimitado para alterarla en cualquier sentido, dando o quitando poderes, imponiendo o liberando de deberes, sin que el propietario pueda alegar derecho adquirido alguno con base en el anterior status. La situación de contenido legal y objetivo, según Duguit (padre de la criatura), cambia con la ley o la norma que define y llena su contenido, sin posibilidad ninguna de invocar derechos adquiridos con base en el status legal derogado o reformado.[52]

Diversa, es, sostiene esta teoría, la situación jurídica subjetiva, dictada para un individuo, sea autónomamente, por acto de éste (uni o bilateral); o heterónomamente, por acto de la autoridad, normalmente administrativo. Situaciones tales están formadas por derechos u obligaciones íntimamente adaptados a los intereses y objetivos del sujeto autor del acto generador, fuera de toda interferencia de la ley o de otro acto normativo, que, como tal y por ello mismo, es incapaz para alterar o cambiar ese juego equilibrado de ventajas. Sólo el autor o los autores (si se trata de uno que es plurilateral) del acto generador, son capaces de alterar o suprimir la situación subjetiva así generada y conformada. Si lo hiciera un acto imperativo de diverso origen habría violación de derechos adquiridos con base en el acto y la disposición incidente sería nula; si se tratara de una ley, se trataría de aplicación retroactiva de la ley, también ilegítima y jurisdiccionalmente censurable.

En virtud de tal distinción fundamental, se crea la regla, no menos importante, de que las situaciones objetivas, de origen normativo, pueden ser cambiadas y suprimidas como se crearon, al cambiar la norma que la regula y determina, sin límites ni responsabilidades de ninguna especie.

El poder de la ley a este respecto es ilimitado y total la inexistencia de los derechos adquiridos.

Creo que toda la evolución descrita de la expropiación, de las limitaciones a la propiedad y de la responsabilidad pública, indican que el estado actual del Derecho es distinto y contradictorio con el que esbozan los tres grandes corifeos de esta seductora doctrina, Duguit, Jeze y Josserand.

En efecto: ambos dogmas —el de la inmutabilidad de las situaciones jurídicas subjetivas y el de la mutabilidad de las situaciones jurídicas objetivas— han quedado ampliamente desmentidos por la realidad positiva del Derecho contemporáneo especialmente después de la primera guerra y hasta la fecha, a rastras de la cual va la doctrina privatista y aun la publicista, que no ha sido aquí igualmente ágil y pretoriana que en otros temas e instituciones.

La primera clara afirmación es la de que el llamado "orden público" del derecho privado es capaz para alterar situaciones subjetivas, como las contractuales, típicamente comprensibles dentro del género: así, con las nuevas legislaciones de arrendamientos urbanos en punto a rentas y a su congelación, de moratoria en el pago de obligaciones categorizadas, del tipo de moneda para el pago de las obligaciones, de tasas de interés y de

---

(52) León Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, Segunda Edición, 1924, *Ancienne Librairie Contemoing & Gte Editeurs*, tomo I, págs. 256 y sigtes. y 559 y sigtes. y, sobre todo, tomo V, págs. 308 y sgtes.; Gastón Jeze, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, Bs. Aires, 1949, Editorial Depalma, tomo 1, págs. 119, 189, 191, 205 y 206; véase también en igual sentido aunque con discrepancias sólo aparentes Paul Robier, *Les Conflits des Lois dans le Temps*, Sirey, 1929, tomo I, págs. 54 y 559 y tomo II, págs. 564 a 569: en página 559 del tomo I, el Decano de Lyon transcribe párrafo de Planiol, que muy bien resume la tesis de la precariedad o modificabilidad de las situaciones jurídicas objetivas o normativas, tanto si se origina en una norma de aplicación automática y directa como si nacen del aco-condición que la aplica a un individuo, diciendo: "El legislador no nos garantiza en ninguna forma el ejercicio indefinido en el futuro de nuestros derechos actuales: éstos existen y perviven en la medida de la ley que los rige y los permite; deben sufrir el efecto de todo cambio de la legislación".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

precios oficiales, etc. Pero no interesa aquí este fenómeno, que queda reservado para los privatistas.[53]

Puede afirmarse lo mismo, pero con signo inverso, respecto a los derechos contenidos en una situación jurídica objetiva, nacida de un acto condición (que condiciona la aplicación de una ley imperativa a un caso concreto) o atribuida y definida directamente por una ley (situaciones relativas a la capacidad, estado, nacionalidad, etc.). ¿Podrá una ley alterar esos derechos legales o estatutarios sin límite ni indemnización alguna? [54]

Pese a la general difusión de la doctrina en examen, todo el movimiento favorable a la responsabilidad del Estado por acto legislativo descansa precisamente en un matiz de tal principio, que reconoce la legitimidad de la ley, pero impone responsabilidad por sus consecuencias lesivas. El legislador tiene potestad sin límites, fuera del constitucional que ya sentamos al comienzo de este trabajo y que desarrollaremos con toda brevedad de inmediato, para cambiar las situaciones jurídicas objetivas, generadas o reguladas por la ley; pero si, al hacerlo, lesiona intencional o residualmente, por accidente, un derecho de otro sujeto, en forma "especial", el Estado debe reconocer los daños y perjuicios así generados.[55]

Y damos un ejemplo persuasivo: ¿Tendrá o no derecho a indemnización el ahorrante que vea reducidos a nada sus ahorros, por obra de una devaluación? O el profesional que resulte incapacitado para ejercer su profesión, cuando ya estaba en legítimo ejercicio de ella, en virtud de nuevos requisitos al efecto, adicionales al título y a la colegiatura? ¿Quedará inerme el empleado público que vea rebajado su salario en un 75% ó 95% por obra de una nueva ley?[56]

Creemos que, realmente, el impedimento a la indemnización aquí lo da la cantidad, la fuerza bruta de los números. Se trata de medidas que afectan a todos y que, de ser indemnizables en forma ilimitada, por aplicación al infinito de un mismo principio legal, podrían arruinar al Estado. Son los pesos, no los principios, lo que impide aquí el nacimiento de la obligación resarcitoria.

Los ejemplos revelan que todo depende aquí de la cuantía y extensión del daño, como, eventualmente, puede depender también de su impor-

---

(53) Magdi Sobhy Khalil, *Le Dirigisme Economique et Les Contrats*, L.G.D.J., 1967, págs. 341 a 344. El autor acepta la aplicación inmediata de la ley a materia contractual ya regulada por pacto anterior a aquella, cuando, a su vez, la materia afectada estaba ya regulada por ley o, como dice el Decano Paul Roubier, a quien el autor se remite, cuando dicha materia ha dejado de ser contractual desde antes de la nueva ley y era ya "estatutaria" cuando esta se dictó. En síntesis: esto no es otra cosa que una versión de la teoría de Duguit con diferente nombre, pues aquí se llama situación "estatutaria" la que Duguit llama "objetiva". Pero queda sin explicar las hipótesis de materia no "estatutaria", regulada exclusivamente por contrato, que se ve súbitamente modificada y regulada hacia el futuro por ley nueva, sin que su aplicación se repute retroactiva ni inconstitucional siempre y cuando se pueda establecer que se trata de ley de orden público. El orden público juega como causa de corrección automática del pacto privado, en el sentido de que los efectos pendientes del mismo se acomodan automáticamente a la nueva ley, no obstante ser ésta, además, la primera sobre la materia contractual en cuestión. De este modo, queda sin explicar la aplicación inmediata (pero hacia el futuro) de la Ley de Inquilinato, que congeló alquileres, puesto que antes de ella no hubo regulación legal alguna de los mismos. Como éste, son múltiples los casos de leyes que regulan materia contractual antes no regulada y que se aplican a los contratos en curso, sin que ello suponga violación de derechos adquiridos (hipótesis de leyes de moratoria, que prolongan el plazo de los contratos; de leyes de cambio de la tasa contractual de interés, fijándole un máximo; o, incluso, rescindiendo un contrato en curso, al hacer imposible su ejecución, como cuando surge un mandato legal de entregar todas las divisas provenientes de exportaciones al Banco Central, respecto de un contrato que preveía el pago en dólares, etc.).

(54) Autores hay, como García de Enterría, el campeón de la responsabilidad por lesión antijurídica (pero por conducta legítima) en el mundo de habla hispánica, que opinan negativamente, diciendo: "Pongamos un ejemplo característico: Una devaluación de moneda, un cambio de regulación de una profesión, una rebaja en la remuneración de los funcionarios. En todas estas hipótesis no es la nota de generalidad la que evita la calificación de lesión o daño indemnizable, sino precisamente la circunstancia de no cumplirse el carácter esencial de la antijuridicidad de la lesión, en el sentido en que los hemos precisado más atrás; pues, en efecto, al poseer el Estado la disponibilidad sobre estas materias, que es el caso más señalado de reforma de status objetivos derivados de su misma potestad legislativa y de la esencial libertad de su ejercicio, ocurre que, frente a tales decisiones, no pueden ser opuestos por los interesados "derechos adquiridos" a la permanencia en la situación anterior, es decir, no puede esgrimirse frente al Estado el derecho a su integridad patrimonial tal como resulta del status anterior. No se trata, pues, de medidas de limitación de derechos, sino de cambios de status legislativos, de medidas de organización social cuya adopción corresponde libremente al Estado" (los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 184).

(55) El principio más importante es el opuesto y algo paradójico, porque va contra la regla del "contrarius actu": situaciones de contenido "estatutario" o "legal", cuya modificación por ley origina indemnización no tanto en consideración al derecho adquirido (que puede reputarse inexistente), cuanto en consideración al carácter especial de la lesión, por su confinamiento subjetivo o por su intensidad excepcional.

(56) Giovanni Duni, *Lo Stato e la Responsabilità Patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1978, págs. 219 y 220, esp. esta última.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tancia y calidad. Puede pensarse al efecto en el propietario de zona residencial o comercial que se ve reducido de la noche a la mañana, por obra de una nueva ley o de un nuevo plan de zonificación, a dueño de terrenos para calle pública, cuando el suyo era ya desde hacía varios años perfectamente urbanizable por ubicación, acceso vial, servicios públicos, etc. En este caso, la reparación suele darse por múltiple vía y a través de diversos mecanismos compensatorios, que no son necesariamente un pago dinerario: la reparcelación o distribución niveladora de tierras urbanas afectadas, donde la haya; el pago dinerario de un precio promedio de la tierra urbanizada, tomando en cuenta la de menor valor, según el plan vigente; la compensación de lo debido con la plusvalía no creada por el dueño, etc. Lo que es cierto es que todas son medidas que reconocen la necesidad de la indemnización y, por ello mismo, la existencia de la lesión resarcible, no obstante tratarse de una inferida a un derecho preexistente de índole netamente estatutario y objetivo, como la propiedad urbana. Eventualmente, el propietario podría verse obligado a pagar él, por una plusvalía que excede notoriamente el valor de su fundo inculto. Pero, superado como debe ser el problema, cabe advertir que si hay compensación es porque hay crédito compensable y, en consecuencia, responsabilidad resarcitoria de la Administración.

La solución sugerida no desconoce la difusión de la regla opuesta a la indemnización de vinculaciones y limitaciones urbanísticas en el derecho comparado.[57] Simplemente se limita a hacer ver que aun ese dogma, sano en principio y en la mayoría de las ocasiones, puede ser injusto y expropiatorio en otras en las cuales sea obvia la pérdida ruinosa de bienes o valores del propietario, frente a un nuevo plan de urbanismo o frente a las modificaciones del vigente.

En ambos casos de la jurisprudencia francesa —La Fleurette y Bovero— se trataba de indemnizar daños causados por el cambio de ley respecto de un status objetivo preexistente, de origen legal. En el caso La Fleurette, porque el comercio de la crema artificial de leche, que prósperamente desarrollaba la empresa afectada y que resultó prohibido por la nueva ley, era parte del status legal y constitucional de la libertad de empresa, que daba derecho pleno a cualquier giro industrial no prohibido, como el puesto en explotación; y en el caso Bovero más claramente todavía, porque se trataba de una prohibición de lanzamiento en ejecución de sentencia judicial de desahucio, cuando el accionado evicto era un soldado en servicio en Argelia o uno de sus parientes en alguno de los grados enunciados en la ley.

El régimen de ejecución de sentencias, como es obvio, es materia de ley y es derecho público inderogable por las partes en juicio, precisamente por su carácter objetivo y heterónomo respecto de ellas. Bien es sabida la regla de la aplicación inmediata de la ley procesal, como regidora de materia especialmente grave para la paz y el progreso sociales, en tanto que vital para la satisfacción de la justicia y del derecho. Ello no obstante, cuando la ley suprime el deber procesal del juez y de la Administración de ejecutar el fallo, el Consejo de Estado condena a pagar una indemnización del daño así causado, se supone que al derecho legal y estatutario (objetivo) del propietario al lanzamiento del inquilino, ya amparado en el fallo judicial. La realidad es que, precisamente, el fallo de desahucio produce el derecho al lanzamiento, de contenido enteramente legal y objetivo, por lo que el reconocimiento de la indemnización por su enervamiento legislativo y por el daño consiguiente tiene que interpretarse en el sentido de que, cuando se trata de derechos delimitados por ley y nacidos de una sentencia (con o sin cosa juzgada material), el cambio de las leyes que puede afectar desfavorablemente su existencia o contenido genera derecho a indemnización, no obstante la índole objetiva y el régimen estrictamente legal del derecho en cuestión. En todo caso, si pudiera aducirse en pro del fallo Bovero el carácter subjetivo del derecho al desahucio y lanzamiento, en cuanto antecedido por un contrato de arrendamiento urbano y un fallo favorable (aunque sin carácter de cosa juzgada material), como si se tratase de la expropiación del derecho procesal y judi-

(57) Es la posición aceptada por el art. 22 de nuestra Ley de Planificación Urbana y por el art. 70.1 de la Ley del Suelo de España. En Alemania es amplísima la lista de limitaciones o actos urbanísticos que generan indemnización (como puede verse de Parejo, REDA, No. 20, 1979, nota 139, págs. 35 y 36); y veremos cómo en Italia la Corte Costituzionale ha admitido la inconstitucionalidad de disposiciones de las leyes urbanísticas que negaban la indemnización, no obstante imponer ablaciones del derecho de edificar por tiempo indefinido o incierto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cial al lanzamiento del inquilino moroso, habría que hacer ver que no es la existencia de ese presunto derecho subjetivo lesionado lo que fundamenta el fallo, sino la violación del principio y del derecho (típicamente objetivo y constitucional) de igualdad ante la ley y ante las cargas públicas. El fallo La Fleurette no lo dice, pero lo trasunta claramente, y lo invocó Roujou, el Comisario de Gobierno cuyas conclusiones acogió el alto Tribunal. De modo que no es la violación de un derecho subjetivo típico y adquirido, sino precisamente la de uno de contenido y régimen legales y constitucionales, lo que genera la obligación de indemnizar al propietario frustrado.

En síntesis: la evolución del derecho comparado en favor de la indemnización de las lesiones "especiales" inferidas a derechos de contenido legal y/o estatutario, por cualquier acto o actividad públicos, sean de naturaleza legislativa o administrativa, permite concluir en la indemnizabilidad de todos los derechos (subjetivos o estatutarios) que sufran menoscabo grave con motivo de reformas o derogaciones legislativas (o del instrumento normativo que define el status correspondiente), a condición de que el daño sea realmente "especial" (por las notas caracterizantes de la "especialidad" y "anormalidad" antes aludidas).

LOS CRITERIOS DE DISTINCION ENTRE LIMITACIONES EXPROPIATORIAS Y LIMITACIONES COMUNES

Ante tan confuso panorama la doctrina especialmente de Alemania, Italia y Francia, ha concentrado su esfuerzo en la búsqueda y desarrollo de un criterio distintivo entre limitación expropiatoria o equiparable a la expropiación, con derecho a indemnización; y limitación común o propiamente tal, sin indemnización.

Desechados los criterios formales, por la naturaleza (legislativa o administrativa) del acto causante, o por el alcance del contenido y efectos del acto (según que éstos sean generales o concretos), parecieran restar dos grandes criterios materiales, a saber: i) la igualdad ante la ley y, específicamente, ante las cargas públicas; ii) la sustancialidad o gravedad del sacrificio en sus varias versiones.

Ambos principios han sido desarrollados en Alemania y Francia, sobre todo en la primera, y se discuten ardua, aunque tardíamente, en Italia y en España. El tema es casi desconocido en L.A. Llegamos a un campo doctrinal abonado y cultivado ya por la Europa continental, lo que hace casi imposible una visión criolla del problema y de sus posibles soluciones. Examinemos el problema en algunos de esos ordenamientos, con toda brevedad.

1) Francia. En Alemania, la falta oportuna de un texto constitucional que reconociese la responsabilidad del Estado (hasta la Constitución de Weimar) hizo que la teoría de la expropiación se empleara para darle acogimiento y cobertura, por afinidad y analogía; en Francia, la falta de una justicia constitucional plena (pues la jurisdicción del Conseil Constitutionnel es sólo preventiva, frente a leyes no promulgadas), hizo que la doctrina de la responsabilidad absorbiera la de las expropiaciones por acto legislativo, para remediar por la vía de la reparación lo que no era ni es posible saldar por la vía de la anulación. El resultado ha sido el empleo a fondo, con tal propósito, del principio de igualdad ante las cargas públicas. Tanto una como otra institución se explican allá como contrapeso a hipótesis de desigualdad calificada, en virtud de actos o actividades del Estado. Contra lo que suele creerse, no hay norma constitucional alguna que en Francia garantice el genérico derecho de igualdad ante la ley, sino sólo un artículo 13 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que garantiza la igualdad ante las cargas públicas. Estas se entienden como las desventajas impuestas deliberadamente por la autoridad al ciudadano para el logro de un fin público. Por igual fundamento y razón debe repararse todo daño causado con violación de esa misma igualdad en la consecución de un tal fin, aunque no intencionalmente. Todo radica en saber cuándo hay un daño desigual inferido a alguien, para determinar si se lo indemniza, o no, sea intencional, o no, el daño causado. La doctrina francesa entiende que lo hay cuando el daño causado por un acto público, aunque sea legítimo, es especial y anormal.

El daño es especial, en un primer sentido,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cuando afecta a uno o a un grupo restringido; esto excluye que pueda serlo cuando afecta a todos, a muchos o a grupos extensos, como por ej.: los integrantes de una profesión, los patronos de una región entera, los empleados públicos, etc. Pero, en un segundo sentido, el número no importa o pasa a segundo plano ante el carácter intrínsecamente desigual del daño, con lo que nuevamente se plantea la interrogante inicial: ¿Puede ser especial un daño que afecte a muchos, lo es siempre el que afecta a uno sólo o a muy pocos? La duda se introduce porque se ha reconocido indemnización de daños causados a muchos, como en el ya citado caso Bovero (C.E. 25 de enero de 1963), en el que fueron afectados decenas, si no cientos de miles de propietarios, a quienes una ley suprimió el derecho legal de lanzar a su inquilino en mora, si éste era un soldado movilizado en el Norte de Africa o un pariente de éste en un grado determinado. La explicación, se dice, radica en que en un caso como éste, según el mismo fallo del C.E. lo expresa, el daño inferido "no afecta a todos los propietarios de locales para habitación ocupados por terceros, ni aún siquiera a una categoría determinada de ellos, sino solamente a aquellos cuyos locales se hallan ocupados por un militar movilizado en Africa del Norte" . . . "este daño constituye así, para quienes lo sufren, una carga especial, en relación con las cargas que afectan el conjunto de los propietarios de locales de habitación ocupados por terceros" (cita de Devolve, Pierre, Le Principe d'Egalite avant les Charges Publiques, París, L.G.D.J., 1969, pág. 266). En otras palabras: se ha afectado únicamente a un grupo dentro de una categoría, que no forma ni siquiera otra subcategoría. Esto ocurre cuando la diferencia distintiva del grupo afectado, se hace derivar de un hecho que no tiene relación con el que define la categoría. De este modo, la categoría completa puede ser la de los propietarios de locales arrendados y, dentro de ella, la subcategoría justa puede ser la de los propietarios de apartamentos de lujo, o insalubres, o de multifamiliares, etc., porque el criterio común a todas atañe al objeto del giro también común. Pero no puede ser la de los arrendantes de locales a soldados movilizados, porque ello es un hecho fortuito y extraño a la actividad y control del propietario de viviendas arrendables y al respectivo giro. Como dice el autor en que nos basamos: "es una circunstancia fortuita para los propietarios, que en nada define su actividad y que no puede servir para determinar una categoría homogénea de administrados . . ." "las diferencias de situación no autorizan discriminaciones sino cuando son relativas al objeto de la carga instituida" (op. cit. pág. 268).

Pero, con ello, hemos abandonado el campo de lo legítimo, que es el que nos interesa (porque es el único en que queremos ubicar el problema de las limitaciones legislativas a la propiedad privada y su resarcibilidad, dado que es el único similar, por ello, a la expropiación). En efecto: lo que se acusa aquí como fundamento de la reparación es simplemente una injusta discriminación introducida por ley, suficiente en nuestro sistema para anularla por violación constitucional, eventualmente irrelevante en Francia, no sólo por el incompleto sistema de contralor jurisdiccional de las leyes meramente preventivo allá existente, sino, sobre todo, por la reconocida supremacía de la Ley como expresión de la voluntad popular, que es parte de la Constitución material de Francia y que es, en el fondo, la fuente de la resistencia a una justicia constitucional plena contra la Ley. Para no estimular la violación reconocida, que, pese a serlo, no puede ser anulada, se impone resarcir los daños que causa. Queda sin resolver el problema de la ley constitucional que imponga parejo daño. Todo se complica si se observa que, simultáneamente, no toda desigualdad injusta —como la del Arret Bovero— causa responsabilidad, pues ello no ocurre normalmente ni en el campo de la administración pública de la economía (comercio exterior, fijación de precios, devaluaciones monetarias, etc.) ni en otros en los que el interés público que justifica la indebida discriminación legislativa es importante y apremiante. Algún autor ha llegado a sostener que no procede indemnizar cuando "se dicta la ley únicamente en el interés general del conjunto de la población", para terminar diciendo que la ameritan únicamente "aquellas leyes que se dictan con vistas del interés de individuos o grupos pequeños", como los industriales de la leche favorecidos con la ley en el caso La Fleurette. El requisito de que sean pocos termina exigiéndose no sólo de los afectados, sino también de los favorecidos con la ley.

Todo esto revela que el criterio de la igualdad ante la ley, para establecer la existencia de la responsabilidad por medidas legislativas lesivas de la propiedad, es necesariamente formal, pues, para posibilitar su aplicación, tiene que recurrir al pobre criterio del número, que por su propia naturaleza contingente es no susceptible de formulación nor-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

mativa. Si es indemnizable el daño especial, por ser contra o en favor de muy pocos, ¿cuántos hacen un montón? Pero si la respuesta es imposible, también lo es la otra alternativa. El argumento decisivo en contra del criterio queda formulado: ni toda desigualdad, por serlo, es fuente de responsabilidad pública, ni puede serlo la que es legítima y no inconstitucionalmente discriminatoria. Desde el punto de vista explicado por el jurista francés en comentario —autor del más completo estudio sobre el tema que conocemos— no sería indemnizable el daño producido a una subcategoría dentro de otra categoría, si la creación de la primera obedece a criterios que explican también la de esta última. En consecuencia: toda desigualdad justificada, por serlo, no sería indemnizable, no importa la gravedad del daño que cause, ni aun siquiera su más total confinamiento a una sola persona. Esta inaceptable posición es la conclusión final del autor sobre el tema de la especialidad de la lesión: "no basta constatar que una sola persona ha sufrido un daño para concluir en que el principio de igualdad frente a las cargas públicas ha sido violado en su detrimento: se requiere adicionalmente que ella sea la única en sufrirlo entre todas las otras situadas en igual posición de hecho" (op. cit. pág. 269).

A contrario sensu: no sería indemnizable, en ningún caso, una lesión legislativa justa y legítima, aunque fuese grave y única, precisamente por serlo. Es decir: si no es ilegítima ni discriminatoria. Nuevamente, es la adoración de la ley por ser ley: "The Parliament can do no wrong".

2) Alemania. Resulta inútil entretenernos en explicar teorías que sólo conocemos por fuentes secundarias, que es casi como traducir la traducción, seguramente para traicionar a ambos, autor y traductor. Remitimos a los magníficos esquemas informativos e interpretativos de Nieto y de Parejo. Enumerar esas tesis, sin explicarlas, será necesario sólo para la conclusión a la vista.

Una parte de las tesis, hoy superada, pertenecía a enfoque igual que el de los franceses, aunque no tomado de ellos, sino sobre la base de desarrollos históricos propios y estaba centrado en la idea de la especialidad, entendida como confinamiento del daño indemnizable a unos pocos o a uno sólo. Esta idea se formuló históricamente diciendo que tal tipo de daño singular (a objeto y sujeto identificados) había de ser producido por acto administrativo y no por ley (teoría del acto individual); o que, aun si producido por ley, debía referirse siempre a un caso concreto de uno o de pocos individuos (teoría del sacrificio singular). La crítica a tal enfoque es la que queda hecha contra la doctrina y jurisprudencia francesas.

La parte más importante de la doctrina alemana sobre el tema da un enfoque material y antiformalista al problema, sin haber logrado explicarlo claramente.

Un primer intento establece la diferencia entre limitación indemnizable y no indemnizable diciendo que será la gravedad de la lesión el criterio determinante, sin indicar reglas concretas que permitan determinarla (teoría de la gravedad de la lesión), por lo que no sirve su propósito. Sólo la repercusión ruinosa sobre el patrimonio privado podría considerarse segura causa de responsabilidad pública en este enfoque, lo que no deja de ser una primera cota ganada.

Sobre línea parecida se da la teoría de la dignidad de la protección. Según este enfoque cada derecho tiene un cierto grado de tensión con la sociedad, en favor de su titular. La propiedad es uno particularmente débil frente a ella y a la ley que recoge las necesidades sociales, por lo que hay en ella una gran parte fácilmente cercenable en beneficio social y otra irreductible, que es lo digno de protección. Cuál es esta porción digna de ser protegida, se determina con ayuda de una serie de criterios no estrictamente jurídicos, como la historia de la institución y su sentido frente a ella, los valores sociales establecidos, las expresiones legales, todos los cuales se integran en una escala que va de la inexistencia de la propiedad (0) a la propiedad ilimitada (100). Obviamente, será indemnizable todo daño que pase de 50. Pero el enfoque requiere el manejo de una escala matemática correspondiente a factores de evaluación de imposible traducción númerica. El criterio es, en otras palabras, subjetivo e inaplicable. Y lo mismo puede decirse de otra doctrina similar (teoría de la exigibilidad) que cifra la distinción buscada en la que se da entre tolerancia exigible y exigencia no justificada de la colectividad frente al propietario: todo derecho tiene un margen de penetración de lo social, que es socialmente exigible, pero también una zona de poder impenetrable, respecto de cuya existencia o ejercicio la sociedad nada puede ni debe exigir. La indemnización surge cuando se exige lo inexigible, pero tampoco aquí se dice qué es lo inexigible ni se dan criterios para determinarlo con facilidad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

La doctrina de la sustancia del derecho tiende a esbozar un criterio más objetivo. Cada derecho subjetivo tiene una función económica esencial dada simultáneamente por el ordenamiento y por el mercado económico; el de la propiedad es servir a su dueño, como titular del goce y de la disposición de la cosa, según la mejor función asignada a su bien por el mercado. Se da expropiación o debe darse indemnización siempre que cualquier acto público —no importa su origen ni su naturaleza— impida esa función económica esencial del bien, afectando los poderes del derecho respectivo en forma tal que, por ejemplo, el propietario, sin dejar de ser tal, quede reducido a nudo propietario. Así, se lesiona el núcleo o sustancia esenciales del derecho de propiedad agraria cuando se prohíbe cultivar la finca respectiva; el de la propiedad urbanizable cuando se prohíbe urbanizar; el de la propiedad societaria cuando al accionista se le prohíbe votar o se limita en tal forma su derecho que resulta imposible o sin interés el ejercerlo, etc.

Semejante a la anterior es la doctrina que centra la distinción por la alusión al núcleo privado de la propiedad privada, intocable por razones de interés público, salvo indemnización. Según la Constitución alemana, (artículos 2 y 14) la iniciativa privada es el motor de la economía, movido, a su vez, por la utilidad privada. La propiedad está sujeta a imperativos de orden público, coexistentes y aun prevalentes sobre los de la utilidad privada, pero ésta tiene también los suyos, que no pueden ignorarse más allá de cierto límite sin violar el texto constitucional. Hay expropiación cuando se sobrepasa ese límite. Pero, como antes, no se ha ofrecido un criterio claro para determinarlo.

La doctrina alemana parece haber llegado, según sus difusores en lengua española, a la conclusión de que sólo hay una alternativa: o volver al concepto clásico de expropiación, en cuanto implica transferimiento de bienes o, al menos, la extinción de un derecho real (dominical o desmembrado), con la simultánea constitución de otro igual en otro sujeto; o simplemente combinar los criterios dados para su mejor ajuste caso por caso, ante todo en búsqueda de la justicia y de la equidad. Veremos que parecida solución es la sugerida por la doctrina española más autorizada.

3) Italia. No se ha discutido aquí el tema con igual extensión que en Alemania. Se dan, sin embargo, los mismos enfrentamientos doctrinales. Hay, por un lado, quienes opinan no existir ningún contenido constitucional de la propiedad privada —no obstante estar garantizada como derecho constitucional— y, de consiguiente, opinan no haber derecho subjetivo alguno adquirido o consolidado frente a la nueva ley que cercene o disminuya, sin límite, el haz de poderes que perfila la cara positiva de ese derecho. Se critica como jusnaturalista la tesis contraria, en cuanto sólo es sostenible recurriendo a la idea de propiedad del C. Civil como natural y eterna, única forma en que puede pretenderse supralegislativa y consolidada en su contenido mínimo ante la nueva ley.[58]

Consideran otros que la garantía constitucional de la propiedad significa algo, en punto al contenido de ese derecho que, como nosotros, hacen consistir en las potestades de gozo y disposición del bien. Ese contenido mínimo no es histórico ni eterno, sino móvil y lábil a la obra del tiempo y de la sociedad, por manera que cambia sin que cambie necesariamente el texto constitucional de base. Pero no puede llegar nunca, a partir de una Constitución que la reconoce y garantiza, a convertirse en propiedad pública ni en ninguna otra forma de tenencia y gozo de la cosa que no sea la subjetiva, en cuanto es de un sujeto y exclusivamente de él (dado que aún en la copropiedad cada uno es exclusivo dueño de su derecho indiviso).[59] El parámetro de medida e identificación del sacrificio o privación singulares, típicos de la expropiación o de la limitación indemnizables está en la conciencia colectiva e histórica de cada momento, que es la que indica cuáles son las po-

---

(58) Giannini, *Diritto Amministrativo*, op. cit., tomo II, págs. 1213 y 1214, así como *Diritto Pubblico*, op. cit., pág. 103; el autor ha producido otro artículo sobre las bases constitucionales de la propiedad, donde desarrollaba igual tema mayor extensión, que no conocemos. Y lo mismo cabe decir de la referencia al artículo, que parece recapitulación y culminación de la posición formalista en el enfoque del derecho constitucional de propiedad y de su contenido, y, por ahí, opuesto a la existencia de limitaciones expropiatorias, de Motzo e Piras sobre *Expropiazione e Pubblica Utilita*, que no hemos podido leer. Ver también Sorace, op. cit., especialmente págs. ya citadas, con una cita de inteligente trozo de Cesarini-Sforza, que describe como jusnaturalistas a los partidarios de un concepto pétreo y mínimo de la propiedad a nivel constitucional. D'Angelo ofrece una visión panorámica de las dos doctrinas "formalistas" en Capítulo Segundo de su obra.

(59) Citas de la obra de D'Angelo ya hechas, que también ofrece una lista bastante completa de las tesis favorables a la tesis "sustancialista" respecto de la propiedad privada derecho constitucional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

testades y utilidades de la propiedad sobre diversos tipos de bienes que, en la circunstancia socio-económica en que se ubican, resultan esenciales para el goce del bien en cuestión[60]. Si un acto público cualquiera suprime o disminuye una de esas potestades o utilidades esenciales, o lo hace en forma prevalente, porque deja de la propiedad casi sólo lo que es inútil o no viable económicamente, todo según los valores sociales del momento, reflejados en la conciencia del Juez, hay expropiación e indemnización, aunque el propietario mantenga la titularidad; y no las hay, a la inversa.[61]

La anterior doctrina está dividida entre quienes reputan posible el sacrificio por ley y en vía general, como causa de indemnización; y quienes, al contrario, combinan su enfoque con la extensión de la lesión, para sostener que el resarcimiento sólo es exigible cuando se produce un sacrificio (de poderes o utilidades esenciales del bien) por acto administrativo y en caso concreto.[62]

En síntesis: la doctrina italiana desemboca en enfoque muy similar a varias de las teorías germánicas arriba aludidas y, concretamente, a las doctrinas de "lo digno de protección" y de la "exigibilidad de protección" (en cuanto se indemniza cuando se cercena o mutila algo que, según la conciencia social, debe respetarse como connatural con la propiedad) y, sobre todo, a la teoría de la "sustancia" o "esencia" del derecho sacrificado (en cuanto la indemnización se predica sólo de hipótesis en las que el contenido esencial de la propiedad es atacado).

No significa la doctrina italiana ningún cambio radical de enfoque respecto de la alemana, que más bien pareciera ser su fuente inmediata.

La Corte Costituzionale ha acogido plenamente —hasta donde sabemos— el enfoque mixto de que se habla *(por combinación de la teoría del acto administrativo y del sacrificio singular con la de la sustancialidad o esencialidad de la lesión)*, quizá por obra de su entonces Presidente, el ilustre publicista Aldo Sandulli, padre de tal posición en Italia. En efecto: en una primera sentencia, que abrió brecha, la Corte Costituzionale dijo:

> "debe considerarse como de naturaleza expropiatoria también el acto que, sin disponer una transferencia total o parcial de derechos, impone limitaciones tales que vacían de contenido el derecho de propiedad, incidiendo sobre el goce del bien tan profundamente como para hacerlo inutilizable en relación con el destino inherente a la naturaleza del bien mismo, o determinando el venir a menos o disminuir drásticamente su valor venal" (sentencia No. 6 del 20 de enero de 1966, en la que se declara nulas varias disposiciones de la ley que imponían, sin indemnizar, servidumbres consistentes en zonas de respeto de fundos militares e instalaciones similares).

Previamente el mismo fallo había dejado claro que cuando el sacrificio es general o por categoría, no es indemnizable.

Poco tiempo después la misma Corte se reafirmó, una vez reconocido el poder del legislador para dictar por vía general el régimen de la propiedad, sin indemnización, diciendo:

> "en la creación de ese régimen el legislador puede, incluso, excluir la propiedad privada de ciertas categorías de bienes, como puede imponer, siempre por categorías, algunas limitaciones generales, o autorizar imposiciones de alcance particular, en diverso grado y con mayor o menor acentuada restricción de las facultades de goce y de disposición. Pero tales imposiciones a título particular no pueden exceder nunca, sin indemnización, aquella magnitud más allá de la cual el sacrificio impuesto viene a incidir sobre el bien, por encima de lo que es connatural al derecho dominical, tal y como está reconocido en el actual momento histórico. Más allá de ese confín, (la limitación) asume carácter expropiatorio" (sentencia No. 55 de 1968, que declaró nulas las disposiciones de la ley urbanística italiana de 17 de agosto de 1942, No. 1150, que, sin indemnizar, sustrae la potestad de edificar de terrenos edificables, que el plan urbanístico, basado en la ley impugnada, destinaría a espacios públicos diversos por destino, como plazas, templos, vías públicas, etc.).

La doctrina y jurisprudencia italianas que aceptan la posibilidad de indemnizaciones por daños causados por ley a la propiedad privada, lo

---

(60) Sandulli, op. cit., págs. 830 y 831.

(61) D'Angelo, op. cit., págs. 226 y 227.

(62) Sandulli acepta —como la jurisprudencia italiana, no sin ciertos rasgos contradictorios, como se verá de inmediato— la teoría del acto administrativo y del daño singular, pero no D'Angelo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hacen invocando argumentos y principios muy parecidos, según se dijo, a las doctrinas sustancialistas alemanas antes indicadas.

4) España. Hemos dado ya noticia del artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, que, en materia de responsabilidad (similar pero distinta), reconoce la posibilidad de resarcimientos con ese título cuando el daño es causado por una ley, incluso si ésta es legítima. Pero el reconocimiento de la posibilidad de indemnizaciones por limitaciones legislativas a la propiedad privada, radica en la propia cláusula general contenido en el artículo 1 de la Ley respectiva, que define el efecto expropiatorio como una "privación singular". Nuevamente es patente aquí la influencia —como en Italia— de la doctrina alemana del acto administrativo causante y del sacrificio singular. El más autorizado expositor del sistema, Eduardo García de Enterría, pone el acento, sin embargo, mucho más en el efecto ablativo o privativo de la institución, que en el aspecto numérico o cuantitativo aludido con la exigencia de la singularidad de la privación. Es esta privación y, no aquella singularidad (por muy sintomática y normal que la misma sea en las hipótesis dignas de resarcimiento), lo que caracteriza la expropiación y, por ahí, las limitaciones expropiadoras.[63]

El autor claramente acoge las doctrinas sustancialistas de la lesión resarcible excogitadas por los alemanes, principalmente las de la exigibilidad de protección, de la gravedad de la lesión y del ataque a la sustancia o núcleo esenciales del contenido del derecho, para concluir en que *"el grado y la índole de la privación,* de modo que ésta implique no ya una regulación, sino un *despojo de la sustancia —total o parcial— del derecho, han de considerarse con preferencia incluso a su extensión, para determinar si el ataque o el sacrificio merecen o no la calificación de expropiatorios".* (Curso, op. cit. tomo XXII, pág. 211).

5) Costa Rica. Costa Rica, como España, tiene en el artículo 194.1 y 3 de la Ley General de Administración Pública, una norma escrita que permite fácil y generosamente el reconocimiento de indemnización plena cuando el daño ha sido causado por una ley, sea directamente traslativa del dominio por vía forzosa, sea meramente privativa de una parte o utilidad del mismo, a título de "limitación de interés social" de la propiedad. Cuando una ley, con esa función o denominación, incide sobre el dominio privado y lo despoja de parte esencial de su contenido material o jurídico, hay expropiación y debe haber indemnización.

Artículo 194.3: "El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo".

Según el párrafo 1ro. de dicha norma el daño se da "en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión".

Nuestra ley ha acogido, según se ve, la posición española y, con ella, tanto la teoría del sacrificio singular como la de la gravedad del sacrificio y todas sus variantes germánicas compatibles (como las otras ya enumeradas).

Es decir: en C.R. hay derecho subjetivo legislado a la reparación plena del daño sufrido por una ley o acto que limite la propiedad privada por motivos de interés social, si al hacerlo por vía general o singular, la ley causa directa, o derivada y accidentalmente, un daño que signifique una detracción del contenido esencial del derecho, entendida esa detracción como la que suprime o inutiliza componentes, jurídicos o materiales, de un derecho subjetivo de propiedad, sin los cuales resulta, jurídica o económicamente, imposible o no rentable el uso, disfrute o disposición mejores de ese derecho, preexistentes o posibles al momento del cambio, sea éste de origen legal o administrativo. Más breve: hay derecho a indemnización si la ley o el acto administrativo, con alcance general o individual, privan a una propiedad de su mejor uso, por detracción de componentes materiales o jurídicos para hacerlo efectivo, por ley o por razones de mercado.

(63) *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, págs. 210 y 211.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL ANALISIS ESTRUCTURAL Y FORMAL DE LAS LIMITACIONES

Pese a todo lo cual, no puede negarse el casuismo y vaguedad del criterio asumido. Queda sin respuesta la ruda pregunta de Giannini: "Se habla de sacrificio, pero ¿qué es jurídicamente un sacrificio?" Podría contestarse que sacrificio es lo que causa una expropiación común y que toda expropiación, aunque se llame limitación de interés social, debe pagarse como tal, como lo que realmente es. Un intento de mayor precisión puede montarse sobre las siguientes bases:

a) Hay sacrificio cuando hay la supresión de un derecho, total o parcialmente, en cuanto a todas o sólo algunas de sus utilidades, y sólo si, en el caso del daño parcial, la parte eliminada es esencial para el ejercicio del derecho y el logro de su fin, legal y/o de mercado.

b) La esencialidad del derecho subjetivo de propiedad y de sus partes ha de medirse desde doble punto de vista objetivo: i) el ordinamental, según el cual todo derecho subjetivo tiene estructura y función típicas en el ordenamiento, por lo que, para determinar cuáles son, el ordenamiento puede dar la respuesta en el plano normativo; ii) el factual, según el cual la función del derecho subjetivo y de sus componentes, así como la importancia de sus elementos estructurales respecto de ella, es no sólo institucional sino circunstancial y condicionada en cada tipo de bien y hasta en cada bien sujeto a propiedad, por lo que, para determinarlos a cabalidad, es preciso tomar en cuenta su mejor uso y valor en el mercado concreto en que se haga la valoración, en todos los elementos económicos ahí presentes.

c) Ha de tenerse como esencial no sólo lo que está ya en acto, por ejercicio actual o consumado del derecho de propiedad, sino lo que está en potencia y es prácticamente posible como mejor uso de ella, jurídica y materialmente.

d) El daño ha de tenerse por existente no sólo por aparición de un nuevo régimen legal que suprima poderes esenciales o imponga deberes incompatibles con el derecho de propiedad, sino también cuando se trate de un cambio en el régimen ya existente, que sobreviva parcialmente, sea ante la nueva ley, sea ante el nuevo reglamento, plan o acto administrativo delegados por ella; es decir: que es lesivo y resarcible todo daño por cambio del "status" en aspectos esenciales de la estructura o de la función del derecho subjetivo, no importa la extensión del cambio.

e) Cuando el daño es normativo, en tanto que impuesto directamente por la ley o por reglamento, se dará por supresión de atributos esenciales o por disminución drástica de su posibilidad de ejercicio, aunque no cambie la titularidad y todos sigan perteneciendo a su dueño.

f) Cuando el daño consista en una limitación general al contenido del derecho de propiedad, por sujeción no a un deber definido en la ley, sino a una potestad administrativa como las antes descritas, sobre todo si se trata de la de dar órdenes sucesivas, deberá entenderse que hay privación del uso y goce de la propiedad en medida igual a la que jurídicamente puedan abarcar esas órdenes por razón de materia y fin, y que, simultáneamente, la Administración detenta, respecto del bien, las potestades de uso y goce que normalmente son del propietario, en esa medida.

g) Cuando la sujeción a órdenes sea total y éstas puedan referirse a cualquier aspecto de la administración y disposición del bien, aunque no haya traspaso formal de la titularidad, habrá de entenderse que hay total traspaso jurídico implícito de las potestades de uso y goce del bien en toda su extensión.

h) Cuando la limitación consista en una sujeción a una potestad de autorización, en todas sus gamas explicadas, podrá entenderse que no hay privación indemnizable si la autorización es reglada o si, aunque sea discrecional, es de contenido reglado; caso opuesto, si es de contenido discrecional o si es autorización creadora de relaciones durables de supremacía especial, condición de ingreso a un ordenamiento de sector o máscara de una potestad preceptiva y ordenadora, debe regirse por las reglas de los apartados g) y h) anteriores;

i) Cuando la sujeción a potestades administrativas de autorización o de ordenación sea parcial, porque la norma de apoderamiento fije

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

precisa y claramente la materia y el fin de la respectiva potestad en punto al uso y goce del bien, la privación correlativa del dominio podrá ser indemnizable, o no, según que sea esencial, o no, en los términos antes indicados, el poder dominical afectado y sustraído. Si la potestad administrativa, oponible y opuesta, es indeterminada por materia y fin, la propiedad deberá reputarse "funcionalizada" en su totalidad y será necesaria la indemnización total.

Lo dicho en cuanto a las limitaciones-sujeciones (a potestades administrativas) discrepa claramente de parte de la doctrina que sostiene que, en hipótesis tales, el daño no madura con la ley que las crea, sino con el ejercicio de la respectiva potestad y sólo si del mismo nacen lesiones fundamentales. De este modo, si una autorización es necesaria para cualquier explotación agrícola de una finca sujeta obligatoriamente a régimen forestal, el daño resarcible surgiría —según esta tesis negativa— sólo si se denegase la autorización frente a una petición de cultivo y sólo si éste es el mejor uso, y no uno colateral o accesorio, del inmueble rural en cuestión.[64] El error del enfoque es evidente: el daño económico en estas hipótesis, que afectan seriamente el valor venal de la finca y que pueden reducirlo a cero, no es la pérdida del cultivo, sino la pérdida de la libertad para el cultivo y, por ahí, del libre goce del bien.

Es un daño patrimonial por directa incidencia sobre la libertad de explotación y de empresa, y, por ahí, contra la seguridad jurídica en el goce y disposición del bien, mucho más que sobre su materialidad o configuración física. No se puede disfrutar del bien si la Administración no lo autoriza y, si la potestad de autorizar enmascara una de dar órdenes, habrá que explotarlo, por añadidura, como la Administración lo ordena. Luego, nadie compra la finca, ni acepta gravámenes sobre ella, ni financia su explotación, pues no se sabe cuál será ésta. El bien sale del comercio, de hecho, siempre que esto se compruebe.

El derecho no puede permanecer indiferente ante tan grave ofensa patrimonial, si garantiza por otra parte, como lo hace el artículo 51 de nuestra Carta, la reparación de todos los daños que se causen, acudiendo ante los Tribunales de la República. El derecho administrativo de la propiedad privada tiene que garantizar esa reparación, porque se lo exige el derecho constitucional, que garantiza su "inviolabilidad". El propietario urbano que se queda sin construir lo que era ya construible, por virtud de un nuevo plan urbanístico; el propietario a quien se impone la necesidad de construir algo mucho menos lucrativo o, incluso, deficitario, cuando se califica su finca como belleza panorámica o turística; el agricultor que se ve sujeto a órdenes de todo tipo en la explotación de su tierra, y aún aquel que sin recibir negativa a lo que propone —que le es aceptado— se ve sujeto a autorización para todo acto de explotación de su finca, no ven ir sus potestades dominicales de las suyas a otras manos, pues conservan aparentemente la titularidad de todas. Pero es absurdo negar que pierden su autonomía empresarial, sufren la imposición de un socio de voto prevalente (pues puede no sólo vetar sino también decidir y mandar en contra del dueño) y, sobre todo, ven drásticamente disminuido el valor venal de su propiedad por la inseguridad jurídica consiguiente al nacimiento de la limitación legal que, aunque no traslativa de dominio, crea el azar, pues condiciona a la autorización la adopción, ejecución y, eventualmente, el contenido de todas o de las más importantes decisiones y políticas empresariales, en tanto que referidas al uso mejor o más importante del bien afectado.

EL ENFOQUE CLASICO SUBSIDIARIO

En último término, la anterior discusión puede ser bizantina, pues aún en las hipótesis de limitaciones a la propiedad sin aparente traspaso de riqueza, como las turísticas, urbanísticas, agrarias o forestales, arqueológicas o históricas, etc., antes mencionadas, hay un espejismo: traspaso lo hay, pero no para una obra pública, sino simplemente para un fin o interés públicos, que no la

(64) Sandulli, op. cit. págs. 833, con cita de leyes inglesa y suiza en apoyo de su posición y en contra de la aquí sostenida.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

exigen, y que eventualmente pueden exigir lo contrario de una nueva construcción, que es el mantenimiento de la que ya existe (vínculo monumental o histórico). En hipótesis tales la Administración no se hace nueva titular del bien como tal, sino de potestades desmembradas y parciales para determinar el uso, goce y disposición de partes o de funciones especiales de éste, pero de potestades que, como quiera, pertenecerían de otro modo al titular del mismo. La limitación opera invisiblemente el traspaso de titularidades parciales y así la expropiación se perfecciona.

Y es Giannini quien mejor lo ha puesto a foco, al referirse al mismo tema desde otro ángulo, el de las (por él) llamadas "ablaciones reales" por acto administrativo, consistentes en la atribución activa de bienes privados, o de utilidades parciales sobre bienes privados, en favor de poderes o entidades públicos, como ocurre típica y paradigmáticamente con la expropiación clásica. La atribución coactiva en cuestión puede hacerse por ley general y bajo el título de limitación real de interés público, sin dejar de ser lo que es, pues, como apunta Giannini, lo típico en estos actos ablatorios reside en que siempre son simultáneamente extintos y adquisitivos de un derecho real, con prevalencia del fin adquisitivo, pues "no interesa privar a alguien de algo obligándolo a una cierta conducta en bien de un interés público", . . . "sino que interesa adquirir una "utilidad" de la cosa o la cosa misma. Funcionalmente el aspecto adquisitivo prevalece, sea cual sea el modo en que se estructura el procedimiento" (Diritto Amministrativo, Vol. 11, pág. 1199. op. cit.).

Y en todo caso, si estas expropiaciones mediante limitaciones legales de la propiedad, destructivas de ella, no suponen traspaso de derechos, suponen necesariamente un beneficiario real, determinado o indeterminado, que es lo que, en último término, la más nueva doctrina encuentra peculiar y constitutivo de la expropiación.[65] Como ésta, tales limitaciones tienen que ser indemnizadas. La negación de la ley a hacerlo, la haría inconstitucional, aunque, por lo dicho, normal y legítima para nuestra Corte Suprema de Justicia.

***

(65) García de Enterría, *Curso*. . . tomo II, págs. 211 y 212.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DE LA NEGOCIACION COLECTIVA*

Dr. Mozart Víctor Russomano

I

NOCIONES PRELIMINARES

1. Origen histórico. No hay una línea uniforme en el desenvolvimiento histórico de las convenciones colectivas de trabajo.

Europa fue la cuna de esas convenciones y los motivos determinantes de ese hecho son evidentes, pues resultan de la industrialización de los países europeos occidentales, de la explotación técnica y de las campañas proletarias, propiciadas por las grandes concentraciones de trabajadores y por los lazos de confianza solidaria que entre ellos, rápidamente se establecieron.

Al principio —como casi siempre sucede, en el gran ajedrez de las cuestiones sociales— la posición del Estado fue de reserva y, hasta asimismo, de oposición a la posibilidad de empresarios y trabajadores, directamente o por intermedio de las entidades sindicales, celebrarán "convenios normativos", o sea, actos jurídicos que tenían carácter contractual, pero que, en lugar de crear, como todos los contratos conocidos en la época, obligaciones recíprocas para las partes contratantes, formulaban "reglas de conducta" que debían ser respetadas en la práctica de otros actos jurídicos; los contratos individuales de trabajo.

Se dijo, cierta vez, que, políticamente, era comprensible que el Estado viese con reservas e inclusive no admitiese la elaboración de ese "Derecho no estatal", paralelo y complementario a las normas dictadas por el Poder Legislativo.

Pero, aquí, nuevamente, los hechos fueron más fuertes que los prejuicios. No obstante si negase la legitimidad y, por tanto, la eficacia jurídica de tales convenios, nadie podía contestar que los mismos tenían ventajas prácticas ostensibles. Era un nuevo instrumento de conciliación entre las partes, útil a la paz social. En las horas agudas de crisis o conflicto, el convenio directo entre los litigantes funcionaba como paliativo y, a veces, como factor decisivo de solución del conflicto.

El empleador, por su parte, prefería negociar con sus trabajadores a sufrir los efectos rudos de las huelgas y de las amplias campañas sindicales junto al gobierno, a las Cámaras Legislativas y a la comunidad. Muchas veces, tales campañas fueron sustentadas por los políticos y por los administradores, inclusive, por motivos puramente partidarios o electorales, resultando por eso en ventajas concedidas sin que los empresarios tuvie-

* Traducido del portugués al español por la licenciada Marcelina Zeledón Castillo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

sen la oportunidad de ser oídos con la necesaria atención.

Pero, sobre todo, los trabajadores fueron los grandes triunfadores, en el uso de las convenciones colectivas. Ellos hablaban a través de sus sindicatos y los empleadores, cuando negociaban, en pie de igualdad, las cláusulas de un convenio anterior, estaban, en realidad, "admitiendo la legitimidad del sindicato y de la representación sindical".

En síntesis, pues, por lo menos, triples fueron, desde su inicio, las ventajas ofrecidas por las convenciones colectivas: a) Para el Estado, instrumento de paz social; b) Para el empleador, medio de negociación pacífica, sin campañas políticas y sin riesgo del brote de huelgas; c) Para el trabajador, la conquista de derechos sin los sufrimientos inherentes a las luchas de clases, con el reconocimiento, por el empleador, de la legitimidad de la actuación del sindicato y de su representación.

Queremos creer sean esos, entre otros, los factores principales que llevaran a la consagración "consuetudinaria" de las convenciones colectivas, a la sombra o al lado de la indiferencia y, asimismo, de las prohibiciones del Estado.[1]

Cuando se analiza, a pinceladas largas, el cuadro de esa realidad, no es difícil observar que para traspasar la barrera de la oposición oficial, en materia de convenciones colectivas, era indispensable que existiese una infraestructura sindical operando suficientemente fuerte, para actuar junto a los operarios, a fin de que estos aceptasen la negociación y, a través de ella, las cláusulas convencionales.

Fue exactamente por eso que las convenciones colectivas nacieron y alcanzaron el apogeo en las naciones industrializadas, o sea, en la Europa Occidental y en los Estados Unidos de América del Norte.

Al contrario, en la América Latina, en Asia y en Africa —continentes, históricamente, de economía agraria y subdesarrollada— el sistema de negociación colectiva no tuvo importancia, a no ser a partir del momento en que comenzó su industrialización.

El primer punto que subrayamos, por tanto, es "la estrecha vinculación existente entre el desenvolvimiento económico nacional y el sistema de convenciones colectivas" y, aquí, toma la expresión "desenvolvimiento económico nacional" en sentido estricto, que tiene como presupuesto imperativo la "industrialización" del país. Sin que ocurra ese fenómeno, no existirá en ninguna nación, multitud trabajadora sindicalmente organizada y resistente, capaz de participar, con éxito, de la negociación directa con los empresarios.

El desenvolvimiento económico en sentido globalista tiene punto alto en el desenvolvimiento industrial de los Estados. Ese desenvolvimiento industrial favorece el desenvolvimiento del sindicalismo. El sindicalismo auténtico, fuerte, activo, consciente de su vigor y de sus posibilidades, y la piedra angular de la negociación colectiva. La consecuencia directa e inevitable, cuando se instala en cualquier nación un sindicalismo con tales características, es el progresivo abandono de las reivindicaciones junto al Estado y la formación de un amplio sistema de convenciones colectivas, adoptadas por las propias partes interesadas.

La segunda consecuencia, derivada de la primera, es que la negociación colectiva, además de ser característica de las sociedades industrializadas, constituyó, también, "trazo marcador en la economía de las naciones democráticas".

La explicación de esa afirmación no nos parece difícil.

No existe vinculación obvia, es cierto, entre el régimen político y el sistema de negociación colectiva de trabajo. Pero, bajo las grandes líneas del proceso político nacional, aquella vinculación existe y perdura siempre, pues apenas a través del sindicalismo libre se puede admitir el éxito del régimen de convenciones.

En las naciones totalitarias, en que el sindicato es absorbido por el Estado o queda bajo control del partido dominante, se transforma, necesariamente, en instrumento de los designios gubernamentales. No conviene por eso, en ese sistema político, que el sindicato actúe con libertad, inclusive en lo que dice respecto a la negociación colectiva. Las normas laborales en vigor son, en esos casos, acentuadamente estatales. El gobierno no tiene el menor interés en estimular la contratación colectiva, porque eso da autonomía al sindicato y el sindicato libre es un órgano incómodo a todas las dictaduras.

El sindicato oprimido, controlado, dirigido o modelado según las programaciones, los deseos y

(1) Paul Bureau, escribiendo al comienzo del siglo, vio en las convenciones colectivas la solución recomendable para que se enfrentase a la desorganización interna de las empresas y a la miseria de los trabajadores. (*"El Contrato Colectivo de Trabajo"*, págs. 239 y sigs., trad. española, s. 904, Madrid).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

las ambiciones del gobierno o del partido no tiene la posibilidad de desarrollar programas eficientes de negociación colectiva. Le falta el alma, que nace del derecho de reivindicación y del poder de cambiar, sin los cuales la negociación colectiva es infructuosa.

Se puede admitir que, en regímenes dictatoriales capitalistas, el Estado tenga interés en estimular la contratación colectiva, usando, en esos casos, el sindicato como arma contra la estructura empresarial, para presionar esa estructura en provecho de sus proyectos administrativos o para tornarse simpático a las masas trabajadoras, canalizándolas por el cauce de su doctrina.

Pero, en los regímenes socialistas, la idea de negociación colectiva va a resumirse —por la supresión total o relativa de la industria privada— a los entendimientos entre el sindicato, en nombre de la clase trabajadora, y el Poder Público, como órgano supremo del control económico del país.

Será, siempre, difícil conciliarse la idea de Estado totalitario con el sindicalismo auténtico y libre. Sin sindicalismo libre y auténtico serán siempre fallas, inexpresivas o imposibles las tentativas de negociación sindical con los empleadores.

Atribuimos, por eso, gran importancia al "desenvolvimiento económico" y al "régimen político" de una nación, como factores de estímulo o retracción de las negociaciones colectivas de trabajo.

Explícase, así, a nuestro entender, combinando con estos dos factores, el motivo por el cual las convenciones colectivas de trabajo, durante muchos años, no tuvieron, en la América Latina, significado digno de notar.

Las naciones latinoamericanas (cuando Europa hacía la Revolución Industrial y los Estados Unidos se ajustaban en el gran movimiento de renovación de las técnicas de producción) permanecían reprimidas en su prolongado destino histórico de países esencialmente agrarios.

El problema de la negociación colectiva solamente comenzó a ganar dimensiones en el instante en que la América Latina arrancó en el sentido de la industrialización. Y ésa es nuestra época.

El subdesarrollo económico de la mayoría de los pueblos continentales es la explicación lógica y principal del motivo porque las convenciones colectivas apenas en nuestros días adquirieran cierta relevancia. No es por mera coincidencia que el florecimiento de aquella institución jurídica se verificó, sobre todo, en México, Venezuela, Argentina y Perú, países en que la industrialización o el clima político local favoreciera su uso práctico.

En Brasil, por ejemplo, que es, hoy, una nación prácticamente industrializada, no obstante, el fenómeno no es el mismo: las convenciones colectivas, entre nosotros, no tienen mayor significado.

Eso puede parecer contestación a las observaciones anteriores, que vinculan al desenvolvimiento económico o uso fecundo de la convención colectiva.

Pero, aquí, interfieren "razones políticas", a las cuales hacemos referencia expresa.

El sindicalismo brasilero estructuróse durante el "Estado Nuevo", [2] que fue tentativa frustrada de un Estado Nacional Corporativo. Aunque la legislación contemplase el instituto de la convención colectiva, e inclusive, disciplinase el asunto meticulosamente, el sistema político dominante no proporcionaba la libertad de actuación del sindicato.

Así, en la época, no existían condiciones económicas y políticas que estimulasen la negociación sindical.

Redemocratizado el país, muchos años después se entró en la fase de próspero desenvolvimiento, pero, en verdad, la estructura sindical no fue sensiblemente alterada. El desenvolvimiento económico aún no tuvo la resultante histórica (que ha de venir) del fortalecimiento sindical.

Súmase a eso la competencia normativa de la justicia del trabajo y, en el cuadro económico del país, el esfuerzo gubernamental en el sentido de mantener las reivindicaciones de los trabajadores en niveles de compatibilidad con la lucha antiinflacionaria. No será difícil percibir que, en Brasil, por sus condiciones peculiares, aún hoy, más importante que la convención colectiva, es la Ley del Estado, pues ésta, como norma de protección al trabajo, a un solo tiempo, suple la insuficiencia del sindicalismo brasileiro y mantiene las reivindicaciones laborales en el límite de las posibilidades nacionales.

---

(2) Régimen político que se extendió del 10 de noviembre de 1937 al 29 de octubre de 1945, usando, como rótulo, la expresión que sirvió de título a la famosa obra de Rathenau.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Todo lo expuesto nos permite volver a las palabras iniciales y, es bueno, que repitamos algo dicho y escrito en otra oportunidad.

Las naciones industrializadas (Europa Occidental y Estados Unidos), que vivieron, intensamente, las metamorfosis irreversibles de la industria manufacturera y de la tecnología, las convenciones colectivas de trabajo constituyeron una reivindicación laboral, la que, después de grandes vacilaciones, adhirieron los empresarios. Esa elaboración normativa por vía convencional sufrió el impacto de la oposición del Estado. Pero, a pesar de todo, sus notorias ventajas hicieron que, yendo allá de esa barrera oficial, las convenciones continuasen siendo celebradas. Se creó la costumbre. Y todo eso, sumado al creciente poderío sindical y a la presencia de los grupos de trabajadores en las decisiones políticas nacionales, compelieron al legislador a reconocer la legitimidad de la convención colectiva.

Las convenciones colectivas, en aquellos países, por tanto, fueron fruto de la práctica costumbrista y prueba de eso está en el régimen aún hoy vigente en Inglaterra, donde las convenciones tienen eficacia; no por fuerza de normas coercitivas que las reconozcan, ni por estar insertas en el sistema del "Common Law", pero, apenas, porque constituyen una especie de "gentlemen agreement". Y a pesar de no poseer fuerza obligatoria, tales convenciones son fielmente cumplidas en la práctica de la vida sindical.

En las naciones de América Latina, por ejemplo, el fenómeno fue a la inversa.

No fueron los grupos sindicales que presionaron, sucesivamente, empleadores y gobierno para aceptar la legitimidad de la negociación. Los legisladores, percibiendo la utilidad social y jurídica del nuevo instituto, a través, sobre todo, de la experiencia europea y norteamericana, trataron de adoptarlo, en sus leyes y en sus códigos, colocando, en esa forma, al alcance de los trabajadores, aquel poderoso instrumento de reivindicación.

Si en una gran mayoría los sindicatos latinoamericanos no usaron, durante mucho tiempo, ese instrumento, fue porque les faltaba fuerza para manejarlo, esto es, la fuerza que emana de un "back ground" sindical suficientemente fuerte para sustentar los líderes que, de pie sobre el terreno desafían el poder patronal.

En las naciones industrializadas, en síntesis, las convenciones colectivas nacieron de la práctica popular y llegaron a la ley, a través de la costumbre. Vinieron de los hechos para los códigos. En otras palabras: "de abajo para arriba".

En las naciones subdesarrolladas, inversamente, las convenciones fueron consagradas por el legislador. Ofrecidas por la ley a los sindicatos. El instituto, así, vio dos códigos para los hechos. O sea "de arriba para abajo".

Por eso, las convenciones colectivas (que en unas y otras tienen la misma naturaleza jurídica y, en principio, deberían de tener la misma eficacia) cuentan, en las naciones industrializadas, con la marca de la autenticidad histórica. En las naciones subdesarrolladas son, apenas, un esfuerzo legislativo más de protección al trabajo.[3]

Creemos, aún hoy, que esa diversidad de origen histórico es el motivo principal del no uso o del pequeño uso de las convenciones colectivas en las naciones subdesarrolladas. Apenas acentuamos, nuevamente, que, como la Historia no es hecha de acasos, no obstante tenía imprevistos, todo eso resulta de la diversificación del desenvolvimiento económico e, inclusive, político, de las naciones modernas.

La Historia, que es dinámica por naturaleza, aunque hable la voz del pasado, rige la realidad del presente o el amanecer del futuro.

2. Concepto. Son muy sensibles las diferencias existentes, en las variadas leyes, sobre la definición de las convenciones colectivas. Como veremos, inclusive, su propia "naturaleza jurídica" depende, en parte, del sistema de Derecho Positivo de cada país.

Abandonando las particularidades que puedan ser apuntadas, a la luz de la ley local, sobre esa extraña figura jurídica (aún hoy motivo de debates y perplejidades) nos parece razonable decir que "la convención colectiva de trabajo es el convenio entre el sindicato de los trabajadores y el sindicato patronal correspondiente o empresas individualmente consideradas, teniendo por objeto principal la estipulación de normas a ser respetadas a través

(3) En el libro editado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Uruguay en memoria de "Francisco de Ferrari", se encuentran varios ensayos que suministran informaciones sobre los sistemas de convenciones colectivas de diversos países modernos. (Estudios sobre la Negociación Colectiva, págs. 235 y sigs. Montevideo).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de los contratos individuales de trabajo y por objeto secundario la creación de derechos y obligaciones asumidos por los propios contratantes.[4]

Parte ese concepto del entendimiento de que la convención colectiva, como el nombre indica, tiene forma de contrato o convenio, como ajuste de dos o más voluntades, dirigidas a determinado objeto jurídico.

Mas, al mismo tiempo, evidencia cuáles son los participantes del convenio, denominados "contratantes".

Luego salta a la vista la regla general de que la convención colectiva es un "acuerdo inter-sindical", o sea, resulta de la negociación establecida entre dos o más de dos sindicatos, representativos de trabajadores y empresarios.

Pero, a esa regla general se opone la excepción, que no llega a ser rara: Como el sindicalismo laboral es más intenso que el sindicalismo patronal, se torna común en la práctica, que la categoría económica no esté organizada en sindicato.

Cuando eso ocurre, la negociación y el convenio pueden ser establecidos entre el sindicato laboral (o, en su ausencia, la correspondiente entidad sindical de grado superior) y grupos de empleadores, o, hasta lo mismo, de un empleador aislado.

La figura de los contratantes, como se ve, es variable, todo dependiendo de la orientación adoptada por el legislador. En ese sentido, a título de ejemplo, recordamos que, en Brasil, la Constitución de 1937 definía como privilegio exclusivo de los sindicatos (de los trabajadores o patronales) la celebración de convenciones colectivas;[5] en tanto que, hoy, al contrario, el convenio puede tener carácter inter-sindical o ser celebrado entre el sindicato de los trabajadores o grupos de trabajadores y el empleador o grupos de empleadores.[6]

Lo mismo ocurre, de otro modo, cuando los "efectos" resultantes de la convención: las reglas de conducta formuladas por los contratantes pueden aplicarse, apenas, a los asociados del sindicato; pueden aplicarse a esos asociados, con la posibilidad de ser extendidas, por proceso especial, a la totalidad de los integrantes de la categoría; pueden, automáticamente, comprender toda la categoría.[7]

Para que la ejemplificación esclarezca, con nitidez, como oscila el Derecho a propósito de ese tema, podemos tomar las leyes italianas y brasileiras y colocarlas en confrontación, dentro de su desenvolvimiento histórico.

En la Italia fascista —como acentúo Aldo Aranguren, en las exposiciones hechas en el seminario de preparación de dirigentes sindicales y empresariales promovido por la Universidad de Florencia— los llamados "contratos colectivos corporativos" comprendían la totalidad de la categoría y, no, apenas, los asociados del sindicato contratante.

Mas, el efecto "erga omnes" de la convención colectiva fue delineado el ordenamiento jurídico italiano, por la legislación en vigor, que le atribuye efectos limitados a los integrantes del sindicato.

Esa alteración, por señal, hecha cuando estaban y continuaran en vigor los "contratos colectivos, corporativos crearon serios problemas de Derecho Intertemporal, que la doctrina italiana se encargó de resolver.[8]

En Brasil, al contrario, el sistema de la Constitución de 1937 —aunque se copia, aquí y ahí, el

---

(4) Según la recomendación aprobada en la 34a. Sesión de la Conferencia de la O.I.T. de 1951, convención colectiva es "todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo acordadas entre, de una parte, un empleador y un grupo de empledores o una o muchas organizaciones representativas de trabajadores, o en la ausencia de tales organizaciones, los representantes de los trabajadores interesados, debidamente electos y encargados por estos últimos de conformidad con la ley nacional". Ese concepto es más explícito que el formulado en el texto, en el sentido de que abarca la posibilidad de negociación colectiva entre grupos de trabajadores que no están organizados en sindicatos. Véase, sobre el tema, el ensayo de Manuel Alonso Olea, *El Concepto de Convenio Colectivo, en Estudios sobre la Negociación Colectiva*", ya citado, págs. 3 y sigs.

(5) Art. 138.

(6) Decreto-Ley No. 229, de 28 de febrero de 1967; "*Consolidación de las leyes del Trabajo*" , art. 611. La negociación directa de grupos de empleados está en el art. 617, también de la Consolidación, cuando el convenio abarca una parcela de la categoría y hubiere omisión sindical. No incluimos esa posibilidad en nuestra definición, aunque esté prevista en la Recomendación de la O.I.T., pues la consideramos, en términos de negociación colectiva, una situación teratológica.

(7) La extensión de una convención aplicable a los asociados del sindicato a la totalidad de la categoría fue expuesta en la Descripción general del 3er. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, realizado en Italia, de creación de Valente Simi ("*L'Efficacia Soggetiva del Contrato Collettivo*", págs. 41 y sigs., 1968, Milán).

(8) Aldo Aranguren, "*Problemi di Diritto del Lavoro*", pág. 77, s/data, Varese.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

modelo fascista— establecía que las convenciones colectivas tendrían efecto, apenas, en relación a los asociados del sindicato. La extensión de esos efectos a la generalidad de los miembros de la categoría quedaba en dependencia de procedimiento especial. Bajo la protección de aquella norma constitucional; 1943, fue elaborada la Consolidación de las Leyes del Trabajo.

Pero, el advenimiento del Decreto-Ley No. 229, de 28 de febrero de 1967, que derogó la Consolidación en materia colectiva, desvió la figura de la "extensión de las convenciones", haciendo que las cláusulas convenidas comprendieran las categorías representadas por los sindicatos contratantes.[9]

La definición articulada da, también, idea segura sobre el "contenido" de la convención colectiva, que constituirá párrafo especial de este estudio.

No se llega, de momento, a la clasificación de las cláusulas que integran la convención y que tienen naturalezas distintas. Pero, queda acentuado, desde luego, que el "objeto principal" de la convención colectiva es la estipulación de "normas abstractas", verdaderas reglas de conducta, que deberán ser obedecidas, tanto en cuanto a las leyes, en el momento en que trabajadores y empresarios celebraren, a su vez, contratos individuales y los pusieren en ejecución.

Al lado de esas cláusulas creadoras de normas (por eso, llamadas "cláusulas normativas") aparecen, en las convenciones, otras cláusulas, que aseguran su eficacia o que crean derechos y obligaciones (recíprocos y directos) para las entidades sindicales que participan del convenio.

En el primer momento, acentúase el carácter normativo de las convenciones, en contraposición a su carácter meramente contractual, inherente en esas segundas cláusulas, llamadas, en razón de eso, "cláusulas contractuales u obligatorias".

Consideramos que las cláusulas contractuales constituyen el "objeto secundario", de la negociación, lo mismo que, eventualmente, adquirieron notoria relevancia. Y, siendo así, ponemos todo el énfasis posible en el modo por el cual la convención colectiva se ofrece, conceptualmente, a la consideración del jurista: es un acto "sui géneris", desconocido de la teoría clásica de los contratos.[10]

Los contratos crean derechos y obligaciones para los contratantes. Son derechos y obligaciones directos y concretos.

Queremos decir con eso que todos los contratos son actos jurídicos cuyas cláusulas inciden, directamente, sobre los actos de la realidad.

Las convenciones colectivas, en lo que poseen de normativo, "aunque sean actos jurídicos semejantes a los contratos", producen efectos diversos: sus cláusulas no inciden, directamente, sobre hechos concretos; inciden sí, sobre otros actos jurídicos (contratos individuales de trabajo), de tal modo que, en la realización de éstos, empleados empleadores les deben obediencia estricta, bajo pena de nulidad y otras sanciones. Y eso significa decir que la convención colectiva presupone una relación jurídica preexistente o que vendría a existir, que es la relación de empleo resultante del contrato individual.[11]

Como ya tuvimos oportunidad de acentuar, hay, en la vida social, una superposición de planos jurídicos, que, generalmente, es ésta: ley, acto jurídico, hechos concretos. En relación a las convenciones colectivas, como instrumentos normativos, que están subordinados a las leyes, pero a la que se subordinan los contratos individuales, la superposición de los planos se torna más compleja: ley, "convención colectiva", acto jurídico, hechos concretos.

Insistimos en que en el papel normativo de la convención reside su principal característica. Eso la distingue de todos los otros institutos jurídicos hasta entonces conocidos por el Derecho Civil. Perturba, inclusive, la Teoría General del Derecho, creando perplejidades en cuanto a su naturaleza jurídica. Constituyendo, por todo eso, tema atrayente para el jurista, revela, también, la extraordinaria fuerza creadora y viva del sindicalismo,

---

(9) Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 611.

(10) La mayoría de los autores se interesan, principalmente, por la parte normativa de las convenciones colectivas. Véase no obstante, Giorgio Ghrezzi, "*La Responsabilità Contrattualle delle Associazioni Sindicali*", págs. 6 y sigs., Milán.

(11) Giulano Mazzoni, "*Teoría del Límite de la Aplicabilidad del Contrato Colectivo de Trabajo*", págs. 39 y 40, 1939, Milán.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

exigiendo, por eso, la atención el cuidado y el examen del sociólogo, del economista y del político.

3. Naturaleza jurídica. La originalidad de las convenciones colectivas, a la medida que se afirmaban a través de la práctica consuetudinaria, dejaba perplejos a los juristas del contractualismo, al tratar de explicar su naturaleza jurídica.

Era natural que se procurase encuadrar la nueva figura dentro de los principios de la teoría contractualista, imperante en todos los dominios del Derecho.

Mas, igualmente, era inevitable el reconocimiento de que, para la explicación de la naturaleza de las convenciones colectivas, las ideas del contractualismo jurídico parecían anacrónicas.

Presionados, intelectualmente, entre la conveniencia y la dificultad de clasificación de las convenciones colectivas como especie de los "contratos", los juristas se subdividieron, algunas veces de manera irreconciliable.

Podemos sistematizar esas opiniones en dos grupos principales: la "corriente contractualista" y la "corriente normativista".

Para los defensores de la primera posición, el sindicato, cuando celebra convenciones colectivas, se hace contrato que obliga, a través de sus cláusulas, a sus asociados.

Para los que forman la corriente normativa, la convención colectiva posee el carácter genérico de verdadera "ley profesional", creando normas generales y abstractas, que —según el sistema de Derecho Positivo local— pueden alcanzar, apenas, los asociados del sindicato o se pueden extender a la totalidad de la categoría profesional o económica.

Cada una de esas opiniones no explica, por sí sola, la naturaleza jurídica de la convención colectiva. De uno o de otro ángulo, las divergencias cuando el "fundamento" del punto de vista adoptado siempre fueron y continúan siendo bastante sensibles.

En Brasil, hace más de treinta años, Irineo Machado hizo interesante sistematización de las diversas teorías, —dentro de esos dos entendimientos opuestos— que procuran analizar la convención colectiva.[12]

En primer lugar, se sitúan (así mismo por su orden cronológico) las "teorías contractualistas", que constituyen una derivación evidente de los principios generales del Derecho Civil.[13]

a) Teoría del mandato. El sindicato, cuando celebra la convención, actúa en nombre de sus asociados, a través de una representación jurídica bien definida: ejerce, en otras palabras, el mandato que le fue otorgado por los asociados en el momento en que éstos, adhiriéndose al sindicato, implícitamente adoptaron sus estatutos (Bergeron).

Otros juristas —también jugando con el concepto de mandato— sustentan que el poder de representación sindical no resulta de la adhesión de los asociados a los estatutos, como acto de voluntad. Discurre, sí, de la norma legal imperativa que atribuye al sindicato aquel poder.

El sindicato queda armado de "mandato" legal, que le da el privilegio de representar a los asociados, no, apenas, para fines de defensa de sus intereses individuales, mas, también, ampliamente, para estipular convenciones colectivas de trabajo (Hubert-Valleroux).

Una teoría variante de la misma concepción y la de Lotmar, según la cual el sindicato procede, en la negociación colectiva, pura y simplemente, como órgano o instrumento a través del cual se manifiestan las voluntades individuales de la mayoría de sus asociados.

El sindicato, ahora, es visto como intermediario. Quien, en la realidad, adopta o rechaza las cláusulas de la convención no es el sindicato, como persona jurídica, pero sus asociados, en la medida en que constituyen la mayoría de la asamblea general, mientras los asociados minoritarios se subordinan, voluntariamente, a la resolución de la mayoría deliberante.

Otras ideas análogas podrían ser expuestas. Mas, el apogeo de la "teoría del mandato" fue momento efímero, coincidiendo con la época en que los jueces, especialmente los tribunales franceses, aceptaron, como novedad jurídica, la convención colectiva de trabajo.

Era preciso, en esa oportunidad, explicar la naturaleza del instituto y nada más fácil, dentro de la concepción dominante en el Derecho Civil, que

---

(12) En *"Revista del Trabajo"*, 1942, octubre, págs. 541 y sigs., Rio de Janeiro. Sobre ésas y otras teorías, consultar, también A.B. Cotrim Neto, *"De los Contratos Colectivos de Trabajo"*, págs. 85 y sigs., 1940, Rio de Janeiro. A propósito del tema, Héctor Hugo Barbagelata, *"Régimen de los Convenios Colectivos"*, págs. 31 y sigs., 1955, Montevideo.

(13) Ver *"El Empleado y el Empleador en el Derecho Brasileiro"*, 1er. vol., págs. 199 y sigs., 1954, Rio de Janeiro.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

recurrirse a la idea —aún hoy válida, bajo ciertos aspectos— de que el sindicato actúa como mandatario en los trámites de la negociación colectiva.

Nada más plausible, por cierto, que considerar esa representación como discurriente de un mandato concedido por los asociados al sindicato, pues lejos se estaba de la posibilidad de admitir que la categoría o grupo profesional posee realidad sociológica y que, en el orden natural de las cosas, el sindicato es el único órgano que puede extraer sus anhelos y ejercer su representación.

Es preciso, entonces, ponderar para la circunstancia de que el fundamento del mandato es la voluntad del otorgante de atribuir al otorgado poderes predefinidos, a fin de que éste actúe en nombre de aquél.

Se dice que el sindicato actúa como mandatario, en la negociación colectiva, armado de poderes concedidos por sus asociados y no quiere divisar los hechos, tal como se presentan.

El poder de representación sindical, aparentemente explicable como otorgada de la mayoría de los asociados, es incomprensible en fase de la posición adoptada por la minoría vencida. La explicación de Lotmar, según la cual esa minoría se obligó, "individualmente", por el simple hecho de inscribirse en el sindicato, a someterse a la deliberación de la mayoría, no sólo constituye artificio que dificulta con la noción clásica del mandato, como, también, encuentra óbice invencible en los sistemas (como el de Brasil) en que la convención colectiva obliga, genéricamente, a todos los trabajadores y empresarios, sean, o no, sindicalizados. ¿Cómo aceptarse que las cláusulas y los términos del convenio celebrado por el mandatario obliguen a personas que no participaron, ni podrían participar, directamente, de las asambleas y de las resoluciones del sindicato?

b) Teoría de la gestión del negocio. La teoría del mandato, que, "prima facie", tan sencillamente parecía resolver el lapso en que se debatían los juristas de la época, fue poco tiempo después enfrentada por una nueva concepción.

Esa segunda teoría creó una abstracción hasta cierto punto sorprendente: el sindicato, en la negociación colectiva, dijeron sus defensores, "es gestor de los negocios de terceros", o sea, de los trabajadores y empresarios, individualmente considerados (Galizia).

Pero, los requisitos de la gestión de negocios son éstos: a) el gestor actúa en nombre de otro, "sin autorización del mismo"; b) los actos practicados por el gestor deben estar de acuerdo con la voluntad "presumible" del titular del derecho; c) el gestor no tiene interés "directo" en el negocio; d) por los actos que practica, el gestor es responsable ante aquél en nombre de quien actúa, también como ante las personas con quien contrata; e) en la gestión de negocios, el gestor realiza los actos y el titular del negocio queda ajeno a la intervención del gestor.[14]

¿Ocurre algo de eso en la convención colectiva?

El sindicato inicia la negociación "autorizado" por la asamblea general de los asociados, que vuelve a reunirse para "ratificar" la convención.

Así, desde el inicio hasta el final de la elaboración del convenio, el sindicato actúa con pleno conocimiento de sus asociados, por ellos autorizado y en la dependencia de la concordancia de la asamblea general.

La voluntad manifestada en esas asambleas —a través de la mayoría de los sindicalizados— no es presumida. Al contrario, debe ser expresa.

La participación de los trabajadores o empresarios, en los trámites "internos" en la negociación colectiva, es manifiesta, permanente e indispensable, de modo que quedaren desfiguradas las características esenciales de la gestión de negocios en las convenciones colectivas de trabajo.

c) Teoría de la estipulación en favor de terceros. La teoría de Barthélemy-Reynaud dice que el sindicato de los trabajadores queda, como "estipulante", juntamente con el sindicato de empleadores o con las empresas, determinadas "condiciones", consubstanciadas en las cláusulas de la convención.

Las cláusulas son establecidas "en favor de terceros", o sea, de los asociados del sindicato o, cuando fuere el caso, de la totalidad del grupo profesional.

La crítica simplista opuesta a tal opinión es ésta: En las convenciones colectivas, no todo lo que el sindicato "estipula" es, necesariamente, "en favor" de su asociado. Puede ser cláusula que,

(14) Código Civil, art. 1331.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

al contrario, funcione como freno o limitación a los derechos de los trabajadores o de los empresarios.

Otros aspectos de la estimulación en favor de terceros muestran incompatibilidad entre ese contrato y la convención colectiva. El estipulante, por ejemplo, puede reservarse el derecho de sustituir al tercero designado en el contrato, independientemente de su anuencia e, inclusive, de la concordancia del otro contratante.[15] ¿Cómo admitir que lo mismo ocurra en la negociación sindical?

d) Teoría del contrato innominado. En esa rúbrica se engloban dos corrientes diferenciadas. La primera "teoría de la personalidad moral ficticia" considera el sindicato en sí, identificado con la persona de sus asociados, de modo que éstos, los asociados, son los verdaderos contratantes (Nast.).

En cuanto a aquellos que vengan a asociarse al sindicato, considérase que, por la simple solicitud de inscripción manifiestan aquiescencia a los términos de convención colectiva adoptada anteriormente.

La segunda corriente, sustentando que la convención colectiva es contrato "sui géneris", hace la síntesis o combinación entre la teoría del mandato y la teoría de la estipulación en favor de terceros.

La originalidad de los convenios colectivos del trabajo residiría en el acto de que son ellos una "forma contractual compleja" (Deslandres).

El sindicato, en síntesis, actuaría como mandatario, pero, simultáneamente, en la negociación colectiva, estipularía en favor de terceros (asociados).

En verdad, no obstante, es difícil admitirse la identificación de la persona jurídica (sindicato) con la persona natural (asociados), como propone Nast; de la misma manera que la concepción de Deslandres llama, en sí, al mismo tiempo, las críticas opuestas contra las teorías del mandato y de la estipulación en favor de terceros, acrecentadas por la circunstancia de que hay nítida incompatibilidad entre la figura del "tercero", en favor de quien se estipula algo sin su participación, y la del "mandatario", que otorga a alguien poderes para actuar en su nombre (Irineu Machado).

e) Teoría de la solidaridad necesaria. Esa teoría representa, según la opinión de algunos juristas, un momento decisivo en la historia del pensamiento jurídico, o sea, el instante en que la doctrina empezó a abandonar la idea de que era indispensable indicar la naturaleza jurídica de la convención colectiva de trabajo a través de las ideas tradicionalmente asentadas por el Derecho de las Obligaciones.

El primer paso en ese sentido habría sido dado cuando se trató de liberar el estudio de la naturaleza de la convención colectiva de las ideas de "voluntad individual" y del interés particular.

Existiendo, por motivos profesionales o económicos, el "interés común o colectivo" que lleva a la constitución de grupos e, inclusive, determina la formación del sindicato, créase a través de aquel interés, una "solidaridad necesaria" entre trabajadores o empresarios.

La razón de ser la convención colectiva no residiría, así, en pacto contractual previo, celebrado por los asociados del sindicato, en nombre de sus intereses particulares. Por encima de los intereses individuales, estaría el interés colectivo, aquellos sometidos a éste, el nombre de la solidaridad necesaria, donde residiría el fundamento de la convención colectiva (Rouast).

Esa teoría, repetimos, fue la primera tentativa de vislumbre de la realidad jurídica de las convenciones colectivas, cuya comprensión, como veremos, parte de ideas contractualistas tradicionales, pero depende, también, de que estemos dispuestos a ultrapasarlas.

Las "teorías contractualistas", de un modo general, tuvieron la gran ventaja histórica de permitir, a través del artificialismo de su formulación, que los juristas y jueces de la época les dieron a las convenciones colectivas fundamento jurídico y, por eso, las aceptasen.

En cierto modo, aún hoy, no se puede dejar de recurrir a la idea de que la convención colectiva tiene momentos en que se ofrece al examen del jurista, "contrato". Y eso fue lo que sedujo a los contractualistas a hacerlos clasificarla dentro de los moldes preestablecidos del Derecho de las Obligaciones.

Pero, esas mismas teorías, aisladamente consideradas, esto es, cada cual intentando tener una

(15) Código Civil, art. 1100.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

"explicación pura y verdadera" de la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas, nada imprime de relevante en la faz del Derecho del Trabajo.

Para los "juslaboralistas", son doctrinas inmemorias.[16]

En oposición a los contractualistas se sitúan los defensores de las "teorías normativistas", según las cuales la convención colectiva —si la síntesis fuere permitida— no es contrato, pero, sí, fuente creadora de normas jurídicas.

Colocando la convención colectiva de trabajo fuera del gran esquema del contractualismo, ese entendimiento la sitúa en posición original y posterior en la Historia del Derecho.

La primera tesis es que el sindicato tiene carácter institucional, ocupando posición propia y ejerciendo atribuciones "sui géneris" en el contexto del Estado.

De marcada tendencia corporativista, esa doctrina sustenta que a través de la convención, el sindicato dicta verdaderas "leyes profesionales", pues ese poder legislante es perfectamente natural en el Estado fascista.

Esa teoría —denominada "teoría de la institución corporativa"— explicaría (si se admitiese el acierto de su punto de partida) la razón por qué las convenciones colectivas, editando leyes profesionales, en lo que poseen de normativo, son obligatorias, indistintamente, para las mayorías y minorías, para los asociados y los no asociados del sindicato.

La justificativa propuesta, evidentemente, apenas sería admisible en los Estados corporativos. Así, la noción de "convención-Ley profesional", elaborada por el "sindicato-institución", no explica, "jurídicamente", la naturaleza de las convenciones y de los acuerdos, justificando, apenas, "políticamente", la extensión de sus efectos normativos.

A esa concepción —largamente expuesta y esclarecida por los doctrinistas italianos de la época del fascismo— se opone idea diferente, entonces correlativa, expuesta por los defensores de la "teoría del pacto social" (De Vischer).

El raciocinio, ahora, parte del hecho de que los trabajadores, en la vida sindical, nunca celebran contrato de sociedad o de agrupación. Revelan, apenas, en el ejercicio del derecho de asociación, la identidad de sus intereses.

Por otro lado, las partes (sindicatos y empresas) que celebran convenciones o acuerdos colectivos, igualmente, "nada contratan". Apenas, en conjunto, establecen normas para que atiendan fines que son comunes a sus intereses: prevenir futuros conflictos existentes, equilibrar aspiraciones, obtener mayores ventajas y así en adelante.

Por la justa posición de esos intereses recíprocos, la convención es fuente creadora de "ley profesional", obligatoria para las categorías alcanzadas por el convenio y justificada por la profunda conveniencia social que une aquellos intereses en el momento en que es celebrada la convención colectiva.

La crítica ha considerado la teoría del pacto social excesivamente imprecisa, vaga y fluida.

Ya actúe con una verificación correcta, cual sea la de que el sindicato existe en función del interés común de sus asociados y que, en representación de ese interés común, son formuladas las convenciones colectivas; entonces asegure, con cierta procedencia, que el carácter normativo de la convención hace pensar en una "ley profesional", la teoría no llega a explicar cómo se puede concebir que tenga naturaleza "legislativa" la creación de normas a través del convenio sindical, ni cómo se pueda considerar condición "sine qua non" de esa elaboración legislativa la "bilateralidad" de su aceptación.

En esa larga serie de indecisiones doctrinarias, a través de la cual ha vacilado el pensamiento jurídico, era inevitable que surgiesen las "teorías mixtas o intermedias", bastante numerosas, pero de las cuales las dos nos parecen interesantes.

La "Teoría de la costumbre industrial" usa la óptica de la Historia. Recuerda que, al principio, los empresarios y, después, los legisladores se rehusaron a aceptar la convención colectiva y a admitir su legitimidad.

Al margen de esa oposición —como tuvimos ocasión de recordar, anteriormente— nació, entonces, la costumbre, pues las convenciones (por

---

(16) Michel Despax, en *"Convenciones Colectivas"*, acentúa que las convenciones tienen carácter contractual y normativo, pero da primacía a su naturaleza contractual (en G.H. Camerlynck, *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, 7 vol., págs. 62 y 63, 1966, París).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

su utilidad práctica) continuaron celebrándose, lo mismo en el aspecto del obstinado silencio de los textos.

La generalización de esa costumbre, en la fase de la economía industrial, forzó a los jueces a plegarse ante la realidad en vista de la necesidad de decidir demandas resultantes de tales convenios.

A partir de ese momento, no quedó otra salida a los legisladores que no sea disciplinar, en los códigos y leyes, el instituto que nacía, expontáneamente, de la práctica consuetudinaria.

Y como tales convenios, de carácter contractual, siempre tuvieron, por vía costumbrista, efectos generales y abstractos, el legislador así los aceptó.

La teoría explica el motivo por el cual las convenciones colectivas, después de rechazadas, fueran admitidas por el juez y por la ley. Afirma, también, su "especificación", y su carácter normativo.

Pero, era cuando quiere agotar el estudio de la naturaleza jurídica de la convención limitándose a considerarla una "costumbre industrial".

Fueron las costumbres industriales, sí, que permitieron el desenvolvimiento y el apogeo de la negociación colectiva. Mas, las convenciones de las resultantes no tienen carácter consuetudinario. Están reconocidas por la ley moderna y, a través de sus cláusulas, no es raro destronen obsoletas costumbres industriales y usos arraigados en viejas prácticas.

En sentido opuesto, la doctrina italiana, teniendo a la vista, especialmente, la Ley del 3 de abril de 1926, sustentó que el sindicato, en la convención colectiva, "es representante legal" de sus asociados (Barassi).

Se vuelve, en gran parte, a la idea de mandato legal, sustentado por ciertas corrientes afiliadas a la teoría del mandato. La diferencia está en que el "mandato" tiene sentido más estricto que la "representación". Admite esa teoría que el sindicato tenga poderes para representar a sus asociados y la categoría en general, no en virtud de mandato, pero, sí, de norma legal que lo autoriza a actuar como su representante.

Esa "teoría de representación legal" fue criticada en la propia Italia. No hay, en el ejercicio del derecho de suscribir convenciones colectivas, representación de trabajadores y, sí, de la categoría económica o profesional, como un todo orgánico (Guidi). La representación de grupos formados "ad hoc" sería el ejercicio "parcial" del derecho de representación de la categoría.

Afirmóse, igualmente, que sólo se podría admitir la existencia de representación legal, en el ejercicio, por el sindicato, del poder de representación de los asociados y de la categoría, si el sindicato ejerciese derechos de naturaleza pública, similares a los derechos ejercidos por el Poder Legislativo en la representación democrática del pueblo (Gallart Folch).

Restaría, además de todo, siempre, una pregunta: asimismo admitiendo que esa representación autorizada por ley sea el justo título que permite al sindicato celebrar la convención colectiva, ¿cuál sería la "naturaleza del acto jurídico" que, en el ejercicio de aquella representación, el sindicato practicó, al elaborar el convenio?

Las teorías mixtas no son del todo satisfactorias. Mas, parece ser preciso que nos coloquemos en posición intermedia, para hallar la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas.

Es bien verdad que esa naturaleza depende, en gran parte, del sistema legal vigente en cada país.

Diríase, desde luego, y con razones, que el problema es "doctrinario" y, no, puramente "legal". Pero, ocurre que ahora sean las normas de derecho positivo proyecciones de principios doctrinarios —éstos funcionando como arquetipos, aquéllas como sombras de la alegoría platónica— en la práctica, los preceptos impuestos por el legislador, como reflejan conceptos teóricos por él expuestos fortalecen la definición del instituto jurídico.

Además de eso, lo mismo cuando la posición del legislador no es doctrinariamente correcta, el modo por el cual fueron disciplinados cierto comportamiento y determinadas figuras del Derecho de la naturaleza jurídica considerada válida en la elaboración de la ley.

Si eso ocurre en todas las ramas de Derecho, también ocurre en el Derecho del Trabajo, especialmente en cuanto a institutos —como la convención colectiva— sobre el cual tantas y tan opuestas concepciones han sido articuladas.

A nuestro modo de ver, la convención colectiva es instituto "sui géneris" y el error fundamental de los viejos teóricos del Derecho del Trabajo consistió en querer encuadrarla en las formas prefabricadas del Derecho Civil.

Originándose de realidades inéditas, la convención colectiva, en sí misma, es figura nueva, en el sentido de que se distingue, no apenas por su forma externa, como también por su contenido y sus efectos de todos los otros institutos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En primer lugar, enfréntase al problema de saber en nombre de qué razón doctrinaria el sindicato actúa, convencionando con otros sindicatos o con empresas la adopción de las cláusulas de la convención colectiva.

Ese poder de representación, como señalamos en la primera parte de este ensayo, radica en una realidad sociológica: la categoría profesional o económica, de la cual el sindicato es órgano único y portavoz exclusivo.

De esa vinculación entre la realidad social y el órgano que, de hecho o de Derecho, la extrae, nace la posibilidad jurídica de estipulación de cláusulas contractuales (lo que es natural) y, también, de cláusulas normativas, de eficacia general y abstracta.

La legitimidad de esa representación (sin que se precise hablar de mandato o lo mismo de representación legal) es "sociológica y natural", recogida por el Derecho positivo y por el rubricado en virtud de la necesidad que tiene el Estado de disciplinar el comportamiento jurídico.

Admitida la naturalidad de la representación sindical y partiendo del ejercicio normal de ese poder representativo, se la puede ver, en "acto" de la convención, la "forma" de un "contrato", como lo conoce el Derecho Civil.

Esa apariencia tiene importancia. En primer lugar porque la convención colectiva tiene el efecto de un arreglo bilateral de voluntades convergentes en el sentido de determinado objeto jurídico.

Así, en cuanto a las llamadas cláusulas contractuales, que obligan a las partes convenientes a través de compromisos directos, concretos y personales, la única originalidad de la negociación colectiva está en la representación sindical.

Mas, al lado de aquel objeto, que es secundario, la convención colectiva tiene por finalidad principal la formulación de normas de conductas (cláusulas normativas), que —como vimos—, serán respetadas en la práctica de los contratos individuales de trabajo.

¿Podrá un contrato tener por objeto la "actividad normativa", esto es, la elaboración de normas generales, abstractas e impersonales?

Hans Kelsen dice que si: "la oposición entre la creación de normas por ley y la creación de normas mediante convención no es absoluta, mas relativa, tanto en lo que dice respecto al carácter de heteronomía, como en lo que se refiere al carácter, de autonomía de la creación de las normas. La categoría de la convención no es incompatible con la creación de normas generales ni con la creación de normas heterónomas.[17]

La verdad, por eso, es que esa creación normativa, por vía convencional, atribuye a ese instituto —que aún se insiste en considerar esencialmente contractual— efectos totalmente diversos de aquéllos producidos por los demás contratos.

La evidente heteronomía de esa creación normativa, con todo, la distingue de la elaboración de la ley o del reglamento. Estas son eminentemente unilaterales, como datos del Estado. La convención colectiva es bilateral por naturaleza.

El dilema que perdura, por eso, es éste, como fue dicho en la doctrina italiana: o el "esquema lógico" de los contratos se amplía, al punto de admitir en su seno el "contrato-normativo"; o el "esquema lógico" de los actos legislativos se abre de modo a recibir la elaboración bilateral de normas jurídicas, sin intervención del Estado.[18]

La alternativa se resuelve —a nuestro entender— por la "prevalencia" (apenas prevalencia) de la primera alternativa. Es más fácil, como decía Kelsen, que admitamos la contratación con fines normativos, que el Estado (fuera de la concepción corporativa) acepte la adopción de "leyes profesionales" extrañas al contexto del Derecho Positivo que él mismo elabora.

Siendo una figura especial, podemos colocar la convención colectiva, horizontalmente, "al lado" de los contratos clásicos, porque formalmente se asemejan. Pero, si quisiéramos una disposición vertical de planos, la convención colectiva quedará "entre" los contratos (a los cuales se aproxima por la apariencia externa) y las leyes materiales (a las cuales se asemeja por sus efectos normativos).

Con palabras tal vez nuevas, se repite, aquí, una vieja idea. La idea de que la convención, en lo que posee de normativo y porque lo posee, "contrato-ley" (Dugüit), "convenio-ley" (Cabanellas), "contrato-normativo" (Balella).

---

(17) ***"La Convención Colectiva en el Derecho Social"***, **en** ***"Revista del Trabajo"***, **1944, octubre, pág. 506, Rio de Janeiro.**

(18) Giuliano Mazzoni, op. cit., págs. 36 y 37.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

No se le aplican, no como exclamó De la Cueva, los principios y normas que rigen los contratos,[19] razón por la cual nuestra afirmación no nos capitula dentro de la "teoría del contrato innominado".

El contrato apenas en cuanto se asemeja a los otros contratos, porque en la convención se cristalizan voluntades convergentes, que inciden sobre determinado objeto jurídico; sobre todo, cuando a las cláusulas meramente contractuales que acostumbran existir en las convenciones colectivas.

Pero, es "algo diverso", por sus efectos normativos, algo tan diferente que, sea llamado como fuere, no se identifica con los contratos, ni con las leyes materiales.

Es apenas lo que es: una forma —típica de las sociedades industrializadas— de elaboración normativa (sin carácter estatal), que funciona como factor de equilibrio de las relaciones de trabajo e, inclusive, complementa el sistema de las leyes materiales que las disciplinan.[20]

La convención posee naturaleza intersindical, o sea, nace de la negociación realizada entre el sindicato de los trabajadores y el correspondiente sindicato de empleadores.

El acuerdo colectivo, al contrario, es aquel que se ultima entre el sindicato de los trabajadores y determinada empresa o grupos de empresas.

Es preciso tener presente, entonces, las circunstancias de que la distinción es hecho, apenas, en cuanto a la identidad de los convenientes y, en consecuencia, en cuanto al número de trabajadores protegidos por las cláusulas convencionadas. Esos trabajadores son aquéllos que estén representados en el acto del convenio: la categoría o los asociados (conforme al sistema de la ley local), en las convenciones colectivas; los empleados de la empresa o grupo de empresas convenientes, en los simples acuerdos.

En lo que concierne, entonces, a sus efectos, a la naturaleza jurídica, a sus fundamentos sociales y económicos, no existe distinción entre las convenciones y los acuerdos colectivos.

No atribuimos, por eso mismo, relevancia a esa clasificación, que apenas tiene utilidad cuando indica cómo puede establecerse, en la práctica, la negociación colectiva fuera de los límites estrictos de la vida intersindical.

Pero, dentro de esa distinción entre convenciones y acuerdos, que nacen de la posibilidad de la "negociación colectiva extrasindical", es preciso recordar que, en ciertos casos, se tiene igualmente admitido el "acuerdo directo" entre trabajadores y empresarios.

En el Derecho Brasileiro, cuando los trabajadores de determinada empresa o de grupo de empresas pretendieren entablar negociación colectiva, notificarán, por escrito, a su sindicato, para que éste, en el plazo legal de ocho días, asuma la dirección del entendimiento, debiendo el empleador tomar idéntica providencia. La omisión del sindicato obliga a los interesados a igual iniciativa junto a las entidades de grado superior (federación o confederación), de modo a agotar las posibilidades de la intervención sindical.

Si persiste la omisión del órgano de negociación, ésta pasará a ser hecha, directamente, hasta el final, por los interesados.[21]

Trátase, ciertamente, de medida extrema, que tiene en mira impedir que la inercia, el desinterés o la omisión propiciada de los dirigentes sindicales dejen al desamparo de la negociación determinados grupos de trabajadores.

La excepcionalidad de esa norma legal es evidente y debe ser puesta en relevo, por la circunstancia de que, a través de ella, se va bastante lejos, en el terreno de la negociación colectiva extrasindical.

Mucho más suave —porque no es directa— nos parece la negociación "aziendale" del Derecho italiano. Es, también, una forma de contratación colectiva extrasindical, entre trabajadores y determinada empresa. Mas, el entendimiento se establece a través de un órgano de representación aunque no tenga naturaleza sindical: la "comisión interna o consejo de empresa".[22]

---

(19) *"Derecho Mejicano del Trabajo"* 2do. vol., pág. 336, Méjico, 1949.

(20) Confrontar nuestros *"Comentarios a la Consolidación de las Leyes de Trabajo"*, 3er. vol., págs. 932 y sigs., 1973, Rio de Janeiro.

(21) *"Consolidación de las Leyes del Trabajo"*, art. 617, párrafo 1.

(22) Umberto Romagnoli, *"El Contrato Colectivo de Empresa"*, págs. 13 y sigs., 1963, Milán.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Refuérzase, pues, la observación que hicimos de que, algunas veces, en la práctica, los consejos de empresa y otros órganos internos de naturaleza similar invaden el área de actuación sindical y, si el legislador no toma medidas cautelosas, podrá concurrir para el debilitamiento del sindicalismo local.

En un nuevo sentido, diverso del adoptado por la ley brasileira, cuando tratamos de la negociación colectiva extrasindical, encontramos mejores motivos para justificar la distinción —según la terminología que acostumbramos emplear— entre convenciones colectivas (resultantes de negociación sindical) y acuerdos colectivos (resultantes de la negociación extrasindical) celebrados directamente o a través de los órganos internos de la empresa moderna.

b) La segunda clasificación, en cierto modo, se vincula a la anterior. Pero, ahora, no consideramos la naturaleza de las personas o entidades que intervienen en la negociación y, sí, el "ámbito profesional o económico de aplicación del convenio".

Las "convenciones por profesión, por empresa y por industria" forman grados distintos.

En todos esos grados, son válidas nuestras consideraciones anteriores respecto de la posibilidad —según la ley del lugar— a la cual la convención abarca, apenas, a los asociados del sindicato; de ser extendida a la generalidad de los sindicatos; de abarcar, automáticamente, todo el grupo (o categoría) envuelto por los intereses ecuacionados en la convención.

c) Otro criterio de clasificación de las variadas modalidades de convenciones colectivas, es el "diámetro geográfico" de su aplicabilidad.

Hay cierto ligamen entre ese criterio y el anterior, pues la convención de menor amplitud geográfica coincide con la idea de "convenio por empresa".

La diferencia, entonces, se torna inevitable, cuando se comienza a pensar en distinguir entre convenciones aplicables a los trabajadores reunidos en determinado sindicato y convenios aplicables a varios sindicatos: entre convenciones colectivas que se extienden a determinada "región del país" o, más ampliamente, a "todo el territorio nacional".[23]

La importancia de esas distinciones está en la necesidad, partiendo del hecho de su existencia, de llegarse a un "sistema de concatenación" entre las convenciones en vigor, de modo a garantizar el equilibrio y la organicidad del mundo de la negociación colectiva.

La existencia y el reconocimiento de las diversas modalidades de convenciones, arriba indicadas, constituyeron el punto de partida del legislador francés, para establecer una vinculación jerárquica" entre los convenios de aplicación en áreas diversas, de modo a asegurar la existencia de aquello que llamamos "sistema de concatenación".[24]

Tanto o más expresiva que el Derecho Positivo francés es, en ese particular, la experiencia del legislador italiano, a través de la "contratación articulada".

La perfecta comprensión de ese sistema exige que encaremos la negociación colectiva en Italia dentro de cierta perspectiva histórica.

La contratación italiana se procesa entre las de dos extremos: la convención de nivel nacional, adoptada por los órganos superiores de la organización sindical y el contrato aziendale, que es, en la terminología brasileira, el "acuerdo de empresa".

Las convenciones de ámbito nacional existen como un esfuerzo relevante de uniformación de la vida económica del país, a través de la fijación de las líneas generales de su ordenamiento. Elaboradas por los órganos centrales del sindicalismo, contribuyen, inclusive, para firmar el prestigio de los sindicatos, que se sienten respaldados en su actuación, por los términos de las convenciones nacionales.

Los acuerdos de empresa, al contrario, tienen a la vista la "situación particular" de determinado emprendimiento económico, conteniendo por eso, cláusulas específicas y de contenido "sui géneris".

En ese sentido pueden alcanzar el prestigio de los órganos sindicales. En primer lugar, porque los órganos superiores del sindicalismo (confederaciones y federaciones) no interfieren directamente en esos acuerdos. En segundo lugar, porque los propios sindicatos ceden el comando de la negociación a los consejos de empresas o comisiones internas.

---

(23) Héctor Hugo Barbagelata, op. cit., pág. 16.
(24) Ley de 23 de diciembre de 1946.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

El apoyo del empleador a este género de negociación colectiva puede, eventualmente, tener, inclusive, sentido político, o sea, envolver medida táctica para reducir el prestigio sindical.

Pero, entre esos dos extremos, existe un plano intermediario, que es la "contratación por sectores industriales", colocados, ostensiblemente, entre la negociación a nivel nacional y la negociación a nivel de empresa.[25]

Es de la existencia de esos tres niveles de contratación colectiva que nace la idea de "articulación" entre los mismos. Los convenios, gráficamente, son dispuestos en forma de pirámide invertida: la convención colectiva de ámbito nacional, que puede ser considerada un "tipo-patrón", de competencia de los órganos sindicales de grado superior; la convención colectiva sectorial, que cabe a los sindicatos; el acuerdo de empresa (aziendale), adoptado por los órganos internos en funcionamiento en la empresa interesada.

Entre esos tres planos, necesariamente funciona un régimen jerárquico, que los "concatena", resultantes del hecho de que no existe, en principio, incompatibilidad entre los mismos, no debiendo surgir, en el sistema, dificultades entre las diversas modalidades de convenios.[26]

Ese esquema garantiza, esencialmente, la unidad de los intereses de los trabajadores, en el plano general y las "derivaciones articuladas" de la convención nacional atiende las peculiaridades "regionales y locales", avaladas, inclusive, en función de las realidades internas de cada empresa.

Establécese, en esta forma, un conjunto orgánico que presupone, entre aquellos tres planos, constante o, por lo menos reiterado movimiento de "reenvíos",[27] para que se mantengan el equilibrio, la armonía y la eficacia del sistema.[28]

d) Esa última consideración conduce al pensamiento, inevitablemente, al sistema de "job evaluation", que, en último análisis, consiste en la adopción de tablas que contienen la calificación personal del trabajador en la organización de la empresa.

A través de la contratación articulada, como vimos, se crea un régimen de conexión entre los convenios nacionales, sectoriales y de empresas, de modo que a los intereses más amplios y generales se vinculen a los intereses locales y particulares. El sistema de "job evaluation" procura salvarlo de ese posible olvido.

Trátase de una "Técnica especial" de contratación, perfectamente compatible con la contratación articulada y adaptable al sistema de los acuerdos de empresa.

Esa técnica muestra, especialmente, la flexibilidad de la negociación colectiva y revela cómo, a través de la misma, se pueden establecer puentes sólidos entre los intereses generales de la clase operaria y los intereses individuales de los trabajadores considerados como hombres.

e) La última palabra sobre las diversas modalidades de negociación colectiva debe dirigirse a lo que se viene llamando, en la doctrina, de "negociación permamente".

Los excelentes resultados recogidos a través de la práctica de la negociación colectiva hicieron pensar en la mejor manera de obviar dificultades supervinientes, en el transcurso de la interpretación del convenio, de su ejecución práctica e, inclusive, de su revisión periódica.

Se llegó a la conclusión de que la respuesta estaba en el propio sistema de negociación, desde que perdiese el carácter de un entendimiento transitorio o eventual, para (por así decir) "institucionalizarse", a través de un contacto permanente entre los órganos representativos de los trabajadores y de los empresarios.

Esa "Negociación permanente" se hace por intermedio de comisiones paritarias constituidas por la propia convención colectiva. Sus funciones varían de acuerdo con la competencia que les sea atribuida.

En ese sistema de negociación colectiva, Adam, Reynaud y Verdier encontraron un vehículo de perfeccionamiento de las relaciones laborales, puesto en evidencia en la relación presentada al

---

(25) Carlos Alberto G. Chiarelli, "*Sindicato y Contrato Colectivo de Trabajo*", pág. 226, 1965, Pelotas.

(26) Umberto Romagnoli, op. cit., págs. 49 y sigs.

(27) Romagnoli, op. cit., loc. cit.

(28) La "*contratación articulada*" crea, en la práctica, relevantes problemas jurídicos, algunos de los cuales mencionados por F. Pochini Frediani, "derogabilidad 'in pejus' del contrato colectivo nacional de la parte del contrato "aziendale", en *El Contrato Colectivo de Trabajo* (art. del Tercer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo)", págs. 359 y sgs., 1968, Milán.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

coloquio realizado en París, sobre el asunto, en el año 1972.

En España, la práctica ha respondido favorablemente a iniciativas de esa naturaleza, según la información de Alonso Olea, presentada en la reunión del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Previsión Social, llevada a cabo en Rio de Janeiro, en marzo de 1974.

Esas comisiones se presentan, en general, con doble papel: fijar la correcta interpretación del convenio, evitando conflictos de él resultantes; auxiliar la revisión periódica del convenio, de modo que se ajuste a las nuevas realidades.

Es claro que su poder de acción depende de la convención colectiva que instituyó esas comisiones, no siéndole lícito, por ejemplo, la iniciativa de la celebración de nuevos convenios o el juzgamiento de conflictos sobre el convenio, cuando no hay acuerdo sobre su interpretación.

Mas, su gran ventaja es asegurar, a título permanente, el contrato entre las partes, vitalizando la negociación y, por eso, como decíamos, "institucionalizando" las medidas, hasta entonces transitorias, de confrontación y yuxtaposición de las reivindicaciones y de las posibilidades de los trabajadores y de los empresarios.

II

ELABORACION DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

1. Procedimiento. El punto de partida de la elaboración de las convenciones colectivas ha de ser, siempre, el perfecto conocimiento de la realidad y, en la medida de lo posible, de los reflejos que del convenio podrá venir o tener, apenas, en cuanto al interés de los trabajadores y de los empresarios, pero, especialmente, sobre el panel de la comunidad.

Y a ese conocimiento se llega, en la práctica, por diversos caminos, desde la observación empírica hasta el análisis lógico de la situación, obtenida, en general, a través de interrogatorios, pesquizas, estadísticas.

La noción segura de lo que se pretende y de las consecuencias efectivas de lo que se propone permite a los negociadores la mejor fundamentación de sus posiciones y les confiere mayor capacidad de cambio, en la defensa de su reivindicación.

En síntesis, no se puede negociar, en ningún sector de la vida, inclusive en el plano sindical, sin saber, con la mayor exactitud posible, cuáles son los objetivos apuntados, los medios adecuados para distinguirlos, las posibilidades de alcanzarlos y las conveniencias de la otra parte y de la comunidad.

a) El "ajustamiento" entre la reivindicación sindical y la comunidad es procurado, por los negociadores, en términos de "preparación psicológica".

El instrumento utilizado es la "propaganda". Esa propaganda provoca impacto aglutinador sobre los trabajadores o empresarios envueltos en la negociación, al mismo tiempo que sensibiliza a la parte contraria, creando receptividad para el buen éxito de las gestiones que se van a iniciar. Pero, sobre todo, por la amplia divulgación de los fines apuntados y de la procedencia de las aspiraciones jugadas en la mesa de los debates, se predispone la "opinión pública" e, inclusive, las autoridades gubernamentales a que consideren con simpatía el programa de las postulaciones presentadas.

Ese elemento —"propaganda"— acompaña, en mayor o menor escala, la iniciativa de la negociación. En los Estados Unidos, donde las convenciones colectivas tienen expresión relevante en la economía del país, la "preparación psicológica" adquiere, inclusive durante el debate de las cláusulas del convenio, el carácter de verdadera campaña popular, semejante a las que preceden a las elecciones políticas.

Los grandes gastos de ahí sobrevenidos, el tiempo que se gasta para poner en funcionamiento el intrincado mecanismo de la opinión norteamericana, la presencia indispensable de los mejores ejecutivos de los sindicatos de los trabajadores y patronales durante la negociación fueron, por signo, factores preponderantes que hicieron que, en la práctica, las convenciones a corto plazo (generalmente, un año), que predominaban hasta

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

el fin de la Segunda Gran Guerra, fuesen sustituidas por las convenciones a largo plazo (cinco años), a partir de la experiencia de 1948, cuando fue celebrada, con éxito, la gran convención de la General Motors.

b) La amplia divulgación de los términos y condiciones de la negociación colectiva robustece la posibilidad de que sí la conduce en clima de efectiva "libertad de discusión".

Esa libertad depende, en gran parte, del Derecho Positivo vigente. Mas, es un principio que debe ser defendido, por ser esencial al éxito de la negociación, del cual depende la autenticidad del convenio.

No obstante, al mismo tiempo que se sustenta la necesidad absoluta de defensa del principio de libertad de discusión, el Derecho Comparado apunta gran número de legislaciones que permiten, en el curso de las negociaciones, que los litigantes —ultrapasando el uso de los medios convincentes— presionen a la parte contraria "por la fuerza", a través de la "huelga" o del "lock-out".

La huelga es arma de lucha y, no, instrumento de debate. Ella, mucho más que el "lock-out", es usada en la negociación colectiva. Llégase a afirmar ser inútil pensarse en la importancia y en el acontecimiento efectivo de las convenciones colectivas sin admitirse el ejercicio de la huelga, como medio de presión sindical, durante la discusión de sus cláusulas.

Puede admitirse que, en el transcurso de la negociación, a ejemplo de lo que ocurre en numerosas naciones, capitalistas de alto índice de industrialización, la huelga contribuya para aumentar la fuerza del sindicato de los trabajadores, ante el poderío económico de los empleadores.

Pero, no se podía negar que la huelga, usada en el transcurso de la negociación, viola la idea de libre discusión de las cláusulas del convenio y pone en términos agresivos problemas que, en tesis, deben ser enfrentados a la luz de ideas conciliativas. Acentuamos ese punto, porque estamos seguros de que la convención colectiva, para producir buenos efectos, no debe ser producto del temor o de la mala fe. Si no resultan de la consciente y deseada armonía de ideas e intereses, podrá venir a ser, en su aplicación cotidiana, fuente de nuevos y graves conflictos.[29]

Lo importante, en el juego de la negociación sindical, no es "arrancar", por la violencia, el consentimiento de la parte contraria y, sí, "persuadirla" a aceptar, por el raciocinio y por la convicción, aquello que, atendiendo las reivindicaciones del postulante, se equilibra con las conveniencias del otro tratante.[30]

Esa afirmativa reitera nuestra opinión de que —en que pese a los ejemplos de Derecho Comparado— la huelga no es condición "sine qua non" de buen término de la negociación colectiva. Antes, nosotros la vemos y como un "hecho" resultante de la imperfección del orden jurídico, admisible en la medida en que el Estado, por intermedio de sus órganos jurisdiccionales, no esté equipado para dar la solución adecuada al conflicto de trabajo.

c) En el proceso de elaboración de las convenciones colectivas, las "asambleas generales de los sindicatos" envueltos desempeñan papel relevante.

Las legislaciones exigen que los términos de la convención pasen, siempre, por el tamiz de las asambleas sindicales.

Esa medida es esencial para que se atribuya la mayor publicidad posible, entre todos los interesados, a las proposiciones que serán hechas.

En esas asambleas, además de eso, hay clima para establecer la "discusión interna", esto es, el debate, entre los asociados del sindicato, de las cláusulas del proyecto de convención.

De ellas, además, resulta la "autorización" a

---

(29) Admitida en los Estados Unidos, la huelga paralela o concomitante a la negociación colectiva sufre enmiendas. Excepción hecha al Estado de California, donde las huelgas paralelas son admitidas ampliamente, distíngase entre las finalidades apuntadas por los trabajadores, considerándose ilegales, por ejemplo, las huelgas que tenían por finalidad injuriar a los empresarios o a los trabajadores no sindicalizados (John R. Commons-John B. Andrews, *"Principios de la Relación Laboral"*, pág. 390, nota 52, s/data, New York).

(30) "Las negociaciones constituyen un arte y, no, una ciencia (. . .). Los esfuerzos son desarrollados en el sentido de debilitar la oposición y con eso dividirla. La sorpresa es usada cuando fuere conveniente. Un esfuerzo es hecho en el sentido de analizar adelantadamente los objetivos y aptitudes de la parte contraria, sin exponer los propios. El tiempo es de importancia primordial. Negociadores hábiles observan la mayor parte de las gentilezas y son peritos en semántica. (. . .) Esencialmente, las negociaciones colectivas bien sucedidas son un ejercicio de reiterada estrategia retirándose sin parecer retirarse. Las partes, normalmente, piden más y ofrecen menos de lo que esperan recibir o tener que dar". (Edward Wright Bakk-Clark Kerr, *"Unions, Management and the Public"*, págs. 353 e 354, 1948, New York, citados por C.Wilson Randle, *"Contrato Colectivo de Trabajo"*, pág. 163, traducción brasileira, 1965, S. Paulo). La viva descripción de los medios de negociación colectiva hecha por los autores norteamericanos refleja la realidad de su país, en el cual el debate entre los representantes de los sindicatos y de los empleadores y, en verdad, una mezcla de diplomacia, política, estrategia militar y juego de ajedrez.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

aquéllos que, como delegados o representantes del sindicato, van a iniciar la discusión del proyecto con la parte contraria.

d) Esos "representantes o negociadores" reciben de las asambleas sindicales los poderes que delimitan su actuación.

Pueden ser erigidos en representates plenipotenciarios. Mas, no es aconsejable que así sea.

De un lado, debe establecerse que los negociadores nombrados por la asamblea estén asistidos por técnicos o especialistas contratados por el sindicato. Muchas veces, son éstos los que actúan, más rigurosamente, en el decurso de los debates, indicando los elementos básicos que justifican la pretensión formulada.

Por otro lado, siempre será más conveniente, en defensa de los intereses en conflicto o confrontación, que todas las deliberaciones de los negociadores, no obstante respaldadas en los consejos y advertencias de los técnicos, sean tomadas "ad referendum" de las asambleas del sindicato, a las cuales debe caber la última palabra sobre la redacción final del texto.

En principio, el contacto debe ser establecido, apenas, entre los negociadores obreros y patronales, auxiliados y asistidos por los especialistas o ejecutivos que los asesoren.

Pero, algunas legislaciones, en ciertos momentos, admiten la intervención de la autoridad administrativa, en el transcurso de los debates.

Es posible sustentar esa posición, sobre todo en aquellos casos en que el convenio, por la magnitud o importancia, se puede vincular, de modo directo, al "interés público".

Toda la cautela, no obstante, es poca, pues, muchas veces, bajo el título de participación dictado por el interés superior del Estado, escóndese la intervención indebida de la autoridad administrativa en la vida sindical.

e) Cabanellas, estudiando esos problemas, presta relevancia al "lugar" en que se desarrollan las negociaciones.[31]

No atribuimos significado especial a ese aspecto del proceso de elaboración de las convenciones colectivas, a no ser en la medida en que, psicológicamente, el local de las reuniones pueda constituir elemento de presión sobre el espíritu y la voluntad de las partes.

Nada impide, por ejemplo, que la negociación se realice en la sede de determinado sindicato o, sucesivamente, en diversos lugares. Es común, inclusive, que las reuniones tengan por escenario repartición pública encargada de asuntos laborales, sobre todo cuando hay intervención de la autoridad administrativa, en nombre del interés del Estado. Todo eso es casi irrelevante, desde que, también en ese caso, esa circunstancia no propicie ingerencia indebida del Poder Público en el curso de la negociación.

Mejor será, siempre, y es lo que ocurre en la práctica, que las partes, libremente, decidan sobre el lugar de sus encuentros y de sus debates.

f) En cuanto al "desenvolvimiento propiamente dicho de la negociación colectiva", no existen reglas fijas, en la legislación ni principios inflexibles, en la doctrina.

Las ideas principales, que fortalecen durante el desenvolvimiento normal de cualquier negociación colectiva en nivel democrático, son tres: "seguridad" garantizada a los negociadores, para que puedan, con plena libertad, para exponer sus ideas, aceptando o rechazando los términos del proyecto; "disciplina", o sea, mutuo respeto, en el decurso de los debates; "lealtad", que es producto de la franqueza y la buena fe.

Existe, para todos los negociadores, por encima de lo que pueda hacer el Derecho, un "deber moral" de negociar con buena fe, siendo común que la propia ley se refiera a ese deber, para transformarlo, no apenas sino en mera recomendación programática, pero, sí, en auténtica obligación jurídica.[32]

g) Adoptado, por negociadores, el texto definitivo, no está terminada la convención.

Salvados los casos de negociadores plenipotenciarios, el texto aprobado vuelve a conocimiento de las asambleas sindicales.

Con las mismas características de publicidad

---

(31) Guillermo Cabanellas, *"Derecho Normativo Laboral"*, págs. 283 y 284, Buenos Aires.

(32) La doctrina y la legislación norteamericana enfatizan ese aspecto y tuvieron, inclusive, influencia sobre el Derecho Positivo Brasileiro, que, en 1967, consagró el principio (Decreto-Ley No. 229, de 28 de febrero de 1967) Cfr. a propósito, el ensayo de Archibald Cox, *"The Duty to Bargain in Good Faith; in Labor Law —Selected Essays—* págs. 82 y sigs., 1964 Cambridge. En ese sentido, escribió Werne: "The failure of refusal of an employer to bargain collectively in good faith upon demand of a union having majority status in the appropriate bargaining the National Labor Relations Board with the aid of an enforcement order of the United States Court of Appeals" (Benjamin Werne, *"The law of Relations"*, pág. 251, 1951, New York).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

y libertad de discusión, es preciso que el convenio, en su redacción final, sea "ratificado" por las asambleas.

Si no hay ratificación, el proyecto debe retornar a la mesa de los debates, reabriéndose la fase de actuación de los negociadores. Finalizada la ratificación, se cierra la fase sindical, iniciándose la fase posterior, en que los representantes del sindicato actúan junto a la autoridad administrativa.

h) La importancia de las convenciones colectivas de trabajo transfórmalas en acto jurídico eminentemente formal, como acentuaremos a través del estudio de sus requisitos.

Dentro del formalismo que reviste la celebración del convenio en nombre del interés del Estado en conocerlo y de la necesidad de certeza, para las propias partes, en cuanto a su contenido —es esencial que la redacción ratificada sea entregada a la división pública competente.

En esa fase administrativa de la elaboración del convenio colectivo, tres momentos se suceden: el "depósito", que es la presentación del documento, por cualquiera de las partes, al protocolo del órgano competente; el "registro", que es la verificación del convenio en los libros de la repartición; la "publicación" (que puede ser hecha por los participantes en el convenio o por la autoridad administrativa), gracias a la cual los términos del convenio son puestos al alcance del conocimiento general.[33]

La ley local puede introducir, en ese proceso administrativo, nuevas etapas. Así, por ejemplo, el "registro" —que, normalmente, es automático, como transcurso necesario del depósito— puede ser antecedido, con carácter obligatorio, de la "homologación del convenio" por la autoridad pública.

En ese caso, el Poder Público llama así el derecho de reexaminar las cláusulas del convenio, negándole homologación y, en consecuencia, registro y eficacia, siempre que en ellas se encuentre cualquier ilegalidad.

Así ocurría en la Ley Brasileira, hasta 1967, cuando fue suprimido el requisito de la homologación, hoy bastando el depósito para eficacia del convenio.[34]

La homologación de las convenciones colectivas por la autoridad pública, como requisito esencial a su vigencia, es conveniente, por someter la voluntad soberana de las partes a la deliberación del Poder Público.

Si hubiese ilegalidad en el contexto del convenio en el proceso de su elaboración, cabrá, "a posteriori", el pronunciamiento del Poder Judicial, en la apreciación de los conflictos que de ahí resulten.

Eso significa decir que, cuando se habla de "depósito" y "registro" de la convención colectiva, háblase de acto unilateral de la parte y en providencias tomadas, mecánicamente, en consecuencia del depósito, por la autoridad administrativa, sin que tenga ésta poder o competencia para discutir el "mérito" de la convención y su legitimidad "esencial".

2. Requisitos formales. Como, en el acto del registro, la autoridad administrativa no puede examinar el contenido de la convención, ni impugnar cualesquiera de sus cláusulas bajo alegación de inconveniencia o ilegalidad, su actitud es "mecánica o automática"

No se tomen, con todo, esas expresiones en el sentido absoluto.

Siendo la convención colectiva acto jurídico eminentemente formal, su celebración está condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, generalmente considerados esenciales a la validez del convenio, esto es, "ad pompam et solemnitatem".

Sería ilógico, tal vez absurdo, imponerse, como etapa indispensable de la elaboración del convenio, su depósito y registro, vedando, entonces, a la autoridad administrativa el examen de sus "formalidades extrínsecas".

No le cabe, repetimos, medir la existencia o inexistencia de "vicios intrínsecos". Cabe apenas al Poder Judicial la apreciación de la legitimidad del convenio.

Mas, sustentamos, simultáneamente, que la finalidad del registro de la convención colectiva es, principalmente, permitir que la inspección de trabajo, además de tomar conocimiento de su texto integral, apunte la falta de los requisitos formales básicos, pudiendo, inclusive, por ese motivo, llegar al extremo de, fundamentalmente, negar el registro.

Pueden, de ahí, resultar, inclusive, ventajas

---

(33) Manuel Alonso García, "*Derecho del Trabajo*", 1er. vol., pág. 451, 1960, Barcelona.

(34) Decreto-Ley No. 229, de 28 de febrero de 1967.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

para las partes que tendrán intención de sanear de inmediato las irregularidades apuntadas.

Pero, la cautela, en ese particular, es indispensable, para que, bajo alegación de insuficiencia formal, la autoridad administrativa no se imponga a la libre y legítima manifestación de voluntad de las partes. Su competencia se agota en los límites del examen extrínseco o formal de los presupuestos de la convención.

Cuáles sean esos presupuestos, dígalo la Ley de cada Estado.

Nos parece imposible enumerarlos, abstractamente y a título general. Dos formalidades, entre tanto, aparecen —podemos decir— en la unanimidad de las legislaciones occidentales: a) la convención colectiva es siempre "escrita"; b) debe ser elaborada en tantas "vías" cuantas sean necesarias, para fines de registro y pleno conocimiento de los contratantes.[35]

El Derecho Positivo, generalmente, no exige que la convención sea escrita en idioma nacional. Cabanellas, con razón, acentúa, entretanto, que algunas legislaciones lo declaran expresamente y que, lo mismo que no lo hagan, ese presupuesto discurre del orden natural de las cosas.[36]

Esa será, en la realidad, la regla general. Es preciso, entonces, que admitamos la excepción. En esta época de integración económica regional y de aparición de empresas bi o multinacionales, constituidas por los Gobiernos de los Estados, la convención colectiva de trabajo —como veremos adelante— puede tornarse en instrumento útil, a nivel internacional. Cuando eso ocurre, es claro que, como acontece con los tratados, la convención colectiva ha de ser dirigida, a título oficial, en tantos idiomas cuantos sean los escogidos e indicados por las partes.

Por otro lado, el número de copias auténticas de la convención puede variar, sin consecuencias relevantes, según la ley del lugar. En América, exígense, en general, tres vías.[37]

Lo mismo cuando el legislador indica el número de copias necesarias, esa norma debe ser interpretada ampliamente, como apuntando el "número mínimo" de vías auténticas. Es indispensable —cuando fueren varios los sindicatos convenientes o cuando la negociación se hubiere establecido con varias empresas— que cada parte tenga, en su poder, la reproducción fiel, exacta y oficial del convenio que suscribió.

En los sistemas de Derecho Positivo en que se exige el registro de la convención o, hasta lo mismo, su simple depósito, la cuestión del número de vías del convenio disminuye, aún más, de importancia, porque, en cualquier momento, cualquier interesado podía obtener, del órgano competente, certeza, palabra por palabra, del convenio depositado.

Otros requisitos formales podían ser exigidos, a criterio del legislador. Es conveniente, no obstante, que esa exigencia no sea llevada a extremos. Si la convención colectiva es formal por su naturaleza, eso no significa que pueda estar revestida de requisitos excesivos, además de aquéllos que, realmente, son esenciales e indispensables a su eficacia. Caso contrario, se dificultará, por el exceso de formalismos, la negociación sindical, que, por naturaleza, debe ser ágil, expontánea y rápida.

3. Contenido. Las cláusulas de que se compone la convención colectiva encierran su contenido.

Esas cláusulas son susceptibles de clasificación, consonante con varios criterios.

Podemos distinguir, en primer lugar, entre "cláusulas obligatorias y cláusulas facultativas".[38]

Las leyes indican, casi siempre, los asuntos que, necesariamente, deben ser contemplados por la convención colectiva. Las cláusulas que tratan

---

(35) Véase, en ese sentido, la definición consignada en la recomendación de la O.I.T., referida anteriormente. (Nota No. 4), que alude, expresamente, a la forma escrita de las convenciones colectivas.

(36) Guillermo Cabanellas, op. cit., pág. 228, nota 28.

(37) Cabanellas, op. cit., pág. 288, nota 27.

(38) Giuliano Mazzoni estudia las cláusulas obligatorias en el Derecho italiano a partir de la discriminación minuciosa hecha a través del Decreto Real del 6 de mayo de 1928 (art. 8). El Código Civil (art. 2071), más genéricamente, se refirió a la disciplina del trabajo, a los derechos y a las obligaciones de los empresarios y de los trabajadores. Por ser más amplio, en la formulación, no obstante menos extenso, en la enumeración, la ley sobreviniente puede ser considerada más rigurosa. Hay, entonces, un proceso de "disminución" de las cláusulas obligatorias, como estímulo al libre ejercicio de la voluntad. Mazzoni recuerda, también en el Derecho actual de su país, la importancia de las "fuentes internas", esto es, de los estatutos de los asociados sindicales (*"Relaciones Colectivas del Trabajo"*, págs. 147 y sigs. trad. brasileira, 1972, São Paulo).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de esa materia son, por lo tanto, "obligatorias". El ejemplo típico es el tiempo de duración o vigencia del convenio.

Pero, encima o al lado de aquello que es indispensable, "ex vi legis", a la existencia de la convención, ábrese el gran espacio de libre acuerdo. En esa área se insertan las cláusulas facultativas, cuya adopción depende, exclusivamente, de la voluntad de las partes. Una cláusula que disponga sobre materia de Previsión Social es típicamente facultativa.

Entre las demás clasificaciones que han sido propuestas en cuanto a las cláusulas de la convención colectiva, atribuimos especial interés a la sugerida por Cabanellas y que, en cierto modo, reproduce ampliamente las nociones dominantes sobre la materia.

Según esa división, las cláusulas de los convenios colectivos son de tres clases:

a) "Cláusulas que rigen la convención". Es el caso de la norma convencionada sobre al plazo de vigencia del convenio. Podríamos llamarlas "cláusulas instrumentales", en el sentido de que funcionan como instrumentos de la vida de la convención.

b) "Cláusulas obligatorias". Son aquéllas que establecen las obligaciones asumidas, en nombre propio, por los sindicatos o empresas, unos frente a otros. Resultan de tales cláusulas compromisos directos y concretos, como escribimos anteriormente, que vinculan, no los integrantes de las categorías alcanzadas por el convenio, para los propios convenientes. En ese sentido, las cláusulas obligatorias en nada difieren, en cuanto a la naturaleza jurídica de las cláusulas del contrato civil, comercial o lo mismo del contrato individual de trabajo. Por eso, podemos denominarlas "cláusulas contractuales".

c) "Cláusulas normativas". A través de ellas son creadas condiciones de trabajo, mediante la indicación de las "normas" que, con fuerza obligatoria, deben ser respetadas en la celebración de los contratos individuales.[39]

Como señalamos en el capítulo anterior, la diferencia entre las cláusulas contractuales y normativas en su propia naturaleza. En cuanto a las primeras crean obligaciones directas para los convenientes, las segundas establecen las normas adoptadas por las partes, como verdaderas reglas de conducta, que no disciplinan su comportamiento y, sí, someten a su determinación el contrato individual de trabajo que venga a ser celebrado por cualquier integrante de las categorías alcanzadas por la convención.

Versando sobre diferentes materias —salario, jornada de trabajo, vacaciones, indemnización por despido, estabilidad, etc. las cláusulas normativas disponen, siempre, de modo general y abstracto, en la misma forma por la cual disponen las leyes y las otras reglas de conducta.[40]

Las cláusulas contractuales crean obligaciones inmediatas, esto es, inciden, directamente, sobre hechos concretos; las cláusulas normativas, disponiendo con carácter general, que no inciden sobre hechos, pero, sí, sobre otros autos jurídicos (contratos individuales de trabajo), que a ellas se subordinan, bajo pena de nulidad. Las cláusulas normativas apenas llegan al mundo práctico por vía indirecta, o sea, por medio de los contratos individuales.

Esas cláusulas normativas constituyen el trazo original por excelencia de las convenciones colectivas de trabajo. Son fuente de normas jurídicas, creadoras o reveladoras del Derecho. No se equiparan a nada de lo que está reconocido y asentado por la teoría contractualista. Son apertura nueva en el viejo esquema del Derecho clásico. Constituyen la parte más relevante y peculiar de la negociación sindical. Marcan el carácter normativo del convenio, y eso lo "tipifica". Son el alma de la convención y el epicentro de toda la negociación colectiva.

4. Tendencias actuales de la convención colectiva de trabajo. Las tendencias actuales de la convención colectiva son francamente expansivas.

Se tornó famosa, en la primera década de este siglo, la frase pronunciada por Georges Scelle, en la Facultad de Derecho de París, marcando con fuerte espíritu de previsión, los tres grandes ciclos del Derecho del Trabajo: "ayer, la ley arbitraria del patrón; hoy, la ley proteccionista del Estado;

---

(39) Octavio Bueno Magano enumera la medida de las cláusulas normativas: a) normas de beneficio individual; b) normas de conclusión; c) normas solidarias; d) normas relativas a la constitución interna de la empresa; e) normas sobre instituciones comunes (*"Convención Colectiva del Trabajo"*, págs. 110 y sigs., 1972, São Paulo).

(40) V. a propósito, José Montenegro Baca, *"El Contenido de las Convenciones Colectivas de Trabajo"*, en *"Estudios sobre la Negociación Colectiva"*, págs. 60 y sigs., 1973, Montevideo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

mañana, la ley voluntariamente escogida por las propias partes".

El trabajador usó la fuerza de la ley del Estado, para quebrar la voluntad soberana y despótica del empleador, hasta entonces definido, por el liberalismo, como señor exclusivo de la empresa.

Pero —como previó Scelle— más tarde o temprano procuraría liberarse, también, del proteccionismo del Estado, para llegar a la formulación de sus propias leyes, a través de entendimientos directos con los empleadores.

La realidad actual confirma el vaticinio. La convención colectiva amplía el área del Derecho del Trabajo, al mismo tiempo que la invade en todas las direcciones. Las leyes laborales en los países industrializados, pierden gran parte de la importancia que otrora les era atribuida. Pasan a ser, apenas, un "mínimum" de garantía o, como acostumbramos decir, "el límite inferior" de los derechos atribuidos a los trabajadores.

Encima de este límite, todo puede ser convencionado, bien a través de los contratos individuales, bien a través de las convenciones colectivas. Pero, como en éstas se juega toda la fuerza del sindicalismo, es a través de ellas que, más fácilmente, aquel límite puede ser ultrapasado por las ondas agitadas de las relaciones de los trabajadores.

Con eso, el Derecho del Trabajo gana expontaneidad, realismo y vigor, no siendo imposible decirse que, en un sistema sindicalista perfecto, los trabajadores podrían, tranquilamente, dispensar las leyes y la protección del Estado, de él dependiendo, apenas, que les fuese asegurado del derecho de negociar libremente con los empleadores.

La convención colectiva, por tanto, ocupando lugares que, antiguamente, eran privativos de los legisladores, pasa a comandar los contratos individuales y a disciplinarlos, asumiendo la posición del más importante instituto jurídico del Derecho del Trabajo.

Sería, entretanto, risueño engaño pensarse que la negociación colectiva se autolimita a los dominios del Derecho del trabajo.

Ella no se expande apenas "verticalmente", en el sentido ascender a la posición de las leyes. Derrama, "horizontalmente", penetrando en áreas extrañas a las relaciones estrictamente de Derecho del Trabajo.

En ese segundo movimiento, la convención colectiva incluye, en su contexto, cláusulas "sui géneris", de típica Previsión Social.[41]

Nada impide, realmente, que, a través del contrato individual o, mejor aún, mediante convención colectiva, el empleador quede obligado a complementar el auxilio de enfermedad, la jubilación y la pensión debidos al trabajador y a sus dependientes o cree beneficios desconocidos de la ley en vigencia.

Más, la doctrina ofrece resistencia a las "cláusulas de previsión" de las convenciones colectivas.

En primer lugar, considérase la Previsión Social como un "sistema globalista", que tiene por destinatarios a todos los trabajadores y, asimismo, en términos de Seguridad Social, la población del país. Debe haber, por eso, rígida uniformidad de las normas que lo constituye.

Las convenciones colectivas, al contrario, establecen nuevas ventajas, a través, no obstante, de cláusulas de aplicación estricta a determinadas categorías profesionales o económicas o a ciertas empresas. Ese carácter "particularista" de las cláusulas superiores que pugnan con el sentido genérico y comunitario de la Previsión Social.

En segundo lugar, se dice, que las convenciones colectivas son adoptadas, siempre o casi siempre, por plazo determinado. El carácter eminentemente transitorio de sus cláusulas no puede ser conciliado, fácilmente, con los sistemas de la Previsión Social, de naturaleza permanente y funcionamiento continuo.

Esos dos argumentos no pesarán en la orientación de la O.I.T. y en la teoría de los autores.

Antes de todo, las convenciones colectivas no pretenden "subsistir" el régimen común o genérico de la Previsión Social. Poseen, en ese punto, carácter nítidamente subsidiario o suplementario. Desempeñan papel semejante al atribuido a los seguros privados, como complemento voluntario del seguro social. En ese sentido, las convenciones colectivas, a través de aquellas cláusulas especiales, serán tanto más útiles, cuanto más deficiente se muestren al sistema vigente de Previsión Social.[42]

La sustentación de esa tesis tendría como

---

(41) Cfr. el estudio de Rubén No. Caggiani sobre *"Las Convenciones Colectivas de Seguridad Social"*, en *"Estudios"*, ya cit., págs. 17 y sigs.

(42) C.A. G. Chiarelli adopta esa posición (*"Sindicato y Contrato de Trabajo"*, págs. 415 y 416, 1965, Pelotas).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

presupuesto la idea de substituir el régimen de la Previsión Social asegurado y mantenido por el Estado por cláusulas superiores insertas en las convenciones colectivas. Nadie, hoy, sustenta, seriamente, ese punto de vista. Al contrario, se parte siempre, con la insistencia necesaria, de aquella afirmación anterior de que el papel de tales cláusulas es meramente supletorio y apenas en ese sentido es que son admisibles, útiles laudables.

La negociación colectiva, por tanto, es extraordinariamente dinámica y, así, puede amoldarse a las nuevas realidades del trabajo.

Cada vez más predomina en el campo del Derecho del Trabajo moderno e, inclusive, incorpora, en sus convenios, materia antes privativa de la Previsión Social, la negociación colectiva, de la misma forma, está presente en todas las esferas de prestación del trabajo humano.

Si observamos el plano internacional, confirmando nuestra última afirmación, encontraremos, como una de sus más evidentes características, el fenómeno de la integración económica regional.

Ese fenómeno conduce a otro en las áreas económicamente integradas o en vías de integración, hay manifiesta tendencia en el sentido de la "integración jurídica o legislativa" entre los países en ellas comprendidos.

No se puede, es claro, pensar en la posibilidad de llegar a la "unidad legislativa" entre los Estados. Cada sistema jurídico es el resultado de la Historia Nacional. Y asimismo que esa unidad se torna posible, sería ella, de inmediato, flexionada por la interpretación, eventualmente divergente, de los tribunales nacionales.

Es por eso que dentro de las llamadas "soluciones indirectas", los conflictos especiales de leyes continúan, la mayoría de las veces, resueltos a través de los principios y normas de Derecho Internacional Privado.[43]

No es pequeño, no obstante, el esfuerzo dispensado para obtener, "por aproximación" de los sistemas nacionales, cierta uniformidad jurídica, sobre todo, a través de documentos adoptados por grupos de Estados envueltos en el proceso de integración económica.

Es obvio que, entre los problemas jurídicos resultantes de esa integración, resaltan aquéllos que poseen naturaleza laboral y que, inclusive, tienen estipulada la adopción de documentos internacionales de importancia, como la Carta Económica de las Américas, la Declaración de Principios Sociales de América, la Carta de Garantías Sociales de Bogotá, es, entre otros muchos, los Tratados de la Comunidad Europea, especialmente el Reglamento de la Legislación Social de los Trabajadores Emigrantes y la Carta Social Europea, suscrita en Turín, en 1961, por dieciséis naciones y que, a lo largo de sus treinta y ocho artículos, enfoca, no todos, pero, por lo menos los problemas más candentes del Derecho del Trabajo.

Dentro de ese panorama, es perfectamente posible atribuirnos papel relevante a la convención colectiva.

Atribuirse a la convención colectiva el papel de un instrumento de uniformación o aproximación legislativa laboralista exige que el jurista presuponga la existencia de la "convención colectiva internacional", esto es, celebrada entre entidades sindicales de países diferentes o entre un sindicato y una empresa bi o multinacional creada por Estados.[44]

Esa es la más nueva y, tal vez, la más original misión de las convenciones colectivas de trabajo.[45]

En cuanto, sin embargo, en el mundo occidental y democrático las convenciones colectivas asumen papel relevante, por la multiplicidad de los asuntos que abordan por la extensión creciente de la libre negociación, por su área de incidencia cada vez más amplia, ya lo mismo no ocurre en la vida sindical comunista.

La convención colectiva soviética no es un pacto en que dos partes se obligan recíprocamente o formulan normas generales que regirán las condiciones de trabajo.

---

(43) Gilda Maciel Correa Meyer Russomano, *"Los Conflictos Especiales de Leyes en el Plano de las Relaciones Laborales"*, págs. 48 y sigs., 1967, Rio de Janeiro.

(44) Expusimos, largamente, nuestro punto de vista respecto de esos temas en el seminario realizado, en agosto de 1967, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Fe, Argentina, bajo el patrocinio del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de Previsión Social. Cfr. nuestro libro *"Temas Actuales de Derecho del Trabajo"*, págs. 7 y 8, 1971, São Paulo.

(45) Gilda Maciel Correa Meyer Russomano, *"Aplicación de las Convenciones Colectivas en el Espacio"*, en *"Estudios"*, ya cit., págs. 187 y sigs., 1973, Montevideo; Gilda Maciel Correa Meyer Russomano-Mariano Tissembaum, *"Integración Económica y Derecho Social"*, págs. 109 y sigs., 1971, Rio de Janeiro.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Como señala Despax, citando los autores que más profundamente estudian ese problema, en la Unión Soviética, la convención colectiva es una forma de movilización de las masas obreras, teniendo en mira los planos económicos del Estado.

Por eso, encabezadas, comúnmente, por la célebre frase de Lenin de que apenas importa la productividad del trabajo, las convenciones colectivas rusas crean obligaciones "conjuntas", por las cuales todos se comprometen a la fiel ejecución del planteamiento estatal.[46]

Se puede decir, y con razón, en vista de eso, que la convención colectiva soviética es muy estricta. Mas, el hecho, sin duda, revela la importancia del instrumento jurídico, que, asimismo en las naciones comunistas, con la supresión de las empresas privadas, y usado para estimular la ejecución de sus grandes y arduos planos de desenvolvimiento de la economía nacional.

Disponen esas convenciones naturalmente, sobre el pago de salarios, técnica de producción, bienestar de los trabajadores, servicios benéficos (materiales y culturales). Pero, todo eso es conducido, a través del convenio, para el blanco común, siendo prácticamente suprimida, en las convenciones soviéticas, la negociación colectiva auténtica, como nosotros la entendemos en las democracias occidentales.

III

INOBSERVANCIA DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

1. Caracterización de la inobservancia. El estudio del problema de la inobservancia de la convención colectiva se vincula, directamente, a su "eficacia".

Es evidente que sólo se puede considerar violado el convenio cuando él fuere "eficaz", esto es, legítimante aplicable.

Mas, desde que se le considera eficaz, es obligación general de empleados y empleadores respetarlo.

Pero aún: las entidades sindicales que participaron de la negociación colectiva deben obediencia al convenio que adoptaron e, igualmente, tienen la obligación (moral y jurídica) de usar su influencia junto a sus representantes, en el sentido de que los mismos cumplan la convención.[47]

Por otro lado, no es difícil, en la misma línea de pensamiento, acentuar que la eficacia de la convención depende de algunas nociones expuestas en los capítulos anteriores y que constituyen presupuestos necesarios al estudio de la inobservancia de las convenciones colectivas.

Son condiciones de eficacia: a) legitimidad; b) aplicabilidad efectiva; c) interpretación cierta.

2. Legitimidad de la convención. La legitimidad de la convención colectiva depende del cumpli-

---

(46) Michel Despax, *"Convenciones Colectivas"*, en G.H. Camerlinck, *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, sétimo vol., págs. 117 y sigs., 1966, París. No se puede sustentar que esas limitaciones impuestas a la negociación colectiva en la Unión Soviética resultan de un sistema de trabajo eficiente y satisfactorio. De ser así, lo mismo tendería a ocurrir, en los países occidentales, en régimen de pleno empleo, cuando la situación personal del trabajador es francamente favorable. Mas, precisamente por eso, él se siente fuerte y dispuesto a obtener mayores ventajas. La idea de que la presión sindical en busca de mayores salarios a través de la negociación colectiva, debe ser limitada a los aumentos de la productividad hombre-hora y, además de eso, a porcentajes anuales bajos, para evitar la inflación, no corresponde a la historia de la política sindical en los países libres. Nunca los líderes del sindicalismo se manifiestan satisfechos o conformes con pequeños reajustes salariales. En el régimen de pleno empleo, podrán tornarse más "confiantes y agresivos", como dice Phelps, de modo a poder concluirse que es del todo ilusoria la convicción de que el poder de cambio adquiere mayor vigor e importancia en los mercados de trabajo débiles, en que las necesidades de los trabajadores son más agudas (Cfr. Orme W. Phelps, *"Introducción a la Economía del Trabajo"*, págs. 454 y sigs., trad. brasileira, 1966, São Paulo).

(47) Giovanni Bellagamba. "Responsabilidad de la Asociación Sindical por Inobservancia del deber de Ejercitar Influencia Representativa, en el Contrato Colectivo de Trabajo, Tercer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo", págs. 281 y sigs., 1968, Milán.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

miento de los requisitos formales y esenciales exigidos por el Derecho Positivo local.

De manera más simplista, podemos decir que esa legitimidad comienza con el reconocimiento, por la ley, de la capacidad del sindicato o de grupos "ad hoc" para celebrar la convención, continúa con el cumplimiento de los requisitos formales[48] y llega al contenido del convenio, en la medida en que el legislador nacional establezca "cláusulas obligatorias".

Podemos detallar la afirmativa anterior acentuando, según Hueck-Nipperdey, los aspectos esenciales de la legitimidad de la convención.[49]

a) Antes de todo, la convención, como decimos, debe cumplir los presupuestos de la capacidad de las partes, forma y contenido exigidos por la ley local. La convención debe haber sido "celebrada" de acuerdo con las normas que rigen el proceso de su elaboración bajo pena de poseer vicio congénito que, insanable y grave, aún en la medida de la legislación en vigencia, puede crear la nulidad de la cláusula o de todo el convenio.

b) No debe existir fricción entre la convención y la ley. Las normas jurídicas, como se sabe, están dispuestas en planos jerárquicos sucesivos y descendientes, que, en el Derecho interno, comienza en la Constitución.

Dentro de ese esquema de racionalidad normativa, las reglas de conducta creadas por las convenciones colectivas (bien como sus cláusulas meramente contractuales) están debajo de las leyes.

Si se configura conflicto entre la convención (norma inferior) y la ley (norma superior), ésta tiene primacía sobre aquélla, gracias al mismo proceso jurídico que torna ineficaz las leyes inconstitucionales.

c) Es legítima la convención que esté en vigor efectivo. Las convenciones colectivas, normalmente, contienen cláusula de determinación de su plazo de vigencia. Mas, la cuestión de la aplicabilidad de la convención "en el tiempo" no es tan simple en cuanto pueda parecer a primera vista y no se agota en la verificación del deslizamiento de su plazo de vigor.

Las convenciones colectivas, en el proceso normal y móvil de su revisión y extinción, pueden crear serios problemas de Derecho Intertemporal.

La convención colectiva, "en principio", es aplicable "ad futurum", o sea, a partir de la fecha de la clausura del proceso de su celebración, que pasa a ser "dies a quo".

Es perfectamente lógico, con todo, admitirse que las partes convencionen la retroactividad de determinada cláusula. La libre voluntad de los convenientes puede llegar a esa solución, sobre todo si se considera que a través de la negociación colectiva se amplía el sistema de protección al trabajo y las normas que conceden ventajas pueden tener efectos retroactivos, sin ofensa a ningún principio general de Derecho.

La irretroactividad de las normas jurídicas, que restringe los efectos de la ley en el tiempo, constituye principio de defensa y garantía de los derechos individuales. Los derechos adquiridos y la cosa juzgada o, en forma más amplia, las situaciones jurídicas definitivamente constituidas bajo el imperio de la ley anterior no "intocables", por la necesidad de certeza o estabilidad en el orden jurídico y de protección efectiva a las prerrogativas individuales de cara a las oscilaciones del Derecho Positivo.

Desde que, en la esfera de la negociación colectiva, las partes acuerden atribuir efecto retroactivo a determinada cláusula, no vemos cómo se pueda, sumariamente, contestar la eficacia de esa retroactividad, sobre todo en cuanto a cláusulas que favorecen al trabajador.

No incide sobre el problema el principio del orden público y, por eso, los efectos retroactivos libremente acordados no hieren la legitimidad de la convención, ni en cuanto a sus cláusulas normativas, ni en cuanto a sus cláusulas obligatorias.[50]

Un punto, no obstante, es preciso salvar. Aunque las convenciones colectivas, por su naturaleza, amplíen las normas de protección al trabajo, es posible admitirse que, por excepción, las cláusulas del convenio puedan representar, en relación con

---

(48) V. Parte II, párrafo 2, de este ensayo.

(49) Hueck-Nipperdey, *"Compendio de Derecho del Trabajo"*, págs. 325 y sigs., traducción española, 1963, Madrid.

(50) Giuliano Mazzoni, *"De la Retroactividad del Contrato Colectivo"*, en *"Derecho del Trabajo"*, II, pág. 160, 1931, Roma, Mario L. Deveali, *"La Retroactividad de las Cláusulas Económicas de los Convenios Colectivos"*, en *"Derecho del Trabajo"*, vol. IX, pág. 386, Buenos Aires. En el sentido del texto, Rafael Caldera, *"Derecho del Trabajo"*, Pág. 380, 1939, Buenos Aires; Jorge Enrique Marc, *"Derecho Colectivo del Trabajo"*, págs. 215 y sigs., 1972, Rosario. Ernesto Krotoschin, con propiedad, menciona la circunstancia de que la morosidad del proceso de elaboración de los convenios colectivos puede recomendar la atribución de efecto retroactivo a determinadas cláusulas, como es el caso típico del reajuste salarial (*Instituciones de Derecho del Trabajo*, pág. 340, 1968, Buenos Aires).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

"determinados trabajadores", reducción de los derechos adquiridos en cuanto a la figura de la empresa.

Como la ley laboral establece un mínimum de garantías y prerrogativas, sobre las cuales se ejerce libremente la autonomía de la voluntad, tanto las convenciones colectivas, como los contratos individuales, pueden estipular mejores condiciones de trabajo.

Las propias normas emanadas de las convenciones colectivas no representan un máximun de derechos, mas apenas, otro "nivel" de prerrogativas, superior o mínimum trazado por la ley y, como éste, ultrapasable en los sucesivos grados de la escala laboral.

Dentro de ese raciocinio, es fácil concluirse que si el trabajador, individualmente considerado, adquirió determinados derechos, tanto en virtud de convención colectiva anterior y revocada, como en virtud de contrato individual de trabajo, la convención colectiva posterior no podrá, bajo cualquier título y de cualquier manera, omitir, reducir o restringir aquellos derechos.

No se niega al sindicato el poder de modificar "in peius" determinada convención colectiva. Pero, ese poder es limitado por la idea anteriormente expuesta. El nuevo convenio no puede ser menos favorable, en confrontación con la suma de los derechos adquiridos por los trabajadores, individualmente considerados. Cuando eso ocurre, esos derechos son puestos a salvo y, relativamente a ellos, la convención no produce efectos de ninguna especie, o sea, no posee retroactividad.[51]

Abbate ejemplifica con las convenciones de carácter interpretativo. Tales convenciones no crean normas nuevas. Esclarecen o interpretan convención anterior y en vigencia. En ese sentido, como dice aquel jurista, la convención interpretativa es "accesoria" de la convención interpretada (y principal), a la cual ella se incorpora para todos los efectos jurídicos. El convenio que interpreta otro convenio, por su naturaleza, es retroactivo. Al esclarecer el convenio anterior, produce efectos "ex-tunc", alcanzando a los actos practicados en la vigencia del convenio originario y anteriormente a la elaboración del convenio interpretativo.[52]

d) La legitimidad depende, también, de la circunstancia de que los actos, personas y relaciones que se pretende estén vinculados a la convención sean, realmente, por ella comprendidos y a ella queden, por eso, subordinados.

Es lo que llamamos "legitimidad jurídica de la convención en cuanto a su aplicabilidad efectiva", que es la segunda condición de la eficacia del convenio, que estudiaremos luego.

Encerrando estas consideraciones sobre la legitimidad de la convención colectiva, concluimos que, cuando la convención fuere celebrada de conformidad con el Derecho Positivo, no entra en conflicto con la ley, estuviere en vigencia y fuere efectivamente aplicable a determinados actos, personas y relaciones, de ella discurren consecuencias "imperativas, inderogables, inmediatas" y, eventualmente, "retroactivas".

3. Aplicabilidad efectiva de la convención. Como aclaramos en el párrafo anterior, denominamos "aplicabilidad efectiva de la convención", como requisito de su plena eficacia, la posibilidad de que sus cláusulas incidieran, obligatoriamente, sobre determinados actos, personas o relaciones jurídicas.

En cierto modo, es volvernos a dos temas: al "contenido" y a los "efectos" de la convención.[53]

En lo que dice respecto a los "actos y relaciones que están disciplinados por las normas convencionales", acentuamos, anteriormente, el proceso de franca expansión que presidió al desenvolvimiento histórico de la negociación colectiva.

En lo que pese la importancia de la remuneración en la vida del trabajador, el contenido de las convenciones colectivas está lejos de limitar a las tarifas salariales. Abarca todos los otros aspectos de la ejecución del trabajo (horarios, vacaciones, indemnizaciones por antigüedad, estabilidad, etc.), llegando, inclusive, a la reglamentación de la vida interna de las empresas y al área de la Previsión Social.[54]

---

(51) M.V. Ballestrero Gentili, "Osservazioni delle modificazione "in pejus" dei Contratti Colletivi e sui Diritti Acquisiti dagli Associati, in Il Contratto Collettivo di Lavoro", Atti di Terzo Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro, págs. 249 y sigs., especialmente pág. 268, 1968, Milán.

(52) Giuseppe Abbate, *"Inobservancia del Contrato Colectivo de Trabajo"*, págs. 240 y 241, 1941, Milán.

(53) V. parte I, párrafo 2, y parte II, párrafo 3ero., de este ensayo.

(54) C. Wilson Randle, *"Contrato Colectivo de Trabajo"*, pág. 110, trad. brasileira, 1965, São Paulo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Las minucias a que llegan, a propósito, las convenciones colectivas estrechan el margen de la contratación individual y, juntamente con las leyes, agravan, como también mencionamos anteriormente, la llamada "crisis de la contratación laboral", caracterizada por el hecho de que el contrato individual tiende a transformarse en contrato-patrón.

"En cuanto a las personas comprendidas por la convención", tenemos que considerar dos elementos: a) ámbito geográfico de incidencia de las cláusulas convencionadas; b) situación jurídica de las partes.

La convención colectiva rige en determinado "espacio físico" demarcado por la base territorial de la entidad sindical que la celebra.

De la misma forma, según la orientación predominante en el Derecho Comparado, ella abarca, apenas, a los asociados del sindicato que conviene.

Mas, en los dos casos, puede darse la "extensión" del diámetro del convenio.

Esa extensión se opera en el "espacio físico" cuando se prorroga el límite territorial de aplicabilidad del convenio. La convención adoptada en un municipio pasa a aplicarse en el territorio de otro municipio, a través de los procedimientos previstos por la ley para extensión de su vigencia en el espacio.

Hay, no obstante, otra modalidad de extensión. En los sistemas en que la convención colectiva apenas alcanza a los asociados del sindicato, la extensión de sus efectos personales hace que las cláusulas normativas cubran a los no asociados. Era lo que ocurría en Brasil, en el Derecho anterior.

Lo mismo cuando —como hoy acontece entre nosotros— las convenciones se aplican a la generalidad de la categoría profesional o económica, puede admitirse la hipótesis de extensión, dentro de la misma área geográfica, de las cláusulas convencionadas a categorías diferentes de aquellas que estén representadas por los sindicatos.

La extensión se opera, en esa hipótesis, en el "espacio social", dentro del mismo "espacio físico".[55]

La idea de aplicación extensiva del convenio, de modo que él rija en otro territorio o alcance personas a las cuales no se destinaba al principio, constituye argumento poderoso contra las teorías contractualistas, sobre todo si se admite, como se debe admitir, que esa extensión puede ser hecha: a) a requerimiento de las partes o b) "ex officio", por acto de la autoridad competente.

No parece haber duda, en la doctrina, en cuanto a esas posibilidades. Mas, tampoco hay duda de que el fundamento de la extensión, en cualquiera de sus modalidades, es el "interés público". Ese interés público, por su turno, justifica la hipótesis de extensión "ex officio" del convenio colectivo.

Los juristas se inclinan, por la originalidad y relevancia de la materia, a considerar, si no indispensable, por lo menos conveniente que la extensión sea condicionada al acto expreso del Poder Público.[56]

Hay naciones, como actualmente Brasil, que suprimieron, por ley, las hipótesis de extensión, atribuyendo efecto "erga omnes" a todas las convenciones, sin tomar en cuenta el "status" de asociado sindical de las personas por ellas comprendidas. Pero, en ese caso, no se puede negar, también, la posibilidad de extensión del convenio en el espacio físico y, lo mismo, en el espacio social. En el primer caso, a otros lugares. En el segundo, a otras categorías, dentro de la misma base territorial.

La falta del procedimiento adecuado, previsto en ley, para que se promuevan esas modalidades de extensión, obliga, naturalmente, a que se siga la vía normal u ordinaria de la celebración de otro convenio, autónomo del anterior, pero que a él se doblega, al declararse la extensión.

La dificultad práctica, en esos casos, sin embargo, es evidente, pues la extensión se tornará llena de dificultades, desde que la categoría a la cual se quiera extender la convención no esté organizada en sindicato.

La ventaja de la admisibilidad de la extensión es, precisamente, suplir, en el aspecto del interés público, mediante intervención de la autoridad competente, a falta de órgano sindical.

---

(55) La idea de extensión de los efectos de los convenios colectivos viene de lejos. Está consignada en las obras de Georges Scelle, *"Précis de Legislation Industrielle"*, pág. 196, 1927, París, y de Vischer, *"El Contrato Colectivo de Trabajo"*, pág. 220, 1911, Grand. Véase, sobre el tema, Miguel Rodríguez Piñero, *"Eficacia General del Convenio Colectivo"*, págs. 24 y sigs., 1960, Sevilla.

(56) Rodolfo Nápoli, *"Manual de Derecho Sindical"*, pág. 160, 1961, Buenos Aires; Ernesto Krotoschin, *"Tratado Práctico de Derecho del Trabajo"*, 2do. vol., pág. 732, 1962, Buenos Aires; Guillermo Cabanellas, *"Derecho Normativo Laboral"*, pág. 252, 1966, Buenos Aires.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Esa es la razón porque no procede la afirmativa de que la extensión debe caber a los propios sindicatos convenientes.[57] Esa solución, de aparente democracia sindical, sólo es defendible en los casos en que el sindicato extiende el convenio dentro de los límites sociales de su representatividad.

Sobre el fundamento o la naturaleza jurídica del acto de extensión, existen diversas doctrinas, que coinciden, en gran parte, con las teorías que intentan explicar la naturaleza de la propia convención.

No volveremos al asunto.[58] Reafirmamos, apenas, que, como el sindicato tiene la "representación" natural de la categoría, debe estarle facultado negociar colectivamente, en nombre de sus asociados y, después, si es preciso, extender el convenio a los demás integrantes de la categoría. Pero, como la condición de no pertenecer al sindicato no revela, al menos implícitamente, el deseo de que el sindicato no represente la persona que se considera afectada, sólo el interés público, o sea, la necesidad o conveniencia de uniformización de las normas aplicables al trabajo es que permite la extensión y, por eso, se exige el acto de la autoridad pública.

Mucho más necesaria será la configuración de aquel interés relevante, con la presencia del Poder Público en el procedimiento de la extensión, cuando se dilata al área de incidencia del convenio además de la categoría (en el mismo local) o más allá de la base del sindicato conveniente (en otro lugar, relativamente a la misma o a otra categoría).

A nuestro modo de entender, la convención colectiva tiene, en sí por derecho natural, potencialidad suficiente que permite sea ella extendida. Pero, la indemnización de esa potencialidad depende del interés público y el juez que lo reconoce y proclama es el Estado.

En el área original o en las áreas contempladas por la extensión, teniendo en vista la cualidad profesional o económica de las personas, es que se valora si la convención es aplicable o no.

Cuando esa convención fuere efectivamente aplicable a determinadas personas, el descubrimiento de sus cláusulas envuelve "inobservancia".

4. Interpretación de la convención colectiva. Solo se puede considerar violada determinada regla cuando se actuó en sentido diverso al que resulta de la exacta interpretación de la norma que se aplica.

La inobservancia, ligada a la eficacia, depende, así, de la interpretación correcta que sea dada al convenio, pues no existe incumplimiento de la norma cuando aquellos que la exigen la interpretan erróneamente y aquel que se niega a entender con acierto.

La extensión y la relevancia del tema nos sugieren un capítulo especial, al que remitiremos al lector.[59]

5. Efectos de la inobservancia de la convención. Cuando es incumplida la convención legítima, efectivamente aplicable y correctamente interpretada, ¿cuáles son los efectos que de ahí derivan? ¿Cuáles las sanciones que sufre la parte que incurre en incumplimiento?

En el sistema británico, en que la convención colectiva no tiene fuerza obligatoria (ni siquiera consuetudinaria), adquiriendo el aspecto de mero "gentlemen's agreement", no hay sanción prevista. La violación, en tesis, es impune. En la práctica, con todo, esa violación ocurre. Para una solución inglesa, consecuencias inglesas.

En la generalidad de las legislaciones, entonces, la respuesta a aquellas interrogantes iniciales va a depender de una distinción que está adherida a la naturaleza bifrontal del convenio, o sea, a la distinción básica entre cláusulas normativas y cláusulas contractuales (obligatorias).

Si se verifica la inobservancia de cierta cláusula normativa, las consecuencias, en síntesis, serán estas:

a) Como las cláusulas de la convención se sobreponen a las cláusulas del contrato individual, la fricción entre ellas se resuelve por la declaración de nulidad de la cláusula del contrato individual, dentro del "principio de inderogabilidad" de la convención colectiva, proclamado por Lotmar.

En ese punto, el efecto de la inobservancia de la convención es el mismo del incumplimiento de ley.

---

(57) Pontes de Miranda, "*Tratado de Derecho Privado*", 47 vol., pág. 374, 1964, Rio de Janeiro.

(58) V. parte I, párrafo 3; de este ensayo.

(59) V. parte IV, de este ensayo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

La nulidad de la cláusula del contrato individual no tiene, en el caso, el mismo efecto que tendría en el Derecho Civil: marcar, pura y simplemente, en el texto del contrato, la parte viciada. La nulidad presupone que se "considera la cláusula" como no escrita,[60] procediéndose, de inmediato, a la "substitución" del contenido de la cláusula nula por la norma de convención colectiva que sea aplicable. Es en ese sentido el magisterio de Santoro-Passarelli: "La subordinación en forma específica de la autonomía individual a la colectiva importa en que las cláusulas del contrato individual en fricción con el colectivo sean nulas, mas no perjudiquen la validez del contrato individual, siendo aplicables las cláusulas que tratan de la materia contenida en la convención colectiva"[61].

b) Si la inobservancia parte del empresario, que no tiene a su favor el beneficio de la duda, y, sobre todo, si la violación se hace en detrimento de las prerrogativas del trabajador, caben las sanciones administrativas adecuadas.

c) Las sanciones administrativas adecuadas y efectivamente aplicadas no excluyen la acción judicial de la parte perjudicada, con el fin de obtener la nulidad de la cláusula (o del contrato). Como vimos, dentro de la técnica laboral, esa nulidad no es declarada, apenas, en el sentido de que le sean negados efectos jurídicos. Se va más allá y, por un "proceso de substitución" la de jerarquía inferior es sustituida por la cláusula de mayor jerarquía. La nulidad abre una laguna en el contexto del contrato individual y, simultáneamente, la cláusula de la convención colectiva la toma, substituyéndose, así, la cláusula viciada por la cláusula válida.[62]

Discurre, de ese principio fundamental, que la parte perjudicada tendrá derecho a obtener la reparación pecuniaria de todos los perjuicios que sufre. Como la nulidad de la cláusula del contrato individual que no concuerda con la cláusula de convención colectiva es nulidad "iure et de iure", la reparación de los perjuicios se hace "ex tunc".

Cuando es lesionada la "cláusula contractual", entran en juego intereses concretos y directos de los convenientes (sindicato de los trabajadores y empleadores).

La parte perjudicada podrá, a través del procedimiento previsto, que puede tener naturaleza administrativa, pero que es conveniente sea de competencia del Poder Judicial, disputar las reparaciones debidas e, inclusive, si fuere el caso, el pago de indemnizaciones.

De lo expuesto resulta que existe una dicotomía entre las "modalidades de sanciones" aplicables en caso de inobservancia del convenio.

Las sanciones (puramente jurídicas, como las nulidades; o pecuniarias, como multas e indemnizaciones) se clasifican en dos categorías: a) "legales"; b) "convencionales".[63]

Nada impide que el legislador estipule cuáles son las sanciones aplicables al incumplimiento. Mas, la tendencia es dispensar la intervención del Estado, haciéndose el elenco de las sanciones aplicables a través del propio convenio.

La ventaja de esa última solución reside, apenas, en darse mayor amplitud a la negociación. Además de eso, ajustarse mejor la sanción al hecho. Las propias partes pueden evaluar, teniendo a la vista el contenido específico de la convención, qué sanciones se tornan convenientes, según la hipótesis prevista, y cuál el grado de su intensidad.

La indicación del sistema de sanciones a través de la propia convención colectiva tórnalo más eficaz, más justo, más adecuado y más realista, no impidiendo, también, que las partes, en principio, a través de la convención colectiva, lleguen a adoptar las normas de procedimiento para aplicación de las sanciones estipuladas.

---

(60) Esa es la orientación prevaleciente, no apenas en el Derecho occidental, como, también, en el Derecho soviético (Michel Despax, *"Convenciones Colectivas"*, en G.H. Camerlynck, *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, 7 vol., pág. 77, 1966, París.

(61) Francesco Santoro-Passarelli, *"Nociones de Derecho del Trabajo"*, págs. 24 y 25, trad. brasileira, 1973, São Paulo.

(62) Giuseppe Abbate habla de *"transferencia de contenido"* de la convención colectiva para el contrato individual de trabajo (op. cit., pág. 279).

(63) Escribiendo sobre el antiguo Derecho francés, Charles Capeau clasificó las sanciones —en caso de violación de las convenciones colectivas— en "penales, civiles y sindicales" (*"La Convención Colectiva de Trabajo"*, págs. 32 y 35, 1938, París). Cfr., a propósito, Octavio Bueno Magano, *"Convención Colectiva del Trabajo"*, págs. 149 y sigs., 1972, São Paulo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

IV

INTERPRETACION DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

1. Interpretación de las leyes e interpretación de los contratos. La primera cuestión que se presenta a propósito de la interpretación de las convenciones colectivas de trabajo reside en la naturaleza jurídica del instituto.[64] ¿Los principios de hermenéutica aplicables a las convenciones colectivas deben ser recogidos del sistema de interpretación de las leyes o del sistema de interpretación de los contratos?

Es notoria y elemental la diferencia entre esos dos criterios: en la interpretación de los contratos, se tienen como punto de referencia "la manifestación conjunta de las voluntades contratantes". En la interpretación de las leyes (dentro del principio teleológico, cada vez más acentuadamente predominante) la piedra de toque es el "fin social" previsto por el legislador en el momento en que elaboró la norma o —en virtud de la rápida devolución de los hechos sociales— previsto por el juez, en función de aquello que, según la voluntad presunta del legislador, él "querría" en el momento de aplicación de la ley.

Existiendo o pudiendo existir, en las convenciones colectivas, cláusulas obligatorias y cláusulas normativas,[65] sería muy simple decir que las primeras deben ser interpretadas según la manifestación conjunta de la voluntad de las partes y las segundas, dentro del sistema de hermenéutica de las leyes.

La dificultad teórica, no obstante, a esa altura está en saber si es posible hacerse la distinción, para fines de exégesis, entre la naturaleza de las cláusulas que componen el instrumento de la convención colectiva, sin quebrar la idea de "unidad orgánica" de las convenciones, que resulta del principio general de la unidad de los actos bilaterales de voluntad.[66]

La "unidad de las cláusulas transaccionales", a que alude la doctrina, tal vez no pueda ser sustentada con la necesaria firmeza, en cuanto a las convenciones colectivas, porque ellas se componen de cláusulas diversas en sí mismas e, inclusive, autónomas, sea en cuanto a su naturaleza, sea en cuanto a sus fines, sea a su exigibilidad.

Hueck-Nipperdey admiten, por eso, la divisibilidad interna de las convenciones colectivas, cuando recomiendan que las cláusulas obligatorias sean entendidas según los principios peculiares a los contratos obligatorios y las cláusulas normativas, según las reglas de los negocios jurídicos.[67]

No se puede olvidar, no obstante, que las convenciones colectivas, como los tratados internacionales, existen en función de ciertas finalidades sociales y políticas (Randle).

Dentro de esa semejanza, sea cual fuere su naturaleza, todas las cláusulas deben ser comprendidas y ejecutadas de modo a que alcancen aquellos fines, sin lo que no se realizará, en los medios laboralistas, clima de armonía y confianza.

Eso importa para establecer, como regla

---

(64) V. parte I, párrafo 3, de este ensayo.

(65) V. parte II, párrafo 3, de este ensayo.

(66) Cfr. Mario de la Cueva, *"Derecho Mejicano del Trabajo"*, 2 vol., pág. 66, 1949, Méjico; Alfredo J. Ruprecht, *"Interpretación de los Convenios Colectivos de Trabajo"*, en *"Anales del Segundo Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social"*, 2 vol., pág. 691, 1965, Córdoba.

(67) *"Compendio de Derecho del Trabajo"*, págs. 324 y 325, trad. española, 1963, Madrid. Véanse, entre otros, Ernesto Krotoschin, *"Instituciones de Derecho del Trabajo"*, 1er. vol. pág. 203, 1947, Buenos Aires; Guillermo Cabanellas, *"Tratado de Derecho Laboral"*, 3er. vol., pág. 503, 1949, Buenos Aires, Héctor Génoud, *"La Interpretación de los Convenios Colectivos"*, en De la Cueva, De Ferrari, Russomano y otros, *"Derecho Colectivo Laboral"*, págs. 147 y sigs., 1973, Buenos Aires. Cfr. sobre el tema, Michel Despax, *"Convenciones Colectivas"*, en G.H. Carmerlynck, *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, 7 vo., págs. 262 y sigs., 1966, París.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

central de la hermenéutica de las convenciones colectivas, inclusive en virtud de las cláusulas obligatorias o contractuales, el principio de la interpretación teleológica, ajustada a la naturaleza de la convención que se analiza.[68]

2. Métodos de interpretación. Descendiendo de esa primera afirmativa para una segunda cuestión, surgen discrepancias sobre los métodos de interpretación que pueden y deben ser utilizados para que hagamos la medición del sentido y del alcance de los convenios colectivos.

En la doctrina italiana (privatista por excelencia), hay sensible tendencia a emplear métodos de exégesis de las convenciones colectivas según los estilos de interpretación de los contratos en general.

Aldo Cesari —en su monografía sobre "La Interpretación del Contrato Colectivo"— recuerda que el problema puede situarse en dos coordenadas, en las cuales se desenvuelven la interpretación sistemática y la interpretación integral.[69]

3. Interpretación sistemática. Según el "criterio sistemático" de revelación del sentido y del alcance del convenio, éste debe ser entendido y aplicado en consonancia con su "organicidad".

No es admisible que se destaque, del cuerpo del instrumento de la convención, determinada cláusula y que se la interprete aisladamente. El Juez o cualquier otro exegeta puede y, algunas veces, debe hacer la confrontación de las palabras de determinada cláusula. Mas, esas palabras y cada cláusula se vinculan porque son partes de "un auto", por lo menos en el sentido de que ese acto resulta de la declaración de voluntades convergentes, cristalizadas en cláusulas estrechamente ligadas.

En ese sentido, el Derecho del Trabajo nada de nuevo ofrece en relación con los conceptos consolidados a través de la doctrina de los civilistas.

Hay, con todo, dos aspectos particulares que, teniendo como referencia el Derecho italiano, Cesari mencionó y que merece cierto énfasis:[70]

A) En la interpretación sistemática, actúan, fuertemente, las llamadas "dichiarazoni verbale". Muy comunes en el sistema italiano, poco usadas en la América Latina, aquellas declaraciones pueden constituir elemento útil al esclarecimiento previo del verdadero sentido de determinada cláusula o de la convención en sí misma, de modo a evitar conflictos.

Cuando esas declaraciones son bilaterales ("comuni"), tienen la eficacia de la interpretación auténtica, pues constituyen la revelación consentida, expresa y uniforme de la verdadera intención de las partes.

La declaración bilateral, así como puede tener fuerza meramente declaratoria, puede, también, integrar eventuales omisiones de la convención y, asimismo, directa o indirectamente, modificarla. La declaración bilateral, por todas las razones, tienen el mismo vigor jurídico de la convención originaria.

Las declaraciones unilaterales son también admisibles, más, obviamente, no poseen la misma eficacia.

Hubo quien las equiparase a las "cláusulas" de los tratados internacionales. La analogía, sin embargo, no es exacta. Las declaraciones unilaterales no constituyen "reserva". En primer lugar, tienden a revelar la verdadera intención de una de las partes al contribuir para la formación de los "intentos comunes". En segundo lugar, funcionan como elemento de exclusión de la ignorancia de la parte contraria sobre la verdadera intención del declarante, visto que la declaración unilateral debe constar, expresamente y en la íntegra, del documento de la convención.

b) Otro aspecto de la interpretación sistemática de las convenciones colectivas sujétase a la posibilidad de "justaposición de distintas convenciones colectivas".

El fenómeno aparece, con tintes vivos, en el

---

(68) Archibald Cox, "*Rights under a Labor Agreement, en Labor Law-Selected Essays*", pág. 202, 1968, Cambridge. El jurista norteamericano acentúa que la evaluación de los derechos que emanan de la convención colectiva están sometidos a un criterio de "justa medida". Giuseppe Abbate abre camino en el sentido expuesto en el texto, cuando afirma que el intérprete debe tener línea de cuenta, no sólo las "cláusulas expresas, mas, también, las cláusulas implícitas" de la convención, deducidas del conjunto enunciado en su texto ("*Inobservancia del contrato Colectivo de Trabajo*", pág. 229, 1941, Milán.

(69) Págs. 125 y sigs., 1963 Milán.

(70) Op. cit., págs. 128 y sigs.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Derecho francés y, sobre todo, aún aquí, en el Derecho italiano, a través de la "contratación articulada", por la cual actúan yuxtapuestos: a) los acuerdos interconfederales, b) los contratos colectivos de ámbito también nacional, celebrados por las federaciones, y c) los contratos integrativos, esto es, celebrados entre asociaciones sindicales de actuación provincial o regional.[71]

Ese mundo extenso y palpitante de la negociación colectiva es sometido a este principio esencial: "el diámetro de su aplicabilidad espacial decrece a la medida que aumenta especificidad".

Es como decir que, cuanto menos amplia la convención, más profundas sus cláusulas, o sea, más ajustadas quedan a las realidades concretas locales.

Las dificultades entre convenciones de varios niveles no pueden ser, totalmente, evitados: pueden, no obstante, ser reducidos por la "articulación o concatenación" que debe existir entre ellas y que presupone la delimitación de la competencia de los niveles inferiores de la negociación colectiva, en el aspecto de las convenciones de nivel superior.

Púedese hablar de "connotación de planos convencionales" o de "juego de reenvíos". Mas sencillamente, para nosotros, todo se resume en el esfuerzo y la necesidad de yuxtaposición de las convenciones —sean articuladas, sean autónomas— siempre que entre ellas surja la posibilidad de fricción.

Es lo que acontece en la hipótesis de ser celebradas, por los mismos sindicatos, dos convenciones, apuntando, en instrumentos separados, la disciplina de la jornada de trabajo y la estipulación de salarios. Materias distintas, pero conexas, "exigen" interpretación en conjunto, que se alcanza a través de la yuxtaposición de las dos convenciones.

La interpretación sistemática de las convenciones colectivas se hace, dentro de la misma convención, por la confrontación de sus cláusulas, o, como vimos, entre convenciones diferentes, siempre que dos o más de dos incidan o puedan incidir, al mismo tiempo, sobre el mismo hecho.

En la contratación articulada (si nos fuesen permitidas las expresiones), la yuxtaposición es "vertical" y, en verdad, la interpretación queda simplificada, en virtud de la existencia del instrumento anterior o posterior, que se aplica en régimen de superioridad.

En los demás casos, corrientes en las naciones que no usan la contratación articulada, la yuxtaposición es "horizontal": aproximamos convenciones de igual jerarquía y las confrontamos en el mismo nivel jerárquico.

4. Interpretación integrativa. La interpretación integrativa o integrante parte de suposiciones diversas de aquellas utilizadas en la interpretación sistemática.[72]

Como ocurre en las leyes y en los contratos en general, las declaraciones de voluntad, cristalizadas en la convención colectiva, por más cuidadosamente que sean hechas y reproducidas, pueden ser lagunares o, por lo menos, contener ambigüedades, que equivalgan a omisiones, por perturbar el recto sentido del que fue convencionado.

Los criterios adoptados en el cumplimiento de las omisiones o en el esclarecimiento de graves oscuridades de las convenciones colectivas pueden estar previstos en la "propia convención". Hemos sustentado, inclusive, que esa medida es altamente recomendable, como simplificación de la tarea del hermeneuta.

Mas, cuando no hubiere esa previsión no habrá, también, otro camino para el intérprete, a no ser que use: a) el "elemento histórico" resultante de la experiencia anterior y, eventualmente, reforzado por la aproximación del convenio estudiado a otras convenciones pertinentes a los mismos grupos profesionales y económicos; b) el "elemento lógico"; c) el "elemento teleológico" de la finalidad social, que, en el caso, se autolimita en el conocido postulado de que, en las declaraciones de voluntad, el "principal" prevalece sobre el "secundario" y el "útil" sobre el "inútil".

5. Interpretación de las convenciones colectivas en conflicto. La importancia y las dificultades de correcta interpretación de las convenciones colectivas crecen cuando hubiere choque, fricción o conflicto de competencia (las expresiones se equi-

(71) V. parte I, párrafo 4, de este ensayo.

(72) Sobre el tema, cfr. Ignacio Garzón Ferreyra, "*La convención Colectiva de Trabajo*", págs. 152 y 153, 1954, Buenos Aires.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

paran) resultante de la circunstancia de que dos o más de dos convenios inciden o pueden incidir sobre el mismo hecho.

Si el conflicto hubiere sido previsto por las partes y si fueren adoptadas reglas especiales para la solución preferida, esas reglas serán aplicadas, tranquilamente, por el intérprete.

Caso contrario, el papel desempeñado por el hermeneuta será averiguar cuál es la "convención adecuada", según la naturaleza del "asunto" a propósito del cual nace el conflicto (personal, material, espacial, temporal).

En cualquiera de las dos hipótesis, pensamos, como la mayoría de los escritores, que se ha de llevar en consideración, siempre, la regla doctrinaria de que el "particular", por ser "específico", debe privar sobre el "general", donde están previstas las grandes líneas de la convención, distanciadas de la realidad concreta.

Sobre todo, sin embargo, colocamos el principio ontológico que rige toda la interpretación de las convenciones colectivas: siempre se aplicará la cláusula o, si fuere el caso, la convención "más favorable al trabajador".[73]

Si dos cláusulas de convenciones distintas o dos convenciones, globalmente consideradas, entran en conflicto entre sí, tal vez no sea difícil, en la mayoría de los casos, verificarse (para darle preferencia) cuál es la más favorable al trabajador.

Pero —y, aquí, sí, hay margen para dudas— es preciso optar entre dos criterios, que siempre están presentes en todas las hipótesis del principio de la norma o cláusula más favorable:

A) Procurarse la aplicación "acumulativa" de las dos convenciones, seleccionando, dentro de ellas, las cláusulas más favorables y aplicándolas, una a una, "simultáneamente".

B) O, dentro de la tesis de la unidad de la declaración de voluntad de que nace el convenio, adoptársela a un criterio "globalista", según el cual no se pueden mezclar normas de instrumentos distintos, debiendo, por eso, ser escogida y aplicada la convención que, en su conjunto, sea más favorable.

En ese "admirable mundo nuevo" de la negociación colectiva —como, ciertamente, la denominaría Aldous Huxley, si hubiere sido jurista— nos parece que la importancia de las convenciones, su profunda penetración en los tejidos de la vida social moderna y el espíritu de la época en que vivimos aconsejan y tal vez exijan que se aplique "por segunda vez", el principio del más favorable.

Siempre que fuere posible —dentro de la medida que nos sea dada por los hechos y por las relaciones entre las partes— se la puede optar por la aplicación global de determinada convención o por la acumulación de cláusulas más favorables originadas de convenciones diversas, según, ante el caso concreto, éste o aquél criterio sea, a su vez, el más favorable al trabajador.

El dilema u opción sobre el criterio de asegurar lo que es más favorable al trabajador se resuelve dentro de ese propio criterio.

La tautología de ese razonamiento final es apenas aparente.

En último análisis, es a favor del trabajador que el Estado admitió la negociación colectiva y, dentro de las realidades laboralistas, la progresiva ascensión de su estándar de vida constituye el resorte principal que pone en movimiento el vasto y complejo mecanismo del Derecho del Trabajo.

V

REVISION Y EXTENSION DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

1. Concepto y fundamento de la revisión de las convenciones colectivas. La "revisión" de las convenciones colectivas de trabajo no se confunde con la "extinción" de las mismas y, muy particularmente, dentro de las formas de extinción, con la "denuncia" o "rescisión" y con la "revocatoria".

En la denuncia o rescisión, la iniciativa es una de las partes, con base en el incumplimiento en

(73) Enzo Avanzvi, "A Propósito del Trattamento piú Favorevole per i Lavoratori. Raporti fra Regolamento Interno e Contratti Colletivi, *Il Contratto Colletivo di Lavoro Atti del Terzo Congresso Nazionales di Diritto del Lavoro*, páginas 239 y sigs., 1968, Milán.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que incurre la parte contraria, el convenio originario es sustituido por nuevo convenio.

Nada de eso ocurre en el proceso de revisión. El convenio originario perdura, pero sufre, a través del proceso revisionista, alteraciones de forma o de fondo.

La revisión de los convenios colectivos de trabajo tiene estrechas connotaciones con el problema de la revisión de los contratos en general.

En ese particular, se nota ostensible fricción entre la conveniencia lógica de que las condiciones ajustadas sean mantenidas o respetadas y la necesidad imperativa del ajuste entre los términos del contrato sucesivo y las nuevas realidades sociales, que, rápidamente, se constituyen y transfiguran.

En las áreas sindicales, ese fenómeno de la rápida metamorfosis de las condiciones sociales con reflejo en la revisión de los contratos tienen otras consecuencias: El Derecho Sindical posee conexiones muy íntimas con la Economía y la Política Social. La negociación colectiva es el factor relevante en la ejecución de los planos de desenvolvimiento económico e, inclusive, para las formulaciones de la Política del Estado.[74]

Si consideramos, que, en ese sentido, la negociación colectiva puede ser factor positivo o negativo, actuando en cualquier caso, con innegable fuerza: si tuviéramos en cuenta, por otro lado, que los procesos económicos y políticos son, en la sociedad moderna, los que presentan mayor dinamismo y celeridad. Podemos concluir, fácilmente, que la revisión del convenio es consecuencia lógica de las realidades contemporáneas y, además de eso, más necesaria y más útil que la simple revisión de los contratos en general.

Esas observaciones ponen en confrontación el viejo principio de "pacta sunt servanda" y el principio "rebus sic stantibus".

La duda está en cómo se concilia, en la teoría y en la práctica, el deber de respetar el contrato con el derecho de modificarlo, ante conjunturas rápidamente renovadas por el tiempo.

La respetabilidad natural que protege los contratos de violaciones impunes encuentra en la teoría de la cláusula "rebus sic stantibus" notable paliativo, que, en nombre de intereses relevantes, de cierto modo "amplía" la interpretación dada a las manifestaciones de voluntad ocurridas en el seno de la celebración del contrato.

La manifestación de voluntad, hecha en determinado momento, está naturalmente enmarcada dentro del esquema de determinados hechos. No tiene, por eso, posibilidad de abarcar acontecimientos futuros, imprevistos y, lo que es más relevante, "imprevisibles, capaces de destruir las condiciones de ejecución del contrato admitidas por las partes. Como la voluntad se ejerce dentro de las limitaciones de la previsión y el hombre no es omnisciente, cuando se ultima el contrato, tiénese la presuposición de que las obligaciones asumidas serán cumplidas en cuanto la situación concreta que las inspiró continúe siendo la misma.

Carullo analizó el problema, a lo largo de su obra, indicando, como principales dos teorías.[75]

a) "Teoría de la presuposición y de la superveniencia". Esa teoría adopta el pensamiento de Windscheid a propósito de la "presuposición" como condición que no fue manifestada. En último análisis, considera que en el contrato existe "condición no declarada", pero "querida" por las partes e "implícita" en el contrato.

Esa condición es que el contrato debe ser cumplido, a no ser que graves alteraciones en las circunstancias del hecho tornen el cumplimiento de la obligación imposible o altamente nocivo al interés de la parte.

Esa condición implícita, como todas las condiciones jurídicas, puede ser de hecho o de derecho; positiva o negativa; pasada, presente o futura. Funciona en cualquier caso, como funcionan todas las condiciones en el Derecho de los Contratos.

b) Teoría de la voluntad marginal. Sustentada por Osti y analizada meticulosamente por Vincenzo Carullo, [76] la teoría de la voluntad marginal se coloca en el mismo plano de la teoría de la presuposición y de la superveniencia.

Juega con el principio de que, en el texto de cualquier contrato, al margen de la manifestación de voluntad hecha expresamente, está el deseo implícito de las partes contratantes de adoptar deter-

---

(74) V. en ese sentido, fuertemente influenciado por las ideas de Nipperdey, el ensayo de Ricardo La Hoz Tirado, *"Derecho Colectivo del Trabajo"*, pág. 26, 1972, Lima.

(75) Vicenzo Carullo, *"La revisión de la Norma Colectiva del Trabajo"*, págs. 18 y sigs., 1942, Milán.

(76) Op. cit., págs. 21 y sigs.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

minadas condiciones o cláusulas en función de los hechos, objetivamente considerados.

Aquello que es expreso, en la declaración de voluntad, podemos decir, es la "zona de foco" de la fotografía del ajuste hecho por los contratantes. Mas, hay, en esa fotografía, una "zona de transición", en que la voluntad subsiste aún de relieve e implícita. Esa zona de transición está al "margen" de la zona de foco y en la manifestación velada de la voluntad de los contratantes reside el fundamento racional y jurídico del principio de la ejecución del contrato "rebus sic stantibus".

Ese doble "contenido voluntario del contrato" explicaría la razón de ser y el sistema de funcionamiento de aquel principio.

Las dos concepciones, que se avecinan, aunque no se confunden, representan la definitiva superacción de la "teoría del error", formulada como fundamento del principio "rebus sic stantibus".

Error es falso juicio. Error es vicio de consentimiento, que puede llevar a la nulidad del acto jurídico. El principio "rebus sic stantibus" no reposa, sin embargo, en el concepto de error y, sí, en la idea de que la vida social se modifica de prisa y que la mente humana es incapaz de prever esas alteraciones futuras, presumiéndose que, si fuesen previstas, impedirían la celebración del contrato.

Mucho, no obstante que el principio "pacta sunt servanda" tenga grande y necesaria aplicación práctica, es cierto que su antigua inflexibilidad cedió ante las realidades supervinientes, atendidas de modo satisfactorio, por la cláusula "rebus sic stantibus".

De modo general, los tratados internacionales y los contratos "de tracto sucesivo", en el Derecho Público o en el Derecho Privado, incorporan aquella cláusula,[77] siendo razonable, por eso, que el mismo ocurra relativamente a las convenciones colectivas de trabajo, por la amplitud de su incidencia y por su carácter normativo.

Es evidente, pues, que las convenciones admiten, expresa o implícitamente, el principio "rebus sic stantibus" y que ese principio constituye explicación plausible de la revisión de las convenciones colectivas.

Mas, sería exagerado pensarse que su simple evocación tuviese, por sí sola, fuerza suficiente para agotar el problema de la revisión de las convenciones.

Afirmándolo, no apenas como recordó Carullo, por los problemas que emanan de esa afirmativa —en cuanto a la naturaleza, al fundamento y a otros aspectos de aquel principio—[78] como también porque los presupuestos de la revisión de las convenciones colectivas "no coinciden", necesariamente, con los presupuestos de la cláusula "regus sic stantibus".

A propósito, enfatizamos el principio "rebus sic stantibus", pero nos afiliamos a la corriente de Carullo —defendida también por Guidi[79] y Viglione—[80] según la cual no existe coincidencia necesaria entre aquel principio y las normas que disciplinan la revisión de las convenciones.

Partimos, antes de todo, de la necesidad de respetar el principio "pacta sun servanda", como factor de seguridad de las relaciones jurídicas en general y, particularmente, de las relaciones colectivas de trabajo.

Vamos, además, acentuando que la rigidez que el Derecho Civil atribuye a ese principio es incompatible con la posibilidad de alteración fundamental de las condiciones y circunstancias que llevaran las partes a la adopción de determinado contrato. El Derecho no puede permanecer ciego en vista de las nuevas realidades y sordo al clamor de los hechos nuevos. Hay, al contrario, el reconocimiento, por el Derecho, de la necesidad de adaptación de los contratos a la dinámica de los acontecimientos sociales y, en ese sentido, el principio "rebus sic stantibus" apoya esa idea.

Mas, los requisitos o presupuestos de funcionamiento del principio "rebus sic stantibus" están claramente definidos en la doctrina contemporánea: los hechos nuevos no deben haber sido "previstos" por las partes y, además de eso, por su naturaleza, deben ser "imprevisibles"; resultan, siempre, de circunstancias "ajenas a la voluntad o al comportamiento de las partes"; precisa ocasionar alteración "fundamental" en el estado de las cosas de modo a poderse concluir que las partes no celebrarían el convenio si las condiciones propias del

---

(77) Carlo Costamagna, *"Derecho Corporativo Italiano"*, página 308, 1927, Turín.

(78) Op. cit. pág. 115.

(79) *"L'Oggi e il Domani del Contratto Colletivo di Lavoro, in Diritto del Lavoro"*, 1928, pág. 112, Roma.

(80) *"L'Azione Sindicale di Revisione"*, ídem, 1927, pág. 733.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

momento de su ejecución ya existiesen en la época del contrato.

Podemos, es claro, colocar, sobre esas ideas derivadas de la Teoría General del Derecho y, particularmente, del Derecho Civil; la tónica peculiar del Derecho del Trabajo. Para nosotros, juslaboralistas, los presupuestos del principio "rebus sic stantibus" también se deben flexionar un poco: la invocación de ese principio nos parece posible desde que las cláusulas contractuales se tornen "injustas" ante las nuevas condiciones sociales, teniendo a la vista, sobre todo, los intereses del trabajador y la conveniencia de la eficaz reglamentación del trabajo.

No vemos, en lo que concierne a las convenciones colectivas e inclusive a los contratos individuales de trabajo, necesidad de aceptar al principio "rebus sic stantibus", tal como es comprendido por el Derecho Civil. La revisión del convenio puede ser realizada sin aquellos rígidos elementos clásicos, desde que las alteraciones subsiguientes sean suficientemente profundas e importantes para tornarse desaconsejables, por injustas, las cláusulas anteriormente adoptadas.

No entra en juego, exclusivamente, el interés de las partes, como se entendería en la época del contractualismo. Se pone como pauta el interés público, que existe en todas las convenciones colectivas, y la posibilidad de revisión resulta amparada en una "justificación social", que trasciende los límites del Derecho Civil, mas cabe, por entero, dentro del campo del Derecho del Trabajo.

No nos damos, todavía, por satisfechos con esa visible ampliación conceptual del principio "rebus sic stantibus".

Dijimos anteriormente, que no hay coincidencia entre los requisitos o presupuestos de aquel principio, con vista a la Teoría General del Derecho, y los presupuestos o requisitos exigidos por el Derecho del Trabajo para facultar la revisión de las convenciones colectivas.

Asimismo que no se alteren las condiciones circunstanciales que llevaran a la elaboración y a la aprobación de las convenciones colectivas, éstas pueden ser "revisadas", a criterio exclusivo de la voluntad de las partes, cumplidos los requisitos meramente formales del proceso de revisión y que, generalmente, repite los trámites del proceso de celebración del convenio.

Es de pensar que, en regla, las partes apenas se abalanzaron a enfrentar los óbices de la negociación colectiva con fines revisionistas cuando ocurrieren "motivos relevantes". Mas, lo que queremos significar es que esos motivos relevantes pueden resultar de la profunda alteración de las circunstancias o, apenas, del deseo de las partes de situar los términos del convenio en otras bases, a través de la reformulación de su texto.

El papel decisivo que se atribuye a la voluntad en el proceso de revisión de las convenciones colectivas reduce la importancia del principio "rebus sic stantibus".

Pero, no queda aquel principio del todo excluido, ni minimizado, pues es el instrumento utilizado "unilateralmente" por una de las partes para exigir de la parte contraria la reapertura de la negociación colectiva, aún vigente el convenio anterior, con la finalidad de revisarlo.

El principio "rebus sic stantibus", en síntesis, no es el fundamento exclusivo del derecho de revisar la convención. Es uno de sus aspectos. De la alta relevancia, en los casos de "revisión forzada", pero, que poco influye en la hipótesis de "revisión voluntaria" de las convenciones colectivas.[81]

2. Modalidades de revisión de las convenciones colectivas. La modalidad normal de revisión de las convenciones es la adopción de nuevas cláusulas mediante "mutuo consentimiento".

Ante la alteración de la coyuntura social, económica, política o sindical que llevó a los convenientes a aceptar determinadas cláusulas; o, aún, según nuestro entender, independientemente de cualquier alteración circunstancial, por el simple deseo de reformulación y perfeccionamiento del convenio, revisándolo, en el todo o en parte.

En ese caso, la revisión es consentida y, por eso, nosotros hablamos, líneas arriba, de "revisión voluntaria".

Puede ocurrir que la revisión (total o parcial) reciba la oposición de uno o de algunos de los convenientes. En ese caso, el fundamento de la actitud de la otra parte, exigiendo la negociación colectiva, debe basarse en la "injusticia" resultante de la ejecución de las cláusulas convencionadas.

---

(81) Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 615.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Esa injusticia generalmente discurre de la profunda e imprevista alteración de los hechos que inspiran el acto de suscripción del convenio.

El desacuerdo de opiniones entre las partes, impidiendo la composición armónica, a través de la "revisión voluntaria", obliga al conveniente empeñado en la reformulación del convenio a recurrir a la "vía jurisdiccional", para compeler a la parte adversa a la aceptación del proceso revisionista.

"La revisión forzada", de iniciativa unilateral, que puede ser, también, denominada "litigiosa", es obtenida por dos medios diversos: a) "juicio arbitral"; b) "sentencia del Poder Judicial".

Cuando las partes, divergentes en cuanto a la conveniencia de revisión del convenio, aceptaren el juicio arbitral, deben ser cumplidos los requisitos estipulados para el arbitraje por la ley del lugar, a no ser que, precavidamente, la propia convención colectiva contenga normas sobre la composición, competencia y funcionamiento del juicio.

Fuera de esa primera alternativa, el conflicto entre los convenientes en torno de la necesidad de revisión del convenio —como ocurre con todos los litigios en la vida del Derecho— debe ser apreciado y juzgado por el Poder Judicial, a través del órgano competente, en la forma de la ley local (Juez o Tribunal; Justicia Común o Justicia del Trabajo).

Quedan numerosas dudas, en ese caso, sobre la verdadera naturaleza jurídica de la sentencia que aprecia el conflicto y que ordena la revisión del convenio.

¿Será ella una sentencia meramente "declarativa"? ¿O tendrá fuerza "constitutiva"?

En el primer caso, el Juez declara, apenas, la existencia de nuevos hechos, acepta la radical alteración de las circunstancias que fundamentaran la elaboración del convenio y, en nombre del principio "rebus sic stantibus", abre, por sentencia, la negociación colectiva entre los litigantes, que se desdoblará —fuera del juicio— en el terreno permanente sindical.

Si la sentencia tuviere naturaleza constitutiva, el Juez admite, también, la alteración profunda, inevitable e imprevisible de los hechos. Afirma la necesidad de la revisión. Mas, yendo al meollo del problema, juzgará el "mérito" del litigio, promoviendo, "directamente", esto es, "por vía de la sentencia", la revisión del convenio.

La bifurcación de esas posibilidades tiene raíces extensas, porque resulta de concepciones generales sobre el papel del Poder Judicial en relación con los conflictos de trabajo.

Si el Juez se mantiene en los lindes clásicos, la sentencia sobre la revisión de la convención será puramente declaratoria. Hoy, especialmente por el ejemplo del Derecho italiano, en la época del fascismo, y como aún ocurre en Brasil, los conflictos colectivos son resueltos a través de una "sentencia judicial" hasta entonces desconocida, de naturaleza y efectos "sui géneris", denominada "sentencia normativa o sentencia colectiva".

La competencia normativa de la Justicia del Trabajo es creadora por excelencia de nuevas condiciones de servicio, a través de la formulación judicial de las verdaderas reglas de conducta.

La sentencia colectiva, en cuanto a los efectos, tiene, por tanto, ostensible semejanza con las propias convenciones.

Si se reconoce, al Poder Judicial nacional, competencia normativa para solucionar conflictos colectivos de trabajo, entonces, en los casos específicos de revisión forzada del convenio, no habrá cómo negarse al Tribunal competente atribuciones para apreciar el mérito de la acción y aplicar él mismo, el principio "rebus sic stantibus", revisando, por sentencia judicial, las cláusulas de la convención colectiva, esto es, reformándolas dentro de criterios de equidad, de justicia social y de la necesidad práctica de asegurar el funcionamiento eficiente del sistema jurídico de protección al trabajo.[82]

3. Extinción de las convenciones colectivas. La extinción del convenio colectivo es su muerte. El desaparece de la vida jurídica y no produce más efectos sobre las futuras relaciones de empleo.

Ese fenómeno puede ser bien comprendido si tenemos a la vista que las convenciones —en cuanto a su "plazo de duración"— pueden ser celebradas por tiempo determinado o indeterminado.

La tónica predominante, en ese asunto, es la estipulación de convenciones a plazo cierto. Hay casos en que el legislador, inclusive, no permite convenios sin la previa determinación de su plazo de vigencia.[83]

En el Derecho Comparado, entretanto, son

---

(82) Sobre la naturaleza jurídica de la sentencia de revisión, cfr. Vincenzo Carullo, op. cit., págs. 184 y sigs.

(83) En el caso de Brasil, por ejemplo, se define el plazo de vigencia como "cláusula obligatoria" de las convenciones y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

varias las modalidades de convenciones a plazo fijo. La determinación de su tiempo de vigencia, en síntesis, puede ser establecido mediante: a) "término fijo" o b) "obra cierta". En el Derecho brasileiro, relativamente a los contratos individuales, hay una tercera modalidad de prefijación del plazo contractual: "la realización de servicios previamente especificados". En esa hipótesis, no hay término fijo, ni la duración del trabajo depende de la ejecución de obra cierta. El final del contrato es suscribirla por el término de los servicios realizados por el trabajador. El silencio de la ley, en lo que se dice respecto a las convenciones colectivas, en cuanto al criterio de determinación del plazo de su vigencia, autoriza, a través de la analogía que se piense aplicar, en el Derecho Colectivo, aquel precepto del Derecho Individual del Trabajo.

Los legisladores pueden establecer el límite mínimo y el límite máximo para la duración del convenio o, apenas, su plazo máximo de eficacia. Dentro de los límites legales, según el libre criterio de las partes, considerándose para las condiciones locales y los intereses en juego, fíjase el plazo de la convención.

Influyen, en esa deliberación, las particularidades del medio en que el convenio es celebrado y va a ocurrir. Así, por ejemplo, en lo tocante a la adopción de reajustes salariales, si el país disfruta ventaja de una economía estable, la tendencia es para convención a largo plazo. Si, al revés, la economía local es inflacionaria, naturalmente, cualquier convención colectiva que estipule niveles de remuneración fijará plazo corto para su duración.

Algunas veces, por la conveniencia en evitar las dificultades propias de la negociación intersindical, se adoptan plazos largos (cinco años), como ocurre en los Estados Unidos. En esos casos, sin embargo, para defensa de los intereses fundamentales de los trabajadores, fueron adoptadas fórmulas aritméticas de revisión periódica de los salarios, en función de la alza del costo de vida. Fue ése el primer paso para la llamada "política salarial de las fórmulas", que ofrece numerosas variantes, pero que, en cuanto a su principio central, está muy lejos de constituir novedad en el Derecho del Trabajo.

Las convenciones a plazo fijo (sea cual fuere el plazo) se extinguen, normalmente, por el simple transcurso de tiempo previsto para su vigencia, resueltas las hipótesis de "prorrogación", admitidas por la Teoría del Derecho del Trabajo y por las legislaciones modernas.

No siempre, entretanto, todo transcurre tranquilamente en la vida del Derecho.

Como ocurre con las convenciones colectivas por plazo indeterminado, también las convenciones colectivas por plazo fijo pueden extinguirse antes de la fecha o de la época prevista. Mas, en esos casos, la extinción del convenio será normal y, por eso mismo, sujeta a principios especiales y a normas peculiares, contenidas en las leyes de los diversos Estados, como veremos en el párrafo subsiguiente.

Una última aclaración, no obstante, tórnase indispensable.

Afirmamos, inicialmente, que la extinción del convenio hace que cesen sus efectos. Y así es.

Pero, cabe dilucidar, en ese punto, que la afirmativa no es absoluta. Cesan los efectos normativos, "ad futurum". Si por la fuerza de la convención extinguida, "en el pasado", nacieran derechos individuales, adquiridos por los trabajadores, no se puede admitir que la extinción del convenio envuelva situación tal que permita la revisión de los contratos individuales.[84]

El principio medular de la "inalterabilidad del contrato individual de trabajo", sumado a la defensa que la ciencia jurídica presta a los "derechos adquiridos" impide que la simple extinción del convenio colectivo haga que desaparezcan las prerrogativas que, por fuerza de ella, pasaron a figurar en el contrato individual.

Si el empleador, por ejemplo, en virtud de la convención colectiva, estaba obligado a proporcionar transporte y uniforme, a conceder vacaciones de treinta días a sus trabajadores, etc., la extinción del convenio no lo liberará de esas obligaciones.

Podrá, en el futuro, contratar otros trabajadores —fuera de la incidencia temporal del convenio extinguido— sin aquellas condiciones; pero, los que fueren contratados en la vigencia de la

---

de los acuerdos (Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 613, inc. II) y fija en dos años el límite máximo de ese plazo (Consolidación de las Leyes de Trabajo, art. 614, párr. 3), sin perjuicio, naturalmente, de la posibilidad de "prórroga" del convenio (art. 615 bis).

(84) En el mismo sentido, Pontes de Miranda, que hace resaltar en cuanto a la existencia de "causa desconstitutiva ex tunc". (*"Tratado de Derecho Privado"*, 47 vol., pág. 378, 1964, Rio de Janeiro).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

convención, por fuerza de sus contratos individuales, tienen derechos adquiridos, que no pueden ser modificados.

Caso contrario, la regla de la inalterabilidad del contrato individual de trabajo sería inútil en todos los casos en que las condiciones contratadas se hayan originado de la convención colectiva posteriormente extinta.

El proceso lógico de resolver de las situaciones anteriores jurídica y definitivamente constituidas, en el caso, es lo mismo que se usa para resguardar los derechos adquiridos, a los actos perfectos y a la cosa juzgada en vista de la ley superviniente.

La convención extinguida, por eso, de cierto modo, cesados sus efectos, "ad futurum", a partir de la extinción, produce efectos, indirectamente, a través de los contratos individuales de trabajo celebrados en la época de vigencia, que continuarán a vigorizar en la plenitud jurídica de su contenido original.

4. Modalidades de extinción de las convenciones colectivas. Hay situaciones excepcionales, al respecto de las modalidades de extinción de las convenciones colectivas:

a) En relación con las convenciones por plazo determinado, ellas se extinguen, normalmente, como señalamos, por el transcurso de su tiempo de duración. Esa modalidad de extinción, por motivos obvios, e incompatible con las convenciones por plazo indeterminado.

b) En cuanto a estas últimas, no obstante, existe, igualmente, una particularidad. Por no poseer plazo fijo de vigencia, pueden ser clasificadas en dos especies diferentes. Existen convenciones por plazo indeterminado que pueden ser extinguidas mediante la "concesión de aviso previo" (disciplinado, inclusive en cuanto a su plazo de concesión, por la ley o por el propio convenio) y convenciones por plazo indeterminado que no pueden ser extinguidas por simple acto unilateral de voluntad, quedando sujetas a sucesivas "revisiones".[85]

Fuera de esas particularidades, que derivan de la naturaleza del convenio o de las condiciones de su celebración, las formas por las cuales, comúnmente, la convención deja de producir efectos son éstas:

a) Mutuo consentimiento. La recíproca concordancia de las partes autoriza la extinción del convenio colectivo. Sus efectos son "amplios" porque nacen de la voluntad conjunta de los interesados directos.

En que pese a la amplitud de los efectos de la extinción por mutuo consentimiento, entretanto, siempre se ha de tener presente la sobrevivencia de los derechos adquiridos por los trabajadores durante la vigencia del convenio extinguido. De la misma forma —como recuerda Cabanellas— deben ser evaluados, con la posible precisión, los reflejos que la extinción consentida puede tener en cuanto a las prerrogativas de terceros, de modo que éstas queden a salvo de los riesgos de la extinción.[86]

De modo general, el pensamiento dominante en la doctrina es que, en esos casos de consentimiento mutuo, las partes pueden deshacer la convención, quedando, sin embargo, sometidas al mismo proceso y a las mismas formalidades que la legislación exige para su celebración.

En la mayoría de los casos, la negociación para extinguir el convenio es más breve y simple que las arduas negociaciones inherentes a la celebración de un convenio nuevo. Las formalidades (asambleas generales, aprobación del texto final, depósito, etc.) serán, con todo, las mismas.

b) Revocatoria. La revocatoria del convenio se hace a través de otro convenio que lo sustituye.

La diferencia entre la extinción de las convenciones colectivas por mutuo consentimiento y la revocatoria está, precisamente, en ese punto: en la segunda, el convenio anterior es substituido por un nuevo convenio.

Ese fenómeno ocurre también con las leyes, que pueden ser revocadas, pura y simplemente, o revocadas por la substitución de sus disposiciones por otros preceptos.

No se puede identificar, tampoco, la extin-

---

(85) V. párrs. 1 y 2, de este capítulo. Cfr. sobre la clasificación expuesta en el texto, las indicaciones, más circunstanciadas, de Guillermo Cabanellas, *"Derecho Normativo Laboral"*, pág. 412, 1966, Buenos Aires, que se reporta, en ese punto, especialmente, al pensamiento de Capitant-Cuche, *"Cursos de Legislación Industrial"*, pág. 472, 1921, París. La conveniencia de la obligación de preavisar, en los casos de convenciones colectivas por plazo indeterminado, resulta de la necesidad de evitar la sorpresa de la parte contraria, ante la deliberación de residir el convenio. Cabanellas menciona algunos de los problemas vinculados al plazo del aviso previo en las convenciones colectivas (op. cit., págs. 418 y 419).

(86) Op. cit., pág. 421.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ción por sustitución del convenio anterior con la "revisión", porque, en ésta, el convenio perdura, aunque modificado; en aquélla, el convenio originario desaparece y en su lugar nace convención que no posee ningún vínculo con el convenio extinguido.

c) Denuncia o rescisión. Es el acto por el cual una de las partes, tomando como referencia el incumplimiento en que incurre la parte contraria, denuncia o rescinde la convención colectiva.

Las "cláusulas resolutorias", implícita o explícitamente, son parte de todos los actos contractuales.

El incumplimiento de la obligación crea, automáticamente, la prerrogativa del otro contratante de denunciar la ofensa a lo que fue pactado y de pedir la rescisión contractual.

Esa idea es perfectamente válida en la teoría de las convenciones colectivas de trabajo, que presuponen la fiel ejecución de las obligaciones asumidas por los convenientes. La impunidad del incumplimiento sería intolerable ante el Derecho y, siempre, es acto unilateral.

En la ley brasileira, con todo, la denuncia presupone las mismas formalidades de la celebración del convenio colectivo, siendo, por tanto, acto "bilateral".[87] En rigor técnico no se podría, en el caso, hablar de denuncia o rescisión y, sí, de extinción del convenio por mutuo consentimiento.

f) Extinción de la actividad económica. Debemos admitir la hipótesis de cesación de la actividad desenvuelta por toda la categoría económica (lo que será raro), y, también, la cesación de la actividad de los empleadores que hayan participado, en grupo, de determinada convención colectiva.

En ese caso, la convención se torna "inaplicable", agotándose en su propia inaplicabilidad.

Es una de aquellas hipótesis excepcionales en que la convención colectiva se extingue por haber perdido su objeto.

g) Extinción del sindicato conveniente. Esa hipótesis es aparentemente semejante a la anterior, más, en verdad, se la difiere de modo substancial.

Cabanellas la estudió en su "Derecho Normativo Laboral", para concluir que, en ese caso, aunque el sindicato que participó de la convención deje de existir, los trabajadores y empresarios deberán continuar respetando las cláusulas adoptadas. Por ese motivo, afirma aquel autor, la extinción del sindicato conveniente no constituye modalidad de extinción de las convenciones colectivas.[88]

En primer lugar, debemos distinguir entre cláusulas normativas y cláusulas obligatorias. Estas, sin sombra de duda, cesan de inmediato, con la disolución del sindicato conveniente (sea éste trabajador, sea patrono). No se puede admitir que persona jurídica extinguida continúe a ser titular de derechos y obligaciones.

En segundo lugar, cabe diferenciar, aún, la disolución del sindicato de los trabajadores de la disolución del sindicato patronal.

La disolución de este último es menos importante, porque las empresas continúan en funcionamiento y, por eso, la convención sobrevive. En la práctica, no hay alteración relevante de las circunstancias, pues, inclusive, es lícito a los empleadores, individualmente considerados, participar de la negociación colectiva futura.

Mas, si la disolución del sindicato patronal no nos parece relevante, ya lo mismo sucede —y ésa es la tercera hipótesis con la disolución del sindicato de los trabajadores.

Es claro (Cabanellas lo dice, también) que los derechos en la forma de la convención celebrada por el sindicato extinto continúan siendo ejercidos por los trabajadores.

Eso, no obstante, y aquí nuestra divergencia crece, no resulta del hecho de que la convención "no se haya extinguido" y, sí, del principio de que los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas constituidas a través de los contratos individuales, en la vigencia de convenciones colectivas, pasan a integrar el patrimonio del trabajador y no desaparecen por la extinción subsecuente del convenio normativo.

Como acentuamos, con énfasis, anteriormente, en este capítulo, perduran, pues, "ad futurum", los efectos de la convención —lo mismo porque esos efectos integran, por "incorporación", los contratos individuales de trabajo.

La convención colectiva, en sí misma, extínguese con la disolución del sindicato de los trabajadores. Bien sabemos que diversas legislaciones se

---

(87) Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 615.

(88) Op. cit., loc. cit.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

refieren al hecho de que, disuelto el sindicato, los trabajadores que de él formaban parte, continúan siendo favorecidos por las cláusulas del convenio en vigencia a la época de la disolución. Eso, repetimos, deriva del principio de defensa de los derechos adquiridos y de la inalterabilidad del contrato individual. La convención, en realidad, a pesar de eso, está extinguida. Y la prueba de que es así reside en la circunstancia de que los contratos de trabajo celebrados con otros trabajadores, "posteriormente a la disolución del sindicato", no continúan sometidos a las normas de la convención.

Para admitirse, en ese caso, la sobreviniencia de la convención colectiva, sería preciso que la ley no dijese, apenas, que las condiciones de trabajo vigentes no pueden ser alteradas por el simple hecho de la disolución del sindicato conveniente. Sería indispensable que el legislador declarase también que los "contratos individuales supervinientes" estarían regidos por las normas de la convención. Eso no está dicho, siquiera, por el art. 48 de la Ley de Trabajo de Venezuela,[89] que fue indicado por Cabanellas,[90] para respaldar su punto de vista.

Por otro lado, si algún legislador lo dice, directa o claramente, estará dando "perpetuidad" a la convención por plazo indeterminado, pues no existe más la única persona jurídica que podría concordar con su extinción o provocarla a través de revocatoria o denuncia.

Extinguido el sindicato, está extinguida la convención por él celebrada. No están extinguidos, sin embargo, los derechos adquiridos, ni las demás situaciones jurídicas definitivamente constituidas bajo la vigencia de la convención, a través de los contratos individuales de trabajo anteriores.

Esa clara distinción, que nada tiene de sutil, puede fundamentar, con seguridad, la razón de ser de nuestro pensamiento.[91]

En el Derecho, como en el mundo natural y sobrenatural en que se mueven hombres y multitudes, no siempre la muerte es el punto final de todo. Por encima de ella sobreviven, en la ciencia jurídica, las consecuencias de los actos perfectos, no obstante pretéritos, como, en la naturaleza, la luz de una estrella que se apaga aún ilumina, por mucho tiempo, en el espacio en que ella desapareció.

***

(89) El art. 48, de la Ley de Trabajo de Venezuela, mencionado en el texto, tiene la siguiente redacción: "En caso de disolución del sindicato o grupo de trabajadores que hayan sido partes de una convención colectiva, sus miembros continuarán prestando servicios en las condiciones fijadas en el contrato". (Trad. del autor).

(90) Op. cit., pág. 422.

(91) Debe ser consultado, en ese sentido, el ensayo de Francisco de Ferrari intitulado *"Naturaleza Jurídica del Convenio Colectivo"* (en De la Cueva, De Ferrari, Russomano y otros, *"Derecho Colectivo del Trabajo"*, págs. 291 y sigs., 1973, Buenos Aires. En ese estudio —ciertamente uno de los últimos de autoría del recordado (saudoso) jurista uruguayo— para sustentar la naturaleza contractual de la convención colectiva presenta un "enfoque" inteligente de ese problema y de sus implicaciones con el fenómeno de la extinción de los convenios colectivos, inclusive en cuanto a la "sobreviniencia", en los contratos individuales, mas, apenas, por la fuerza de ellos mismos, de las cláusulas de la convención colectiva que se extinguió.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

NOTAS DE JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Dr. Diego Baudrit Carrillo
Director Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Costa Rica.

CONTENIDO

Pág.

A. **La carga de la alegación**

1. En cuanto al actor: Sentencia 3 horas y 10 minutos p. m., 6 noviembre 1928, Gómez c. Bonilla 97
2. En cuanto al demandado: Sentencia 14 horas y 14 minutos, 1 de setiembre 1949, Solís c. Castro 98

B. **El deber de resolución**

Sentencia 3 horas p. m., 29 de junio 1897, Chaves c. Chaves 99

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Es característico del proceso civil su sometimiento al principio dispositivo. Puede sintetizarse, como lo hace COUTURE *("Fundamento del Derecho Procesal Civil",* 3a. ed. Depalma, Bs. Aires, No. 117, p. 185 y ss.), enunciando las principales manifestaciones procesales que se derivan de él: la *iniciativa* de la parte interesada es la que provoca la actividad procesal; el *impulso* del proceso está a cargo de las partes; éstas conservan la *disponibilidad del derecho material;* la iniciativa de las pruebas corresponde a los particulares *(disponibilidad de la prueba);* el juez no puede fallar más allá de lo pedido *(las partes fijan los límites de la decisión).*

Si bien el proceso está regido por el principio dispositivo, esta regla no es de carácter absoluto, hay materias en que no se aplica, como en Derecho de Familia y aún en asuntos puros de Derecho Privado, puesto que comporta derogaciones importantes. (Ver BAUDRIT, Diego, *"El principio de la inmutabilidad del litigio",* Rev. Ciencias Jurídicas número 47, mayo–agosto 1982; igualmente, las observaciones interesantes de ARGUEDAS, Olman, en *"Principios del proceso civil"* A. "El principio dispositivo", Revista Judicial número 18, diciembre 1980, p. 19 ss.).

Pero a pesar de esas derogaciones, sobresale siempre, como manifestación de la preponderancia de este principio, la necesaria iniciativa de los particulares para que arranque el proceso civil. (PRIETO-CASTRO FERNANDEZ, L., *"Derecho Procesal Civil",* Vol. 1, Ed. Rev. Dro. Privado, Madrid, 1972, No. 209, B.a., p. 388; MOTULSKY, Henri, *"Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits",* in "ECRITS I, Etudes et notes de procédure civile", Dalloz, París, 1973, No. 4, p. 39; MOTULSKY, *"Prolégomènes pour un futur code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971", in* "ECRITS. . ., op. cit., No. 13 p. 282), que estando en curso, es dirigido fundamentalmente por la actividad de las partes, bajo la supervisión del juez. (MOTULSKY, *"Prolégomènes. . .",* op. cit., No. 16, p. 284).

En nuestro análisis del principio de la inmutabilidad del litigio (op. cit., Rev. Ciencias Jurídicas número 47), que es una consecuencia del dispositivo, comentamos las principales sentencias de la Corte de Casación relativas al contenido de la regla que nos ocupa. Importa aquí destacar cómo ese alto tribunal ha establecido una doctrina coherente con respecto a las implicaciones que el principio dispositivo tiene para las partes y para el juez. De esa manera, destacaremos por una parte la carga de la alegación, como una actividad procesal necesaria de los litigantes, que tiene como contrapartida el deber de resolución, a cargo del juez.

A. La carga de la alegación.

El concepto de "carga" se ha utilizado para distinguir una conducta debida de los particulares, que no puede encuadrarse dentro del concepto clásico de "obligación" (por ejemplo, PRIETO-CASTRO, op. cit., No. 213, p. 397).

Es bien conocido el concepto de la carga de la prueba, significativa de "conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos". (COUTURE, op. cit., No. 153, p. 241). Pero como antecedente de la carga de la prueba se ha identificado otra conducta impuesta a los litigantes: la carga de la alegación.

En efecto, para poder ofrecer los "hechos enunciados" por las partes, éstas tienen que haber presentado al tribunal un conjunto de hechos que constituyan el elemento principal en que apoyan sus pretensiones, las cuales, a su vez, constituyen una exposición de hechos (conductas) sobre las cuales piden que recaiga la sentencia. MOTULSKY, al referirse a esos "hechos enunciados", más propiamente identificados como *los hechos propios para fundar la pretensión,* señala que "son exactamente los 'elementos generadores de los derechos' en los que vemos la infraestructura de toda realización metódica del derecho; y precisar que las partes tienen 'la carga de alegar' esos hechos, es indicar, de una parte, que antes de lanzarse en la búsqueda de pruebas, el juez debe, por un análisis que es imposible describir aquí (pero que en lo esencial consiste en definir de hecho las exigencias de la regla de derecho eventualmente aplicable, verificar si, en el 'magma' de hechos que pueden serle aportados, se encuentran justamente *todos* los que, *de suponerlos probados,* son de una naturaleza tal que puedan fundar la pretensión, en otras palabras, de examinar, antes de cualquier otra cosa, si esos hechos son *'concluyentes'* ". ("Prolégomènes. . .", op. cit. No. 43, p. 302).

La carga de alegar los hechos en que se fundan las pretensiones, así como las pretensiones mismas de las partes, puede ser considerada desde la perspectiva del actor, para considerarla luego desde la del demandado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

1. En cuanto al actor.

El actor tiene a su cargo la alegación de los hechos, fundamentalmente, en la demanda. Pero también a lo largo de la instancia hay diferentes oportunidades procesales en que puede darle forma adecuada a esa alegación.

En la sentencia de la Corte de Casación que presentamos enseguida, encontramos la enunciación exacta de la conducta debida del actor que, en aplicación del principio dispositivo, es exigida dentro del proceso civil.

PRINCIPIO DISPOSITIVO
Carga de la alegación (del actor).

3 horas y 10 minutos p.m. del 6 de noviembre de 1928 (p. 604); GOMEZ c. BONILLA.

Hechos: en la sentencia.
(Redactó el Magistrado VARGAS PACHECO).

"Considerando:

A. En cuanto al recurso del actor:

I.—Que el segundo punto de la demanda se limita a pedir que una vez fijados los linderos entre las heredades del actor y del demandado, éste debe desalojar el terreno que ocupare de propiedad de aquél, y al efecto se citan en la misma demanda los artículos 295, 296, 316 y 327 del Código Civil; los peritos dictaminaron que la medida real de las fincas del demandado y la que indican sus títulos, daba sobre ésta un exceso de trece hectáreas y seis mil metros cuadrados, y el tribunal de instancia, de acuerdo con lo pedido concretamente por el actor y con la aveniencia del demandado quien manifestó que no quería tener otra cosa que lo suyo, declaró fuera del derecho de dominio de éste lo que no estaba amparado por sus títulos y mandó entregarlo al actor señor Gómez; que, en consecuencia, la cuestión que ahora plantea el mismo actor en su recurso de casación de que debe resolverse el litigio en conformidad con el artículo 299 del Código Civil, ordenando la práctica de una distribución proporcional, está fuera de la demanda; y la proposición y debate oportunos de ese punto eran necesarios en la especie;

Por tanto, se declara no haber lugar al recurso de la parte actora... Nicolás Oreamuno. Matías Trejos. Luis Dávila. José María Vargas. Jorge Guardia. Antonio Picado G., Srio.".

Nota

En la especie, el actor limitó el objeto de su demanda (hechos que componen la pretensión): el desalojamiento del demandado del terreno que ocupare en el inmueble que resultara de su título; luego, ante los resultados de la medición de las fincas que estaban en discusión, según la cual el demandado podía ocupar mucho más terreno que el que pudo prever el actor, éste pidió (pero ya ante la Corte de Casación) que se distribuyera el "sobrante" proporcionalmente entre los litigantes.

Este extremo no había sido demandado, ni resultaba de las alegaciones hechas ante los tribunales de instancia. Todo punto que la sentencia abrace debe ser propuesto y debatido oportunamente.

Al decir la Corte que todo punto debe ser propuesto oportunamente, se refirió a la carga de la alegación. Aún cuando resultare evidencia de que al actor le corresponde un derecho más amplio que el que él demandó, el juez limita necesariamente su fallo a las pretensiones expresadas libremente por ese litigante: "el proceso es una lucha, jurídica y correcta ciertamente, pero que exige suma acuciosidad, y en él rige el brocardo *vigilantibus, non durmientibus, iura sucurrunt*" (PRIETO-CASTRO, op. cit., No. 213, p. 398).

La diligencia que está a cargo del actor para alegar los hechos en que funda su pretensión y su pretensión misma, no puede ser suplida por las derogaciones al principio dispositivo. La regla *iura novit curia* permite al juez llevar a su expresión jurídica correcta las pretensiones enunciadas equivocadamente por las partes y, sobre todo, aplicar la regla de derecho que aquellas no argumentaron en apoyo de sus pretensiones.

Pero las pretensiones y los "elementos generadores de los derechos", el "magma" de hecho que sirve de fundamento a aquellas, no puede ser suplido por la autoridad del tribunal.

Esas potestades que tiene el juez para vigilar el desarrollo del proceso y para constatar la presencia de los requisitos de una sentencia estimatoria, lo obligan a declarar sin lugar una demanda, aún sin oposición del accionado, cuando el actor haya formulado una pretensión sin una base de hecho completa y concluyente. (MOTULSKY, "Prolégomènes. . .", op. cit., No. 43, p. 302).

No debe confundirse la carga de la alegación con la carga de la prueba. El régimen de cada una de ellas es diferente. Mientras con la carga de la prueba hay siempre una parte que, en principio,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

está liberada de ella, según se produzca la aplicación pura y simple de que quien afirma la existencia de un derecho debe probarlo, o bien se invierta esa regla; tratándose de la carga de la alegación, todo litigante está sometido a efectuar las diligencias procesales del caso, para hacer llegar al tribunal la expresión de sus pretensiones y de sus fundamentos.

2. En cuanto al demandado.

En el proceso civil debe darse el intercambio de pretensiones de los litigantes para que haya una verdadera contradicción de los hechos y el derecho que se presentan a los tribunales para que éstos fallen definitivamente.

El actor, al poner en movimiento el aparato judicial con su demanda, hace que el accionado se enfrente con su misma situación de alegar lo pertinente para la defensa de sus intereses. El demandado, en otras palabras, no puede permanecer pasivo en los estrados judiciales, ya que de hacerlo, se vería enfrentado a un resultado las más de las veces negativo.

Sin embargo, hay un correctivo para tal situación. Como se ha señalado anteriormente, el juez no es un elemento pasivo del proceso, sobre todo tiene a su cargo la constatación de los requisitos de una sentencia estimatoria, de que el actor efectivamente esté protegido por el derecho. Teniendo tal papel en el proceso, el juez debe constatar la ausencia del derecho del actor, aún en ausencia de defensas del demandado.

Pero ello es sólo un correctivo que alivia la rigurosidad de la regla. Esta siempre consiste en que las partes, actores y demandados, tienen a su cargo la alegación de los hechos pertinentes para la defensa de sus derechos, actividad en la que no pueden ser sustituidos por el juez.

En la sentencia que copiamos a continuación, la Corte de Casación enuncia y aplica la doctrina de la carga de la alegación, en lo que concierne a la parte demandada.

PRINCIPIO DISPOSITIVO
Carga de la alegación (del demandado).

14 horas y 45 minutos del 1 de setiembre de 1949 (p. 710); SOLIS c. CASTRO.

Hechos: en la sentencia.

(Redactó el Magistrado GUZMAN).

"Considerando:

I.—Alega la recurrente, que la Sala de instancia, al sostener que el accidente que provocó la muerte del señor Sandí Angulo se debió a culpa de éste y a fuerza mayor, atendió excepciones que la parte demandada estaba obligada a oponer y que no opuso, resolviendo así cuestiones no debatidas y concediendo más de lo pedido, con evidente violación de los artículos 84 del Código de Procedimientos Civiles y 719 y 1048 del Código Civil.

II.—Que desde la contestación de la demanda el accionado Edwin Castro, como razón de su defensa, alegó que la muerte de Sandí se debió a imprudencia suya, en otros términos, a culpa de su parte. En la plana tercera del respectivo escrito (folio 64) dice: "Como se ve, la responsabilidad es a cargo de la persona o empresa explotadora, si la responsabilidad no es de la persona muerta o lesionada, o si no se debe a fuerza mayor". Y comentando el caso, en relación con la muerte del occiso, en relación con las previsiones del artículo 1048 del Código Civil, agrega: "no deberá ampliarse, pues, la responsabilidad sino a aquellos casos enumerados, y en los cuales, indefectiblemente, hubo dolo, falta, negligencia o imprudencia de parte del agente causante de los hechos; ya demostraremos que sí hubo imprudencia. . . de parte de Sandí Angulo". La prueba ofrecida por los demandados, se orienta también a demostrar que hubo culpa de parte de Sandí, y fuerza mayor motivadores del accidente, y repetidamente en sus alegatos, insisten en ese tema.

III.—Que las eximentes de responsabilidad civil basadas en culpa de la víctima y en fuerza mayor, han sido pues, cuestiones traídas al debate, y por tal razón los tribunales de instancia estaban obligados a considerarlas y a resolverlas; por otra parte el artículo 1048 del Código Civil exculpa a la persona o empresa de la responsabilidad que le presume por hechos dañosos con motivo de las actividades de su industria, si *prueba* que el hecho se debió a culpa de la víctima o a fuerza mayor; basta, pues, que haya alegación y prueba propuesta en ese sentido para que los tribunales deban pronunciarse respecto a esas eximentes que, técnicamente, no tienen carácter de excepción. No ha violado pues la Sala de instancia los artículos 84 del Código de Procedimientos Civiles y 719 del Código Civil, ni el 1048 de este último cuerpo de leyes, por la razón de forma que alega el recurrente.

Por tanto: se declara sin lugar la casación re-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

clamada, con costas a cargo de la parte recurrente. G. Guzmán. Jorge Guardia. Víctor Ml. Elizondo. Daniel Quirós S. Evelio Ramírez. F. Calderón C., Srio.".

Nota

En el proceso civil las partes deben ser diligentes para la defensa de sus derechos. En lo que toca la posición del demandado, es particularmente delicada esta diligencia, ya que la ausencia de actividad suya en lo que concierne a la contestación de la demanda, podría tener como resultado que el tribunal tuviera como admitidos tácitamente los hechos allí enunciados (párrafo tercero del artículo 222 del Código Procesal Civil vigente; PRIETO-CASTRO, op. cit., No. 209, p. 389, b).

El fundamento de esa regla es la autonomía de la voluntad de los litigantes. Estos se presumen que son plenamente capaces para defender sus intereses (WEIDERKEHR, Georges, *"Droits de la défense et procédure civile"*, Rec. Dalloz 1977, crón. 36), que si no lo hacen, es porque voluntariamente han decidido allanarse a las pretensiones del actor. (COUTURE, op. cit., No. 146, p. 225).

El allanamiento puede referirse, como lo hemos señalado anteriormente, a las pretensiones del actor o al fallo de los tribunales. Esto último resulta de no interponer los recursos admisibles o de manifestar expresamente el demandado su aceptación de la sentencia. (VINCENT, Jean y GUINCHARD, Serge, *"Procédure civile"*, 20a. ed., Dalloz, París, 1981, No. 1292, p. 1106 s.).

Situación contraria al allanamiento es la alegación en defensa de sus intereses que hace el accionado. En la especie, encontramos que el demandado alegó profusamente argumentos en su defensa, pero no lo hizo bajo la *forma* de excepciones.

El actor se consideró agraviado porque los tribunales de instancia no acogieron su demanda, aún cuando el demandado no se excepcionó. La Corte de Casación consideró que la eximente de responsabilidad alegada por el demandado debió ser objeto de pronunciamiento de los tribunales, como lo fue, ya que para ello basta ***"que haya alegación y prueba propuesta en ese sentido".***

La Corte de Casación en esta sentencia abandona una vez más criterios formalistas del proceso civil. Encontramos una doctrina coherente en este fallo, al reconocer el alto tribunal la legalidad del fallo de los de instancia, que se pronunciaron sobre una eximente de responsabilidad civil que no fue presentada como excepción, pero que fue alegada en la contestación de la demanda, sobre la que se ofreció y se evacuó prueba, y fue constantemente alegada por la parte demandada en sus memoriales dirigidos a los jueces.

La alegación de la parte demandada fue oportuna y pertinente, por lo que fue legal la decisión de los jueces de instancia de pronunciarse sobre ella en sus sentencias.

Esos requisitos de oportunidad y pertinencia son indispensables para que la carga de la alegación se considere satisfecha.

B. El deber de resolución.

Cuando los particulares acuden a un juez, en la oportunidad y en la forma que lo permiten las leyes, el juez está obligado a pronunciarse sobre lo pedido. La Constitución Política garantiza el derecho de petición en términos precisos y definitivos en su artículo 27. (BAUDRIT, Diego, *"Reflexiones sobre el acceso a la acción civil"*, Revista de Ciencias Jurídicas, número 34, enero-abril 1978, p. 13), que consagran, en consecuencia, el derecho de accionar en justicia, como "facultad de obtener de un juez una decisión sobre el fondo de la pretensión que se le sometió". (MOTULSKY, *"Le droit subjectif et l'action en justice"*, in "ECRITS. . .", op. cit., p. 95).

El principio procesal que analizamos, el dispositivo, permite a los particulares presentar ante los jueces las pretensiones que a bien tengan formular. Los jueces deben pronunciarse sobre esas pretensiones, en los términos que han fijado los litigantes.

Interesa destacar, como lo hace la sentencia que copiamos adelante (recogiendo un principio de toda la legislación procesal civil), que los jueces deben pronunciarse sobre todo lo que ha sido presentado como pretensiones de los litigantes.

PRINCIPIO DISPOSITIVO

Obligación de los jueces de resolver todo lo demandado.

3 p.m. del 29 de junio de 1897 (p. 204); CHAVES c. CHAVES.

Hechos: en la sentencia.

"Considerando:

I.—Que los puntos sometidos a juicio por el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

actor fueron: nulidad de la compraventa habida entre los señores Francisco Chaves y Jacinto Conejo, por no pertenecer el edificio vendido a quien obró como dueño en el contrato; mejor derecho de poseerlo de la parte de la sucesión reclamante; declaración a su favor del dominio en la cosa cuestionada, y obligación del demandado de pagarle daños y perjuicios, todos los cuales puntos del debate han debido ser resueltos por el Tribunal de instancia, no sólo porque a ello lo compelía el precepto claro del artículo 87 del Código de Procedimientos Civiles, sino porque es contraria a la doctrina fundamental de los procesos toda tendencia de anteponer el criterio judicial al de las partes en la fijación del número, calidad e interés final de las cuestiones sobre que versa la contención y debe recaer la sentencia;

II.—Que la Sala Primera de Apelaciones prohijó los razonamientos del Juez de Primera instancia y en armonía con lo escrito por él en su considerando segundo, limitó las conclusiones del fallo al primero de los extremos expuestos en el párrafo anterior, contrariando de ese modo la regla formulada en el artículo 87 que se acaba de citar.

Por tanto, . . . declárase con lugar la casación demandada, y nula, en consecuencia, la sentencia recurrida. . . . Manuel V. Jiménez. Ramón Loría. Manuel Argüello, A. Alvarado. José Astúa Aguilar. Ante mí, Alfonso Jiménez R.".

Nota

En términos estrictos, la Corte de Casación no ha creado jurisprudencia en la sentencia que antecede. Aplica pura y simplemente una regla legal. Sin embargo, hay un buen desarrollo de esa regla, que es lo que interesa destacar aquí, como análisis final del principio dispositivo.

Afirma la Corte que *"es contraria a la doctrina fundamental de los procesos toda tendencia de anteponer el criterio judicial al de las partes en la fijación del número, calidad e interés final de las cuestiones sobre que versa la contención y debe recaer la sentencia".*

Número, calidad e interés. Con esos conceptos la Corte de Casación señala que el juez debe pronunciarse sobre todo lo pedido, no solamente sobre los extremos demandados, sino sobre *las conclusiones* de los litigantes en apoyo de aquellos.

Es clara la ley (artículo 84 del Código Procesal Civil vigente) en cuanto a que el juez debe pronunciarse sobre todo lo pedido o demandado (véase MOTULSKY, *"Le rôle respectif. . .",* op. cit. No. 10, p. 42), entendiéndose con ello los diferentes elementos de la pretensión (demandas o excepciones).

Pero la Corte, en nuestro criterio, agrega que los tribunales también tienen que pronunciarse sobre "calidad e interés", es decir, sobre los razonamientos que los litigantes hayan presentado en defensa de sus intereses.

Tal es la consecuencia necesaria de la aplicación de los principios del contradictorio, de la inmutabilidad del litigio y del dispositivo. Si hay un debate judicial, en el que participan los particulares bajo la dirección del juez, el tribunal tendrá que pronunciarse sobre las pretensiones, en primer lugar, pero también sobre el debate, motivando su sentencia con sus argumentos personales, que para ello tiene "absoluta independencia intelectual". (ARGUEDAS, Olman, op. cit., p. 19) y, además, refiriéndose a las argumentaciones jurídicas de los litigantes.

Si su sentencia es positiva para el litigante, éste tiene derecho de conocer cuál es el fundamento que tuvo el juez para fallar en ese sentido, sobre todo si se aparta de sus argumentaciones. Y si la sentencia no le es favorable, con mayor razón el litigante tiene el derecho de saber por qué sus razonamientos no fueron admisibles para el juez.

En derecho francés, la "falta de respuesta a las conclusiones" es una de las aperturas al recurso de casación. (BORE, Jacques, *"La cassation en matière civile",* Sirey, París, 1980, Nos. 2158 a 2202; BAUDRIT, Diego, *"Le pourvoi en cassation en droit costaricain et en droit français. Etude de droit judiciaire privé comparé",* Tesis de doctorado de tercer ciclo, Estrasburgo, 1980, p. 119 ss.), lo que no sucede en nuestro sistema, tal y como está concebido con mucha estrechez. Sin embargo, con una concepción amplia del principio dispositivo, como la que enunció en 1897 la Corte de Casación, podría bien considerarse esa posibilidad en Costa Rica.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL ARREGLO DIRECTO COMO INSTRUMENTO DE NEGOCIACION COLECTIVA

Dr. Carlos Carro Zúñiga

SUMARIO

Pág.

1. Algunas notas introductorias 102
2. La causalidad en la aplicación del arreglo directo en Costa Rica 102
3. Fundamento legislativo del arreglo directo como instrumento de contratación colectiva 103
4. Breve explicación del fundamento doctrinario del arreglo directo 104
5. El arreglo directo en la jurisprudencia de Costa Rica. 105
6. El arreglo directo en el proyecto de Código de Trabajo 106

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

1. Algunas notas introductorias:

La negociación colectiva siempre configura una relación entre *"organizaciones"*. Las relaciones entre el sindicato —o una coalición de trabajadores en su caso—, y la empresa[1] no son las mismas que surgen entre los patronos y los trabajadores. Es sabido que este último contacto comprende relaciones vinculatorias directas entre la empresa y los trabajadores como individuos, al paso que las relaciones entre sindicato o coalición de trabajadores y la empresa están limitadas a una acción mutua entre la "dirección empresarial" y la "dirección sindical" o de la coalición. De modo más específico, la negociación colectiva es un proceso que importa relaciones entre *representantes* de la empresa y *representantes* de los trabajadores. Y aunque supone de esta suerte una acción recíproca de personas como seres humanos, es principalmente un proceso en el que se busca elaborar una instrumentación jurídica que regule colectivamente (con interés profesional) las condiciones de trabajo. En otras palabras, la negociación colectiva no sólo lleva en sí la implícita vigencia de un determinado sistema de relaciones humanas. Es, fundamentalmente, una relación de poder de intereses. Con base en estas razones cabe aseverar que la negociación colectiva en su más simple expresión debe entrañar una necesaria acomodación de instituciones. En efecto, las "organizaciones institucionales" en ella comprometidas —(coalición obrera o sindicato y empresa)—, que suelen mantener en la negociación una lucha no siempre ordenada, pero sí en todo caso una *lucha continua de poder* basada en la convicción contrapuesta de que sus objetivos principales están en conflicto y que sus intereses comunes están confinados a un segundo término y en zonas estrechas, obligadas devienen en un momento dado a limitar la divergencia laboral que les separa y, por ende, buscar mecanismos de distensión.

Es así como la "acomodación armoniosa" de las partes permite a la negociación colectiva promover el logro de los objetivos comúnmente perseguidos en una sociedad libre: el progreso económico-social y la igualdad; el perfeccionamiento de la libertad, la dignidad y valía del individuo; y el robustecimiento de las instituciones políticas y democráticas. Tales objetivos de la negociación colectiva constituyen la aspiración suprema del Derecho del Trabajo de Costa Rica a tenor de lo que estatuye el artículo 74 de la Constitución Política.[2] Y para poner término a cualquier desacuerdo de intereses y alcanzar esos objetivos, la legislación costarricense provee los mecanismos apropiados (medios de solución y prevención de conflictos): el Arreglo Directo, que es el que aquí nos interesa; el arreglo conciliatorio; la convención colectiva y la sentencia arbitral. De éstos, como queda expresado, dedicaremos nuestra atención preferentemente al Arreglo Directo.

2. La causalidad en la aplicación del Arreglo Directo en Costa Rica:

La normativa de los Arreglos Directos en Costa Rica nació con la promulgación misma del Código de Trabajo en 1943. Pero su utilización práctica como instrumento de contratación colectiva no existió en las dos siguientes décadas. Su vigencia real en tanto mecanismo regulador de las condiciones de trabajo, se ubica a partir del decenio de 1960. Y la causa principal que explica el retardo se encuentra en el hecho de que antes de esa década todavía se vivía en Costa Rica en condiciones tales que hacían del Derecho Individual del Trabajo la disciplina preeminente frente al Derecho Colectivo, habida cuenta de que el empleador gozaba de una hegemonía plena que le permitía establecer las condiciones de trabajo. En este contexto, pues, no existían las necesarias fuerzas impulsoras que hiciesen factible el empleo de los instrumentos de la negociación colectiva.

Fue a partir de la señalada década que se comenzó a acentuar un progresivo desarrollo económico y social en Costa Rica y el hecho concomitante que todo proceso de esta índole trae consigo: el desarrollo paulatino de la industria y el nacimiento de la mediana y gran empresa, que hicieron posible el inicio de una etapa de transición —en la que aún nos encontramos—, en que gradualmente comienza a perder importancia la contratación individual (empresa-trabajador) y a adquirirla cada vez más la colectiva.

---

(1) O sindicatos de empresas.

(2) "Artículo 74: Los derechos y beneficios a que este Capítulo (Derechos y Garantías Sociales) se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Este fenómeno de tránsito[3] del Derecho Individual al Derecho Colectivo del Trabajo, comenzó a producir sus principales efectos: el inicio del proceso extintivo —aún en ciernes— del sistema unipersonal de precisar las condiciones de trabajo y la caracterización de una nueva etapa en que las condiciones de trabajo se determinan, cada vez en forma más acentuada, colectivamente. El ejercicio regular y más continuo de los derechos de coalición, asociación, negociación colectiva y huelga que garantizan la Constitución Política y el Código de Trabajo, juntamente con los factores de desarrollo y de cuantitativo aumento empresarial, han jugado un rol protagonista en esta etapa irreversible de tránsito de lo individual hacia lo colectivo que llegará a permitir, sin duda, la aproximación de fuerzas hacia el equilibrio tan preciado para la contratación colectiva, en que la *voluntad de poder* de una parte sea rigurosamente igual a la *voluntad de poder* de la otra.

Se puede concluir, por consiguiente, que el legislador y el constituyente de Costa Rica, fueron oportunamente previsores al incluir en la Constitución Política y en el Código de Trabajo la instrumentación constitucional y legal necesarias a la contratación colectiva, porque al nacer el citado fenómeno de cambio se encontró ya establecido el marco jurídico idóneo para que los dos poderes sociales pudiesen canalizar sus inquietudes colegisladoras en el ámbito de la fijación de las condiciones de trabajo.

Merced a este fenómeno de tránsito, en consecuencia, es que se inició el empleo del Arreglo Directo y de los demás instrumentos de negociación colectiva.

3. Fundamento legal del Arreglo Directo como instrumento de contratación colectiva:

La pretensión legislativa de que la empresa y los trabajadores alcancen la paz social con base en entendimientos directos, es la "ratio legis" de los artículos 497, 498 y 499[4] del Código de Trabajo, que son los numerales que regulan el Arreglo Directo. Y por la ubicación dentro de la sistemática de dicho Código se infiere su condición de instrumento colectivo que tiene en la legislación costarricense. Su índole de instrumento de contratación colectiva en el Derecho patrio, sobresale incluso hasta por factores de detalle en la mencionada ubicación sistemática, como se constata en la Sección respectiva del Código,[5] que tiene por subtítulo *"Del Arreglo Directo"*, el cual se encuentra justamente precedido por el elocuente título general *"Del procedimiento en la resolución de los conflictos colectivos de carácter económico y social"*, configurando así al Arreglo Directo no sólo como la antesala de toda la temática procesal y de fondo relacionada con los conflictos colectivos económico-sociales y del arbitraje, sino fundamentalmente como una figura jurídica de prevención del conflicto y de negociación colectiva.

Pero además de la oportuna previsión señalada ut supra, de la simple lectura de los artículos 497 y 498[6] del Código de Trabajo, se colige en forma incontestable la sana creencia legislativa, no desvirtuada hasta el momento, de que una primera

---

(3) Este fenómeno ha perdido su intensidad a partir de 1978 en que se inició la crisis económica que severamente castiga a Costa Rica en la actualidad.

(4) Expresan esos artículos:
"Artículo 497. Patronos y trabajadores tratarán de resolver sus diferencias por medio del arreglo directo, con la sola intervención de ellos o con la de cualesquiera otros amigables componedores. Al efecto, los trabajadores podrán constituir Consejos o Comités permanentes en cada lugar de trabajo, compuestos por no más de tres miembros, quienes se encargarán de plantear a los patronos o a los representantes de éstos, verbalmente o por escrito, sus quejas o solicitudes. Dichos Consejos o Comités harán siempre sus gestiones en forma atenta y cuando así procedieren, el patrono o su representante no podrá negarse a recibirlos, a la mayor brevedad que le sea posible.
Artículo 498. Cuando las negociaciones entre patronos y trabajadores conduzcan a un arreglo, se levantará acta de lo acordado y se enviará copia auténtica a la Inspección General de Trabajo dentro de las veinticuatro horas posteriores a su firma. La remisión la harán los patronos y, en su defecto, los trabajadores, sea directamente o por medio de la autoridad política o de trabajo local.
La Inspección velará porque estos acuerdos no contrarién las disposiciones legales que protejan a los trabajadores y porque sean rigurosamente cumplidos por las partes. La contravención a lo pactado se sancionará con multa de diez a veinte colones si se tratare de trabajadores y de cien a doscientos colones en el caso de que los infractores fueren patronos, sin perjuicio de que la parte que ha cumplido pueda exigir ante los Tribunales de Trabajo la ejecución del acuerdo o el pago de los daños y perjuicios que se le hubieren causado.
Artículo 499. Cada vez que se forme uno de los Consejos o Comités de que habla el artículo 497, sus miembros lo informarán así a la Inspección General de Trabajo, mediante una nota que suscribirán y enviarán dentro de los cinco días posteriores a su nombramiento".

(5) Sección I, capítulo tercero, título sexto.

(6) Vid. esos numerales en nota al pie No. 4.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

forma importante de conciliación y negociación cuando surgen fricciones entre los trabajadores y la empresa, es el Arreglo Directo;[7] y se pensó en este instrumento como un mecanismo adecuado a los intereses de las partes, en vista de la facilidad que presenta a ambas utilizar el diálogo como vía ideal no sólo para negociar, sino primordialmente porque propicia su recíproco contacto, siempre imprescindible, como etapa previa, a toda negociación y cualquiera que fuere el instrumento colectivo que se deseare ocupar. En suma, el Arreglo Directo fue estatuido como un medio simple de enmarcar los lindes de la desinteligencia laboral y de solucionar los puntos controvertidos por esa vía del diálogo y concluir así la disensión, la incertidumbre y la crisis que toda situación de conflicto provoca en la empresa y en la comunidad, porque toda perturbación en la producción produce un efecto dañino genérico que trasciende la hacienda particular de la empresa y produce su impacto fundamental en la economía nacional.

El encabezamiento del artículo 497 no pareciere de una vinculación cualificada por las partes en cuanto a someterlas obligadamente al procedimiento que venimos comentando. Mas la gramática de ese numeral de toda suerte deja muy clara la conveniencia de que *no eviten el diálogo;* todo lo contrario, por la forma en que fue concebido su texto, la norma se acerca, antes bien, a lo que casi podría ser una obligación, ya que enfatiza que: *"patronos y trabajadores tratarán de resolver sus diferencias por medio del Arreglo Directo con la sola intervención de ellos o con la de cualesquiera otros amigables componedores".* (El subrayado es nuestro). Y el objetivo de ello no sólo es evitar el enfrentamiento, especialmente el enfrentamiento violento de los poderes sociales. Es, por sobre todas las cosas, la expresión del deseo que se discutan democráticamente los asuntos en discordia entre las partes, aunque desde un punto de vista práctico no impide necesariamente imposiciones unilaterales.

Ahora bien, el Arreglo Directo o el acuerdo interior de trabajo (o de fábrica) entra en el Derecho Colectivo de Trabajo siempre que intervenga en él el conjunto del personal, con o sin representación como lo puntualizaremos infra.

4. Breve explicación del fundamento doctrinario del Arreglo Directo:

Un rasgo característico del Arreglo Directo consiste justamente en que uno de los sujetos de la relación jurídica, es el conjunto del personal que acuerda con la empresa y que por lo demás *NO TIENE PERSONERIA JURIDICA PROPIA,* pero es indudable que adquiere *carácter de sujeto colectivo merced a la unidad de voluntad que la agrupación manifiesta por el indispensable ejercicio en común, a veces a través de un órgano representativo, de su derecho de colaboración.*[8]

Esta figura jurídica como la concibe nuestro Código de Trabajo tiene su respaldo en la doctrina[9] y en el reconocimiento pleno que ésta otorga a los actos y decisiones tomados por el personal con la empresa,[10] confiriéndoles plena validez dentro del Derecho Colectivo del Trabajo,[11] lo cual resulta avalado por el texto del numeral 497. Es más, este artículo al reconocer la legalidad de los Arreglos Directos pactados entre empresas y trabajadores, es *"CON LA SOLA INTERVENCION DE*

---

(7) También denominado acuerdo de empresa, acuerdo interior de trabajo —o de fábrica— (Vid. Ernesto Krotoschin, *"Cuestiones Fundamentales de Derecho del Trabajo"*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1957, págs. 13 y ss.).

(8) Cfr. Krotoschin, ob. cit., págs. 13 y 14.

(9) Por todos véase Krotoschin (ob. cit., págs. 11 y ss.) de cuyo pensamiento cabe transcribir:
"Sin embargo, las organizaciones de los trabajadores y patronos, sus convenciones, sus conflictos, la intervención del Estado en ellos, quizá constituyen las ramas más interesantes y más problemáticas del Derecho del Trabajo, sobre todo cuando se considera a éste en su importancia para la sociedad entera y como instrumento de política jurídico-social. **Se agrega, como parte del derecho colectivo, ese otro fenómeno que consiste en que no ya una organización sino el conjunto del personal de una empresa, sin verdadera organización propia, entra en el ámbito del derecho colectivo del trabajo. . .".**
". . .Ese conjunto del personal, sin llegar a tener formas de organización jurídica, **sobre todo sin adquirir personalidad propia, por ejemplo como sindicato de empresa,** tiene no sólo una importancia funcional sino que produce determinados efectos jurídicos, de carácter corporativo. . .".
". . .De todos modos también el acuerdo de empresa, dicho mejor **el acuerdo interior de trabajo** (o de fábrica) **entra en el derecho colectivo del trabajo** siempre que intervenga en él el conjunto de personal, representado por el órgano respectivo (consejo de empresa, etc.). . .". (El subrayado es nuestro).

(10) Sobre el tema en general cfr. Alonso Olea, *"Pactos Colectivos y Contratos de Grupo"*, Instituto de Estudios Políticos, 1955.

(11) Vid. Guillermo Cabanellas, *"Derecho normativo laboral"*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1966, págs. 199 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ELLOS", sin un órgano que los represente, aunque también prevé, como potestad de los trabajadores, la constitución de Consejos o Comités Permanentes, pero no en tanto requisito de validez del acuerdo, sino como mero acto potestativo. Esta disposición legal dice en lo pertinente: ". . .Al efecto los trabajadores *PODRAN* constituir Consejos o Comités Permanentes en cada lugar de trabajo. . .". (Las mayúsculas y el subrayado son nuestros). *La circunstancia de que los trabajadores no necesiten de una representación propiamente dicha para pactar un ARREGLO DIRECTO, es un reconocimiento al valor que debe acreditársele a los intereses de grupo y a las decisiones que éste tome.* El artículo 499 interpretado en relación con el 497 ejúsdem confirma la tesis de que los Consejos o Comités Permanentes de trabajadores no siempre deben de existir, ya que en ciertos casos podrían significar un entrabamiento formal y un posible obstáculo para alcanzar una solución pacífica y positiva.

5. El Arreglo Directo en la jurisprudencia de Costa Rica:

Por otra parte el Tribunal Superior de Trabajo[12] ha aclarado en varias oportunidades la naturaleza jurídica del Arreglo Directo como un instrumento colectivo y como un medio no sólo de alcanzar la paz social en forma inmediata después de un conflicto, sino además como un instrumento capaz de garantizar la armonía y el buen entendimiento preventivos entre la empresa y los trabajadores, aún en ausencia de conflicto colectivo de carácter económico-social o de desacuerdos laborales de cualquier otra índole. Así se puede ver de la sentencia No. 2926 de 9:10 horas del 1 de agosto de 1975.[13]

Otra vertiente en la que es fácilmente perfilable la directriz jurisprudencial del Tribunal Superior de Trabajo tiene su origen en situaciones en que se ha pretendido sustituir a un Arreglo Directo de vigencia actual, por medio de un conflicto colectivo de interés o por una convención colectiva —(a negociar)—. En tales situaciones el Tribunal Superior ha denegado la sustitución subrayando muy sólidas razones en punto a la naturaleza colectiva de aquel negocio jurídico, razón por la cual ha venido siempre estimando incompatibles el conflicto y la convención con el Arreglo Directo cuyo plazo continúa en vigor.[14] Dentro de este mismo criterio, el hecho de que también haya estimado incompatible el conflicto colectivo con la convención colectiva de carácter actual, nos da un

---

(12) El más alto Tribunal competente para dirimir los conflictos colectivos económico-sociales en Costa Rica.

(13) "I.—La preocupación que expresan los trabajadores que concurren a estrados al manifestar en libelo de agravios de fls. 86 a 90 que: "Por ser tan extremadamente peligrosa la situación para el futuro del derecho de negociación colectiva de los trabajadores, vale la pena examinar detenidamente dicho documento, para demostrar su falsedad, su nulidad. . .". (se refieren al arreglo directo suscrito entre la empresa afectada y los trabajadores, durante el desarrollo de la fase conciliatoria en el conflicto que ahora se pide calificar), no se ve por este Tribunal, con la misma angustia obrera, sino como han de mirarse los problemas y situaciones laborales desde el punto de vista del artículo 17 del Código de Trabajo. Así, al destacarse la premisa de que en cuanto a la aplicación de los preceptos laborales han de tomarse en cuenta el interés de los trabajadores y la conveniencia social, no se está dando prioridad a los grupos minoritarios, sino abarcando a la mayor cantidad de aquellos, en lo que al gremio obrero se refiere, **porque respecto a lo social, ha de preferirse por encima de todo, la paz y buen entendimiento entre ambas fuentes de la producción.** En ese entendido ha de establecerse como regla que, el interés de los trabajadores debe regirse en forma paralela y directamente proporcional, con la conveniencia social o la paz laboral. **Ahora bien, respecto del arreglo que en forma directa suscribió la mayoría de los trabajadores de la empresa. . . con ésta, cabe destacar que en aplicación de aquel principio supramencionado, si el mismo vino a dar un finiquito a la latente situación de inseguridad que todo conflicto colectivo provoca, no se ve reparo para que merezca el espaldarazo de los Tribunales de Trabajo,** sin que tal signifique como lo creen los inconformes, **que atenta contra el derecho de negociación colectiva, porque el arreglo directo, suscrito al amparo del artículo 497 del Código de Trabajo, es una forma de negociación colectiva, aunque sin los elementos de presión que posee el conflicto, pero sin olvidar que una y otras formas de contratación, buscan el mismo fin:** la paz laboral. Por ello, no se ve en modo alguno perjudicado el derecho colectivo de la contratación, **se da valor al arreglo directo, porque los trabajadores bien pueden, durante el desarrollo de un conflicto colectivo, encaminar sus afanes por la ruta directa, si con ella alcanza las mejoras salariales y sociales anheladas.** Negociar colectivamente, no es conducir a los trabajadores al conflicto, o al cese de labores sino a alcanzar ante el patrono, las conquistas perseguidas. **Por ello, tiene transcendencia social similar, tanto el arreglo directo como el conflicto colectivo de carácter económico-social.**

(14) En la sentencia No. 1352 de 16:35 hrs. del 25 de marzo de 1981, dijo:
"Cuando se planteó este conflicto, estaba vigente en la empresa un convenio o arreglo directo celebrado por las partes el dos de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, con una vigencia de dos años, de manera que ese acuerdo debe ser respetado porque la ley lo que busca es precisamente que tanto patronos como trabajadores resuelvan sus diferencias por medio de esa clase de arreglos (artículos 497 del Código de Trabajo), con el fin de mantener la paz social y un justiciero equilibrio entre los factores de la producción, por lo que si durante más de un año los trabajadores no objetaron el referido convenio y más bien se favorecieron con el mismo, no es justo que ahora traten de desconocerlo, porque eso equivaldría a negarle validez a los mismos creando situaciones de incertidumbre en las relaciones obrero-patronales. Debe entonces respetarse ese acuerdo celebrado por las partes, razón por la que se debe rechazar la revocatoria solicitada".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

parámetro que prejuzga sobre la naturaleza colectiva del Arreglo Directo porque otorga un efecto idéntico —(el de la incompatibilidad)— con respecto de la convención que es el instrumento de negociación por excelencia.[15]

Dentro de este mismo orden de pensamiento varios Congresos Internacionales de Derecho del Trabajo en sus conclusiones han recomendado utilizar el Arreglo Directo como un medio pacífico de fijar nuevas condiciones de trabajo que permitan al trabajador disfrutar de garantías superiores a las mínimas legales que garantiza la legislación laboral, con el necesario equilibrio y respeto al principio de capacidad económica de la empresa. Tal sucedió, por ejemplo, en las Conclusiones del I Congreso Centroamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.[16]

6. El Arreglo Directo en el proyecto de Código de Trabajo:

Desde hace ya varios años distintas tendencias del movimiento sindical costarricense, algunos grupos intelectuales y varios políticos, se han pronunciado contra lo que han dado en llamar "una política firmemente orientada a universalizar la vigencia del Arreglo Directo para frenar la organización sindical nacional". Y han expresado incluso que de mantener esa política el mismo grado de agresividad mostrado hasta el presente, "a corto plazo podría engendrar el efecto contraproducente de anular la principal de las negociaciones colectivas", la que se realiza —agregamos nosotros—, por medio de la convención colectiva. Porque como ya se dijo ut supra, vigente un Arreglo Directo, su efecto principal consistirá: Por un lado, crear una automática incompatibilidad para que se negocie el pliego de peticiones que tiende a que se suscriba una convención; y por el otro, a enervar también el conflicto colectivo que tiene por objetivo sustituir o variar las condiciones de trabajo pactadas en el Arreglo Directo.

Lo anterior no tiene nada de novedoso. En una u otra forma las partes involucradas en el proceso de producción lo saben. Y la opinión pública ha sido informada de ello por los medios de la comunicación social. Y si aquí planteamos la cuestión es más con afán de estimular el pensamiento serio que prosiga este bosquejo y para subrayar a la vez que la existencia de esa corriente intelectual y de presión, ha provocado que en el proyecto del Código de Trabajo se incorporase todo un catálogo de nuevas reglas de Derecho que a las claras da a entender que la Comisión Redactora quiso no sólo limitar eventuales excesos que se han podido cometer con el uso del Arreglo Directo, sino además suprimirlo del listado de instrumentos colectivos que hace el artículo 351 del proyecto. Supresión que se efectiviza por medio de una fenomenología terminológica no muy feliz, habida cuenta de que el proyecto habla de "acuerdo colectivo", y pese a que el articulado deja terminantemente establecido que es un instrumento colectivo y regulador de condiciones de trabajo, no menciona siquiera sea un elemento más que nos acerque a su verdadera naturaleza jurídica. Y esto en el campo del Derecho Colectivo del Trabajo, es de gravedad superlativa. Aunque por momentos se ha querido aparentar que el "acuerdo colectivo" es el sucesor natural del Arreglo Directo, no lo dice así en ninguna parte el citado proyecto.

Por otro lado, al disponer que el artículo 343 del proyecto que se declara de *"especial interés público": la constitución* de los órganos de representación colectiva; *el funcionamiento* legal de esos órganos de esa representación; *los procedimientos;* y *los instrumentos de negociación colectiva. . .*, ello podría envolver una garantizada intervención absoluta del Ministerio de Trabajo y Segu-

---

(15) El contenido de la sentencia No. 480 de 8:15 hrs. del 17 de enero de 1978, es especialmente clara sobre el particular:
"Este Tribunal tiene señalado como principio cardinal en el Derecho Colectivo del 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 y 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, porque estima también que es de interés general o de orden público auspiciar entre las partes la tregua o necesaria seguridad jurídica a que tienen derecho todo el tiempo de vigencia del respectivo instrumento colectivo pactado. Por consiguiente, si en autos está en vigor una convención colectiva, la resolución que ha venido en consulta debe ser aprobada y así lo declara el Tribunal. Por tanto: Se aprueba la resolución consultada".

(16) Efectuado en Panamá, en cuya Conclusión XXVIII expresó:
"La mayoría de los Códigos de Trabajo centroamericanos no regula el arreglo directo, siendo obligatorio en El Salvador y Honduras y optativo en Guatemala, Costa Rica y Panamá. Se ajusta más a los intereses de los trabajadores, el sistema opcional. En Nicaragua el arreglo directo no está legislado, pero se practica".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ridad Social y de la nueva Junta Nacional de Relaciones Laborales que el proyecto crea —(o en su caso las Juntas Auxiliares de Relaciones Laborales)—, en orden a ciertos aspectos funcionales y orgánicos de la contratación colectiva que, por su índole, deberían resolver los sujetos colectivos, cuya autonomía de voluntad dista mucho de ser la muy restringida del área individual. No quisiéramos pecar de suspicaces, pero hacia lo mismo apunta, entre otras disposiciones, el texto 344 del proyecto al ordenar que para el Derecho Colectivo rigen los *"principios generales"* (sic) del Derecho Individual del Trabajo, cuando es obvio que por la semántica de ese numeral, tales principios *no existen* en el Derecho Individual y sí "principios especiales", entre ellos, el de *irrenunciabilidad,* cuya aplicación con criterio político cómodamente podría obstaculizar no sólo los acuerdos en que intervinieren las coaliciones de trabajadores, sino también las otras modalidades instrumentales (la convención, vgr.) en que participaren sindicatos.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

DERECHO Y CAPITALISMO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS IDEAS DE PIERRE VILAR

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Catedrático, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica.

SUMARIO

Pág.

I. Resumen 110
II. Introducción 110
III. Concepto de "capitalismo" 110
IV. Modo de producción capitalista 111
V. Derecho y capitalismo 113
VI. A modo de conclusión 115
VII. Bibliografía 115

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

I. RESUMEN

En este trabajo analizaremos los temas referentes al concepto de "capitalismo", "capital" y "capitalista", como también las reglas de juego que regulan el funcionamiento del sistema económico capitalista.

Es conveniente invocar el pensamiento de Vilar en lo tocante a la tarea del investigador:

> "la fase de la investigación implica sin duda un trabajo de historiador. Y, me apresuro a añadir: no un trabajo superficial, ni un trabajo de segunda mano, sino una penetración directa en la materia histórica"[1]

El aporte de Vilar, entre otros, consiste en su rigor y en su metodología, que se comprueban en el tratamiento del debatido tema del "capitalismo", que aquí lo restringimos a los aspectos conceptuales y a sus principios jurídicos reguladores y limitadores.

II. INTRODUCCION

La formación del capitalismo y su conceptualización, además de sus caracteres y marco jurídico en el cual se desarrolla, ha sido una temática analizada por los padres fundadores de la Ciencia Social: Karl Marx y Max Weber.

Desde y a partir de esos hitos del pensamiento social, Pierre Vilar hace su propio esfuerzo analítico, sin desdeñar lo elaborado por sus antecesores, pero —a su vez— con plena lucidez de su específico enfoque.

Más que señalar "causas" y metodologías referentes al capital y al capitalismo, Vilar trata de situar este problema en la dimensión del historiador, que no historicista.

Ese esfuerzo por estudiar los fenómenos sociales con una visión histórica precisa, la ilustra bien Vilar a propósito del *"motín de Esquilache"*, cuando afirma:

> "no se trata de rechazar el conjunto de hechos concretos, muy bien anotados por la historia tradicional, ni de negar el núcleo de verdad que contiene la alta interpretación del episodio global. *Se trata de analizar éste* con referencia a un *modelo histórico* más general, más internacional, el de las "emociones populares" que nacen de las "crisis económicas del antiguo tipo", de naturaleza agraria, de periodicidad corta, y que se manifiestan por la escasez de los productos alimenticios y por su carestía"[2].

La intencionalidad de Vilar en esta materia tan polémica y discutida como es el "capitalismo" se refiere a la rigurosidad del lenguaje, del método y de los hechos históricos.

III. CONCEPTO DE "CAPITALISMO"

Comienza por indicarnos el autor que la palabra "capitalismo" es un vocablo reciente y contenido incierto; ello no ocurre así con las voces "capital" y "capitalista".

Es en el tránsito entre los siglos XIX y XX que el concepto "capitalismo" —menos, que la palabra como tal— adquiere "derecho de ciudadanía", recordando el artículo de Henri Pirenne de 1913 al respecto.[3]

La palabra "capital" es culta y antigua, tenien-

---

(1) VILAR, Pierre, *Historia marxista, historia en construcción*, (San José: Csuca, revista Estudios Sociales Centroamericanos, No. 11, 1975, p. 172).

(2) VILAR, Pierre, *"El motín de Esquilache"* y *"Las crisis del antiguo régimen"*, (Madrid: Revista de Occidente, febrero de 1972, p. 200).

(3) VILAR, Pierre, *Iniciación al vocabulario del análisis histórico* (Barcelona: Grijalbo, 1980, pp. 203 a 205; aparte sobre el "capitalismo", pp. 201 a 263).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

do equivalentes en varios idiomas europeos. Siendo la acepción más corriente la que se usaba en los préstamos: "capital + (más) intereses", que luego hizo sinónima de "principal + intereses" (corrientes y de mora o moratorios).

capital	+	intereses
capital	+	accesorio
principal	+	intereses
		corrientes:
		y
		moratorios.

esquema 1.

Una vez que en la realidad habían personas que prestaban dinero con intereses, la Iglesia lo condenó, en parte porque "cuando la ideología y la moral dominantes de una sociedad condenan un mecanismo económico, esto indica que el funcionamiento de esa sociedad no se basa en él".[4] Pero, se condena solo lo que existe, y ya esa forma de hecho económico ("préstamo" bajo condiciones de interés) era un *factum.* Por ello a partir de este hecho social, "pensamos en capitalismo".[5]

En su origen histórico la palabra "capitalista" se unía con la del "rentista", aquel sujeto que derivaba ganancias del hecho de prestar dinero con intereses a otras personas que consumían esa clase de servicio.

rentista = capitalista[6]

esquema 2.

Una vez surgido, históricamente el "rentista" como figura diversa del usurero, castigado por los códigos penales o estigmatizado al estilo del "acaparador" o "atesorador" (ya que ambos perjudicaban el proceso productivo y económico), dice Vilar que se "piensa en el capitalismo". Y con ese nuevo sistema de producción de bienes y de servicios, fundado en la apropiación privada y en el marco de libertades públicas que lo garanticen, se está frente a un nuevo modo de producción: el capitalista.

modo de producción capitalista (MPC)
fundado en la apropiación de la ganancia
excedente o lo que Marx llamará "plusvalía"

esquema 3.

modo de producción capitalista = propiedad privada

esquema 4.

IV. MODO DE PRODUCCION CAPITALISTA (MPC)

La constatación de esa ganancia, excedente o "plusvalía" que se obtiene del préstamo de dinero ("rentista") se puede disponer en forma de dinero para invertir en otras actividades. La cadena D – M – D (dinero – mercancía – dinero) permite explicar la inversión (I) de dinero como

(4) Cit., Vilar *Iniciación al . . .*, p. 204.

(5) Vilar, *ídem.*, p. 205.

(6) BRESS, Ludwig *Capital*, (Madrid: Rioduero, 1975, Enciclopedia de conceptos básicos, Marxismo — democracia, "Economía 1", pp. 98 a 102). Castillo, Donald *El capital, contenido, estructura y método* (El Salvador: Ed. universitaria, 1980, pp. 121 a 126).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

capital (mercancía por excelencia reproductora de otras).

Históricamente se comprueba que la existencia del "rentista", primero y posteriormente del "empresario" (aquella persona que tiene una empresa), da lugar al modo de producción capitalista (MPC) subalterno —cuando el dominante fue el modo de producción feudal (MPF)— y luego como hegemónico, cuando el capitalismo se consolida y liquida al MPF.

La existencia del MPC, como dominante, implica la existencia de la propiedad privada "sagrada", tal y como la expusieron los franceses:

> "artículo 2. Le but de toute association polique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. *Ces droits* sort la liberté, la proprieté, la *propriété,* la sureté et la résistance a l'oppression".[7]
> "artículo 17. la *propiété* étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en et re privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité".[8]

Nota definitoria del MPC es la propiedad privada, tal y como quedó plasmada en las Constituciones Políticas burguesas de la "Francia después de 1789".

capitalismo = MPC = MPC dominante

esquema 5.

Cuando el MPC es dominante en el sistema económico, igualmente, dominará o prevalecerá el capitalismo en la economía y en la formación social concreta y específica (FS).

MPC ⟹ *FSC (formación social capitalista)

esquema 6.

(*⟹: implica)

Cabalmente, la existencia del modo de producción capitalista dominante en la economía (MPC) da lugar a realidades histórico-sociales concretas en un determinado tiempo y espacio (FSC), de carácter "capitalista".

capitalismo = propiedad privada = producción social

esquema 7.

Tanto a nivel de "modelo" como en la dimensión factual de la específica FSC, se da una contradicción fundamental, a saber:

a) la *apropiación* del excedente o plusvalía
(*base:* propiedad privada de bienes y servicios)
b) la producción es social
(*base:* empleo de asalariados en el mercado de trabajo, formalmente "libre")

esquema 8.

Esa contradicción fundamental en el plano del capitalismo (MPC) y de la FSC, se puede expresar así:

a) capital privatizado (o, "acaparado" jurídica y legalmente)
b) fuerza de trabajo enajenada
(contradicción económica)

esquema 9.

Tal contradicción en la estructura (o, nivel) económica (o) plantea y genera una *contradicción social*: lucha de clases.

(7) Constitution de 1791 *Les Constitutions de la France depuis 1789* (Paris: Garnier — Blammarion, 1970, pp. 33 y 35).
(8) *Idem.*, p. 35.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

contradicción económica	=	capital *privado* versus trabajo asalariado social
contradicción social	=	capitalistas vs. asalariados

esquema 10.[9]

De ese modo, la contradicción económica implica una lucha por la extracción de plusvalía y contra la tasa descendente del capital; y, la contradicción social, la forma de la lucha de clases y de sus posibles *conciencias* sobre esas luchas.

Ese sistema económico portador del MPC y de FSC, denominado *"capitalismo"*, se puede definir como aquel modo de producción de bienes y servicios fundado en la propiedad privada y en el trabajo asalariado; siendo la clase burguesa la que asumirá la responsabilidad y la dirección de ese MPC, pues es la que ha acumulado, de diversas maneras, los medios eficaces para producir los bienes y servicios o el dinero para adquirirlos.[10]

expresión política de las contradicciones =

lucha de clases
modelo bipolar: burguesía (capitalistas) vs. proletariado (asalariados)

esquema 11.

Lo que caracteriza al capitalismo es la *apropiación* del capital; y, no meramente la existencia del capital, de ahí, pues que:

> el *capital* es un conjunto de medios de producción eficaces y masivos, susceptibles de reproducirse y de crecer, globalmente, por su mecánica propia, y que, en el *sistema capitalista,* tienen como nota definitoria la de estar *apropiados* por sujetos denominados capitalistas o dueños del capital.[11]

V. DERECHO Y CAPITALISMO

Lo que aquí llamamos las "reglas del juego del capitalismo", son aquellos principios generales de derecho, a la vez incorporados en el "derecho escrito", como son: libertad, propiedad e igualdad. Principios jurídicamente tutelados en el derecho inmerso en la legalidad burguesa.

(9) VILAR, *Iniciación al . . .*, cit., pp. 206 a 208.

(10) VILAR, *Iniciación al . . .*, cit., p. 209.

(11) Cf. Vilar, *ídem.*, pp. 216 a 218.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

a) Libertad jurídica: no se trata de una libertad en el vacío, sin sentido, caótica y anarquizante; sino, al contrario, una libertad regulada por el ordenamiento legal, vale decir: principios generales de derecho más el derecho estatuido o escrito.

Esta libertad jurídica, comprende —entre otras—:

- la de empresa
- la de mercado
- la de comercio
- la de producción, etc.

En el fondo se trata de libertades políticas y económicas, dimensionalizadas bajo el nombre genérico de "libertades públicas".[12]

LIBERTADES PUBLICAS	
económicas	políticas
empresa	asociación
comercio nacional	expresión
trabajo	traslación
comercio exterior	imprenta
producción	elección / elegido
(memerus apertus)	(nmerus apertus)

esquema 12.

b) Igualdad jurídica:

Dado que en el derecho racional burgués capitalista (cf. Max Weber) la existencia es de sujetos de derechos, como centros de imputación de derechos y de deberes; y, sus relaciones son de carácter formal (sujeto A con sujeto B en una compraventa), la igualdad (como la libertad y la propiedad) jurídicamente tutelada es *formal,* así por ejemplo, los entes con personería legal A y B son formalmente iguales cuando realizan un convenio por el cual A le vende su fuerza de trabajo a B, en ejercicio y realización de la "autonomía de la voluntad", que prescribe que un ente o sujeto de derecho puede hacer todo aquello que no perjudique a los demás sujetos de derecho.

$$\text{sujeto A} = \text{sujeto B}$$

esquema 13.

En esta *igualdad formal,* no importan las desigualdades esenciales, *sustanciales* o de contenido real. La racionalidad del derecho burgués y su lógica formal, hacen que la aplicación del Derecho se ejerza sobre sujetos formales (empleador/empleado; arrendante/arrendatario) y no sobre personas con diferencias económicas, políticas, sociales, educativas, etc.

Esta racionalidad jurídica le sirve a los intereses de la clase hegemónica, por cuanto la aplicación y eficacia del derecho no depende de la pobreza o de riqueza ni del status económico —educativo ni de los grados de inteligencia—, sino de las relaciones posibles entre entidades concebidas como centro de imputación de derechos y deberes.

Los capitalistas pueden —legalmente— comprar el trabajo asalariado en el mercado laboral de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda, normas objetivadas del mercado capitalista.

c) Propiedad privada:

La Revolución Francesa (1789) fue una conquista histórica de la clase burguesa y un hecho revolucionario de esta clase, como el mismo Karl Marx lo reconoció.

Sin embargo, una vez constituida como clase dominante (dejando de ser una clase social insurgente y en ascenso), utiliza las reglas del juego del sistema que nace, en su favor.

Así, la libertad de empresa y de comercio le permite apropiarse de la plusvalía, para inyectarla en el sistema económico. De esta suerte la clase burguesa, clase propietaria de los medios de producción y de distribución forma, desarrolla y consolida el capitalismo, como modo de producción dominante en una formación socioeconómica, que también se denota como capitalista.

Aquel lema, teñido de ideología:

"Libertad, igualdad, fraternidad" de la burguesía revolucionaria, los aplica a sus iguales o para sus iguales:

(12) Cf. Rivero, Jean, *Cours de libertés publiques*, (Paris, 1971) Burdeau, Georges, Les libertés publiqués, Hernández Valle, Rubén, *Las libertades públicas en Costa Rica*, (San José: Juricentro, 1980).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

- libertad política y económica
- igualdad inter-burguesa jurídica (sólo en el campo legal) (desigualdad en los terrenos social, económico, político, educativo, etc.)
- fraternidad burguesa (nacida de los grupos burgueses de la masonería gala).

La lucha por la propiedad privada, como el conjunto de reivindicaciones burguesas, son conquistas de ésta como clase social hegemónica, contra la aristocracia y el obsoleto MPF (modo de producción feudal) y los correlativos procesos de transición del feudalismo al capitalismo.

Los capitalistas, los propietarios de bienes y servicios, definen tanto el contenido como la forma de la "propiedad", estableciendo una relación entre la sociedad civil y la sociedad política.[13]

VI. A MODO DE CONCLUSION

En este breve escrito hemos intentado presentar algunos de los problemas sobre el "capitalismo" que nos aporta Vilar y lo que nosotros podemos invocar y evocar.

El problema de la formación del capitalismo[14] no lo analizamos aquí y ahora; sin embargo, nos interesa escribir sobre este punto en forma unitaria e independiente de este breve y sencillo ensayo.

La conceptualización del "capital", del "capitalista" y del modo de producción capitalista y sus respectivas formaciones sociales, será por mucho tiempo, un aspecto polémico. Empero, hemos reseñado algunos detalles.

La idea de un sistema económico capitalista que se desarrolla en el contexto de un sistema jurídico que lo regula y lo limita viene desde Adam Smith, pero —entre otros— Vilar la ha explicado adecuadamente, y nos enseña que las llamadas "leyes económicas del mercado" son la expresión económica de las leyes de la global e integral compraventa y de las relaciones mercantiles objetivadas sobre las "mercancías" y realizadas por sujetos de derecho, *formalmente* libres e iguales.

VII. BIBLIOGRAFIA BASICA

BRESS, Ludwig. *Capital,* (Madrid: Ed. Rioduero, en "Enciclopedia de "Marxismo-Democracia", tomo de 'Economía 1', 1975).

CASTILLO, Donald. *El capital: contenido, estructura y método,* (Salvador: Ed. Universitaria, 1980).

HERNANDEZ, Rubén. *Las libertades públicas en Costa Rica,* (San José: Ed. Juricentro, 1980).

RIVERO, Jean. *Cours des libertés publiques*, (Paris: Dalloz, 1971).

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *La sociología jurídica en Max Weber*, (San José: Universidad de Costa Rica, 1980, 2da. ed.).

VILAR, Pierre. *Historia marxista, historia en construcción,* (San José: revista "Estudios Sociales Centroamericanos", No. 11, 1975).

El motín de Esquilache y Las crisis del antiguo régimen, (Madrid: Revista de Occidente, febrero de 1972).

Iniciación al vocabulario del análisis histórico, (Barcelona: Grijalbo, 1980).

Historia del marxismo, (Barcelona: Bruguera, T. I, 1979).

Crecimiento y desarrollo, (Barcelona: Ariel, 4a, ed., 1980).

Les Constitutions de la France depuis 1789 (Paris: Garnier—Flammarion, 1970).

(13) VILAR, Pierre, *Marx y la historia*, (Barcelona: en "Historia del marxismo", T. I., Ed. Bruguera, 1979, pp. 118 a 120).

(14) VILAR, Pierre, *Problema de la formación del capitalismo*, (Barcelona: Ariel, en "Crecimiento y desarrollo", 4ta. ed., 1980, pp. 106 a 134).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

METODOS Y SISTEMAS DE FORMACION DEL PROFESIONAL EN DERECHO

EL METODO CASUISTICO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL Y LA EXPERIENCIA JURIDICA PUERTORRIQUEÑA*

Dr. Pedro F. Silva Ruiz**

1. El método o los métodos y el sistema o los sistemas de formación del futuro profesional del Derecho deben, a mi juicio, enmarcarse dentro de unos claros fines y objetivos de la educación jurídica.

2. Entre los fines y objetivos de la educación legal, en cualquier escuela o facultad de Derecho (Ciencias Jurídicas), deberían incluirse los siguientes:

A. Lograr la más adecuada formación intelectual y profesional de sus estudiantes, que comprende:

1. Actitud crítica;
2. Visión ético-filosófica del Derecho y la abogacía;
3. Entendimiento cabal de los procesos jurídicos fundamentales;
4. Conocimiento del derecho positivo;
5. Conocimiento sobre el trasfondo y desarrollo del derecho positivo;
6. Conocimiento cabal de las fuentes bibliográficas, métodos y técnicas de investigación;
7. Dominio de la expresión oral y escrita.

B. Fomentar el crecimiento del propio derecho (nacional) y del derecho en general.[1]

3. La metodología de enseñanza que seleccione el profesor, conforme sus preferencias y respetando la libertad de cátedra, debe ser la más efectiva para desarrollar, con excelencia, los temas del curso.

4. Así, entre otras, puede utilizarse la conferencia o cátedra magistral tradicional; la exposición iniciada por el profesor con el propósito de formular él preguntas a los alumnos o provocar la participación espontánea por parte de los estudiantes, esto es, el uso intensivo del método socrático de discusión; informes y cualesquiera otros que puedan pensarse. Pero lo importante es que el estudiante se sienta estimulado a participar activa-

---

* **Ponencia libre presentada en la VIII Conferencia de Facultades y Escuelas de Derecho de América Latina, celebrada los días 10 al 15 de octubre de 1982, organizada por la UDUAL, bajo los auspicios de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Central del Este, San Pedro de Macoris, República Dominicana.**
Aclaración del autor: "Nos limitaremos a la educación jurídica que se ofrece en los estudios formales de Derecho en un centro de educación superior. La educación legal continua, cursos, seminarios que se ofrecen para abogados (egresados postulantes de trascendental y fundamental importancia, no son objeto de discusión ni comentario de este trabajo".

** **Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, Río Piedras.**

(1) **Estos son los "Fines y Objetivos" de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. El desglose de ellos se acompaña en el apéndice. Dichos fines y objetivos aparecen publicados en el *Boletín Informativo* de dicha escuela, 1982-83/1984-85, pp. 14-17.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

mente en la clase diaria y, por consiguiente, participe activamente.

5. El análisis de casos *(case method)* facilita la participación o discusión activa por parte de los estudiantes en el salón de clases. ¿Estimula la conferencia o la cátedra magistral la participación activa, la discusión, de los alumnos en el salón de clases? ¿La estimularía tan efectivamente como el análisis de casos *(case method)*?

6. La técnica pedagógica o método de enseñanza y de formación del futuro profesional del derecho que descansa principalmente, o, quizás, casi exclusivamente, en el análisis de casos, a veces hipotéticos, pero la gran mayoría de las ocasiones, resueltos por los tribunales, utilizada en los Estados Unidos de Norteamérica, desde el siglo pasado, ha sido seguida en Puerto Rico.

7. Una descripción de la técnica de la enseñanza que descansa en el análisis de casos es la siguiente:[2]

"1. Se hace uso del caso como vehículo para impartir información acerca de las doctrinas jurídicas. Se le exige al alumno descubrir la regla aplicada por el tribunal y, una vez hallada ésta, no es el caso sino ilustración de la forma en que el juez ha hecho uso de esa regla. No hay duda de que ese método de enseñanza es superior al de facilitar al estudiante la información mediante una conferencia que no requerirá esfuerzo alguno por parte del educando. . .

"2. Un mayor número de profesores en los Estados Unidos hace algo más. Exigen una correcta exposición de los hechos envueltos en el caso, exposición para la que deberá haber distinguido entre lo relevante y lo irrelevante, conservándose lo primero y desechándose lo último. También exigen estos profesores una adecuada captación de las conclusiones a que llegara el tribunal y una suficiente comprensión de la doctrina que el juez se propuso aplicar, así como los fundamentos de esa doctrina con relación a los hechos. Por este medio se adiestra al estudiante para entender cómo enfocan los tribunales las cuestiones que se les plantean y la forma de resolverse éstas judicialmente.

"3. La mayoría de los profesores en las modernas escuelas obtiene un mayor provecho del método de casos, del *case method*. Se comienza en el aula con una exposición del caso por un estudiante, o con un planteamiento, por el profesor, de hechos hipotéticos que difieren de los del caso únicamente en detalles de poca monta. Una vez discutido ese caso, se le plantean a los alumnos otras situaciones, inventadas por el profesor o tomadas por éste de las decisiones judiciales, y se le pide al educando que forme juicio con respecto al valor que pueda tener la diferencia en los hechos, y que formule una decisión para el problema. Si la decisión coincide con la adoptada por el tribunal en el caso original, se les pide a los alumnos expresar su criterio acerca de las conclusiones y la decisión del tribunal, y en caso de merecer éstas la aprobación de los alumnos, se discute su grado de corrección o de justicia en la actual situación social, que posiblemente difiera de la que prevalecía cuando la cuestión fue originalmente resuelta por el tribunal. Se discute entonces la deseabilidad de que en un futuro planteamiento judicial se ratifique el precedente, o la necesidad de enmendar la legislación sin esperar a que surja la oportunidad de una rectificación judicial".

8. Los méritos y defectos del denominado *"case method"* pueden ser los siguientes:[3]

"A) MERITOS:

"1. Coincide con los métodos de estudio que posteriormente deberá utilizar el estudiante en el ejercicio de la profesión de abogado.

"2. Adiestra al estudiante en el arte de sintetizar, emancipándole de tratados y enciclopedias.

"3. Proporciona por vía directa el conocimiento de terminología jurídica, que en otra forma se adquiriría por definición.

"4. Desarrolla el sentido crítico del alumno.

"5. Familiariza al estudiante con los conflictos sociales y sus consecuencias jurídicas.

"6. Proporciona al estudiante información relativa a la vida del país.

"7. Hace más interesantes y animadas las reu-

(2) La descripción es de Edmund M. Morgan, *"The Case Method"*, publicado en el *Journal of legal education*, 4, pp. 383 y ss. (1952). Estamos siguiendo el excelente resumen en español que del mismo hace Rodríguez Ramos, *Casos y Notas de Derechos Reales*. Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, Puerto Rico 1963, pp. 20 y ss.

(3) Rodríguez Ramos, cit., pp. 22-23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

niones de clase, estableciendo mayor comunicación entre el profesor y el alumno.

"8. El profesor tiene la oportunidad de considerar enfoques y puntos de vista expresados por los estudiantes, a veces interesantes y valiosos.

"B) DEFECTOS:

"1. Si no se la acompaña con explicaciones por el profesor la información que obtiene el estudiante mediante la lectura de casos resulta insuficiente.

"2. La improvisada solución de un estudiante a una cuestión surgida en la discusión de un caso puede ser de dudoso o negativo valor para los demás.

"3. El *case method* no se presta para la enseñanza de algunas materias, tales como la Historia del Derecho.

"4. El método es inadecuado para el estudio de las técnicas legislativas.

"5. Es tanto el tiempo invertido en el análisis y la solución de cuestiones hipotéticas, que no queda tiempo suficiente para la discusión de los conceptos filosóficos o las bases éticas del Derecho.

"6. La excesiva atención prestada a la discusión y comparación de situaciones impide aprender el derecho positivo del país o de la región en que interesa al estudiante ejercer posteriormente la profesión de abogado.

"7. El método deja intactos algunos problemas jurídicos no susceptibles de controversia judicial, como lo son, por ejemplo, la organización de los tribunales, las obligaciones del profesional para con la sociedad, etc.".

9. Aunque la técnica pedagógica que utiliza el *case method* no tiene que ser privativa de los países del *Common Law,* debido al origen y a las fuentes de Derecho de los sistemas que integran esa familia jurídica, se considera más propia la anterior mencionada metodología en el estudio formal del Derecho en dichos ordenamientos (de tradición anglo-estadounidense).[4]

10. En Puerto Rico es casi imprescindible utilizar la jurisprudencia en la enseñanza de aquellas disciplinas en las cuales nuestro derecho descansa o reproduce (ha sido copiado o calcado) experiencias del *Common Law.*[5] En esta situación muchas veces se identifica el uso de jurisprudencia con el *case method.* A decir verdad, se facilita mucho el *case method* recurriendo a la jurisprudencia o casos resueltos.

11. Pero en otras disciplinas, el *case method* no es rigurosamente indispensable. Así ocurre con aquellas materias de derecho privado; por ejemplo, "Obligaciones y Contratos" y "Sucesiones". Los materiales de estudio lo integran las disposiciones aplicables del Código Civil,[6] comentadas por algún tratadista[7] y alguna jurisprudencia. El análisis de

---

(4) El *case method* (casos) no es sinónimo de jurisprudencia. Si bien es cierto que son casos resueltos por los tribunales (jurisprudencia) lo que más se utiliza, el *case method* no descansa exclusivamente en el uso de la jurisprudencia. Pueden utilizarse casos hipotéticos o "vivencias" de las clínicas de asistencia legal como materia prima (de donde obtener hechos y planteamientos de Derecho).

(5) Por ejemplo: (i) Derecho Procesal Civil - "Estudio de la organización y Jurisdicción de los tribunales. Estudio del derecho procesal civil vigente de acuerdo a las reglas del procedimiento civil promulgadas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en 1958. Análisis y comparación con el derecho procesal vigente con anterioridad a dichas regla". Esas reglas son la "codificación" de la "casuística". Para ofrecer una justa perspectiva al lector extranjero, no se piense en que el estudio de la disciplina se realiza con textos como el de Couture o el de Guasp, a saber: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Tercera edición póstuma. Depalma, Buenos Aires, 1958, 524 p.); *Derecho Procesal Civil,* dos tomos (Tercera edición corregida, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968 ambos tomos), respectivamente. Dicho estudio se realiza a base de las reglas y casos (jurisprudencia).

(6) El Código Civil español, que estaba vigente en Puerto Rico cuando ocurrió el cambio de soberanía (española a estadounidense), fue editado a tenor con la ley del 11 de mayo de 1888, y aprobado por real decreto del 24 de julio de 1889. Fue hecho extensivo a las islas de Puerto Rico, Cuba y Filipinas por real decreto del 31 de julio de 1889, y comenzó su vigencia en Puerto Rico el 1 de enero de 1890.
En la orden general número 1, del 18 de octubre de 1898, el gobernador militar (estadounidense) dispuso que las leyes provinciales y municipales, hasta donde afectaren la determinación de derechos privados correspondientes a individuos o propiedades serían mantenidas en todo su rigor, a menos que resultasen incompatibles con el cambio de condiciones realizado en Puerto Rico (el cambio de soberanía español a estadounidense). Dispuso, además, que dichas leyes serían administradas sustancialmente tal como existían antes de la cesión de Puerto Rico a los Estados Unidos.
El Código Civil fue revisado en 1902 y en años posteriores. El vigente código es el revisado y editado en 1930, según ha sido enmendado.

(7) A título de mero ejemplo: Castán Tobeñas, *Derecho Civil español, común y foral,* los varios volúmenes y tomos, publicados por el Instituto Editorial Reus, Madrid, España; José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil,* los varios tomos y volúmenes, publicados por Bosch, Barcelona, España, etc.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cierta jurisprudencia es imprescindible, en Puerto Rico, ya que la misma es precedente obligatorio.[8]

12. No obstante, aún en materias tales como las previamente indicadas, el *case method* puede rendir sus frutos. Esto es, respetando la tradición técnica pedagógica comúnmente utilizada en la enseñanza de cursos de "derecho civil": explicación de las disposiciones legisladas, recogidas en un Código (Civil), siguiendo, principalmente, lo escrito por algún tratadista o comentarista, muchas veces expuestas por el profesor utilizando el recurso de la conferencia o cátedra magistra, podría pensarse en la conveniencia de utilizar también, de vez en cuando, el *case method.*

En resumen: la experiencia del educador puertorriqueño puede ser de utilidad al hermano profesor de Derecho de la América Latina: en la enseñanza del derecho civil, además de la técnica de la conferencia, siguiendo de cerca lo escrito por algún tratadista en la exposición oral del tema, se debe explorar el *case method* ya que el estudiante se siente estimulado a participar activamente en clase diaria.[9]

---

(8) Escribe el doctor Rodríguez Ramos: ". . .Poco después, el año 1902, en sus sentencias en *Marimón v. Pelegrí* y *Bravo v. Franco*, se refiere nuestro tribunal supremo al carácter de precedente obligatorio de sus sentencias. Y el año 1903, en el caso *Ex Parte Mauleón*, tal vez por primera vez se refiere nuestro tribunal a la regla de *stare decisis.*

"Casi nunca se ha apartado un tribunal de primera instancia o intermedio en Puerto Rico de la interpretación dada a una ley por el tribunal supremo. No somos pocos los que en más de una ocasión hemos escuchado a uno de esos tribunales manifestar que a su juicio la ley reconoce los derechos de uno de los litigantes, pero que se ve obligado a fallarle en contra porque en anteriores casos similares el tribunal supremo ha interpretado la ley en forma que ahora resulta favorable al otro litigante. Y en el caso de *Capestany v. Capestany*, resuelto por un tribunal de distrito en forma contraria a una anterior interpretación por el tribunal supremo, por entender aquél, que las setencias de este último no constituían precedente obligatorio, se expresó el supremo en la forma siguiente: "La doctrina establecida por el caso de *Meléndez* no ha sido variada por este tribunal y la corte inferior erró al decir en su resolución que no viene obligada por la autoridad del caso de *Meléndez v. Corté.* Mientras esta Corte Suprema no revoque o modifique una doctrina establecida en sus decisiones las cortes y organismos inferiores están obligados a seguirla en la resolución de los casos en que sea aplicable". [*Reexamen del precedente judicial en Puerto Rico*, publicado en XV Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico 9-10 (noviembre, 1954); citas omitidas].

(9) No vaya a pensar el lector que el autor de este escrito enseña "derecho civil" con casuística. Utiliza los comentaristas, Castán Tobeñas, Puig Brutau y Albaladejo sobre todo. Como la jurisprudencia tiene fuerza vinculante, tiene que utilizarla en aquellos temas donde el "derecho judicial" ¿se aparta?, interpreta, el "derecho legislado" o resuelve contrario a lo postulado por la doctrina. Pero aparte ese uso de la jurisprudencia en la enseñanza del derecho puertorriqueño debido a características especiales —¿"derecho mixto" de *Civil Law* y *Common Law*?— *el case method*, en justa perspectiva, es útil para envolver a los estudiantes en la discusión y para ilustrar principios, alcance de las instituciones, etc.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

APENDICE

FINES Y OBJETIVOS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO*

La Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico se dedica principalmente a contribuir a la conservación, mejoramiento y transmisión del Derecho en Puerto Rico mediante gestiones académicas propias, en armonía con los valores y principios democráticos y los más avanzados conceptos de la ciencia y práctica jurídicas, y segundo, a formar abogados y juristas competentes con clara conciencia de su responsabilidad social, profesional y ética. Asimismo aspira a preparar forjadores de la política pública del Estado que propugnen el cambio social mediante el Derecho.

En particular la facultad entiende que sus tareas y funciones principales son:

(a) Lograr la más adecuada formación intelectual y profesional de sus estudiantes.

El estudiante y graduado de esta facultad debe ser capaz de manejar datos y conceptos en forma creadora y socialmente responsable para resolver cualquier problema jurídico que se le presente. Debe poseer y saber usar los conocimientos necesarios y propios de un abogado que le permitan desenvolverse expedita y eficazmente. Para alcanzar este fin debe estar dotado de las siguientes actitudes, conocimientos y destrezas.

1. *Actitud crítica*

Debe, ante todo, esforzarse por descubrir la verdad y para ello debe ser capaz de razonar lógicamente, de descubrir falacias o irrelevancias en los argumentos que se le enfrenten, de entender situaciones que envuelven múltiples elementos, sabiendo clasificarlos, organizarlos y sintetizarlos. Debe ser capaz de realizar un riguroso análisis de cualquier situación legal y de cualquier decisión judicial, pieza legislativa u orden administrativo y, debe saber deslindar todos los elementos que las componen y distinguir la relativa importancia y efecto de cada una de ellas. Pero esto es sólo un aspecto de la actitud crítica. Estas habilidades por sí solas son insuficientes para lidiar con los problemas jurídicos. El abogado debe poseer conocimientos y perspectivas desde los cuales pueda llevar a cabo el análisis-síntesis crítico de los problemas. Las destrezas antes mencionadas no operan en el vacío. Por sí solas no tienen sentido, pues sólo son formas sin contenido, medios que necesitan dirección y un contexto específico donde habrán de emplearse. Como trasfondo propio para la operación de estas destrezas el graduado de la facultad debe poseer otros conocimientos y habilidades.

2. *Visión ético-filosófica del Derecho y la abogacía.*

Necesita entender plenamente la naturaleza de su sociedad y, en general, la naturaleza de los procesos sociales para que pueda ubicar el Derecho en su lugar propio dentro del cuadro total de la realidad humana. En particular, debe concebir el Derecho como un producto social y como un factor formativo de la sociedad. Debe, además, conocer el dinamismo propio del Derecho, su lógica interna, su vida e historia.

Como parte de esta visión global del Derecho el abogado debe conocer y comprender cabalmente la historia del Derecho y la organización de su profesión, su rol social, las normas de conducta profesional y las razones que justifican dichas normas. En particular, debe creársele conciencia al estudiante de la seria responsabilidad social que gravita sobre el abogado en vista de la importante misión que desempeña la profesión en la comunidad.

3. *Entendimiento cabal de los procesos jurídicos fundamentales.*

Debe conocer a fondo la dinámica de los procesos legislativos, judiciales, y administrativos. Esto significa no sólo dominar la técnica sino también entender los elementos que integran el proceso decisional. Gran parte de este entendimiento debe adquirirse en la educación prejurídica, pero a la Facultad del Derecho le compete reforzarlo y extenderlo.

4. *Conocimiento de Derecho positivo.*

El graduado de nuestra facultad debe poseer

(*) *Boletín Informativo.* **Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico, 1982-83/1984-85, pp. 14-17.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

una visión integrada de la estructura del ordenamiento jurídico incluyendo el conocimiento cabal de las instituciones, conceptos y problemas básicos de sus principales áreas. En estas áreas principales pueden establecerse dos grupos: aquéllas que constituyen el grueso de la práctica tradicional de la profesión; por ejemplo, el derecho procesal y sustantivo que designamos Derecho de Familia, Penal, Daños y Perjuicios, Obligaciones y Contratos, Mercantil, Hipotecario, etc., y aquellas otras áreas más íntimamente relacionadas con el cambio social en Puerto Rico —Derecho Constitucional, Administrativo y Laboral; Urbanismo y Planificación y derechos civiles y de la mujer—. El ideal sería lograr que todo estudiante de Derecho llegara a conocer profundamente todas las áreas del Derecho, pero esto es de difícil consecución por razones obvias. Por tanto, la facultad debe al menos ofrecer cursos y seminarios en todos los campos del Derecho y permitir que el estudiante discrecionalmente realice estudios intensos en las áreas que más le interesan.

5. *Conocimiento sobre el trasfondo y desarrollo del Derecho positivo.*

No debe conocer el derecho positivo de manera meramente conceptual, como si se tratase de algo estático que exista fija e inmutablemente. El derecho positivo debe ser aprendido en todo el dinamismo de su realidad como un producto social y un instrumento para la consecución de fines sociales deseables. Por eso debe el estudiante poseer un entendimiento adecuado de las consideraciones subyacentes y premisas tácitas que informan las normas básicas de derecho positivo en cada una de las principales áreas del Derecho. Es decir, debe conocer su origen y desarrollo histórico y las fuerzas socio-económicas a que responden.

Además, debe el estudiante tener a la mano los datos que le permitan reflexionar sobre la probable configuración del derecho positivo futuro, señalándole las nuevas tendencias que se van arraigando en cada área específica y el desarrollo y los acontecimientos anticipables en las mismas. Estas indicaciones, al igual que la presentación del Derecho positivo vigente, deben ir acompañadas por una crítica valorativa que tenga en cuenta el debe ser del Derecho. Debe sometérsele al estudiante una exégesis del derecho vigente que indique las deficiencias del mismo y lo que es necesario hacer para mejorarlo.

Parte esencial de la tarea de dotar a los estudiantes de Derecho con estos conocimientos es adiestrarlos en el estudio comparado e interdisciplinario del Derecho. El examen de los materiales antes mencionados debe hacerse desde la perspectiva del Derecho comparado y en conjunción con los factores históricos, económicos, sociológicos, políticos, filosóficos y psicológicos que sean pertinentes.

6. *Conocimiento cabal de las fuentes bibliográficas, métodos y técnicas de investigación.*

Debe saber encontrar las normas vigentes relativas a cualquier problema legal y saber cómo y dónde adquirir conocimientos especializados de los aspectos extrajurídicos de cada problema. El estudiante de Derecho debe no sólo saber manejar materiales bibliográficos, sino también dominar cabalmente el proceso de investigación. Se subrayará la metodología investigativa jurídica, pero también se estudiarán los principios generales de la investigación en otras ramas del saber.

7. *Dominio de la expresión oral y escrita.*

El estudiante de Derecho —tanto como el abogado— debe expresarse generalmente con corrección, precisión y claridad y muy especialmente en el desempeño de sus funciones estrictamente jurídicas. El estudiante debe aprender a redactar los documentos necesarios a la práctica profesional y a argumentar con persuasión y efectividad, oralmente y por escrito. Debe, además, adquirir alguna experiencia del interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos, la selección de jurados y las entrevistas con clientes.

b) Fomentar el crecimiento del Derecho puertorriqueño y del Derecho general.

La Facultad de Derecho en sus esfuerzos individuales y colectivos debe desplegar una iniciativa continua en la reforma del Derecho puertorriqueño estimulando y fomentando la investigación y estudio de problemas sociales de importancia que puedan resolverse efectivamente por medio del Derecho. Profesores y estudiantes deben participar en aquellas actividades pensantes de la sociedad de donde emanan las principales decisiones de política pública que afectan el país, forjando y orientando el cambio socio-jurídico de la comunidad.

También debe ocuparse la Facultad de tareas más íntimamente relacionadas con la erudición y docencia jurídicas: la preparación de materiales adecuados de instrucción, la investigación de la historia del Derecho, el análisis de la legislación

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y jurisprudencia recientes, y otras labores similares. Debe especialmente estimular el desarrollo del Derecho comparado aprovechando las ventajosas circunstancias de Puerto Rico, donde coinciden el Derecho Civil y Derecho Angloestadounidense y los problemas que ello ha causado.

La Facultad de Derecho se preocupa por descubrir los estudiantes que están especialmente motivados y capacitados para hacer del Derecho su interés vital principal y alentarlos a seguir ese derrotero facilitándoles la tarea de continuar estudios postgraduados.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS DE CAPITAL EN COSTA RICA

Lic. Jorge Guardia Quirós*
Lic. Francisco Ramírez**

INDICE

Pág.

I. Introducción 126
II. Planteamiento teórico 126
1. Ganancias y pérdidas de capital 126
III. Distinción de mercados. 128
IV. Las ganancias y pérdidas de capital en el derecho costarricense. 128
a. Hecho generador 128
b. Tarifa 129
c. Fecha de realización y de pago. 129
d. Imponible 129
d.1) Bienes inmuebles. 129
i. Precio de enajenación. 130
ii. Costo 130
d.2) Bienes muebles 130
d.3) Traspaso de acciones 130
e. Compensación de pérdidas de capital. 131
V. Casos especiales. 133
1. Casa de habitación. 133
2. Cambio de activos depreciables por otros semejantes 133
3. Disposición involuntaria de activos 133
4. Trueque. 133
5. Condonación de deudas 133
6. Quiebra o insolvencia 133
7. Donaciones 134
8. Valores exentos. 134

* El Lic. Jorge Guardia Quirós es miembro del Bufete Daremblum, y Profesor de Derecho Tributario en la Universidad de Costa Rica y la U.A.C.A.

** El Lic. Francisco Ramírez es Contador Público Autorizado, y funcionario de la Peat, Marwich, Mitchell & Co.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

I. INTRODUCCION

El gravamen a la plusvalía, como informalmente se denomina al impuesto sobre las ganancias de capital, ha suscitado vivas controversias en el Foro Nacional. La polémica discurre desde las concepciones filosóficas en torno a la equidad y justicia tributaria, descendiendo sobre los obstáculos económicos a la transferencia de bienes y la movibilidad de los recursos productivos (eficiencia económica), hasta ubicarse en los campos más pedestres de la complejidad administrativa vs. la recaudación fiscal.

Para quienes tomaron la decisión de elaborar y tramitar el proyecto de ley el conflicto consistía en tratar de equilibrar cuatro criterios excluyentes: equidad, recaudación fiscal, incentivos a la inversión y obstáculos al mercadeo de activos de capital Mientras que el criterio fiscalista recomendaba el establecimiento de un alto gravamen a las ganancias de capital para incrementar los ingresos, los últimos dos criterios aconsejaban lo contrario dados los efectos económicos que tal concepción acarrearía a la economía nacional. No era recomendable gravar las ganancias de capital con la tarifa que se aplica a los ingresos ordinarios ni tampoco dejarlos como se encontraban. Pero, ¿es apropiada desde el punto de vista fiscal y a la vez equitativa una tarifa del 15 por ciento? (En Estados Unidos los impuestos a las ganancias de capital producen únicamente un 3,7 por ciento de los ingresos tributarios totales; en Costa Rica es posible que los ingresos no sean muy significativos debido a la sustitución del gravamen a las transferencias de bienes inmuebles por el de las ganancias de capital).

Los teóricos fiscalistas argumentan que el principio de la capacidad de pago exige que las ganancias de capital *realizadas* por un individuo en un período fiscal se incluyan en su ingreso bruto y se sometan a la tarifa ordinaria. Para ellos, por ejemplo, ₡ 100.000 obtenidos de ganancia por la realización de un activo de capital confiere a un contribuyente el mismo poder de compra y la misma posibilidad de consumo o inversión que ₡ 100.000 percibidos como ingresos salariales u ordinarios. Sin embargo, algunos responden a este argumento diciendo que no es igual solicitar una contribución de un 50 por ciento sobre la ganancia por la venta de la casa de habitación familiar (₡ 50.000 en el ejemplo anterior) que el mismo 50 por ciento por los ingresos que mensualmente recibe un ejecutivo. El sacrificio que haría el primero, por una ganancia ocasional, no sería cualitativamente comparable con el de quien recibe esa suma normalmente.

El desincentivo para la inversión, en especial sobre títulos valores (acciones), se esgrime a menudo como argumento en contra del impuesto. Se afirma también que el gravamen inmobiliza el traspaso de activos, por lo que influye negativamente en la asignación de los recursos productivos. Los fiscalistas, por su parte, afirman lo contrario, por lo que la polémica ha alcanzado el carácter de inagotable. No es posible determinar con exactitud quiénes tienen mayor o menor grado de razón. Lo que no admite duda alguna es que el impuesto a las ganancias de capital llegó a nuestro país para quedarse, incorporándose al derecho positivo como una reforma al artículo 7 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

El presente ensayo tiene el propósito de analizar la legislación recientemente aprobada, aportando las correspondientes explicaciones y algunas ilustraciones.

II. PLANTEAMIENTO TEORICO:

1. Ganancias y pérdidas de capital.

Seltzer define las ganancias de capital como "las realizadas por el incremento en el valor de mercado de activos que no son parte del negocio usual del dueño y que él normalmente no ofrece a la venta. Pérdidas de capital, por el contrario, provienen del declive en el valor de mercado de esos bienes".[1]

Tres elementos son importantes en esa definición:

1) Las pérdidas o ganancias deben ser *realizadas,* es decir debe mediar una traslación a cualquier

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

título del bien de capital. En consecuencia, no son gravables como ganancias de capital las revaluaciones de activos hechas por el propietario o la Administración Tributaria. Tampoco el aumento o declive en el valor de mercado de un activo, aunque dicha fluctuación se refleje en los libros de contabilidad de la empresa.

2) Los activos cuya disposición es objeto del impuesto deben ser *bienes de capital.* Es decir, que no formen parte del negocio usual del propietario y que no estén dispuestos para la venta.

En el caso de activos de una persona física cuya única fuente de ingresos constituye los sueldos y salarios, la distinción resulta clara, si dispone a cualquier título de una casa, un vehículo o cualquier otro bien de capital de su propiedad, como acciones o títulos valores, etc. Sin embargo, el caso puede ser más complejo en las sociedades o personas con actividades lucrativas, en las que a veces resulta imprecisa la distinción de lo que constituye el negocio usual o lo que es lo mismo el giro normal. Recurrir a lo que establece la escritura constitutiva, resulta insuficiente para estos efectos, por lo que cada caso debe analizarse a la luz de los hechos. El ejemplo clásico lo tenemos en la venta de bienes que usualmente son de capital, como es el loteo, en el que para las urbanizadoras, el ingreso es renta corriente, por tratarse de su negocio usual. Pueden existir casos en donde resulta difícil determinar si el ingreso es de origen ordinario o de capital.

En la vida económica de las empresas pueden haber cambios en la actividad o giro ordinario y pueden presentarse también situaciones en que se combinen esporádicamente otras actividades de orden especulativo, efectuadas con el propósito de obtener utilidades, pero que se apartan del giro normal del negocio. Así por ejemplo, una empresa que se dedica a la venta de muebles, puede encontrar útil invertir un exceso de liquidez en títulos valores o acciones de otras empresas, si estima que tales títulos podrían subir de precio en el mercado de valores o que la tasa de interés subirá, pudiendo vender tales títulos a un precio que incluya una "prima". ¿Por qué excluir tales transacciones del impuesto ordinario si el móvil ha sido obtener ingresos; móvil que no se diferenciaría del existente en la confección y venta de muebles? El *propósito* de la compra y venta de un activo que no forma parte del negocio usual de la empresa, podría ser determinante para identificar si la ganancia o pérdida eventual se clasifica como de capital u ordinaria. La importancia de dicha clasificación reside, lógicamente, en la diferencia de escalas gravables aplicables a unas y otras.

Por tales razones, es que es indispensable que la legislación regule claramente el aspecto de la intención o móvil en la adquisición y venta de bienes de capital, de una manera objetiva y pragmática.

Las legislaciones de algunos países, como la norteamericana y la sueca, contemplan casos extremos; la mayoría de las legislaciones europeas contemplan casos intermedios. En los Estados Unidos la venta de un bien de capital en un período menor anterior a los seis meses de su adquisición da origen a ganancias o pérdidas ordinarias. La razón es que del corto período de tenencia se presume que el móvil fue adquirir el móvil no como inversión permanente para originar ingresos, sino más bien como un acto especulativo para obtener una utilidad. Por el contrario, si la venta del bien se efectúa con posterioridad a esos seis meses, resulta más claro que el propósito no era especulativo, y se le confiere el tratamiento de ganancias de capital, con una tasa más reducida. Suecia, con un criterio más fiscalista, establece períodos mínimos de tenencia de 10 años para bienes inmuebles y 5 para muebles. Así, si se vende un bien adquirido antes de esos períodos, la ganancia será ordinaria y no de capital.

3) El tercer elemento en la definición de Seltzer es el incremento o disminución en el valor de mercado de los bienes realizados. Ello implica, teóricamente, la comparación de dos valores de mercado: el existente a la fecha de adquisición y el correspondiente a la fecha de la venta. No es, en consecuencia, el precio realmente pagado (compra) o cobrado (venta), ni siquiera el establecido en el contrato (que puede ser inferior al precio real) o el declarado a la Administración Tributaria el relevante, sino el valor real de mercado (con excepción, quizás, del caso en que se enajena el bien a un precio superior al de mercado, en cuyo caso el vendedor sí estaría sujeto a ganancias de capital por la totalidad). Se disipan así las falsas expectativas de quienes venden por un precio y establecen en el contrato otro inferior, con el objeto de evadir el impuesto.

Aparte de lo anterior, hay algunas interrogantes difíciles de responder para el jurista: ¿Qué es el valor de mercado? ¿Quién lo determina y por qué

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

medios? ¿En una economía imperfecta y fraccionada hay un solo valor de mercado, uniforme y representativo para el bien en cuestión? ¿Existen técnicas o principios financieros que deba tomar en consideración el Derecho para establecer el valor de mercado? ¿Es suficiente para el abogado litigante limitarse a solicitar al juez el avalúo de un perito? Estas y otras preguntas deberían ser, necesariamente, objeto de un ensayo separado pero complementario del actual.

III. DISTINCION DE MERCADOS

Seltzer propone una distinción adicional: *las ganancias ordinarias* son las que obtiene un contribuyente que adquiere un bien (o sus partes componentes, insumos etc.) en un mercado, lo transforma total o parcialmente (le agrega valor) y lo vende en otro mercado distinto, en cantidades diferentes, en forma distinta, en otra estación o en otro lugar. Incluye desde la adquisición de inventarios al por mayor para venderlos al por menor, hasta la producción de un bien mediante la combinación de distintos factores de la producción. La distinción estaría entre la adquisición de bienes finales o la adquisición de bienes en el mercado de mayoreo, para colocarlos al detalle.

Las ganancias o pérdidas de capital, por el contrario, se producen por la venta de un bien a un precio distinto del costo en el mismo mercado en que fue adquirido. Por ejemplo, distinto es que una empresa adquiera un lote en el mercado de bienes raíces para ampliar su fábrica y posteriormente lo venda en ese mismo mercado porque decide no ampliarla, a que lo urbanice y lo venda para construcción de casas de habitación. En este último caso, el producto sufre una transformación semejante a la del proceso productivo de un bien cualquiera.

La distinción de mercados es útil, para comprender la diferente naturaleza de las transacciones de capital y ordinarias. Sin embargo no es perfecta, por lo que no debe ser interpretada rígidamente. No es suficiente, por ejemplo, para clarificar el motivo o la intención en las transacciones antes aludidas.

IV. LAS GANANCIAS Y PERDIDAS DE CAPITAL EN EL DERECHO COSTARRICENSE

En el anexo se transcriben el artículo 7 de la Ley de Impuesto sobre la Renta y los artículos correspondientes del Reglamento, en donde establece el impuesto a las ganancias de capital. Los rasgos esenciales del gravamen son los siguientes:

a) Hecho generador

A las ganancias de capital, como a los demás tributos, es aplicable el título IV del Código Tributario relativo al hecho generador. El artículo 31 del Código define el hecho generador como "el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación". En el caso que nos ocupa el hecho generador es complejo, pues para que nazca la obligación de pagar el tributo, conforme a la ley vigente, deben haberse materializado una serie de situaciones de hecho interrelacionadas.

No es suficiente que se produzca "el traspaso de un bien mueble o inmueble" para que nazca la obligación. Dichos bienes muebles o inmuebles deben ser bienes de capital y no ordinarios; siempre que al acto de traspaso de tales bienes no constituyan profesión habitual de la persona o empresa enajenante. El reglamento define la habitualidad así:

Además, debe haberse producido en un período determinado una ganancia definida como la diferencia entre el valor de mercado y el costo actualizado del bien. El hecho generador solo puede establecerse, en definitiva, a la luz de la mecánica del gravamen.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

b) Tarifa:

Las ganancias de capital están sujetas a un gravamen único y definitivo del 15% de la ganancia obtenida, una vez compensadas todas las pérdidas de capital que el mismo contribuyente obtenga durante el período gravable. No es correcto afirmar que toda ganancia de capital está sujeta a un impuesto del 15%. Lo que existe en realidad es un impuesto uniforme del 15% sobre las ganancias netas de capital durante el período. Es posible, en consecuencia, que la venta de un bien no dé origen a ningún impuesto si el mismo contribuyente obtiene otras pérdidas en el período o reinvierte en un bien similar, lo cual implica que en cierta forma el hecho generador es condicionado. De aquí se desprende que en buena medida el momento en que se pague y el monto del gravamen, dependerán del mismo contribuyente. Como la decisión de vender depende en parte del contribuyente, pueden planearse las ventas de ciertos activos con ganancias en momento en que se realicen pérdidas de otros activos de capital para reducir o eliminar el impuesto. La planificación tributaria de los negocios es una exigencia cada vez más real en la vida comercial.

c) Fecha de realización y de pago:

Aunque la ley dispone que el hecho generador ocurre en la fecha en que se realiza el traspaso, el pago no se efectúa sino al final del ejercicio fiscal, dentro del mismo término establecido para el impuesto ordinario sobre la renta.

La liquidación de las ganancias y pérdidas de capital para el período 83-84 incluirá únicamente las realizadas a partir del 30 de marzo de 1984 y hasta el 30 de setiembre de este año. Cualquier ganancia o pérdida anterior deberá estar excluida de la liquidación.

¿Qué se entiende por "fecha del traspaso"? En nuestra opinión ésta no debe interpretarse como la fecha de presentación del documento de traspaso al Registro Nacional (propiedad inmobiliaria, vehículos, naves, prendas) que coincide con el pago del gravamen sobre el traspaso de bienes, sino que deben aplicarse las reglas del derecho común para saber en qué momento ocurre el traslado del dominio. Cuando hay acuerdo entre cosa y precio comienza a generarse el hecho generador (hecho complejo) que dará origen al nacimiento de la obligación tributaria. La inscripción en el registro correspondiente afecta a terceros, pero no puede interpretarse al Estado (Administración Tributaria) como un tercero en la relación jurídica tributaria que nace a partir del "traspaso". Interpretamos así "traspaso" como traspaso de dominio, y no como el trámite de inscripción, o pago, que puede ser posterior al acuerdo entre cosa y precio. Debe recordarse que el "traspaso" se aplica por igual a bienes muebles e inmuebles, y muchos de los segundos no son inscribibles en ningún registro.

En buena teoría contable, por otra parte, el traspaso de un bien (activo) debe reflejarse en los libros de contabilidad desde que hubo acuerdo entre cosa y precio, y no a partir de la fecha de inscripción o pago. Desde el punto de vista del gravamen a las ganancias de capital la forma o fecha de pago es irrelevante. Puede venderse un bien a plazo, pero el gravamen se origina y debe pagarse en el período fiscal en que se originó el traspaso, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento. Así, el corte fiscal se hace el 30 de setiembre cada año, la declaración debe presentarse antes del 30 de noviembre y el pago efectuarse antes del 31 de diciembre del mismo año. El hecho generador en el caso de transferencias testamentarias o abintestato es la fecha en que la autoridad competente ordena la adjudicación de los bienes, lo cual es relevante para determinar el período fiscal en que se afecta, independientemente de la fecha en que se inscriben los bienes y debe pagarse el tributo cuando se paga el impuesto sobre la renta de la sucesión.

d) Imponible:

Lo que la ley llama "base de imposición" es en realidad el imponible, y se calcula en forma diferente para los bienes inmuebles y muebles.

d.1) Bienes inmuebles:

A diferencia de la concepción teórica de Seltzer, o de la legislación de otros países, el imponible en el derecho costarricense se obtiene de la diferencia entre el precio de enajenación y el valor registrado en la Dirección General de la Tributación Directa, para efectos del impuesto territorial, más las mejoras (presumiblemente si no han sido tomadas en consideración por la Tributación Directa para efectos del valor anterior) y los gastos del traspaso, así como impuestos y cargas sobre el traspaso (se presume que tales gastos no deberían ser deducibles de la renta bruta ordinaria del contribuyente).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

i) Precio de enajenación:

Este precio de enajenación o de transferencia será el normal de mercado, que podrá ser determinado por Tributación Directa o bien, en su caso, el efectivamente satisfecho si este fuera mayor. No podrá ser inferior al valor de mercado que determine la Dirección cuando lo estime pertinente.

Así, las partes contratantes que con el objeto de burlar el impuesto declarasen un precio menor, corren el riesgo de sufrir una recalificación por parte de la Administración, conforme a los procedimientos establecidos en el Código Tributario.

ii) Costo:

El valor a considerar como base de costo propiamente dicha, será el registrado para efectos del impuesto territorial. Este costo puede expresarse en colones de valor actualizado mediante el índice de precios suministrado por el Banco Central de Costa Rica, pudiendo la Dirección verificar ese cálculo.

El valor registrado que se debe considerar para la aplicación de dicho índice, es aquel que no haya sido variado en los últimos doce meses anteriores a la fecha de traspaso.

d.2) Bienes muebles:

Como estos bienes no están sujetos al pago de impuestos permanentes por su tenencia, las reglas para determinar la base del costo difieren. La ley establece que el imponible es la diferencia entre el precio de enajenación y el costo (valor real), ajustado este último por la depreciación acumulada, pero expresado en colones constantes conforme a la regla de ajuste monetario aplicables al traspaso de bienes inmuebles, es decir, ajustando el costo de la base por la inflación ocurrida desde la fecha de adquisición del bien hasta la fecha del traspaso. También se agrega al costo el importe de los gastos del traspaso (los que, de acuerdo con lo indicado, no podrían deducir de la renta bruta, por no ser gastos necesarios para producir ingreso ordinario, sino ingreso de capital).

Debe hacerse la salvedad, conforme al derecho positivo costarricense, que las pérdidas o ganancias por la realización de bienes muebles depreciables, no serán pérdidas ni ganancias de capital, sino de ingreso ordinario, según lo estipulado en el inciso 5), artículo 8 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. El Reglamento, por su parte, excluye del gravamen sobre las ganancias de capital a las obtenidas por la venta de activos fijos depreciables, y sujeta la ganancia a un aumento al impuesto ordinario sobre la renta. Esta disposición, sin embargo, es discutible.

d.3) Traspaso de acciones:

En el caso de venta de acciones de sociedades domiciliadas en Costa Rica, el imponible se establece por la diferencia entre el costo de la acción (no necesariamente su valor facial) y el precio de venta, expresado dicho costo también en colones actuales. El procedimiento es simple: se toma el índice de precios correspondiente al mes en que se realizó el traspaso (véase cuadro de COUNSEL), y se divide entre el índice correspondiente al mes y año en que se adquirió el bien, y el cociente es el índice de la inflación acumulada. Para expresar el costo en colones actuales se multiplica la base ajustada por uno más el índice de inflación acumulada. El resultado será la base total de costo que se compara con el precio de mercado para establecer el imponible. Al imponible se le aplica la tarifa del impuesto, en caso de que no haya ninguna otra pérdida o ganancia de capital.

Para el traspaso de acciones de sociedades existe una presunción juris tantum importante: el precio de venta no podrá ser inferior al valor en libros, entendiéndose por tal la relación entre el patrimonio y el número de acciones suscritas y pagadas. Lo importante es que el patrimonio es usualmente mayor que el capital, porque incluye utilidades retenidas, revaluaciones de activos y otras reservas. Así, el precio de venta no coincidirá necesariamente con el valor facial de la acción. Este último equivale al capital (no al patrimonio) dividido entre el número de acciones.

Mediante el mecanismo anterior se trata de recuperar el impuesto a los dividendos, también del 15%, no pagado por los socios por no haber sido distribuidos. Habría obviamente un beneficio al no distribuir dividendos pues el impuesto se pospondría hasta la fecha del traspaso de las acciones, aunque posteriormente se recobre el impuesto por medio del gravamen a las ganancias de capital. Pero el accionista podría escapar de todo el impuesto si el patrimonio de la empresa se reduce posteriormente por pérdidas de operación o de capital.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Todo traspaso de acciones deberá ser comunicado a la Administración Tributaria dentro de diez días siguientes al traspaso, junto con toda la información relevante. Si la empresa no cumpliere con ese deber, se haría acreedora de las sanciones que para tales casos prevé el Código Tributario.

Habría que examinar con mayor detalle, por otra parte, los efectos que para otros tributos como el de sucesiones tendría la no comunicación del traspaso (véase artículo 57 del Reglamento).

e) Compensación de pérdidas de capital:

Las pérdidas de capital se calculan en la misma forma que las ganancias de capital. Debe tratarse de un bien de capital y que su traspaso no constituya profesión habitual de la persona o empresa enajenante, cuya base de costo se ajusta según se trate de un bien mueble o inmueble, conforme a las reglas de ajuste anteriores. El precio de enajenación se ajusta utilizando también las reglas anteriores, obteniéndose una suma negativa equivalente a la pérdida de capital (imponible negativo).

El cálculo del impuesto definitivo se efectúa así: se suman todas las ganancias de capital (imponibles por la venta de bienes de capital). Luego se adicionan todas las pérdidas de capital (irnponibles negativos). A la suma de imponibles se resta la de pérdidas de capital, estableciéndose la ganancia definitiva del período o la pérdida correspondiente. Si el imponible es positivo, se le aplica el 15%, obteniéndose así el gravamen definitivo a pagar en ese período fiscal y si hay pérdidas, se transforma esa suma en un crédito a razón del 15%. Dicho crédito se puede compensar con otros impuestos a pagar por el contribuyente. Si no puede ser compensado por no adeudar el contribuyente otros impuestos, al crédito se aplicarán los artículos 45 a 48 del Código Tributario.

Costa Rica: INDICE DE PRECIOS AL POR MAYOR (mensual)
(Base: 1978=100)

Meses	1980		1981		1982		1983		1984	
	% Camb. Mensual	Valor Indice	% Camb. Mensual	Valor Indice	% Camb. Mensual	Valor Indice	% Camb. Mensual	Valor Indice	% Camb. Mensual	Valor Indice
Enero	3.63	133.34	12.48	172.66	9.08	363.65	2.77	613.61	2.12	645.68
Febrero	1.32	135.10	3.60	178.87	5.60	384.10	0.08	614.11	0.45	648.57
Marzo	3.20	139.42	3.95	185.94	7.15	411.57	0.27	615.79	0.80	653.78
Abril	0.36	139.92	8.03	200.88	4.99	432.11	0.87	621.13	0.55	657.41
Mayo	0.31	140.35	9.26	219.48	5.53	456.00	0.68	625.37		
Junio	1.53	142.50	3.55	227.27	2.63	467.99	0.31	623.42		
Julio	0.80	143.64	3.27	234.71	13.59	531.61	0.51	626.58		
Agosto	1.52	145.82	3.28	242.41	4.18	553.84	0.24	625.07		
Setiembre	1.19	147.56	4.00	252.13	3.11	571.04	0.08	625.58		
Octubre	1.52	149.80	12.72	284.21	1.29	578.43	0.88	631.06		
Noviembre	1.63	152.24	11.22	316.09	0.89	583.56	0.05	630.74		
Diciembre	0.83	153.50	5.47	333.38	2.32	597.09	0.24	632.27		
Var. anual (dic. a dic.)		19.3%		117.2%		79.1%		5.9%		

Fuente: Banco Central de Costa Rica y COUNSEL.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBAN"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

V. CASOS ESPECIALES:

1. Casa de habitación:

Las ganancias por la venta de la casa de habitación "cuyo monto imponible no exceda de ₡ 100.000" no están sujetas al gravamen.

El monto imponible a que se refiere la ley no es el monto registrado para efectos del impuesto territorial. Es decir, los ₡ 100.000 se refieren al imponible sujeto a las ganancias de capital.

2. Cambio de activos depreciables por otros semejantes:

La ley también exime del impuesto las ganancias obtenidas por la venta de activos depreciables, incluyendo la casa de habitación con todo y terreno (único caso de venta de terreno), cuando el vendedor invierte el producto de la venta en otro activo con otro similar (SEMEJANTE) dentro de los 6 meses subsiguientes a la fecha del traspaso. Si un individuo vende su casa de habitación cuya base tributaria ajustada es ₡ 1.000.000,00 por ₡ 3.000.000,00 y compra otra casa de habitación en ₡ 4.000.000,00, los ₡ 2.000.000,00 de ganancia de capital estarían excluidos del impuesto (el impuesto hubiera sido ₡ 300.000,00). Pero ¿qué sucedería si el contribuyente, en vez de invertir todo el producto de la venta de la primera en una segunda habitación compra otra más barata, por ₡ 2.000.000,00? ¿Estarían los ₡ 2.000.000,00 de ganancias de capital totalmente exentos del impuesto o sólo una parte proporcional? ¿Qué sucede si el término de 6 meses ocurre entre períodos fiscales distintos? ¿Qué sucede si el contribuyente vende su casa de habitación y adquiere otra para ser usada como habitación, oficina y además su mujer instala un salón de belleza en el garaje? ¿Cuál sería el tratamiento aplicable si el contribuyente cambia su habitación por otra, pero luego de un tiempo (antes del período de prescripción) se aburre de la segunda, y en vez de vivir en ella, la alquila a un tercero? Situaciones como éstas, obviamente, tendrán que ser resueltas en modificaciones futuras al Reglamento o por la jurisprudencia.

3. Disposición involuntaria de activos:

¿Se aplica el gravamen a la disposición de activos por orden judicial? Obviamente. La Ley es clara al indicar que se aplica el impuesto por la transferencia a cualquier título. Pero, ¿obtiene una pérdida de capital el deudor si en el remate se adjudica el bien por menos de la base y menos del valor real de mercado? ¿Podría rechazar Tributación la declaratoria de pérdida de capital argumentando que el valor de mercado era superior al de la venta judicial? ¿Cuál sería la base de costo que adquiriría el comprador: el precio pagado o el valor real?

4. Trueque:

¿Hay ganancias o pérdidas de capital en caso de trueque de activos?

La respuesta depende del valor de mercado de cada activo y desde luego de la base de costo ajustado para cada contribuyente. El hecho de intercambiar un bien por otro, sin que ninguna de las partes entregue efectivo u otro bien adicional, no exime del gravamen. La Administración Tributaria podría ajustar el valor de mercado conforme a las reglas de mercado.

5. Condonación de deudas:

¿Cuál es la base de costo en un contrato de compraventa en virtud del cual se condona una deuda como parte del precio? ¿La base para el adquirente debe incluir el monto de la deuda además de la suma pagada?

6. Quiebra o insolvencia:

¿Están sujetos los bienes de la quiebra al impuesto en caso de venta a terceros o distribución a los acreedores? Nuestra opinión es que sí, aplicándose las reglas anteriores sobre ajuste de la base y valor de mercado a cada activo de capital separadamente. Esto reduciría, obviamente, el monto total a distribuir, y habría que tener el cuidado de que los impuestos de capital los asuma la masa equitativamente, y no los acreedores que reciben pago en especie. Este es uno de los campos en que el reglamento debe señalar pautas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

7. Donaciones:

Ya hemos visto que el donante está sujeto al gravamen. Pero, ¿cuál es la base que adquiere en el bien el donatario? De acuerdo con la ley sería la base del costo. Si éste es cero, esa sería su base. Al momento de la venta del bien por el donatario, la totalidad del precio recibido (o valor de mercado) estaría sujeta al impuesto.

8. Valores exentos:

La disposición de títulos valores (cuyo interés está exento de impuesto de renta) por un precio superior al costo, está aparentemente sujeta al impuesto sobre las ganancias de capital (salvo que la Tributación Directa interprete ampliativamente y disponga lo contrario). La ganancia de capital podría ocurrir al bajarse la tasa de interés, y proceder el tenedor a la venta del título. Algunos, no obstante, podrían alegar que la "prima" recibida por el título refleja el valor presente de ingreso ordinario futuro y por lo tanto se regiría por las reglas del impuesto de renta: exento si es un título de una institución exenta por la ley o gravable como disponga la ley de renta (5% ó 15%) según el caso.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

APENDICE

LEY No. 6952

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

Decreta:

Artículo 1.—Agrégase un inciso 9) al artículo 6 y modifícanse los artículos 7, 13 y 14 inciso 1), de la Ley de Impuesto sobre la Renta, número 837 del 20 de diciembre de 1946 y sus reformas, cuyos textos dirán así: *

"Artículo 6.—. . .

9) En las revaluaciones de activos fijos, tratándose de activos fijos depreciables, el valor de la revaluación no podrá exceder de aquel registrado para los efectos del pago de impuesto territorial. La revaluación será considerada para efectos de establecer las cuotas de las correspondientes depreciaciones".

"Artículo 7.—Ganancias y pérdidas de capital.

Las ganancias de capital, obtenidas por el traspaso, a cualquier título, de bienes inmuebles o muebles, están sujetas al pago de un impuesto único y definitivo del quince por ciento (15%). Para estos fines, se entiende que existe ganancia de capital cuando una persona física o jurídica, domiciliada en Costa Rica, dispone de los bienes indicados precedentemente, sin que tales actos constituyan su profesión habitual, de acuerdo con lo que sobre el particular disponga el Reglamento.

El hecho generador del impuesto ocurre en la fecha en que se realiza el traspaso, que para las transferencias testamentarias o abintestato es la fecha en que la autoridad competente ordena la adjudicación de los bienes sucesorios. La base de imposición de las ganancias de capital se determinará así:

a) Tratándose de bienes inmuebles, es la diferencia entre el precio de enajenación y el valor del avalúo registrado para los fines del pago del impuesto territorial. A dicho avalúo se adicionará el importe de las mejoras efectuadas por el enajenante, así como los gastos en que éste haya incurrido con motivo del traspaso, con inclusión de los impuestos y tasas que recaigan sobre la transferencia, siempre que todos ellos estén respaldados por comprobantes fehacientes. Cuando se trate de remates de fincas, por incumplimiento de obligaciones con los bancos del Sistema Bancario Nacional, se adicionarán al avalúo los intereses que tengan que liquidarse sobre tales obligaciones. Para estos efectos, el precio de enajenación en ningún caso será inferior al valor de mercado del bien, a la fecha del traspaso.

Salvo lo dispuesto en el transitorio I de esta Ley, los avalúos registrados en la Administración Tributaria que deben tomarse en cuenta son aquellos cuyo valor no haya sido modificado en los doce meses anteriores a la fecha del traspaso.

Dichos avalúos y sus mejoras deberán ajustarse utilizando el índice de precios que suministrará el Banco Central de Costa Rica al Ministerio de Hacienda, a fin de expresarlos en colones de valor actual, y considerando para tal efecto el periodo transcurrido desde la última valuación del activo hasta el momento en que se realiza el traspaso.

b) En el caso de bienes muebles, es la diferencia entre el precio de enajenación y el costo del bien a la fecha en que se efectúe el traspaso; este último depreciado, cuando corresponda, y expresado en colones de valor actualizado de acuerdo con las reglas establecidas en el inciso a) anterior. Al referido costo, respaldado por comprobantes fehacientes, se agregará el importe de los gastos o impuestos en que haya incurrido el enajenante para realizar la operación.

c) En el caso de traspasos de acciones de sociedades domiciliadas en Costa Rica, la ganancia de capital es la diferencia que resulte del precio de venta y el costo de la acción, expresada en colones actuales de acuerdo con las reglas establecidas en el inciso a) anterior. Para estos fines, se presume, salvo prueba en contrario, que el precio de venta en ningún caso podrá ser inferior al valor en libros, entendiéndose por éste la relación entre el monto del patrimonio total de la sociedad y el número de acciones suscritas y pagadas a la fecha del traspaso; mientras que el valor de costo será el que el accionista realmente haya pagado al momento de adquirir la acción.

Las sociedades de capital están obligadas a proporcionar a la Administración Tributaria, bajo juramento y dentro de los diez (10) días siguientes de registrado un traspaso de acciones, los nombres completos y los respectivos domicilios de los enajenantes y adquirentes, el número de acciones negociadas, la fecha de los traspasos y el correspondiente valor en libros de las acciones a la fecha de transferencia.

Cuando por motivo de la aplicación de las normas a que se refieren los incisos a) y b) anteriores, el enajenante obtenga una pérdida de capital, se deberá proceder de la manera siguiente:

1) La pérdida de capital debe compensarse con cualquier ganancia de capital obtenida en el periodo fiscal. Si después de la compensación aludida aún existiera saldo a favor del enajenante, su monto se transformará en un crédito de impuesto a razón del quince por ciento, (15%).

2) Si no pudiera hacerse compensación alguna, el crédito de impuesto que se origine se utilizará en la forma prevista en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

El veinte por ciento del impuesto a las ganancias de capital se destinará al fondo especial para el financiamiento de la educación superior universitaria estatal.

En casos de ganancias de capital, obtenidas por la transferencia de la casa de habitación o de otros activos depreciables, no se aplicará el impuesto a que se refiere este artículo, si el enajenante demuestra, a entera satisfacción de la Administración Tributaria, que su producto ha sido invertido en adquirir otra casa de habitación u otro activo depreciable semejante, dentro de los seis meses subsiguientes de realizado el traspaso de que se trate. Asimismo, no se gravarán las ganancias de capital originadas en la enajenación de casas de habitación, cuyo monto imponible no exceda de los cien mil colones (₡100.000,00).

La Administración Tributaria queda facultada para

---

*Texto parcial de la reforma.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

otorgar facilidades de pago por los impuestos de las ganancias de capital, cuando los contribuyentes demuestren, a su entera satisfacción, que no tienen liquidez para cubrir los impuestos determinados, conforme con las reglas de este artículo".

CAPITULO XV

Ganancias y pérdidas de capital

"Artículo 54.—Materia imponible de las ganancias de capital. Están sujetas a un impuesto, único y definitivo del quince por ciento (15%), las ganancias de capital obtenidas por el traspaso de cualquier título, de bienes inmuebles o muebles, y las acciones de sociedades domiciliadas en Costa Rica, siempre que el acto de traspaso de tales bienes no constituya profesión habitual de la persona o empresa enajenante, salvo las disposiciones del párrafo siguiente.

Las ganancias o pérdidas provenientes de la enajenación de los bienes referidos, que se encuentran gravadas con el impuesto regulado por los artículos 5 y 8, inciso 5) de la Ley de Impuesto sobre la Renta y 30 de este Reglamento, no están afectas al tributo sobre las ganancias o pérdidas de capital. Las ganancias o pérdidas obtenidas por el fraccionamiento y venta de bienes inmuebles, quedarán afectas al impuesto de renta, por ser actividad habitual de la persona física o jurídica, según lo dispuesto por el artículo 30 de este Reglamento. Tampoco están afectas a este impuesto, las ganancias obtenidas por la venta de la casa de habitación u otros activos depreciables, si se utiliza el producto total de la transferencia en la adquisición de activos semejantes, dentro de los seis meses posteriores a la fecha de enajenación.

Por habitualidad ha de entenderse el género de trabajo al que se dedica un declarante de manera principal y predominante y que ejecuta en forma pública, frecuente, a la que se dedica la mayor parte del tiempo y donde emplea sus conocimientos y experiencia, sin que lo anterior sea impedimento para que los declarantes puedan ejercer más de una actividad habitual.

La patente municipal respectiva, el registro contable de las operaciones habituales, así como la clase de ingresos declarados para efectos del impuesto sobre la renta, serán medios probatorios de la profesión habitual del enajenante de los bienes mencionados en el párrafo primero de este artículo".

"Artículo 55.—Sujeto pasivo. El obligado al pago de este tributo, será el trasmitente de acciones, bienes muebles e inmuebles. A efecto de la transferencia de los bienes citados hecha por personas no domiciliadas, la Administración Tributaria aplicará las disposiciones establecidas en el Código Tributario, la ley y este Reglamento".

"Artículo 56.—Determinación de las ganancias de capital.

a) Bienes inmuebles

La ganancia de capital es la diferencia entre el precio de transferencia y el valor registrado para efectos del impuesto territorial, incrementado este valor con el importe de las mejoras y los gastos e impuestos pagados con ocasión del traspaso.

Por precio de transferencia se entenderá el normal de mercado, que podrá ser determinado por Tributación Directa, o bien en su caso el efectivamente satisfecho si este fuere mayor.

El precio de transferencia no podrá ser inferior al valor de mercado que determine la Dirección cuando lo estime pertinente. Para efectos del costo, el contribuyente podrá expresarlo en colones de valor actualizado mediante el índice de precios suministrado por el Banco Central de Costa Rica. La Dirección está facultada para verificar este valor actualizado. El valor registrado, que debe considerarse para la aplicación de dicho índice, es aquel que no haya sido variado en los últimos doce (12) meses anteriores a la fecha de traspaso. En el caso de valores con más de doce (12) meses de haber sido registrados, esos serán los que se tomen en cuenta para establecer la diferencia en relación con el precio de enajenación, actualizándolos mediante la aplicación del referido índice de precios.

Cuando se trate de fincas sin inscribir, el contribuyente deberá probar el valor de adquisición o, en su caso, la fecha en que obtuvo el derecho.

b) Bienes muebles

Las ganancias o pérdidas de capital se establecerán sobre el valor de la transferencia de los bienes no sujetos a las disposiciones que señale el artículo 8, inciso 5), de la ley y se determinan estableciendo la diferencia entre el precio de traspaso y el costo a la fecha de adquisición, menos la correspondiente depreciación acumulada, expresada esta diferencia en colones de valor actualizado con base en el índice de precios que suministrará el Banco Central de Costa Rica.

Es obligación de los contribuyentes del impuesto a las ganancias o pérdidas de capital demostrar el costo de adquisición.

Asimismo, por valor de transferencia se entenderá el efectivamente satisfecho, siempre que no difiera del valor de mercado.

c) Acciones

La ganancia objeto del impuesto es la diferencia entre el valor de transferencia y el costo de la acción, este último expresado en colones de valor actualizado mediante la aplicación del índice de precios que suministrará el Banco Central de Costa Rica.

El valor de costo será el realmente pagado por el adquirente de la acción y no podrá ser superior al valor en libros a la fecha de la transacción. Así como tampoco, el precio de la transferencia puede ser inferior al valor en libros, salvo prueba en contrario.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la Administración Tributaria queda facultada para verificar ambos precios a fin de aceptarlos o rechazarlos.

Las sociedades de capital proporcionarán a la Administración Tributaria, bajo juramento y dentro de los diez (10) días siguientes de efectuado un traspaso de acciones, los nombres, número de cédula y domicilios de los enajenantes y adquirentes, el número de acciones negociadas, la fecha del traspaso y el valor en libros de las acciones a esa fecha.

También las bolsas de comercio proporcionarán los datos anteriores cada tres meses".

"Artículo 57.—Declaración y pago. El impuesto sobre las ganancias y pérdidas de capital deberá declararse en un formulario especial que la Dirección pondrá a disposición de los contribuyentes. El periodo fiscal así como los plazos de presentación de la declaración y pago de ese tributo, serán los mismos establecidos para el impuesto sobre la renta.

La obligación de presentar la declaración persiste, aun cuando exista una pérdida de capital o cuando ocurra la transferencia de la casa de habitación o de otros activos depreciables, aunque no haya transcurrido el plazo de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

seis (6) meses que establece el artículo 54 de este Reglamento.

Cuando el contribuyente sea menor de edad o se encuentre en estado de interdicción, la declaración la firmará quien tenga la patria potestad o el curador, según corresponda.

En los casos en que las ganancias de capital se originen en operaciones a plazo, dichas ganancias se considerarán devengadas o percibidas en su totalidad a la fecha de ocurrir el traspaso del bien respectivo".

"Artículo 58.– Pérdidas de capital por enajenación de bienes muebles e inmuebles. Si, con motivo de la aplicación de las normas a que se refieren los incisos a) y b) del artículo 7 de la ley, el enajenante sufre una pérdida de capital, esta puede compensarse con cualquier ganancia de capital obtenida en el mismo periodo fiscal. Si después de esta compensación aún existiera saldo a favor del enajenante, dicho monto deberá multiplicarse por la tarifa del quince por ciento (15%), determinándose así el crédito de impuesto. Este crédito lo podrá utilizar el enajenante siguiendo el procedimiento establecido en estos casos por el Código de Normas y Procedimientos Tributarios".

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DERECHO AGRARIO Y POSESION: ELEMENTOS DISTINTIVOS PARA LA CONFIGURACION DE UN INSTITUTO TIPICO

Lic. Alvaro José Meza Lazarus
Profesor Facultad de Derecho U.C.R. y
Escuela Libre de Derecho, U.A.C.A.

SUMARIO

Pág.

1. Premisa 140
2. La situación de la posesión agraria antes de la legislación agraria. Identidad con la posesión civil. 140
3. La normativa agraria y la nueva concepción hasta convertirse en un instituto típico del Derecho Agrario 141
4. Los principios rectores del nuevo instituto 141
   - 4a. La necesaria realización de actos posesorios calificados 141
   - 4b. La cultivación del fundo en forma eficiente 142
   - 4c. El criterio de la realización personal de tales actos posesorios. 142
   - 4d. La subordinación de los elementos subjetivos de la posesión agraria con relación a los elementos objetivos 142
5. El concepto de posesión de los bienes productivos agrarios 143

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

1. La posesión es quizás el tema más ambiguo y difuso del que se ha ocupado la ciencia jurídica. A partir del momento en que SAVIGNY enuncia su teoría posesoria, y luego, cuando IHERING se opone a ella, no ha existido, hasta el momento, institución más enigmática y controvertida.

A pesar de los innumerables Tratados y Mimeografías que se han escrito con respecto al tema posesorio, la posesión se ha venido quedando atrás con respecto a las modernas concepciones del Derecho. Este atraso, se ha debido, fundamentalmente, a que la doctrina que se ha ocupado del tema se ha centralizado en tratar de resolver la teoría posesoria conforme a los esquemas tradicionales romano-germánico-canónicos, olvidándose de realizar un estudio más práctico, más acorde a la realidad social y económica, de la cual, más que cualquier otro instituto del Derecho, la posesión es un reflejo. Por otra parte, los estudios que sobre la posesión se han dado no se han plegado a las exigencias que las nuevas ramas del Derecho han venido poniendo de relieve.

Una institución que fue tan rígida, como la propiedad, ha venido adaptándose hasta convertirse en una institución dinámica. En efecto, en virtud de los estudios de JOSSERAND y PUGLIATTI, hoy se dice que el concepto de propiedad no se puede lograr en forma absoluta para todas sus formas o modos de manifestación, por lo que se habla, ya no de "La Propiedad", sino, de "Las Propiedades". Es así como, formando la normativa especial que se dicta con relación a los distintos bienes como surgen los conceptos de una propiedad minera, propiedad industrial, propiedad urbana, etc. El Derecho Agrario, en este aspecto, cumplió una labor determinante, al individualizar a la "propiedad agraria" como un instituto típico distinto a las otras propiedades en cuanto a su función y estructura.

Ante esta evolución del concepto de propiedad, cabe preguntarse, que le ha ocurrido a la posesión que se ha venido quedando rezagada. Porque si el concepto de propiedad no puede lograrse en forma absoluta para todas sus formas o modos de manifestación, mucho menos, el concepto de posesión, ya que la posesión es una situación más real que la propiedad, por lo que debe de recibir el tratamiento científico a que tienen derecho adquirido aún por encima de la propiedad.

Debe de rechazarse de antemano, la consideración de que la propiedad agraria, concebida como propiedad esencialmente posesiva, haga innecesario un replanteamiento sobre el tema posesorio a la luz del Derecho Agrario.

Si se ha de hablar de "las Propiedades" debe hablarse, con mayor razón, de "las Posesiones". Así mismo, mediante la elaboración de una teoría general, es necesario la diferenciación de la posesión agraria con respecto a su similar civil y a la propiedad agraria.

2. La configuración de la posesión agraria, como un instituto del Derecho agrario, no se va configurando sino hasta la promulgación de una vasta normativa agraria de colonización, ordenamiento agrario, reforma o transformación agraria.

Antes de la promulgación de este conjunto normativo no existía ninguna diferenciación de la posesión con relación al tipo de bienes posesivos (salvo en tratándose de bienes muebles). La posesión que se ejercita sobre los bienes productivos agrarios era identificada con la posesión regulada en el Código Civil, tanto en lo conducente a la adquisición de la propiedad como en lo relativo a su protección. En virtud de esta identificación; la posesión de los bienes agrarios, se manifestaba a través del poder efectivamente ejercido sobre un bien, consistente tanto en hacer del bien lo que se quiera como en la posibilidad material para ello.

El criterio clásico de interpretar la posesión, y dentro de ella la agraria, se viene a modificar, sustancialmente, cuando surge todo el conjunto normativo que trata de resolver aquellos problemas ante los cuales el Derecho Civil se muestra incapaz. Las circunstancias económico, sociales y culturales de la agricultura y el mundo rural imponen la exigencia de ciertos requisitos y limitaciones que han de tomarse en cuenta para satisfacer los fines del aumento de la producción y productividad así como el desarrollo rural. El único medio para el alcance de tales fines estriba en la imposición de cumplimiento de la función social de los bienes productivos agrarios, manifestada, sobre todo, en la necesidad de dar a la tierra su destinación económica natural, protegiendo al productor no propietario frente al propietario no productor, es decir, protegiendo al empresario o poseedor agrario.

Como lo señala DUQUE CORREDOR "son pues, los intereses sociales, por ejemplo, la redistribución de la propiedad, además del trabajo, lo que hace que la posesión agraria sea vista diferente de la civil. Es decir, mientras en el Derecho Civil se protege para salvaguardar los intereses particulares,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

en el Derecho Agrario se protege en vista de los intereses económicos y sociales".

3. Con la promulgación de este conjunto normativo se individualiza la posesión ejercida sobre los bienes productivos agrarios. Es en América Latina donde se va formando con mayor fuerza —en virtud de las leyes de Reforma Agraria— esta orientación de regular, en forma distinta, la posesión sobre los bienes productivos agrarios, naciendo así el instituto de la posesión agraria como propio del Derecho Agrario latinoamericano.

En Venezuela, esta orientación se manifiesta con la promulgación de la Ley de Reforma Agraria de 1960. Se distingue, en esta ley, un tipo especial de posesión a través de los artículos 2 incisos c) y 148, estableciéndose, en el primero de ellos, el derecho de los agricultores a permanecer en la tierra que se encuentran cultivando, mientras que, por medio del segundo, se incorpora el concepto de poseedor agrario y se establecen los derechos que conlleva al ser tenido como tal. Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia del Derecho Agrario venezolano, con el aporte de juristas como ROMAN CORREDOR e ISRAEL ARGUELLO LANDAETA, introduce el concepto de actos posesorios agrarios, tanto en lo que respecta a fincas ganaderas como agrícolas, con base en los artículos 32, 1, 109, 112 inciso d) y 6 de la misma ley de Reforma Agraria.

En el Perú, con la promulgación de la Ley de Reforma Agraria No. 17116 de 1969, se distingue el concepto de posesión agraria como distinto del civil, a través de la conceptualización de actos posesorios agrarios, institucionalizada por el artículo 8 de dicha ley, así mismo, la posesión agraria cobra una mayor fortaleza con el establecimiento de una usucapión especial o usucapión agraria que señala la adquisición de la propiedad por el hecho de la posesión efectiva del bien agrícola por un término de cinco años, sin necesidad de buena fe o justo título. Es de mencionarse, igualmente, el valioso aporte que GUILLERMO FIGALLO ADRIANZEN, realiza para la delimitación doctrinaria del instituto posesorio en Perú, así como la abundante jurisprudencia innovativa que ha generado el Tribunal Superior Agrario del Perú.

En Costa Rica a través de la Ley de Tierras y Colonizaciones de 1962, se establece, en los artículos 92 y siguientes, un tipo especial de posesión llamada posesión precaria de tierras en la que no es exigida la buena fe ni el justo título los cuales son desplazados ante el estado de necesidad en que se encuentra el poseedor precario con respecto a su subsistencia y la de su familia. Así mismo se han promulgado otras leyes agrarias que han venido a reforzar y complementar la posesión agraria del artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonizaciones, ejemplo de ello lo es la Ley de Titulación de Vivienda Campesina que permite la adquisición de la propiedad rural para vivienda campesina familiar, en inmuebles no superiores a dos hectáreas que hayan sido poseídos durante cinco años en forma quieta, pública, pacífica e ininterrumpidamente, sin necesidad de demostrar la buena fe ni el justo título.

En el Brasil, con la Ley No. 6969 de 1981, Ley de Usucapio prolabore o Usucapión agraria, se dispone la adquisición de la propiedad agraria por aquellos que no siendo propietarios poseen un área rural que no excede de 25 hectáreas, durante cinco años, sin necesidad de buena fe ni justo título, atribuyéndose así al trabajo del pequeño agricultor, la fuerza de un derecho para la adquisición de la propiedad.

En el Derecho Agrario europeo el concepto de posesión agraria toma un matiz distinto al latinoamericano. En virtud de la contratación agraria, y sobre todo del arrendamiento de fundos rústicos, regulada en los países que conforman la comunidad económica europea, el arrendatario, concebido como empresario agrícola no es sino también un poseedor agrario (poseedor agrario inmediato) de modo que poseedor y empresario se identifican. En esta perspectiva, el poseedor, empresario o arrendatario, se ve protegido a través de una serie de instituciones como la prórroga legal automática, la prelación agraria, la regulación del canon, la sucesión mortis del contrato agrario, etc.

4. De la normativa agraria citada, se desprenden una serie de criterios que asumen el papel de constantes y sobre las cuales se ha de fundamentar el nuevo instituto de la posesión agraria; tales criterios son:

a) La necesaria realización de actos posesorios calificados para la existencia de la posesión agraria.

En virtud de esta exigencia, se diferencian, sustancialmente, los actos posesorios agrarios de los actos posesorios civiles. En el Derecho Civil, los actos posesorios hacen referencia a la existencia del poder efectivo sobre el bien, consis-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tente tanto en hacer del bien lo que se quiera como en la posibilidad material de ello (en virtud de la espiritualización del *Corpus).* En el Derecho Agrario, no es suficiente, para la conformación de la posesión, tal poder, haciéndose necesaria la existencia continuada de actos posesorios calificados.

Dentro de este orden de ideas, actos posesorios calificados o propiamente agrarios, solo pueden ser considerados aquellos que, sujetos a una secuencia determinada, desembocan, forzosamente, en la realización de una actividad agrícola o pecuaria, es decir, en la explotación económica del bien mediante el cultivo de vegetales para la crianza de animales.

La conceptualización taxativa de actos posesorios que el Derecho Agrario intenta, conduce a la consideración de que los actos complementarios de la posesión (amojonamiento, cortes de madera, construcción de edificios, etc.) no dan lugar a la posesión sino van acompañados de aquellos que tiendan irreputablemente a la explotación económica (aradura del terreno, por ejemplo, que va acompañada de la siembra y el posterior riego). Esta circunstancia ha sido puesta de relieve por FIGALLO ADRIANZEN, para quien, "no puede ser calificado como acto posesorio un acto aislado o intermitente, por cuanto el cultivo de vegetales y la crianza de animales son procesos inescindibles que obedecen a leyes biológicas, y, por tanto, no pueden ser sucedidos ni realizados parcialmente a voluntad del hombre. Por ejemplo, no será acto posesorio la aradura del terreno si no ha sido sembrado previamente o si el acto no se realiza en la oportunidad debida".

b) La realización de actos posesorios agrarios en forma eficiente.

Con este criterio se exige además de la necesaria realización de actos posesorios calificados, un elemento económico consistente en la realización del trabajo de manera efectiva. Este criterio implica el concepto de explotación racional del predio, lo que significa, entre otras cosas, considerar la existencia de distintos tipos de tierra en orden a las condiciones agronómicas y geomorfológicas de las mismas.

El concepto de explotación racional conlleva la necesidad de establecer, para efectos de obtener un resultado económico satisfactorio así como para garantizar la futura productividad de los suelos, la exigencia de la explotación del predio por medio de cultivos determinados de acuerdo con la aptitud frugífera de las distintas tierras. Para la existencia de la posesión agraria, por tanto, la regla general es que cada actividad agraria debe de realizarse en la clase de tierra que tiene mayor aptitud natural para ello.

c) El criterio de realización personal de los actos posesorios agrarios.

Con la formulación de este requisito se quiere hacer notar la necesidad de la presencia del poseedor en el predio, lo cual lleva aparejado, entre otras cosas, la profesionalidad u ocupación habitual en el ejercicio de la actividad agraria (cultivo de vegetales y cría de animales). Este principio incorpora una variación sustancial con respecto al Derecho Civil ya que implica la exigencia de un sujeto calificado en virtud de su capacidad de explotación económica del suelo.

El principio de realización personal de los actos posesorios agrarios conlleva al impedimento de que las personas jurídicas de capital —por su naturaleza y finalidad— puedan llegar a ser poseedores agrarios. No existe el impedimento con respecto a las sociedades de personas, en donde el socio conserva relevancia por encima del capital, (cooperativas, sociedades colectivas, etc.) dado que la posesión agraria asume una categoría de relación personal entre el sujeto y la cosa objeto de posesión. Cosa distinta sucede con respecto a la adquisición de la propiedad agraria a través de otros modos de adquisición en donde no se encuentra la posesión como elemento.

d) La subordinación de los elementos subjetivos de la posesión agraria en relación con los elementos objetivos.

En la posesión agraria, los elementos del *corpus* y *animus* se manifiestan a través de la actividad agraria en virtud de que lo que interesa es el resultado productivo que se va a obtener de la relación poseedor-objeto de posesión.

El *animus,* elemento subjetivo por antonomasia, cobra otro sentido en el Derecho Agrario manifestando en otros criterios como lo son los de morada habitual, y cultivación efectiva. Como bien ha sido señalado por la brasileña ANGELA SILVA "Se debe de prescindir —en el Derecho Agrario— de toda otra indagación respecto del *animus* que no sea la de verificar si el poseedor cultiva efectivamente el predio, si tiene en él su morada habitual y si no reconoce a ningún otro poder sobre el bien".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Puede decirse, a manera de resumen, que en la teoría de la posesión agraria el *animus* tiende a objetivizarse al existir un deber de proyección diaria por medio de la realización de los actos posesorios agrarios y la apropiación económica de los resultados obtenidos a través de la realización de dichos actos.

En lo que respecta al título, exigido en el Derecho Civil como causa adquisitiva, debe decirse que en la posesión agraria se establece una relación existencial del sujeto con la cosa con lo cual es innecesario el planteamiento de cualquier otra causa adquisitiva que no sea la del *trabajo.* En virtud de esta consideración es que se dice que la usucapión agraria puede darse aun *contra tabulas,* es decir, contra un título legalmente inscrito en el Registro Público de Propiedades. La posesión agraria, concebida de esa manera, es un modo de adquisición verdaderamente originario, en donde la única causa adquisitiva es el trabajo, no tomándose en cuenta la relación anterior entre el poseedor actual y su transmitente.

Finalmente, en lo que respecta a la buena y mala fe en la posesión agraria, es mi opinión personal que no es necesaria, en el Derecho Agrario, tal categorización para atribuir al poseedor los derechos de: percepción de frutos, no responsabilidad en caso de pérdida o deterioro del bien, pago de mejoras necesarias y útiles, etc., ya que como se dijo anteriormente, lo que se valora en la posesión agraria es el trabajo, causa de atribución de todos los derechos atribuidos a la posesión.

La eliminación de toda referencia a la buena y mala fe no significa que el poseedor pueda entrar a poseer de modo clandestino, violento o en forma oculta. La posesión agraria al igual que la civil requiere para su existencia de los requisitos comunes a toda posesión (publicidad, pacificidad y continuidad) pero, es de recordar, que al Derecho Agrario no le interesa solamente la creencia del poseedor, sino sobre todo, su actividad productiva, lo cual se sobrepone, apoyándose en el tiempo, a toda creencia acerca de la legitimidad o no de la actividad productiva que realiza en el predio.

5) El concepto de posesión agraria y los nuevos planteamientos en relación con la posesión de los bienes productivos agrarios. Las líneas tendenciales latinoamericanas.

La formulación de un concepto de posesión agraria es importante dado que a partir del mismo se podrán construir las bases para la elaboración sistemática de una teoría de la posesión en el Derecho Agrario.

Ensayando un concepto de posesión agraria propio, tomando en cuenta los criterios aportados como constantes en la normativa promulgada hasta la fecha así como los aportes doctrinarios existentes, puede intentarse el siguiente concepto: *"La posesión agraria es un poder de hecho sobre un bien de naturaleza productiva, unido tal poder al ejercicio continuo o explotación económica, efectiva y personal, mediante el desarrollo de una actividad productiva, con la presencia de un ciclo biológico vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y los recursos naturales.*

El concepto que se ha enunciado puede llegar a sufrir variaciones sustanciales en virtud de los nuevos estudios que sobre el tema surgen. Lo importante es que por medio de este concepto se encuentra justificado todo el replanteamiento que el Derecho Agrario ha venido realizando con respecto a este instituto. Por otro lado, a partir del concepto enunciado puede entrar a considerarse la nueva orientación que ha de dársele a los temas de capacidad requerida para adquirir la condición de poseedor agrario, posesión agraria *ad-usucapionem* y protección de la posesión, entre otros.

En relación con la capacidad requerida para adquirir la condición de poseedor agrario, las líneas tendenciales en el Derecho Agrario latinoamericano se orientan a recalcar la insuficiencia de los requisitos de capacidad de entender y querer establecidos en el Derecho Civil, exigiéndose, además, una capacidad especial, más técnica que jurídica, consistente en la posibilidad de realización de una actividad productiva agraria. Es decir, se utilizan criterios prácticos como los de capacidad física y técnica para la explotación del bien.

En lo que respecta al ciclo de vida de la posesión agraria existe una ligera tendencia a distinguir entre adquisición de la tenencia o el poder físico y adquisición subsiguiente de la posesión agraria, ello en virtud de que la existencia de esta última se determina en el tanto se presente la realización efectiva de los actos posesorios que han sido definidos como propiamente agrarios. Asimismo, en materia de adquisición *mortis causa* de la posesión agraria, se incorporan los criterios del Derecho hereditario agrario tendientes a la indivisibilidad de la unidad productiva y a la búsqueda del heredero idóneo a continuar en la actividad productiva del causante.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En materia de conservación de la posesión agraria las líneas tendenciales se orientan hacia la vinculación de la conducta personal del poseedor con relación a la continua ejecución de los actos posesorios agrarios y a la negación de la conservación basada en la sola intención a *animus.* Solo se conserva la posesión agraria en tanto se sigan realizando los actos posesorios agrarios.

En relación con la pérdida de la posesión, el Derecho Agrario latinoamericano tiende a incorporar nuevas causales no existentes en el Derecho Civil, consistentes en criterios económicos que implican un uso pleno del potencial productivo del bien agrario es así como son causales de pérdida, la suspensión de la realización de los actos posesorios agrarios sin causa razonable, la realización de actos posesorios agrarios en forma deficiente e irracional sea porque no se realizan en forma eficiente y efectiva, sea porque se realizan sobre un predio cuya aptitud productiva requiere otros cultivos a realizar.

En lo que respecta a la posesión agraria *ad-usucapionen,* las líneas tendenciales son claramente diferenciales con respecto a la legislación civil. Se requiere para la adquisición de la propiedad agraria la realización de actos posesorios en forma estable y efectiva, con lo cual se busca obtener el propietario idóneo y la garantización de la futura productividad del bien, tiempo de posesión, exigiéndose en la mayoría de los casos cinco años en vez de 10 ó 15; se elimina la necesidad de demostrar la buena fe y el justo título ante la prueba de la explotación eficiente y la transformación del predio en un bien productivo.

Por otra parte la usucapión agraria se diferencia de la usucapión civil en virtud de que su fundamento ya no es la seguridad jurídica sino el trabajo, prueba de lo cual se conoce en algunos países como *usucapio pro-labore.* A cambio de estas prerrogativas se reduce el área usucapible en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

Por último, en lo que respecta a la protección de la posesión agraria, las líneas tendenciales se han encauzado a través de la legislación, y sobre todo de la jurisprudencia, en la ampliación del concepto de acto perturbatorio de la posesión. Este ensanchamiento ha tenido como fundamento la protección de la empresa al identificarse ésta con la posesión. Se considera, de esa manera, como actos perturbatorios, no solo aquellos que tienden a la inquietación o al despojo en la pacífica posesión, sino también aquellos actos que signifiquen perturbación en la realización de la actividad productiva como pueden ser aquellas que afecten al poseedor y no a la posesión en sí y a cualquiera de los bienes y derechos que conforman la llamada "azienda" agraria, un ejemplo claro de éste lo constituye el artículo 149 inciso g) de la Ley de Reforma Agraria venezolana que considera acto perturbatorio cualquier hecho que altere las condiciones actuales de trabajo de arrendatarios y ocupantes, así como las innumerables jurisprudencias emitidas por el Tribunal Superior Agrario del Perú.

Por último debe decirse que el instituto de la posesión agraria se ha venido fundando en la normativa especial que sobre la posesión de determinados bienes: los agrarios, se ha venido promulgando en varios países, entre los que destacan Venezuela, Costa Rica, Perú, Ecuador y Brasil. Es en los primeros tres países enumerados en donde el instituto ha tenido una mayor consolidación, ya que, además de la legislación positiva, se ha venido desarrollando, paralelamente, una jurisdicción procesal agraria, así como una doctrina que ha mostrado interés en reformar el tema posesorio desde el punto de vista del Derecho Agrario.

***

Revista Judicial. Costa Rica. Año IX, No. 32, marzo 1985

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE: DE DELITO A CONTRAVENCION

Licda. Cecilia Sánchez R.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Tránsito No. 5322 de 27 de agosto de 1973, se crea, en torno a la figura "abandono del lugar del accidente" una situación particular, que conduce a una interesante discusión para definir si resulta ser, como hecho punible, un delito o una contravención, en lo que la jurisprudencia no es uniforme. Pretendemos en estas líneas describir brevemente los alcances de esa discusión.

1. SURGIMIENTO DEL PROBLEMA.

Durante la vigencia de la *"Ley de Tráfico"* (del 26 de marzo de 1935) no hubo discusión, por cuanto la misma no se ocupó de sancionar el "abandono del lugar del accidente". El problema surgió con la *"Ley de Tránsito"* (No. 5322 de 27 de agosto de 1973, hoy derogada), al sancionar en el inciso 3 del artículo 106 como figura típica, la conducta del "que huye, sin causa justa, después de ocasionar un accidente"; descripción típica que debe complementarse con lo dispuesto en el inciso a) del artículo 3 de esa ley, que define el accidente de tránsito como "el ocasionado por vehículos y que produce lesiones o muerte a personas o animales, o daños en las cosas, a causa del tránsito por las vías públicas".

En otros términos, la Ley No. 5322 vino a sancionar como "contravención" la conducta del que huye del lugar donde ha habido un accidente ocasionado por vehículos, a causa del tránsito por las vías públicas, que produjo lesiones o muerte a personas o animales, o daños en las cosas. Y se trata de una contravención, por cuanto se sanciona el hecho con una multa fija de trescientos colones, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 111 de esa ley, el cual estatuye que las conductas sancionadas con multa fija constituyen contravenciones.

Esa figura ya se encontraba descrita como delito en el artículo 328 del Código Penal, el que sanciona con prisión de seis meses a dos años a quien "después de un accidente de tránsito en el que ha tenido parte y del que hayan resultado lesiones o muerte, se alejare del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias, o el que habiéndose alejado por razones atendibles, omitiere después dar cuenta inmediata a la autoridad". En el fondo, esta segunda norma se encuentra íntegramente comprendida en la primera, en la medida en que aquella sanciona también el abandono del lugar del accidente incluso cuando no se hayan causado lesiones o muerte, por lo que resulta ser esta última más amplia; y al establecerse en el artículo 140 de la ley en comentario la derogatoria de "todas las leyes que se opongan a la presente, que es de orden público", tenemos que admitir que incluyó la disposición del 328 del Código Penal, pues "no puede concluirse que puedan aplicarse concomitantemente disposiciones del Código Penal y de la Ley de Tránsito cuando tratan de la misma materia", según lo interpretó el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda en resolución No. 29 del 5 de febrero de 1981.

La nueva Ley de Tránsito (No. 5930 de 13 de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

setiembre de 1976), vigente en la actualidad, define accidente de tránsito en la misma forma que lo hacía la No. 5322, y, en lo que atañe al "abandono del lugar del accidente" (de los definidos en el inciso a) del artículo 3, recogió en el inciso c) del artículo 111) una disposición similar a la del artículo 106 inciso 3, de la antigua ley, agregando la frase: "si se hubiere producido lesiones o muerte, se estará a lo dispuesto en el Código Penal". Este agregado no parece tener la virtud de darle vigencia al artículo 328 del Código Penal "porque no se están cumpliendo las reglas constitucionales para poner en vigencia una ley derogada" (artículo 123 a 129 de la Constitución Política), según interpretación del Juzgado Tercero Penal, en resolución No. 315 de 28 de noviembre de 1963. Si se huye del lugar en el que se ha causado un accidente del cual resulte la muerte o lesiones de alguna persona, además de quedar sujeto a lo previsto en esa infracción a la Ley de Tránsito, lo será también respecto de las disposiciones del Código Penal sobre lesiones y homicidio culposo.

No creemos tampoco que lo previsto en el artículo 111 inciso c) de la ley vigente, al igual que lo recogido en el 106 inciso 3 de la anterior, se refiera únicamente a accidentes en que sólo hay daños materiales, ya que ello implicaría una interpretación no ajustada a la definición del término "accidente" que ambas leyes contienen, pues, como es posible que de un accidente de la circulación se produzcan resultados diversos se le quiso englobar bajo un concepto uniforme; de manera que la previsión de la normativa de tránsito tiene como núcleo el "alejamiento del lugar del accidente", la producción de otro tipo de resultado debe ser analizado conforme al tipo penal que lo prevea, con independencia del primero.

2. POSICION DE LA JURISPRUDENCIA.

a) Criterio contrario a la derogatoria:

El Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, en sentencia No. 87 de las 14:30 hrs. del 23 de abril de 1982, *in extensu* señaló lo siguiente: "la situación que regula el citado artículo 328 lo es referente a accidentes en los cuales haya resultado lesiones o muerte, es decir, en los cuales se haya cometido el delito de lesiones u homicidio culposos. Lo que hace la Ley de Tránsito es sancionar como contravención la misma acción de abandonar el lugar del accidente, pero cuando en éste sólo se hayan producido daños materiales y no las consecuencias antes apuntadas. Siendo esto así, cuando la Ley de Tránsito tantas veces citada dispone en su artículo 146, en lo que interesa, que 'derógan-se. . . todas las leyes que se opongan a la presente, que es de orden público', no está derogando la disposición del Código Penal citada, pues ésta al estar regulando como delito una acción no contemplada en aquella ley, no se les estaría oponiendo". En el mismo sentido se pronunció en resolución No. 234 de 17:00 hrs. del 10 de octubre de 1983.

b) Criterios en favor de la derogatoria:

El Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda en resolución No. 29 de 9:00 hrs. del 5 de febrero de 1981, y No. 1213 de 14:00 hrs. del 19 de agosto de 1983, sostuvo que, estando definido el accidente de tránsito en el artículo 3 inciso a) de la Ley No. 5322 como el ocasionado por vehículos y que produce lesiones o muerte a personas o animales o daños en las cosas, a causa del tránsito por las vías públicas, y siendo sancionable con multa fija de trescientos colones, por disposición de la misma ley, la conducta del "que huye, sin justa causa, después de ocasionar el accidente", erigida en contravención por disposición del artículo 111, que establece que las acciones sancionadas con multa fija son contravenciones, "es decir, conductas de carácter penal, de donde no puede concluirse que puedan aplicarse concomitantemente las disposiciones del Código Penal y de la Ley de Tránsito cuando tratan de la misma materia, debiendo por ello concluirse que el primero resulta derogado según la disposición del artículo 140 de la ley en cuanto dispone que deroga "todas las leyes que se opongan a la presente que es de orden público". Como el artículo 3 de la ley vigente define accidente de tránsito en la misma forma que lo hacía la No. 5322, pero el artículo 111 inciso c) remite en el caso de que se produzcan lesiones o muerte, a lo dispuesto por el Código Penal, "pero si como se concluyó antes, el artículo 328 fue derogado y no se ha establecido su vigencia —dicho restablecimiento en caso de darse debe ser expreso, para salvaguardar el principio de legalidad a que se refieren los artículos 39 de la Constitución Política y primero del Código Penal—, necesariamente ha de concluirse que el abandono del lugar del accidente en el que resultó lesionada o muerta una persona, por uno de los que lo ocasionó, es conducta atípica en nuestro ordenamiento penal".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

En el mismo sentido, el Juzgado Tercero Penal, en resolución No. 315 de 28 de noviembre de 1983, recoge un criterio similar al del Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Segunda, al decir que: "La disposición del artículo 106 derogó tácitamente (conforme al 140 ibídem) el artículo 328 del Código Penal, por cuanto es una disposición anterior que se opone a la primera, por estar contenida íntegramente una en la otra. La conducta reprimida en el artículo 328 del Código Penal consiste en alejarse del lugar del accidente de los definidos en la Ley de Tránsito; al igual que la conducta reprimida en el artículo 106 inciso 3 de la antigua Ley de Tránsito. La nueva ley recogió en el artículo 111 inciso c) una disposición similar a la contenida en el anterior artículo 106 inciso 3, sin embargo, agregó: "si se hubiere producido lesiones o muerte se estará a lo dispuesto en el Código Penal". Esa frase no debe interpretarse en el sentido de que está dando vigencia al artículo 328 del Código Penal porque no se están cumpliendo las reglas constitucionales para poner en vigencia una ley derogada, de modo que no puede interpretarse que promulga nuevamente la disposición del Código Penal. Ese agregado debe interpretarse en el sentido de que si con ocasión del accidente, se causen lesiones o muerte a una persona, además de esa infracción a la Ley de Tránsito por ausentarse del lugar del accidente, el autor del hecho punible quedará sujeto a lo dispuesto en el Código Penal sobre las lesiones culposas y el homicidio culposo".

c) Resoluciones de la Sala de Casación:

La Sala de Casación, en un principio no se pronunció sobre el fondo del asunto en discusión, únicamente se tuvo el criterio de uno de los señores Magistrados, en un voto salvado emitido en la resolución No. 103 de 10:35 hrs. del 5 de agosto de 1983, la cual declaró con lugar el recurso interpuesto por haberse dictado el sobreseimiento en una oportunidad procesal en que no cabía hacerlo. Este voto minoritario se inclina por rechazar la tesis de la derogatoria del artículo 328 en los siguientes términos: "en opinión del que suscribe, si en el artículo 140 de la aludida Ley de Tránsito No. 5322 de 27 de agosto de 1973 no se dispone en forma expresa la pretendida derogatoria del comentado artículo 328, su abrogación implícita sólo podría tenerse como cierta y efectiva si su contenido coincidiera exactamente con la del canon 106 inciso 3 de aquella ley especial. Ahora bien, de la comparación de ambas reglas se evidencia que no es así: el primero de esos textos erige en delito el abandono del lugar en que el imputado ha ocasionado un accidente con saldo de personas lesionadas o muertas; el segundo castiga como mera falta el huir, sin justa causa, después de ocasionar un accidente: como la Ley de Tránsito de 1973 comentada, en su citado artículo 106, sanciona, con multa fija de trescientos colones aquella conducta y otras varias, tiene que entenderse conforme a la lógica intención del legislador, que todas esas infracciones están referidas a cosas menos graves que la de causar un accidente de tránsito con el resultado de personas heridas o muertas. . . y esa voluntad del legislador costarricense se reafirma cuando, al promulgarse la nueva y hoy vigente Ley de Tránsito No. 5930 de 13 de setiembre de 1976, dispone que se aplicará multa fija, siempre de trescientos colones, al que huya o aleje sin justa causa del lugar en que ha ocasionado un accidente, pero que si a consecuencia de éste resultan personas lesionadas o muertas, se estará a lo que disponga el Código Penal (artículo 111, inciso c). De lo anterior se colige que la multa fija dicha se refiere y limita a los eventos en que sólo quedan como secuelas del accidente de circulación daños materiales".

Existe otra más reciente, No. 39 de 15:40 hrs. del 13 de marzo de 1984, que declaró mal admitido el recurso interpuesto por el Ministerio Público, por estimarse que, no obstante encontrarse la resolución en la parte resolutiva de una sentencia, se trata de una declaratoria de incompetencia (para conocer del abandono del lugar del accidente), contra la cual no se encuentra acordada el recurso extraordinario de casación.

Finalmente, en la resolución No. 186—F de las 14:35 hrs. del 9 de octubre de 1984, la Sala se pronuncia, mayoritariamente, acogiendo la tesis de la derogatoria en los siguientes términos: "La derogatoria deviene porque el Código Penal fue publicado en el Alcance No. 120 a La Gaceta No. 257 de 15 de noviembre de 1970, y entró en vigencia un año después, o sea que era Ley de la República cuando por la No. 5322 de 27 de agosto de 1973 se puso en vigencia la Ley de Tránsito, ahora derogada por la número 5930 de 13 de setiembre de 1976, y aquélla en su artículo 3 definió accidente de tránsito como: "los ocasionados por vehículos y *que producen lesiones o muerte a personas* o animales o daño en las cosas, a causa del tránsito por las vías públicas", señalándose en el artículo 106 inciso 3)

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de esa ley una multa fija de ₡300 para quien "huyere", sin justa causa, después de ocasionar un accidente. Si el artículo 111 de la Ley en comentario indica que las acciones sancionadas con multa fija son contravenciones, es decir conductas de carácter penal, mientras que el art. 140 ejúsdem deroga "todas las leyes que se le opongan, *que es de orden público*", debe concluirse necesariamente que la Ley de Tránsito No. 5322 de 27 de agosto de 1973, derogó el artículo 328 del Código Penal, pues el artículo 106 inciso 3 de la ley reprime la misma conducta que el citado art. 328 —o sea el ausentarse del lugar en donde ocurrió un accidente de tránsito en el que tuvo parte y resultó lesiones o muerte de personas—, con independencia del que el 328 tenga también un elemento subjetivo del tipo en cuanto requiere que el abandono se realice "para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias", pues la norma de Ley de Tránsito no contiene restricción alguna, de donde la ausencia con esos fines también resulta subsumible en la figura típica. En la ley el legislador indicó que derogaba toda norma que se le oponga y es claro que existe oposición entre los artículos en comentario, no sólo en cuanto al carácter de delito y contravención que se le otorga a la conducta (en nuestro sistema tienen diversa trascendencia, pues en las contravenciones la tentativa no es punible, no se toma en consideración la reincidencia, la condena no se inscribe en el Registro Judicial de Delincuentes), sino también en cuanto la pena a imponer. No puede estimarse que en el caso, como lo alegan algunos, se dé un concurso de leyes entre la de Tránsito y el artículo 328 del Código Penal, pues dicho concurso se da entre dos leyes vigentes y como ha quedado dicho, la de Tránsito derogó al citado artículo del Código. El artículo 3 de la Ley No. 5930 de 13 de setiembre de 1976 que es la de Tránsito, ahora en vigencia, define accidente de tránsito en la misma forma que lo hacía la No. 5322, pero el artículo 111 inciso c), remite para el caso en que se produzcan lesiones o muerte, a lo dispuesto por el Código Penal, pero si, como ya se ha indicado el artículo 328 del citado Código fue derogado, el mismo no puede aplicarse, a menos que mediante una nueva ley se restablezca expresamente su vigencia".

El voto salvado del señor Magistrado Emilio Villalobos reitera el criterio ya sostenido por él anteriormente en la resolución No. 103 de 10:35 hrs. del 5 de agosto de 1983, contrario a la derogatoria, citada anteriormente.

3) CONSIDERACIONES FINALES.

El punto medular de la discusión se centra, como podemos apreciar, en el hecho de establecer si el concepto "accidente de tránsito" descrito en la Ley de Tránsito, es uniforme, o si por el contrario, permite ser dividido en razón del resultado que produzca, de manera tal, que si el mismo implica lesiones u homicidio culposos, es constitutivo de delito, lo que nos lleva al otro punto discutible en cuanto si podrá remitir a una disposición cuya vigencia se cuestiona por los motivos ya expuestos.

Pareciera más bien, —en criterio de quien suscribe— que la remisión que formula la Ley de Tránsito al Código Penal en los casos de lesiones u homicidio, atañen a las disposiciones que tipifican estos dos hechos, con independencia de la infracción a la ley por el abandono del lugar, ateniéndonos a la uniformidad del concepto "accidente de tránsito" que contiene la ley en comentario.

Por ahora ha prevalecido una posición mayoritaria en los tribunales, incluyendo la Sala de Casación Penal, en el sentido de la derogatoria del artículo 328 del Código Penal, con la cual estoy de acuerdo. Sin embargo, la discusión no se cierra, contamos con respetables criterios en ambos sentidos y en la medida en que ahondemos la investigación obtendremos cada día mejores elementos de juicio para estar más cerca de la que podría ser la posición más correcta.

LEYES DE TRANSITO INVOLUCRADAS.

a) Ley de Tráfico (de 26 de marzo de 1935).
b) Ley de Tránsito (No. 5322 de 27 de agosto de 1973).
c) Ley de Tránsito (No. 5930 de 13 de setiembre de 1976).

RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.

a) Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Primera, Nos. 87 de las 14:30 hrs. del 23 de abril de 1982, y 234 de las 17:00 hrs. del 10 de octubre de 1983.
b) Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Segunda, Nos. 29 de las 9:00 hrs. del 5 de fe-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

brero de 1981, y 1213 de las 14:00 hrs. del 19 de agosto de 1983.

c) Juzgado Tercero Penal, No. 315 del 28 de noviembre de 1983.

d) Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Nos. 103 de las 10:35 hrs. del 5 de agosto de 1983, 39 de las 15:40 hrs. del 13 de marzo de 1984, y 186—F de las 14:35 hrs. del 9 de octubre de 1984.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PANORAMA DELICTIVO COSTARRICENSE POBLACION Y FACTORES SOCIO-ECONOMICOS*

Virgilio Benavides López

I. Introducción.

En el presente estudio se han considerado algunos puntos relevantes del delito en nuestro país, los cuales si bien son bastante breves, de seguro dejarán la inquietud para la elaboración de estudios más amplios al respecto, y que podrán ser considerados en el proceso de toma de decisiones en lo que respecta a la planificación socio-económica, la cual como fuerza que atenua el avance del delito beneficia al país en general.

Las estadísticas delictivas nos informan que el delito se presenta en todos los estratos sociales y dentro de cualquier tipo de sistema. El delito se da cuando se infringe la ley penal y sus fuentes pueden ser de tipo social, económico, político, psíquico, etc. De manera que éste presenta en cada sociedad características muy variadas conforme a las culturas, el aumento de población y cuanto factor brinde estados predelictivos que puedan movilizar la criminalidad latente en las sociedades.

Las características del delito en nuestro país han sido marcadas por causas muy particulares, dentro de las cuales destaca el movimiento de población (crecimiento, migración interna y afluencia de extranjeros) y otras, las cuales se ligan fuertemente para conformar una delincuencia bien definida y sobre lo cual expondremos en el desarrollo del trabajo.

II. Delincuencia costarricense. Características.

En nuestro país la delincuencia mantiene estrecha relación con los grupos sociales de recursos económicos insuficientes, lo cual puede basarse en algunos estudios realizados por Adaptación Social.

— En el período 1969—1975 se determinó que entre el 85 y el 95 por ciento de los imputados declaró ingresos por debajo del salario mínimo legal para actividades sencillas (1).

— Los grados de escolaridad de la población penal para el año 1979 reflejan también esa relación, lo cual puede apreciarse en el cuadro 1.

Cuadro No. 1

Grado de escolaridad de la población penal del país en 1979
Nota: indicadores aproximados

Escolaridad	Porcentaje
Primaria incompleta	43,7
Primara completa	24,0
Secundaria incompleta	17,5
Analfabeta	9,5
Secundaria completa	2,3
Universitaria incompleta	1,5
Profesional universitario	0,3
Sin respuesta	—

Fuente: Dirección General de Adaptación Social. Estadísticas Penitenciarias. Revista Foro, pág. 5, 1980.

* *El presente trabajo fue elaborado en 1980 pero mantiene un interés ineludible dada la repercusión que tiene el delito en la sociedad.*

(1) Dirección General de Adaptación Social. Ministerio de Justicia. Revista Foro No. 3, pág. 5, San José, Costa Rica, 1979.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

— Un censo indicó que en 1979 el 45,3 por ciento de los 2308 internos cometió delito en la provincia de San José y el 53 por ciento de ese total lo hizo en los centros de provincia (2).

Es de notar que el Area Metropolitana y los centros de provincias, donde la población es densa se han constituido en las zonas con mayores índices de delincuencia. El fenómeno puede encontrar su explicación en la emigración de los pobladores de zonas rurales hacia las ciudades en busca de los beneficios que estas ofrecen (hospitales, centros educativos, servicios del gobierno y privados, esparcimiento, etc.) y el resultado es el inminente rechazo para quienes carecen de preparación académica o técnica y que además no poseen recursos económicos suficientes para subsistir. De manera que esta situación en que se hallan los obliga a vivir en condiciones deplorables de vida, lo cual intensifica los estados predelictivos tales como el desempleo, la malvivencia, la prostitución, menores abandonados, alcoholismo, toxicomanía, insanidad mental, etc., factores que cobran mayor fuerza al faltar limitantes del delito tales como la educación, el bienestar económico, la vigilancia policial, etc., además al ser para estos grupos, difícil satisfacer sus necesidades básicas y de realización personal; su situación se agudiza aún más en periodos de crisis económicas, lo cual puede inducir a cometer actos violatorios a la ley con mayor regularidad.

En la delincuencia costarricense existen algunas particularidades muy marcadas como por ejemplo la reincidencia del delincuente. Un censo hecho por la Dirección General de Adaptación Social en 1978 informa que de un total de 2083 internos, el 48 por ciento eran reincidentes y lo fueron también el 55 por ciento del total de internos recluidos por delito de hurto, hurto agravado y robo agravado (3). En lo expuesto en el cuadro 2 puede notarse que los grupos más numerosos de personas condenadas oscilaron entre los 17 y 35 años y además fueron los que presentaron mayor cantidad de condenas por ejecución condicional. Cabe entonces asociar algunos puntos: estrechez económica, ejecución condicional y reincidencia, sobre lo cual puede pensarse que el delincuente costarricense al calor de situaciones socio-económicas apremiantes va preparando el camino para llegar a profesionalizarse en el campo delictivo con estrategias y acciones mejor planeadas y que a manera de círculo vicioso van perpetuando esta forma de vida, lo cual hace cada vez más difícil la solución de los casos en los juzgados y tribunales del país.

Una situación análoga se presenta con los menores infractores y al respecto puede citarse lo siguiente: *"De los jóvenes que llegaron al Juzgado Tutelar de Menores en el período 1975 a 1977 la mayoría son varones, 2145 (mujeres 497). La mayor incidencia está en edades de 14 a menos de 17 años, tanto para hombres como mujeres. En cuanto a nivel educativo formal la mayor parte apenas cubre la enseñanza primaria"* (4).

Otra particularidad de nuestra población penal es su conformación de condenados e indiciados. Dentro de la población penal al 31 de octubre de 1980 había 1414 sentenciados y 1291 indiciados (5); esta última cifra resulta preocupante porque nos informa que existían personas sin proceso o procesadas que no habían sido enjuiciadas, o sea que de ellos algunos llegarían a ser absueltos porque no habían cometido delito alguno o porque no existieron pruebas suficientes para condenarlos. De manera que los indiciados guardan prisión mientras esperan la fecha para ser enjuiciados, lo cual además de causar un daño socio-moral en ellos, conlleva la carga económica que representa la estadía diaria por individuo en un centro de adaptación (₡ 100,00 diarios aproximadamente para 1980) (6). Esta cifra en función del número de reos y el tiempo en prisión elevan las cantidades en colones considerablemente. Los costos anteriores sumados a otros en que se incurre con el trámite que se sigue al caso y el juicio en los tribunales y juzgados penales, la actividad del Ministerio de Seguridad, del Organismo de Investigación Judicial, etc. llevan a conformar el costo económico del delito, pesada carga que soporta el país.

---

(2) Dirección General de Adaptación Social. Estadísticas penitenciarias. Censo de población penal al 1 de junio de 1979. Cuadro No. 3, pág. No. 9, San José, C.R., 1979.

(3) Ministerio de Justicia. Memoria Anual 1978—79, pág. 43. San José, Costa Rica, 1979.

(4) "Corte Suprema de Justicia, Revista Judicial No. 15, pág. 70, año IV. San José, Costa Rica, marzo, 1980.

(5) Ministerio de Justicia, Boletín estadístico, Servicios Técnicos, Investigación estadística, 1980.

(6) Dirección General de Adaptación Social. Estimación con base en presupuestos. (Costo diario en atención técnica y administrativa, alimentación, servicios de salud, vestuario, limpieza, etc.). San José, Costa Rica, 1980.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuadro No. 2

CLASIFICACION DE LAS PERSONAS CONDENADAS EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES Y JUZGADOS PENALES DEL PAIS SEGUN SEXO, PENA Y EDAD DURANTE 1978

Grupos de edades	Total	Total	MASCULINO		Total	FEMENINO	
			Ejecución condicional	Otras penas		Ejecución condicional	Otras penas
Total	**4546**	**4164**	**1227**	**2937**	**382**	**141**	**241**
17 a 20 años	756	**700**	255	445	**56**	18	38
21 a 25 años	1154	**1059**	339	720	**95**	41	54
26 a 30 años	835	**778**	217	561	**57**	23	34
31 a 35 años	523	**472**	132	340	**51**	16	35
36 a 40 años	449	**410**	98	312	**39**	16	23
41 a 45 años	266	**240**	62	178	**26**	11	15
46 a 50 años	208	**186**	46	140	**22**	7	15
51 a 55 años	151	**131**	26	105	**20**	5	15
56 a 60 años	88	**83**	20	63	**5**	—	5
Más de 60 años	109	**100**	29	71	**9**	3	6
Ignorada	7	5	3	2	**2**	1	1

Fuente: Poder Judicial. Estadísticas Judiciales de Costa Rica, págs. 38 a 40; 54 a 56, 1979.

III. Análisis estadístico. Prueba de hipótesis.**

Las siguientes relaciones (en cifras) entre la delincuencia con la población, el ingreso per cápita y los gastos en construcciones y adaptación social servirán de base para hacer algunos comentarios que guardan afinidad con respecto a la situación socio-económica de los grupos marginados de los beneficios sociales, asunto que exige le sea puesta mayor atención y que debe preocuparnos hondamente si queremos evitar una delincuencia crónica y aguda en el futuro, pues el freno para tal situación está condicionado a la acertada planificación que se ha de hacer en pro del mejoramiento de tales grupos.

1. Casos entrados (variable dependiente) a los Tribunales Superiores y Juzgados Penales en función de la población total del país (variable independiente). Se obtuvo la siguiente ecuación de regresión:

Casos entrados = −96738,0 + 68,583 (población)

Error de estimación: 5.322

1.1. En la ecuación anterior se observa que existe una relación directa (signo positivo del coeficiente 68,583) entre el aumento de población y los casos entrados de lo cual se puede decir que por cada 1000 habitantes en que se incrementa la población total hay un aumento de 68,583 casos.

1.2. Basándonos en la ecuación de regresión se obtiene la siguiente proyección para el próximo quinquenio (considerar error de estimación hacia arriba o hacia abajo al comparar con lo real).

** *Resultados obtenidos en el centro de cómputo de la Universidad Nacional con base en las cifras del cuadro 3. La importancia de este análisis radica en los comentarios que se han hecho después de cada punto tratado y no en las proyecciones de la delincuencia, cuyas cifras por tratarse de seres humanos están sujetas a variaciones.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

1980: −96738,0 + 68,583 (2204,8) = 54.474
1981: −96738,0 + 68,583 (2252,3) = 57.731
1982: −96738,0 + 68,583 (2300,0) = 61.003
1983: −96738,0 + 68,583 (2347,2) = 64.240
1984: −96738,0 + 68,583 (2394,6) = 67.491
1985: −96738,0 + 68,583 (2442,1) = 70.748

Esta relación nos indica que conforme se incrementa la población serán más los casos que se tramitarán en las oficinas judiciales de lo penal. En el cuadro 3 puede notarse la pequeña cantidad de casos que terminan en sentencia en comparación con el total de ellos y que al respecto se puede pensar en el gran esfuerzo que se realiza con el empleo de recursos humanos y materiales en asuntos que fenecen por razones de impunidad, falta de pruebas, etc.

2. Personas condenadas (variable dependiente) por los Tribunales Superiores y Juzgados Penales en función de la población total del país (variable independiente). Se obtuvo la siguiente ecuación de regresión:

Personas condenadas = 1518,6 + 1,7115 (población)

Error de estimación: 289,74

2.1. En la ecuación anterior se observa que existe una relación directa (signo positivo del coeficiente 1,7115) entre el aumento de población y las personas condenadas, de lo cual se puede decir que por cada 1000 habitantes de incremento en la población total hay un aumento de 1,7115 de personas condenadas.

2.2. Basándonos en la ecuación de regresión se obtiene la siguiente proyección para el próximo quinquenio (considerar error de estimación hacia arriba o hacia abajo al comparar con lo real).

1980: 1518,6 + 1,7115 (2204,8) = 5.292
1981: 1518,6 + 1,7115 (2252,3) = 5.373
1982: 1518,6 + 1,7115 (2300,0) = 5.455
1983: 1518,6 + 1,7115 (2347,2) = 5.536
1984: 1518,6 + 1,7115 (2394,6) = 5.617
1985: 1518,6 + 1,7115 (2442,1) = 5.698

Esta relación nos indica que conforme aumenta la población serán cada vez más las personas condenadas por diferentes clases de delito, de manera que en el futuro se necesitarán más vigilantes, más construcciones, más oficinas judiciales, más técnica, más profesionales, etc. para reprimir el delito.

3. Personas condenadas (variable dependiente) en función del ingreso per cápita (variable independiente). Se obtuvo la siguiente ecuación de regresión:

Personas condenadas = 4392,9 +0,005956 (ing. p.)

3.1 La ecuación anterior nos indica que existe una relación directa (signo positivo del coeficiente (0,005956) entre el ingreso per cápita y las personas condenadas, o sea que al aumentar dicho ingreso, aumentan también las personas condenadas.

La indicación paradójica de esta relación puede encontrar su explicación en las siguientes razones: a) Que el aumento de la riqueza no llega con la debida fuerza a los grupos marginados que son los que representan nuestra delincuencia, de manera que los mayores beneficios los reciben las clases acomodadas a las cuales llega la riqueza con mayor abundancia; b) una repartición desigual de la riqueza acompañada de una crisis económica azota doblemente a dichas clases marginadas; de manera que el incremento de la delincuencia se acelera por el lado de los "necesitados", razón de peso para pensar que existe una marcada impunidad del delito en las clases altas, en las cuales son otras las fuentes que lo generan y que pueden ser de tipo político, síquico, personal, social, accidental, causal, etc.

4. Personas condenadas (variable dependiente) en función del gasto en adaptación social y construcciones (variable independiente). Se obtuvo la siguiente ecuación de regresión:

Personas condenadas = 4782,0 +0,003207 (gastos)

4.1 Esta ecuación nos indica que existe una relación directa (signo positivo del coeficiente 0,003207) entre la inversión para sostener la delincuencia y las personas condenadas, o sea que conforme se gaste más en atender la delincuencia, ésta se incrementa cada vez más.

Esta relación nos indica que la delincuencia seguirá en aumento pese a los grandes esfuerzos que se realizan para capturar, enjuiciar al delincuente y

Cuadro No. 3

INFORMACION PARA LA PRUEBA DE HIPOTESIS

Años	(1) Casos entrados	(2) Sentencias	(3) Sentencias condenatorias	(4) Menores condenados	(5) Población total del país	(6) Ingreso per cápita (colones corrientes)	(7) Gastos en adaptación social y construcciones
1973	28.509	5.060	3.643	895	1.871,8	5.002	19.600,0
1974	32.063	5.540	3.989	950	1.918,1	6.397	24.761,3
1975	36.871	5.617	4.044	1.016	1.964,9	7.864	32.771,6
1976	50.469	5.036	3.626	925	2.012,5	9.460	42.791,8
1977	48.735	6.304	4.484	883	2.061,1	11.865	56.088,2
1978	45.872	6.386	4.546	740	2.110,7	13.192	93.187,1
1979	49.492	5.862	4.290	785	2.192,4	14.473	149.122,7

1–2–3–4) Poder Judicial. Estadísticas Judiciales de Costa Rica. Sección Estadística.

3) Estimaciones: 1973 a 1976; datos reales: 1977 a 1979.

3–4) Si bien en el aspecto penal los menores no se consideran delincuentes, para efectos de este estudio se hizo necesario sumar estas dos columnas para obtener un indicador global de la delincuencia, al tomar en consideración que las causas de ésta afectan a unos y a otros.

5) En miles de habitantes al 30 de junio de cada año. Dirección General de Estadística y Censos. Tomado del cuadro No. 25 de la evaluación del censo de 1973 y proyección de la población por sexo y grupo de edades (1950–2000).

6) Banco Central de Costa Rica: "Cifras de cuentas nacionales". Departamento de Investigaciones y Estadísticas, 1979.

7) Contraloría General de la República. Leyes de Presupuesto Ordinario de la República, fiscal y por programa (gastos en miles de colones).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN" PODER JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

darle el tratamiento adecuado para devolverlo o no a la sociedad, labor que implica construir edificios, contratar profesionales (psicológos, abogados, trabajadores sociales, etc.) vigilantes, empleados administrativos, etc. que en conjunto conforman el sistema penal el cual se ocupa de la gran tarea de tratar al delincuente. En vista de lo anterior y con la certeza de que la delincuencia irá siempre en aumento, se hace necesario atender a una mayor prevención con el fin de evitar que se produzca un crecimiento desmedido y sin control. Esto tendría un fuerte apoyo si se logra la máxima integración socio-productiva de aquellos grupos donde se manifiesta con mayor fuerza el mal.

IV. Conclusión.

Son fuertes los motivos para preocuparnos al pensar que la carga socio-económica en la que se constituye el delito, se agudiza cada vez más (máxime en un país de escasos recursos como el nuestro) conforme crece la población y el mundo se torne más complejo. Es por ello que se ha de insistir nuevamente en la necesidad de una planificación adecuada en la cual han de manifestarse cambios sustanciales en nuestro modelo económico, a través de lo cual se reestructuren algunos sectores en pro de una sociedad amoldada a nuestra realidad económica, de manera que el costo global del delito sea reducido a su mínima expresión, en busca de mayor seguridad social y conservación de recursos monetarios; labor de suma importancia en la que han de pensar hoy nuestros dirigentes.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA INTERPRETACION DE LAS CLAUSULAS ARBITRALES EN EL SISTEMA JURIDICO COSTARRICENSE

(Apuntes de Derecho Comparado)

Dr. Víctor Pérez Vargas

Las cláusulas arbitrales dentro de un contrato pueden ser objeto de interpretación restrictiva o ampliativa. La tesis restrictiva es propia del sistema latino, mientras que la posición opuesta es sostenida dentro del sistema anglosajón; dentro de éste, en caso de duda se favorece el arbitraje y, en tal sentido es reiterada la jurisprudencia.[1]

El Derecho costarricense no contiene disposición legal expresa sobre el punto de si las cláusulas compromisorias deben ser interpretadas en sentido restrictivo o ampliativo. Sobre el tema concreto no hay desarrollos jurisprudenciales, hasta donde logré investigar.

Sin embargo, la tradición latina (romano-canónica en expresión de Merrymann), a diferencia de la tradición anglosajona, asigna un especial valor como fuentes materiales del Derecho a la doctrina y a la jurisprudencia comparada, campo donde sí encontramos elaboraciones.

La tradición europea continental y latinoamericana —en la que se encuentra inmerso nuestro Ordenamiento— en desarrollo del principio de que "la sentencia de los árbitros ha de concretarse a los puntos que se les sometieron"[2], ha sostenido en forma absolutamente mayoritaria que la convención de arbitraje *debe ser interpretada en forma restrictiva,* pues ella sustrae de una manera excepcional a las partes de su juez natural. En este sentido, los tribunales belgas, franceses, latinoamericanos, e inclusive la misma Corte de Arbitraje de la

---

(1) Así, por ejemplo, se ha dicho: "cuando hay duda acerca de si un asunto es materia de arbitraje, la cuestión se resuelve en favor del arbitraje" Southern Bell Tel. & Tel. Co. v. Louisiana Power and Light Co. D.C. La. 1963, 221 F. Supp. 364. "Las cortes deben interpretar el contrato no impidiendo el arbitraje, sino favoreciéndolo en materia de disputas laborales" Signal-Stat. Corp. v. Local 475, United Elec. Radio and Mach Workers of America. C.A.N.Y., 235 F. 2d, 298, certiorari denied 77 S. Ct., 1293, 354 U.S. 911, 1 L.Ed., 2d, 1428, rehearing denied 78 S.Ct. 7, 355, U.S. 852 2.L. Ed. 2d, 61. ". . . cualquier duda debe ser resuelta dentro de la línea de la política liberal de promover el arbitraje mediante rápidos y relativamente económicos juicios ante especialistas comerciales y así ayudar a la descongestión de las agendas judiciales". Oregon Pacific Forest Products Corp. v. Welsh Penal Co., D.C. or. 1965, 248, F. Supp. 903.
"Al resolver dudas sobre la arbitrabilidad . . . las cortes deben considerar que las partes están vinculadas a arbitrar todas las materias no específicamente excluidas, que razonablemente quepan dentro del lenguaje usado". United Textile Workers of America AFLCIO, Local Union No. 120. V. Newberry Mills, Inc., C.A.S.C. 1963, 315 F.2d 217, certiorari denied 84 S.Ct. 54, 375 U.S., 818, 11. L.Ed. 2d, 53.
"La política federal es la de resolver las dudas en favor del arbitraje" Metro Indus Painting Corp. V. Terminal Const. Co. C.A.2, 1961, 287, F 2d. 382, certiorari denied 82 S.Ct., 31, 368 U.S. 817, 7 L.Ed. 2d, 24. También: Greenwich Marine Inc. C. S.S. Alexandra, D.C.N.Y., 1964, 225 F. Supp. 671, affirmed 339 F 2d, 901; también: Procter Gamble Independent Union of Port Ivory N.Y. v. Procter Gamble Mfg. Co. D.C.N.Y. 1961, 195 F. Supp. 134, affirmed 298, F. 2d. 644; también Maryland Tel Union v. Chesapeake & Potomac Tel.Co., of Md. D.C. Md.1960, 187 F. Supp.101. También: Local 719, American Bakery and Confectionery Workers of America AFl-CIO v. National Biscuit Co., D.C. N.J. 1966, 252 F. Supp. 786.

(2) CABANELLAS, Repertorio Jurídico, HELIASTA, Buenos Aires, 1974, p. 144.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cámara de Comercio Internacional (con sede en París) han afirmado el principio de que *el arbitraje es de interpretación restrictiva.*

El criterio que se ha seguido dentro de la tradición latina es el de que el árbitro no tiene jurisdicción más allá de lo que las partes expresamente han convenido, ni tampoco sobre cuestiones diferentes de las previstas por las partes en la respectiva cláusula; la existencia de la competencia arbitral deriva del consentimiento mutuo de las partes. En consecuencia, sobre puntos no previstos expresamente, hay INCOMPETENCIA; no se puede obligar al arbitraje si éste no resulta *en forma inequívoca* de la voluntad de las partes.

El Secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha expresado: "La *ausencia de toda ambigüedad* en la voluntad de las partes de someterse al arbitraje es sobre todo, *una condición sine qua non* para que los árbitros del Comercio Internacional tengan el poder suficiente".[3]

La tendencia restrictiva resulta clara en el sistema latino, que es el costarricense, con base en el examen de algunos ordenamientos:

En la doctrina argentina, de gran influencia en Costa Rica, el tratadista Alsina afirma:

> ". . . puede variar la extensión de su contenido . . . puede referirse a una parte determinada del contrato, a su interpretación, a su cumplimiento, a la liquidación del negocio, etc. Las partes no suelen ser muy precisas en sus expresiones y estas *deben interpretarse en forma restrictiva,* por cuanto la cláusula compromisoria importa una renuncia al principio general de sometimiento a la jurisdicción judicial"[4].

La jurisprudencia argentina ha hecho uso de este *principio de interpretación restrictiva de las cláusulas arbitrales* en reiterados fallos:

> En un caso en que la cláusula compromisoria establecía que cualquier problema *de interpretación* se sometería a arbitraje" se denegó la solución arbitral para controversias relativas a rendición de cuentas.[5]
>
> En otro caso, donde la cláusula compromisoria se refería a cualquier problema relativa a la *ejecución* del contrato, no se aceptó la solución arbitral para conflictos relativos a la rescisión del contrato.[6]

También la jurisprudencia francesa ha mantenido la tesis de la interpretación *restrictiva* de las cláusulas de arbitraje:

> Así, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de París, del 13 de julio de 1976, se interpretó la cláusula del contrato "todo diferendo que surja con ocasión de este contrato, comprendidas todas las cuestiones de Derecho relacionadas con él, debe ser sometido a arbitraje", como relativo únicamente a litigios entre las partes en el campo contractual, por lo que los problemas de responsabilidad extracontractual quedan fuera del arbitraje.[7]

Es la jurisprudencia belga la que ha desarrollado mejor el principio, de tradición latina, de la interpretación *restrictiva* de las cláusulas de arbitraje, con mayor detalle; son múltiples los fallos en este sentido:

> En diversos fallos se ha afirmado que "según la jurisprudencia dominante, la convención de arbitraje debe ser interpretada *en forma restrictiva* pues ella sustrae de una manera excepcional a las partes de su juez natural".[8]

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Anvers estimó que los competentes eran los Tribunales ordinarios para la solución de un litigio relativo a la resolución de un contrato que no había tenido principio de ejecución, pues el recurso al arbitraje estaba previsto sólo para la ejecución de los trabajos, su pago y la interpretación del contrato.[9]

Igualmente, el Tribunal de Liege, el 1 de di-

---

(3) DERAINS, Ives, Clunet, 1974, p. 938.

(4) ALSINA, Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VII, Juicios Especiales, EDIAR, Buenos Aires, 1965, p. 35 y 36.

(5) Cam. Com. Jurisprudencia argentina, T. 62, p. 510.

(6) Cam. Com. Jurisprudencia argentina. T. 76, p. 399.

(7) Rivista Trimestrale di diritto commerciale, 1976, p. 704.

(8) Así: Trib. comm. Bruxelles, 6 janvier 1955; Trib. Comm. Anvers, 8 de octubre de 1956 y Corte de apelaciones de Bruxelles, 13 de noviembre de 1974. op. cit. infra 12.

(9) C. App. Anvers, 21 avril 1975. op. cit. infra 12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ciembre de 1976, constatando que los términos de la convención decían que "el árbitro es competente para todo diferendo que surja con la aplicación de la citada convención", decidió que esta cláusula así redactada no daba poder al tribunal para pronunciarse sobre la anulación.[10]

Otro fallo sostuvo que el arbitraje debe ser considerado excepcional y de estricta interpretación cuando el Tribunal se pronuncia sobre su propia competencia.[11]

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina belga, para la cual los límites de la competencia arbitral están en la voluntad expresa de las partes, en lo previsto por la cláusula arbitral.[12]

También la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha sostenido que no se puede recurrir al arbitraje si este no resulta en forma inequívoca de la voluntad de las partes:

> "La convención de arbitraje es *de interpretación estricta*".[13]

A falta de expresa e inequívoca disposición los árbitros deben declararse incompetentes.

Los casos en que se ha aceptado que hay una manifestación expresa e inequívoca capaz de determinar la procedencia del arbitraje son solamente aquellos que no ofrecen duda alguna. Por ejemplo, se admitió la solicitud de arbitraje en un caso en que la cláusula respectiva expresaba: *"toda divergencia* entre las partes se someterá a arbitraje".[14]

Hay otras dos hipótesis que han revelado también una tendencia restrictiva en cuanto al arbitraje, en el sistema del "Civil Law":

1) Rechazo de solicitud de arbitraje cuando se omiten formalidades
2) Rechazo de solicitud de arbitraje cuando se discute la misma cesación de la eficacia del contrato.

Con relación al primer supuesto, en Costa Rica se han producido manifestaciones de esta tendencia latina (europea-continental y latino-americana), restrictiva en cuanto al arbitraje, en casos en que se observan defectos en la demanda, casos en los que —se ha afirmado— "tales defectos impiden dar curso a la demanda arbitral o coartan las facultades del árbitro de intervenir".[15]

Con relación al segundo aspecto, algunos autores italianos han sostenido que "puesta en discusión la existencia del contrato que contiene la cláusula, se pone en tela de juicio la jurisdicción misma de los árbitros".[16] Esto se daría, a mi juicio, por ejemplo, en el caso de que la parte a quien se solicite el arbitraje alegue que el contrato ha dejado de tener eficacia, por revocación, de mutuo acuerdo entre las partes, pues se trataría de una controversia que afectaría tanto la existencia del contrato principal como la eficacia de la cláusula arbitral. En este aspecto la jurisprudencia de los Tribunales de Costa Rica, se han manifestado en el sentido de que es innecesaria la resolución de un contrato si las partes han acordado amigablemente la conclusión de la relación contractual entre ellas.[17]

---

(10) Jur. Liege, 1976—1977, p. 124. op. cit. infra 12.

(11) Trib. comm. Bruxelles, 6 janvier 1955. op. cit. infra 12.

(12) HUYS, Marcel y KEUTGEN, Guy. L'arbitrage en Droit belge et international, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 151 y 249.

(13) Sentences C.C.I. 1974, Nos. 2138 y 2321, Clunet, 1975, p. 934 y 938; y 1975 No. 1434, Clunet, 1976, p. 978.

(14) Cámara Comercial, No. 70, Buenos Aires, 1946. Gaceta del Foro. Octubre 27 de 1946, Tomo 184, pág. 596.

(15) SALA DE CASACION, 13 y 40 hrs. de 7 de noviembre de 1962, II sem. II tomo, p. 1199.

(16) CODOVILLA, Del compromesso e del giudizio arbitrale, No. 106, p. 344 y ss y AMAR, Dei giudizi arbitrali, p. 157.

(17) SALA DE CASACION, No. 35 de 15 y 15 hrs. de 9 de abril de 1969.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CONCLUSIONES

1. Hemos tomado como fuente material, capaz de suministrarnos los principios generales con los que se integra el Ordenamiento costarricense, al Derecho Comparado. "En ciertos casos nos vemos obligados al empleo del método comparativo para comprender las soluciones de nuestro Derecho".[18]

Es aceptado por los grandes comparatistas que los Derechos de las Naciones de América Latina pretenden realizar típicamente la misma concepción del mundo que la de Europa Occidental continental. El Ordenamiento jurídico costarricense es parte de esta perspectiva de lo jurídico, por lo que las soluciones coincidentes de los diversos sectores del sistema, sirven de principios jurídicos para guiar la solución de cuestiones particulares. "Entre ciertos países existe respeto al Derecho una comunidad particularmente estrecha de tradición y de principios que hace que los Derechos de los mismos pertenezcan a un mismo sistema y que las soluciones válidas en uno puedan ser invocadas en otro . . . con un valor comparable al que tendrían si hubieran sido proclamadas en este país desde siempre".[19]

2. A diferencia de las corrientes anglosajonas que tienden a favorecer el arbitraje en caso de duda[20], en la tradición del "Civil Law System" la tesis predominante es la opuesta, precisamente la de que en caso de duda NO debe favorecerse al arbitraje, pues este es considerado como una solución excepcional que depende de una clara intención de las partes, intención que debe ser expresa o inequívoca, por lo que si hay duda, deben remitirse las partes a su jurisdicción ordinaria, la vía judicial.

3. Después de analizar los elementos de juicio considerados y la jurisprudencia nacional y del "Civil Law System" a la que puede tener acceso, mi opinión personal es la de que las cláusulas arbitrales, en el sistema de Derecho en el que se ubica Costa Rica, *son de interpretación restrictiva.*

Ello implica, en mi opinión, que si no resulta claramente del contrato la voluntad de las partes de someter un punto determinado a arbitraje, tal arbitraje no procede. Igualmente, si la cláusula arbitral se encuentra ubicada en una estipulación específica del contrato, como podría ocurrir por ejemplo en las estipulaciones que regulan responsabilidades en determinados supuestos, a mi juicio, debe entenderse que las partes quisieron limitar la solución arbitral a ese específico problema, previsto en la estipulación del contrato en la que se encuentra incluida la cláusula arbitral.

4. Como conclusión general de lo expuesto puede afirmarse que, dentro de la tradición a que pertenece el Ordenamiento jurídico costarricense (donde la doctrina y la jurisprudencia comparadas tienen el carácter de fuentes materiales de Derecho) *las cláusulas arbitrales son de interpretación restrictiva.* En consecuencia, ellas limitan su eficacia a lo que se expresa clara e inequívocamente en ellas, o, en caso de duda sobre tal alcance, a la cláusula del contrato principal en la que se encuentra incorporado el compromiso a la estipulación compromisoria.

***

(18) DAVID, René, Tratado de Derecho Civil Comparado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 83.

(19) DAVID, op. cit., p. 82.

(20) AMERICAN DIGEST SYSTEM, 1918, 1937. UNITED STATES CODE ANNOTATED, Title 9, Arbitration, St. Paul. Minn. West Publ. Co. Brooklin, N.Y. 1967.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

AFIXIAS MECANICAS

Análisis de las autopsias del Departamento de Medicina Legal de Costa Rica en el período 1965-1983

Dr. Edison Marcelo Jácome Segovia

DEDICATORIA

A Mariany y Diego

INDICE

Pág.

Introducción. . . . 164

I. ASPECTOS GENERALES. . . . 164
Concepto. . . . 164
Clasificación. . . . 164
Fisiopatología de las anoxias 165
Clínica general de las asfixias mecánicas 166
Patología general de las asfixias mecánicas. . . . 167

II. ASPECTOS ESPECIALES. . . . 168
1) Asfixia por sumersión 168
Definición 168
Historia. . . . 168
Etiología 169
Fisiopatología. . . . 169
Síndrome pos-sumersión. . . . 172
Autopsia medicolegal dentro de la asfixia por sumersión. . . . 172
Examen externo. . . . 172
Examen interno. . . . 173
Exámenes complementarios 173
2) Asfixia por sofocación 175
Concepto. . . . 175
Variedades. . . . 175
Sofocación por obturación de orificios respiratorios 175
Etiología. . . . 175
Autopsia medicolegal. . . . 175
Sofocación por obstrucción de vías respiratorias 175
Etiología 176
Signos externos e internos 176
Sofocación por compresión toracoabdominal 176
Etiología 176
Signos externos e internos 176
Sofocación por carencia de aire respirable 176
Confinamiento 176
Etiología 176
Signos externos e internos 176
Sepultamiento. . . . 176
Etiología 176
Signos externos e internos 176
3) Asfixia por estrangulación 176
Concepto. . . . 177
Tipos 177
Estrangulación a lazo 177
Etiología 177
Mecanismo de la muerte 177
Tiempo de muerte 177
Autopsia medicolegal. . . . 177
Estrangulación a mano 177
Etiología 178
Mecanismo de la muerte 178
Tiempo de muerte 178
Autopsia medicolegal. . . . 178
4) Asfixia por ahorcadura 178
Concepto. . . . 179
Historia. . . . 179
Etiología 180
Escena 181
Tipos de ahorcadura según la ubicación del nudo 181
Tipos de ahorcadura según el grado de suspensión del cuerpo 181
Tipos de ahorcadura según la presión de la cuerda 182
Fisiopatología 183
Tiempo de muerte 183
Síndrome posahorcadura. . . . 183
Autopsia medicolegal en la asfixia por ahorcadura 183
Exámenes complementarios 185

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCION

Al ingresar por primera vez a la Morgue Judicial, algo que me causó sorpresa y admiración, fue el observar sobre las mesas de autopsia los cuerpos de tres personas que habían fallecido por sumersión y una por asfixia por ahorcadura. En ese momento pasó por mi mente la inquietud de conocer más a fondo sobre esta situación, ya que en mi país constituyen causas de muerte poco usuales, especialmente la segunda.

Es así como inicié la recopilación de datos en relación con todas y cada una de las asfixias mecánicas practicadas en esta morgue desde 1965 hasta finales de 1983. Conjuntamente fui nutriéndome de material bibliográfico indispensable sobre el tema. De la misma manera inicié la recopilación de muestras de órganos afectados en la asfixia por ahorcadura para realizar un estudio histológico. Debo advertir que se trató de un trabajo muy extenso que requirió de muchas horas de esfuerzo y dedicación, así como de la intervención de muchas personas, lo que hallen de positivo es el resultado de todas ellas, lo erróneo acredítenmelo a mí.

Mi anhelo es de que esta tesis sirva de acicate para futuros estudios sobre este tema de suyo apasionante.

I. ASPECTOS GENERALES

Concepto

Etimológicamente el término asfixia proviene del griego A = falta o ausencia y SPHYZO = palpitar.

Lacassagne expresaba que equivale a falta de pulso.

Paul Bert (10) en el Siglo XVIII refirió que es la muerte por supresión de los fenómenos respiratorios.

Brouardel (3) dijo "en Medicina Legal es el cese de la función respiratoria".

Varios autores (1—15—16—17—28) coinciden en la definición de asfixia como la falta de oxígeno en las células de los tejidos.

Otros (15) amplían el concepto como una condición en la que el intercambio del aire en los alvéolos pulmonares y en la sangre de los capilares pulmonares está interrumpida, los glóbulos rojos no llevan oxígeno y la descarga de anhídrido carbónico en los pulmones tampoco se produce.

Adelson (1) cita como un estado fisiológico y químico en el que un organismo vivo presenta una deprivación aguda de oxígeno indispensable para el metabolismo celular, asociado a la falta de eliminación del anhídrido carbónico, produciéndose una hipoxia o anoxia celular.

Esta interrupción o deprivación por el lapso de unos cinco minutos produce la muerte.

El encéfalo es el órgano humano más sensible a la hipoxia o anoxia, y de él principalmente el cerebelo y la corteza cerebral.

Durante la asfixia la acción del corazón continúa por varios minutos después del paro respiratorio. Esto tiene importancia para efectos de resucitación (33).

Clasificación

Las asfixias pueden clasificarse en: mecánica, tóxica y clínica. Las dos primeras han sido llamadas violentas. También podemos denominar a la tóxica como asfixia química, y a la clínica como asfixia patológica.

Dentro de las tóxicas o químicas están las asfixias producidas por sustancias como el monóxido de carbono, los clásicos gases de guerra (Iperita, Lewisita) (39).

Dentro del grupo de las asfixias patológicas o clínicas pueden mencionarse las originadas en insuficiencia cardíaca, enfermedades broncopulmonares obstructivas y afecciones hematológicas como anemias severas, leucemias, etc. (6).

Thoinot (4) refiriéndose específicamente a la asfixia mecánica dice: "es aquella que resulta de un impedimento mecánico y violento, a la penetración del aire en las vías respiratorias".

El Dr. Vargas Alvarado (39) lo define como

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

alteraciones en la función respiratoria que puede terminar en la muerte, producidas por medios mecánicos.

Las asfixias mecánicas específicamente han merecido diversidad de criterios en su clasificación. Unos (10) lo dividen en dos grupos: 1) Por obstrucción de las vías aéreas (sofocación, estrangulación, ahorcadura y sumersión), 2) Alteraciones en la expansión de la caja toráxica por compresión.

Otros (16–33) las distinguen en: 1) Asfixia por constricción del cuello con bloqueo al paso del aire, (ahorcadura, estrangulación), 2) Obstrucción de la vía aérea (sofocación, aspiración de material extraño), 3) Compresión del tórax que impide los movimientos respiratorios y 4), Exclusión de oxígeno por privación de éste o reemplazo por otro gas.

Considero que una de las clasificaciones más completas sobre asfixias mecánicas es la siguiente:

1. Asfixia por sumersión.
2. Asfixia por ahorcadura.
3. Asfixia por estrangulación (a mano, a lazo, mixta y por otros medios).
4. Asfixia por sofocación (por obturación de los orificios respiratorios, por obstrucción de vías respiratorias, por carencia del aire respirable y dentro de ésta tenemos el confinamiento y el sepultamiento).

Fisiopatología de las anoxias

Cuando las necesidades de oxígeno en las células del organismo no son satisfechas se produce un estado de anoxia. El aporte de oxígeno a los tejidos está asegurado por cuatro mecanismos (la ventilación pulmonar, el vehículo "hemoglobina", la circulación de la sangre y los intercambios gaseosos a nivel celular). Cualquier perturbación en estos mecanismos provoca la anoxia.

Existen cuatro tipos de anoxias (1–10–32):

1) Anoxia anóxica, caracterizada por una privación de oxígeno a nivel pulmonar y tisular especialmente cerebral. Puede deberse a varios mecanismos: a) A una falta suficiente de oxígeno que llegue a los alvéolos pulmonares por ejemplo en las asfixias mecánicas y en las asfixias patológicas como en la atelectasia pulmonar, bronquitis, asma, etc.; b) Cuando el aire respirado no suministra la cantidad suficiente de oxígeno por haber sido reemplazado por otro gas; c) Cuando la presión de oxígeno ha disminuido en el aire del medio ambiente, como ocurre en los accidentes de montaña, accidentes de aviación con baja presión dentro de la cabina; d) Falta de oxígeno a nivel de las células nerviosas por compresión cervical (ahorcadura, estrangulación).

2) Anoxia anémica, puede resultar de una dificultad de la hemoglobina para transportar oxígeno, es el caso de las intoxicaciones por monóxido de carbono, o por productos metahemoglobinizantes; o por una disminución de hemoglobina en razón de una pérdida sanguínea por heridas o en una anemia hiprocrómica, etc.

3) Anoxia de estasis, debida a trastornos en la gran o pequeña circulación, la hemoglobina circulante no es transportada eficazmente a los tejidos del organismo como en la congestión o apoplejía pulmonar, embolias o trombosis, insuficiencias circulatorias periféricas, shock, etc.

4) Anoxia histotóxica, resulta de la caída de la tensión diferencial arteriovenosa del oxígeno, o de la inhibición de los fermentos oxidantes intracelulares que impiden la utilización del oxígeno que la sangre arterial ofrece a los tejidos, es el caso de la intoxicación por cianuros, donde la sangre venosa está tan cargada de oxígeno como la arterial, lo cual explica el color rosado de muchos de estos intoxicados.

Las asfixias van a causar la muerte en un tiempo que variará de acuerdo con la reducción de la oxigenación y a la tolerancia individual. Una anoxia total y brusca determinará una muerte rápida, mientras que en la hipoxia la muerte es más lenta con la aparición de un síndrome de hipercapnia.

Se han realizado múltiples experimentos (10) con el fin de determinar el tiempo de muerte y sus reacciones fisiopatológicas. Desde este punto de vista distinguimos en las asfixias mecánicas una forma sobreaguda y una aguda.

1) Asfixia mecánica sobreaguda: este tipo de asfixia es primitivamente respiratoria y sigue un orden matemático:

a) Una falta de latencia que dura pocos segundos.

b) Una fase de compensación completa caracterizada por una reacción cardiorrespiratoria con taquicardia e hiperventilación y tiene una duración aproximada de treinta segundos.

c) Una fase de compensación incompleta de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

orden hormonal con descargas de adrenalina que determinan una distribución del oxígeno disponible en beneficio del corazón y del cerebro, esta fase dura aproximadamente dos minutos y termina con la obnubilación del sujeto.

d) Una fase de descompensación en la cual las funciones van desapareciendo en forma progresiva, salvo la circulación. Esto origina una pérdida de la conciencia, convulsiones tónico-clónicas, parálisis fláccidas, relajación de esfínteres, midriasis, bradicardia, el pulso se vuelve saltante por la pérdida del tono simpático y la persistencia del tono parasimpático; apnea primaria por inhibición de los centros respiratorios superiores. El paro respiratorio va seguido de una regresión de los movimientos respiratorios bajo la forma de inspiraciones bruscas de gran amplitud y leve duración. Este tipo de respiración traduce la liberación de la actividad frénica de los centros bulbares superiores; el sujeto entra en una fase preagónica y marca el último límite para una reanimación eficaz. Tiene una duración aproximada de un minuto. Por último viene el apnea secundaria seguida de colapso y fallo cardíaco e inmediatamente después la muerte clínica.

2) Asfixia mecánica aguda: caracterizada por la asociación de un síndrome hipóxico y de un síndrome hipercápnico. Experimentalmente una hipoxia del orden de 15 a 20 atmósferas de presión de oxígeno lleva a la muerte de un individuo en unas dos horas aproximadamente.

La hipercapnia o retención de anhídrido carbónico, es manifestación importante de hipoventilación alveolar. Aparece después de cierto lapso, pues se trata de un trastorno del equilibrio ácido-básico compensado al inicio por la acción de mecanismos correctores. Estos disturbios respiratorios se caracterizan por cianosis, insuficiencia cardio-circulatoria y signos neurosíquicos.

Signos respiratorios: la lucha del sujeto contra la falta de oxígeno se traduce por un esfuerzo de la caja torácica con tiraje sobre el esternón, polipnea y secreción bronquial que agrava la dificultad respiratoria.

Cianosis: es la manifestación de la desaturación del oxígeno-hemoglobina de la sangre. Estudios experimentales han demostrado que la coloración cianótica de los tegumentos aparece cuando la concentración de hemoglobina reducida alcanza a cinco gramos por litro de sangre. Esta cianosis es particularmente visible en los labios, uñas y lóbulos de las orejas.

Insuficiencia cardio-circulatoria: el primer signo es la taquicardia, muy característica de la hipoxia. El corazón tiene mayor resistencia que el cerebro a la anoxia. El consumo de oxígeno por el miocardio es de 10 mililitros por minuto por cien gramos o sea treinta mililitros por minuto. El corazón puede funcionar por unos veinte minutos en condiciones de anaerobiosis relativa, período en el cual se van elevando los metabolitos ácidos, especialmente ácido láctico. La hipoxia y la acidosis conjugan sus efectos nefastos sobre el corazón. El tejido de conducción es muy sensible a la hipoxia, de allí la gran excitabilidad cardíaca a la asfixia y la tendencia a la fibrilación.

Signos neurosíquicos: obnubilación, cefalea y vértigo preceden al coma hipercápnico "es la encefalopatía respiratoria". Se debe a una hipertensión intracraneana que se confirma por el edema de papila en el examen de fondo de ojo. La elevación del PCO2 es un factor vasodilatador a nivel cerebral y que sin duda causa edema cerebral.

Clínica general de las asfixias mecánicas

La mayoría de autores reconocen cuatro fases clínicas en la asfixia.

1) Fase cerebral en la cual el individuo presenta trastornos subjetivos caracterizados por vértigo, desvanecimiento, zumbidos de los oídos, angustia, más tarde pérdida del conocimiento, respiración lenta y pulso acelerado. Duración un minuto.

2) Aparecen convulsiones generalizadas en la cara, miembros, músculos respiratorios. Los movimientos peristálticos determinan la emisión de orina y de heces, aumenta la secreción salival y sudoral, se produce erección y hasta eyaculación inconsciente; la sensibilidad y los movimientos reflejos desaparecen progresivamente. Es la fase de excitación cortical y medular. La cara es cianótica, la presión arterial se eleva y los latidos cardíacos se enlentecen. Dura de uno a dos minutos.

3) Caracterizada por el cese de la respiración como consecuencia de una insuficiencia ventricular derecha. Dura de uno a dos minutos.

4) En la que el ritmo lento del corazón se acelera bruscamente, los latidos se vuelven irregulares y débiles, casi imperceptibles. Finalmente los ventrículos se paran en diástole,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

mientras las aurículas sostienen algunas contracciones.

En cuanto a la duración de la asfixia, en la asfixia aguda, al agotarse el oxígeno en unos treinta segundos, los centros nerviosos se paralizan, la víctima pierde el conocimiento, pero la reanimación es aún posible.

Un período mayor de tres a seis minutos de anoxia, constituye daño irreversible de los centros cerebrales y muerte real. Sin embargo, se acepta que el período máximo de supervivencia ante la anoxia es de cinco a seis minutos. Experimentalmente la asfixia provoca la muerte en siete u ocho minutos. No obstante se han podido ver reanimaciones de personas que han sobrepasado ese tiempo de asfixia, aunque muchas han quedado en vida vegetativa. Esto trae a colación la diferencia entre la muerte cerebral y daño cerebral. Si bien es cierto que el cese de las funciones intelectuales superiores, la motilidad, la sensibilidad y los reflejos así como la circulación y respiración tienen a veces como causa un severo daño cerebral; también es cierto que no todo daño cerebral significa el paro de la actividad del corazón y de los pulmones.

Por otra parte debe distinguirse aquellas muertes causadas directamente por el obstáculo mecánico a la respiración (muerte asfíctica), de aquellas otras que se originan por mecanismos reflejos que tienen un punto de partida receptores vago-inhibidores localizados en el cuello. Estas muertes son sincopales y no constituyen verdaderas asfixias. No son otra cosa que ejemplos de muerte por inhibición.

Entre las primeras podemos citar congestión pulmonar acompañada de tos, disnea, esputos sanguinolentos; neumonía y bronconeumonía.

Como secuelas neurológicas se observan convulsiones y amnesia retrógrada que pueden estar en función de zonas de necrosis cortical causadas por la privación temporal de oxígeno durante la asfixia. En el corazón se han observado alteraciones en el E.C.G. que podrían atribuirse a un mecanismo similar.

Patología general de las asfixias mecánicas

Las asfixias mecánicas en las alteraciones anatómicas sistémicas son indistinguibles de las asfixias patológicas y de las asfixias químicas. Así se puede observar congestión, edema y hemorragias pulmonares en el curso de muertes naturales cardíacas o pulmonares (2). El enfisema agudo, sin embargo, presenta un gran valor real en las obstrucciones respiratorias.

El síndrome asfíctico completo tiene como signos generales la tríada de cianosis, manchas de Tardieu y fluidez de la sangre.

La fluidez de la sangre ha merecido diversas interpretaciones. Para unos autores se debe a actividad fibrinolítica. Para otros como Davis (8) obedece a la persistencia de los mecanismos que en la persona viva mantiene la sangre en estado líquido. Invoca este autor el hecho de que la mayoría de las asfixias mecánicas ocurren en individuos relativamente sanos.

Las equimosis subpleurales o manchas de Tardieu (10–22) han sido muy discutidas a tal punto que autores como Liman indicaba que la doctrina de Tardieu es errónea y peligrosa, Pinard muestra que dichas equimosis se encuentran en fetos muertos por fallo circulatorio y es así como en 1877 ante tanta duda, la Sociedad de Medicina Legal de Francia concluyó que las manchas de Tardieu son reveladoras de una muerte rápida.

Además se han descrito cambios vinculados a la asfixia en órganos como el hígado, la sangre, el encéfalo, los pulmones, el bazo y la tiroides.

1) En el **hígado** los cambios son de índole microscópica y constituyen un síndrome citolítico, caracterizado por:

a) *Esteatosis,* que no parece tener trascendencia. *Viosin* destacaba la dificultad en correlacionarla con la cianosis.

b) *Transparencia celular.* Consiste en grupos de hepatocitos claros, tumefactos, con citoplasma granular y núcleo picnótico. Es de carácter irreversible y es de mayor valor diagnóstico.

c) *Necrosis celular difusa.* Afecta la porción central del lobulillo. Etienne Martin (22) hacía referencia al "hígado del ahogado".

2) En la **sangre**, además de la incoagulabilidad, se ha descrito elevación del factor VIII, trombocitopenia y prolongación del tiempo de protrombina, fibrinolisis transitoria.

Nicoletti, en 1928, describió aumento de los leucocitos perioxidásicos (citado por Derobert, 10).

La presencia de hemorragias ha sido atribuida por Bernard y colaboradores (4) a un factor neurovegetativo por la anoxia, como se observa en el estómago con motivo de intervenciones neuroquirúrgicas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

3) En el **sistema nervioso central,** en trabajos experimentales se ha descrito atrofia y necrosis de médula espinal y en vainas de mielina. (Derobert, 10).

4) En los **pulmones** se ha descrito congestión, hemorragia, edema, y ruptura de tabiques interalveolares (1–27–42).

5) En el **corazón,** se ha descrito degeneración vacuolar (Bouchner, 6).

6) En el **bazo,** De Chenard en 1960 describió hemorragias como "signo esplénico de la asfixia" (4).

7) En la glándula **tiroides,** Durante y Marchiore, en 1950, describieron hiperfuncionalismo en una tercera parte de los casos de asfixia.

En la hipófisis y en las suprarrenales se han descrito hemorragias.

II. ASPECTOS ESPECIALES

Para efectos descriptivos seguiremos el siguiente orden: sumersión, sofocación, estrangulación y ahorcadura.

1. Asfixia por sumersión

Definición

Para Lacassagne (3), "un individuo muere por sumersión cuando respira bajo el agua o cuando pierde la respiración bajo el agua".

Para Vargas Alvarado (39), "es la asfixia que se produce cuando el aire de los pulmones es reemplazado por un líquido que penetra a través de los orificios respiratorios".

Para Bonnet (4), "es la muerte producida por la obstrucción parcial o total del árbol respiratorio por un elemento líquido o semilíquido".

Para Corella, Merli, Fucci, y Angelili Rota (1965), es el impedimento a la entrada de aire en los orificios y vías respiratorias como resultado de la penetración activa en ellos de líquidos provenientes del exterior (4).

Historia

Desde que la superficie de nuestro planeta está constituida en su mayor parte por agua, las sumersiones accidentales y suicidas nunca han faltado.

Para Etienne Martin (22), la historia de la sumersión comprende tres períodos: a) de las ordalías y la tortura; b) del renacimiento hasta el siglo XVIII; c) desde el siglo XVIII.

a) El período de las ordalías y de la tortura. Las "ordalías" constituían una prueba de culpabilidad. El sospechoso era introducido en el agua; si flotaba era inocente y si se hundía era culpable. En Francia se aplicó esta prueba judicial echando al acusado atado de pies y manos.

La sumersión como castigo es citada en la Ley de las Doce Tablas para los parricidas. En el siglo VI, el Código de las Burgondas lo aplicaba en agua cenagosa para la mujer adúltera. En la Edad Media, en Inglaterra, se ahogaba a los ladrones en un pozo lleno de agua. En Francia, durante el reinado de Carlos VI, sus arqueros arrojaban al Sena a los descontentos dentro de un saco cosido con la leyenda "Dejad pasar la justicia del Rey". En 1521, en Ruan fueron arrojados en agua hirviente unos falsos monederos. La Constitución Carolina condenaba los homicidas de niños con la sumersión.

En Nantes, en 1793, con la barca de fondo movible de Carriere, se ajusticiaron con las "anegaciones" (noyades) un millar de personas.

b) El segundo período se inició con el Renacimiento. Se caracterizó por la observación de los signos de muerte por sumersión. Así Ambrosio Paré decía que podía establecerse que una persona había sido ahogada por la presencia de líquido en el estómago, excoriaciones en la frente y mucosidades en la nariz ("hongo de espuma").

Zacchia afirmaba que la sumersión se debía al impedimento de la función respiratoria. Morgagni hizo la observación de la epiglotis levantada.

c) El tercer período se inició a partir de la mitad del siglo XVIII.

Se caracterizó por la experimentación. Louis

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

demostró que si se lanza una persona ya muerta al agua, el líquido no penetraba en los pulmones. Con este principio demostró que la hija del protestante Sirven había muerto por sumersión.

Con el testimonio de Louis el padre que ya había sido condenado por el parlamento de Tolosa sobre la base de que había matado a la muchacha y luego la había lanzado a un pozo, fue absuelto.

En 1768, Champeaux y Faisseolle demostraron que Claudine Rouge, cuyo cuerpo había sido rescatado del Ródano, ya estaba muerta por homicidio cuando se le lanzó a las aguas.

En 1790, otro médico de Lyon, Desgranges, distinguió dos formas de muertes por sumersión: la asfixia por materia, en la cual había agua en los pulmones, y la muerte por desfallecimiento que no mostraba líquido.

Foderé, en 1813, señalaba el enfisema pulmonar y la fluidez de la sangre.

Orfila, en 1816 estudiaba el desarrollo de la putrefacción en el ahogado, y Devergie los signos de la duración de la permanencia del cuerpo en el agua.

Tiempo después aparecieron los trabajos de Tardieu, Taylor, Casper y Liman, y los experimentos de Pablo Bert (1864–1870).

Brouardel en 1889 describe detalladamente las fases de la sumersión, y en 1890, junto a Vibert, describen los elementos histológicos de este tipo de asfixia.

En 1888, Paltauf describió su signo de la equimosis pleural y la hemodilución por el líquido de sumersión.

A partir del presente siglo los trabajos sobre el tema se han orientado a la fisiopatología y al diagnóstico de la sumersión antemortem.

La presencia del plancton como signo de muerte por sumersión se debió a los trabajos de Hofmann, Rynsberg y Revenstorf, y más tarde de Corin, Stockis, Holler y Thomas. Su presencia en médula ósea se debe a Tanaska (1948), Thomas (1961) y Derobert (1962). Los cambios histológicos fueron descritos en 1929 por Leclerq, Muller y Marchand. Las alteraciones hepáticas se deben a Etienne Martin en 1932.

En 1963, Spitz (34) cuestionó el valor del plancton como signo de sumersión al demostrar que los habitantes de Berlín lo tenían en su organismo porque el aire de esa ciudad contenía diatomeas. Para la misma época Niles, describió la hemorragia en el hueso temporal como signo de este tipo de asfixia. Sin embargo, el trabajo de este autor pasó casi desapercibido hasta 1969, cuando Mueller (25) hizo una revisión sobre este signo en un trabajo publicado en el Journal of Forensic Sciences. Inspirado en este signo, Vargas Alvarado, en Costa Rica, describió el signo de la hemorragia del hueso etmoides, como otro indicio de sumersión (40–41).

Etiología

Existen tres variedades clásicas de asfixia por sumersión: accidental, suicida y homicida.

La *accidental* es la más frecuente, sea por caída en una corriente de agua, impericia para la natación o imprudencia.

Colombia y Japón poseen las estadísticas más altas por asfixias por sumersión accidental (28).

En la *suicida* se ha visto a las víctimas atarse voluntariamente las manos y los pies, o fijarse un peso considerable al cuello o en la cintura. En un caso documentado en el Departamento Médico Legal de Costa Rica, la víctima se ató al cuello con una cuerda, una pesada sirena vieja de barco.

En ocasiones se acompaña de otro tipo de lesiones autoinfligidas como heridas cortantes en vasos superficiales, o heridas por proyectiles de arma de fuego.

La *homicida* tiene lugar en recién nacidos, niños o adultos. Schneider (1974) (4) ha descrito dos casos de homicidios por sumersión en bañeras, las víctimas fueron mujeres, y el autor del hecho mantuvo sus cabezas bajo el agua durante unos cinco minutos aproximadamente.

La *judicial* tuvo su aplicación en la antigüedad, teniendo su mayor auge en la revolución francesa (noyades).

En Costa Rica hasta 1883 existió pena de muerte. Una de las formas de cumplir la sentencia fue la sumersión. Esta se llevaba a cabo introduciendo al condenado en un saco de cuero, acompañado por un mono, un gallo y una serpiente, animales que la tradición romana consideraba parricidas. En estas condiciones se cumplía la sentencia en algún río caudaloso y profundo.

Fisiopatología

Clásicamente se han considerado dos clases de ahogados: los azules y los blancos.

Los ahogados azules son individuos que han muerto en el agua y que han luchado por escapar a la asfixia, es la "sumersión asfixia". Unos autores la denominan muerte por sumersión primaria o muerte por la exclusiva penetración de líquido en las vías respiratorias y alveolos pulmonares.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En este caso, (36), el mecanismo de la muerte es bastante complejo; a la asfixia se le une un traumatismo pulmonar intenso, debido a que después de haber suspendido sus movimientos respiratorios durante algunos minutos, el ahogado realiza fuertes inspiraciones irresistibles dirigidas por el centro respiratorio, el cual es estimulado por el exceso de ácido carbónico de la sangre asfíctica. El agua penetra con fuerza a las vías respiratorias, llega a los alveolos y los traumatiza produciendo desgarros de la pared, pequeñas hemorragias, edema y enfisema (enfisema acuoso). La mezcla agitada de agua, aire y serosidad sanguínea produce la espuma que invade todo el tracto y los orificios respiratorios (hongo de espuma). El aire rechazado por el agua, distiende las zonas periféricas y realiza la hipercapnea de Casper. La presión del aire es bastante grande pudiendo dar lugar a embolias gaseosas mortales (Shert).

Una barrera acuosa y edematosa se opone a la circulación pulmonar. Resulta una insuficiencia ventricular derecha aguda con plétora de la pequeña circulación, inyección del sistema venoso cava, congestión marcada del hígado, el agua invade los pulmones y la sangre refluye hacia el hígado.

El agua no queda en los pulmones sino que penetra en la sangre arterial y la diluye en una proporción de un quinto a un octavo.

Finalmente el ahogado ingiere una cierta cantidad de agua que llena más o menos el estómago y el intestino.

La dilución de la sangre (hidremia) ha sido determinada por pruebas hematológicas, físicas, químicas y fisiológicas. Dentro de las hematológicas tenemos descenso del número de los elementos figurados de la sangre y del índice de la hemoglobina. En las físicas, disminución de la densidad de la sangre, tensión arterial, conductibilidad eléctrica, viscosidad del índice de refracción del suero y elevación del punto crioscópico. En las químicas, reducción de las concentraciones de magnesio y cloruros y dentro de las fisiológicas, disminución de la capacidad respiratoria de la sangre y actividad hemolítica más elevada en la sangre del corazón izquierdo.

Las fases de la sumersión asfixia o sumersión primaria se desarrollan de la siguiente manera: al contacto con el agua, una respiración profunda seguida de apnea voluntaria de corta duración, (cincuenta segundos); después disnea expiratoria refleja de origen central o laríngeo, pérdida del conocimiento, invasión de agua a vías respiratorias, convulsiones generalizadas, apnea agónica con una gran inspiración final, persistencia de los latidos cardíacos por unos dos o tres minutos, (estos fenómenos tienen una duración de tres a cuatro minutos).

La profundización de las investigaciones fisiopatológicas realizadas por Redding y Pearson (1964), Seruettaz y Tailleur (1964) y Lartigue (1965), han señalado que la situación es más amplia y compleja, así ellos han demostrado que la muerte ocurre por diferentes mecanismos, según tenga lugar en agua dulce o en agua salada.

El agua dulce es hipotónica en relación al plasma y por consiguiente pasa por ósmosis a través de los alveolos, de modo tan masivo que en pocos minutos puede duplicar el volumen sanguíneo. Al mismo momento se instala junto a la hipervolemia, hemodilución, hipoproteinemia e hipopotasemia, todo lo cual es causa de la aparición de una fibrilación ventricular.

El agua salada es hipertónica en relación con el plasma, lo que hace que inversamente a la situación anterior, el plasma penetre en los alveolos, produciendo una verdadera "sumersión interna" que se agrega a la sumersión externa. Consecuentemente se instala una hipovolemia, hemoconcentración, hiperproteinemia e hiperpotasemia. Tiene entonces lugar un edema agudo del pulmón, acompañado de hipotensión, bradicardia, asistolia sobreaguda y paro cardíaco por ineficacia progresiva, pero no por fibrilación ventricular.

Haciendo un resumen podemos decir que existen cinco fases en función de las modificaciones respiratorias:

Primera fase, de sorpresa o sobrecogimiento (pasmo), que dura unos diez segundos.

Segunda fase, de resistencia a la respiración y de agitación, dura un minuto.

Tercera fase, de grandes respiraciones con fallo de los movimientos generales, dura un minuto.

Cuarta fase, con fallo respiratorio y pérdida de la sensibilidad, dura un minuto.

Quinta fase, de último suspiro.

Para otros autores como Spitz (33), debido al bajo contenido de sal del agua dulce, hay una verdadera inundación en la circulación que origina hemólisis, dilución de los constituyentes de la sangre y un brusco aumento del volumen sanguíneo, el corazón es rápidamente superado por esta sobrecarga y se produce edema pulmonar. La taquicardia y la fibrilación ventricular llevan a la muerte en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

unos tres a cinco minutos. El agotamiento por la desesperación en la primera fase de la sumersión tiende a reducir este intervalo. Para el mismo autor en el agua salada los líquidos drenan de la sangre al pulmón y de este modo producen edema pulmonar, sin embargo, este edema es relativamente más pequeño en comparación con el que ocurre por el otro mecanismo en el agua dulce.

Los ahogados blancos que no constituyen verdaderas muertes por asfixia, sino como ya lo señalamos, son muertes por inhibición. Se trata de individuos que han encontrado la muerte en el agua, sin ahogarse realmente, se produce bruscamente un síncope mortal, casi siempre la víctima se hunde de golpe, sin un gesto, es la sumersión-inhibición en la que un reflejo inhibidor con estado sincopal se desencadena por contacto brusco de la piel, mucosas y aparato vestibular con el agua fría, e incluso el dolor por el choque del líquido en el abdomen. Ha sido también llamada muerte por sumersión secundaria, y así tenemos pos paro cardíaco, pos "zambullida", pos inundación broncopulmonar y pos permanencia en aguas próximas o bajo cero grados.

Bonnet (4) las subdivide:

1) *Clínicas* (crisis epilépticas, hipoglucemias, etc.).

2) *Traumáticas* (resultado del "golpe o shock" cervical, epigástrico, abdominal o genital).

3) *Hidrocusión o water shock.* Lastigne (1965) formuló el siguiente aforismo "la hidrocusión es al agua fría, lo que la electrocución es a la electricidad". La causa parece radicar en la diferencia térmica entre la temperatura cutánea y la del medio líquido. El hecho es raro con la temperatura fresca; pero es factible de producirse cuando la temperatura es elevada y la persona ha permanecido mucho tiempo expuesta al sol, antes de arrojarse al agua. La exposición al sol determina una vasodilatación periférica, y al producirse la sumersión se transforma en vasoconstricción con sobrecarga central y pérdida rápida del calor corporal que lleva a un estado lipotímico o sincopal.

4) *Alergia,* su mecanismo no es bien conocido, puede deberse a la "crioalergia" y liberación de histamina cutánea por acción vasoconstrictiva.

5) *Refleja,* por contacto del agua con la mucosa nasal o laringo-faringe ocasionando un espasmo glótico.

6) *Emocional,* la caída accidental al agua de una persona que no sabe nadar puede ser motivo de paro cardíaco.

En la pos "zambullida", puede deberse a:

1) Barotrauma (la presión determina ruptura timpánica con intenso dolor, reflejo laberíntico y lipotimia);

2) Depresión intratorácica, al producirse la zambullida en apnea el aumento de la presión hidrostática determina una disminución del volumen torácico con desequilibrio entre la pequeña y gran circulación comprometiendo la circulación cerebral y miocárdica;

3) Hiperventilación compensadora. El tiempo medio de apnea en sujetos entrenados es de treinta a ciento veinte segundos, luego de lo cual se produce una inspiración profunda imposible de detener. El peligro radica en el pasaje de la gran alcalosis a la acidosis acompañada de tetania y obnubilación de la conciencia.

La pos "zambullida" puede presentarse en personas que usan dispositivos de aire de reserva, con una sobrecarga de la presión del oxígeno comprimido. No deben sobrepasar los cuarenta metros de profundidad y el retorno a la superficie debe ser lento a razón de diecisiete metros por minuto.

En la pos inundación broncoalveolar, al caer al agua se produce una inspiración profunda, luego el tórax se mantiene inmóvil. El paro respiratorio es resultado de la acción refleja del agua sobre las terminaciones nerviosas traqueobronquiales y nasofaríngeas.

En la pos permanencia en aguas próximas o bajo cero grados, la muerte puede deberse al efecto directo de la baja temperatura.

Corriol (1972) llegó a las siguientes conclusiones:

1) Al permanecer una hora en aguas a una temperatura de cero grados centígrados, las probabilidades de sobrevida son nulas.

2) En aguas muy frías la muerte se instala progresivamente con un cuadro que se inicia con polipnea, disnea, obnubilación, coma, fibrilación ventricular.

3) Shock alérgico al frío.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Síndrome pos-sumersión

Fuller (1963) (4) señaló las características clínicas en sujetos que alcanzaron a ser extraídos con vida del agua, y son las siguientes:

1) Síntomas generales (fiebre, crepusculari-zación de la conciencia o coma).

2) Síntomas respiratorios (disnea, dolor torácico, tos, expectoración hemoptoica, abolición del murmullo vesicular, matidez percutora de los campos pulmonares).

3) Síntomas cardiocirculatorios (taquicardia, arritmias, extrasístoles, fibrilación ventricular).

4) Síntomas gastrointestinales (vómitos, meteorismo).

5) Laboratorio (hiperleucocitosis, polinucleosis neutrófila, cambios electrolíticos, acidosis).

6) Radiografías (opacidades difusas).

Si el sujeto sobrevive, se constata a partir de las doce horas, que las paredes alveolares y bronquiales se recubren de una sustancia hialina; al mismo tiempo se originan condensaciones pulmonares, focos neumónicos y microabscesos, múltiples y bilaterales.

Autopsia medicolegal en asfixia por sumersión

Este examen aporta una serie de elementos que confluyen al diagnóstico final, algunos de ellos prácticamente patognomónicos como es la presencia del plancton en las cavidades cardíacas, hígado y en la médula ósea.

La vestimenta, por lo general, se encuentra húmeda. Con frecuencia hay pérdida parcial o total de las ropas como resultado de la fuerza ejercida por las corrientes, y de la acción traumatizante de rocas, piedra, etc.

Examen externo

Al examinar el cuerpo de un ahogado vamos a encontrar en su superficie sustancias que habitualmente están en suspensión en el agua. Calabrese y Merli (1957) (4), señalaban que la presencia de arena o tierra en vías genitales y recto, no deben hacer prejuzgar sobre la posibilidad de un hecho sádico, sino que es el resultado de la permanencia del cuerpo en el medio líquido. La presencia de arena en el tracto digestivo alto, tampoco es siempre una manifestación vital. Sabemos que el ahogado (32) se hunde progresivamente, porque su densidad es ligeramente superior a la del agua (1.020 a 1.010); y al mismo tiempo es arrastrado por la corriente. Cuando alcanza el fondo, se golpea la frente, los codos, el dorso de las manos y pies. Permanece en el fondo hasta que por influencia de la putrefacción se remonta progresivamente a la superficie. Varios autores manifiestan que las excoriaciones que presenta en la frente y en las manos se producen en la fase preagónica y constituyen un buen signo vital de sumersión (4).

La cara se encuentra cianótica o violácea, las conjuntivas hiperémicas; son frecuentes equimosis puntiformes en la cara, cuello y parte superior del tórax.

En los orificios nasales y boca es clásico el hongo de espuma, se presenta como una espuma de pequeñas burbujas de un color blanco o rosado. El líquido de sumersión, las secreciones nasales, laringotraqueales y bronquiales, juntamente con el aire contenido en el árbol respiratorio, forman durante las inspiraciones agónicas un batido que ocupa toda su extensión y emerge por nariz y boca. No es patognomónico de la sumersión, ya que se le observa en otras asfixias, en la intoxicación por cianuros, electrocución, edema agudo de pulmón, etc. Sin embargo, su presencia en un cuerpo extraído del medio líquido debe hacer pensar en sumersión.

El cutis anserina o piel de gallina, que Taylor (4) lo consideró como un signo vital de sumersión, es producido por la rigidez de los músculos piloerectores. Bonnet (4) dice que permite fijar la hora de la sumersión en unas seis a siete horas como máximo. Nosotros corregimos este concepto para aceptar este lapso como de permanencia en el medio líquido, sin discernir si se trata de una muerte por sumersión o de un cuerpo lanzado a dicho medio después de fallecido.

La maceración, ha sido estudiada por varios autores, los cuales no solo se han ocupado en cuanto a su tiempo de aparición y marcha evolutiva, sino también de las modificaciones histopatológicas de los tegumentos especialmente de la piel de manos y pies. Las alteraciones histológicas son observadas después de dos a cuatro horas de permanencia en el agua, constituidas por modificaciones del estrato malpighiano. Parece que el agua dulce actúa de un modo más pronunciado respecto a la maceración que el agua de mar.

Sobre la evolución del proceso macerativo, al tercer día la piel ha tomado un aspecto blanque-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cino, al mismo tiempo la piel de la espalda comienza a desprenderse en colgajos; al cuarto día se evidencia un desprendimiento de la piel de los dedos en forma de "dedos de guante".

Gerin y colaboradores (10) manifiestan que el fenómeno se ha cumplido totalmente entre los siete y quince días.

Debe tenerse en cuenta la influencia de la temperatura del agua. Cuanto más elevada se encuentra, más rápida aparece la maceración y viceversa.

Si la muerte data de varios días, además habrá los fenómenos de putrefacción. La putrefacción evoluciona en los ahogados con caracteres especiales. Empieza por la cabeza, cuello y tórax superior; estas regiones se cubren de unas manchas verdosas. La putrefacción gaseosa invade el tejido celular subcutáneo, párpados y labios, la cara se hincha y adquiere el aspecto de "cara de negro", de Lecha Marzo.

El cuerpo reviste un aspecto monstruoso, con exoftalmía, proyección de la lengua, ingurgitación del cuello, tórax de tonel, abdomen dilatado, escroto y pene edematizados. A veces la presión de los gases es tal que produce un estallido de la pared abdominal con exteriorización de su contenido.

Examen interno

El encéfalo y las meninges se presentan congestivas y edematosas, los vasos dilatados y llenos de sangre. Puede observarse equimosis subaracnoideas y manchas de Tardieu en el endocráneo y el periostio (33). En el oído medio es posible comprobar la presencia del líquido que ha penetrado a través de las trompas.

En la base del cráneo hay dos signos característicos: la hemorragia del temporal (signo de Niles) y la hemorragia etmoidal (signo de Vargas Alvarado). El primero consiste en sangre extravasada en las celdas mastoideas, apareciendo como una zona azulada en la cara ántero-superior de la porción petrosa del temporal (25). La segunda se debe a hemorragias en las celdas del etmoides y se manifiestan por zonas azuladas a cada lado de la apófisis Crista Galli. Carecen de valor como signos de sumersión cuando se acompañan de un traumatismo cráneo encefálico que pudo haberlos producido (40–41).

Al abrir la cavidad tóraco abdominal se observa las vísceras como lavadas y fluidez de la sangre, signos enunciados desde la antigüedad, pero no específicos de la sumersión.

En el tórax, hay una rica gama de signos. Los pulmones se presentan erguidos, turgentes, congestivos (signo de Valentini); al tacto no crepitan, pero dan la sensación de una esponja, es el signo de la "esponja empapada en agua de Thoinot".

Brouardel habló del "enfisema acuoso" Lacassagne de "enfisema de los ahogados", y Casper de "hiperaérea o superaereación". Resulta de inundación del órgano respiratorio por el líquido de la sumersión mezclado con el aire residual mantenido en los alveolos.

Al corte los bronquios están llenos de espuma, denominado hongo de espuma (signo de Marc). La sangre fluye interminable, líquida y espumosa.

Bajo las pleuras se visualizan las clásicas manchas de Tardieu (petequias) o Paltauf (equimosis) que cuando son numerosas y la superficie pulmonar está pálida reciben el aspecto que Bergeron y Montano denominaron "piel de pantera" (10).

La laringe se encuentra congestiva y en la epiglotis puede observarse manchas de Paltauf.

La tiroides presenta una congestión difusa y a veces hemorragias, como resultado de una asfixia mecánica violenta.

El corazón presenta sus cavidades dilatadas y llenas de sangre líquida; a nivel del pericardio son constantes las manchas de Tardieu. En la experiencia del Departamento de Medicina Legal de Costa Rica, las manchas de Tardieu en el ahogado son excepcionales.

En el estómago e intestino delgado se encuentra líquido de la sumersión; en el primero carece de valor, ya que puede haber llegado luego de producida la muerte; en cambio, su presencia en el duodeno tiene un valor diagnóstico mayor. Derobert (1974) (10) hace una acotación señalando que el agua encontrada en duodeno tiene valor antes de la putrefacción, ya que si ésta se ha instaurado hay relajación del píloro con ingreso posmortem del líquido a las primeras porciones del intestino delgado.

La mucosa gastrointestinal, no presenta lesiones; sin embargo, a veces se puede visualizar un punteado hemorrágico.

E. Martin (1912) (22) señaló que el hígado de los ahogados presenta un color rojo vinoso, "hígado asfíctico", su peso aumentado notablemente, pudiendo alcanzar un tercio de lo normal, como resultado de una sobrecarga hídrica.

El resto de vísceras no presentan signos macroscópicos de lesión importante.

Exámenes complementarios

Serán en casos difíciles, los auxiliares pode-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

rosos que como pruebas accesorias, junto al examen macroscópico, permitirán al especialista llegar a una conclusión más positiva (E. Martin).

El **examen histológico** suministra signos característicos de sumersión (Balan, Leclerq y Marchand) (32).

A nivel pulmonar observamos enfisema, edema en foco, desgarros de las paredes alveolares y hemorragias de predominio peribronquial (27).

En el hígado es común la congestión y hemorragia del parénquima; los hepatocitos tienen un citoplasma claro y abundantes vacuolas.

El bazo presenta un aspecto anémico (esplenocontracción) (33).

Los riñones se ven congestivos y con hemorragias a nivel cortical y degeneración vacuolar de los túbulos contorneados.

En las suprarrenales se observa gran depleción lipoidea como expresión de una intensa estimulación.

En el corazón se ha descrito una congestión difusa de los capilares y degeneración vacuolar de las fibras miocárdicas.

En el cerebro es manifiesta la congestión, el edema y daño neuronal. Spielmeyer (27) refiere una homogenización celular, característica en las isquemias cerebrales agudas.

El médico legista debe igualmente recurrir a las investigaciones del laboratorio para poner en evidencia un signo discreto de origen exclusivamente vital. La sangre se presenta diluida, modificada en su punto crioscópico, conductividad eléctrica, densidad y tenor de los cloruros.

Estas modificaciones varían según el tipo de sumersión (en agua dulce o salada).

Derobert (10) dice que la hemodilución no constituye signo vital.

Los mejores métodos para poner en evidencia la hidermia son la investigación de la densidad de la sangre y la determinación del punto crioscópico.

Para Simonin (32) la densidad de la sangre en el corazón izquierdo es de 1.022 y de 1.031 para el corazón derecho.

Chaves Chavarría (1967) (7) de Costa Rica en su tesis de grado presentó la aplicación del principio de la gradiente de densidades en las asfixias por sumersión.

Carrara (4—10—32) propuso aplicar al diagnóstico de sumersión una ley física biológica, según la cual el descenso del punto de congelación de la sangre es proporcional a su concentración molecular. De manera que la dilución de la sangre por el agua de río debe disminuir la concentración y elevar el punto de la congelación; mientras el agua de mar produce un fenómeno inverso.

El punto de congelación de la sangre humana es de -0.56 grados centígrados.

En un sujeto ahogado en agua dulce, el punto de congelación de la sangre en el corazón derecho es de -0.64 grados centígrados y en el corazón izquierdo de -0.47 grados centígrados.

El punto de congelación de la sangre en el corazón derecho de un sujeto ahogado en agua de mar es de -1.04 grados centígrados y en la sangre del corazón izquierdo es de -1.18 grados centígrados.

Los resultados demuestran que la sangre arterial del ahogado es siempre más diluida que la sangre venosa.

La cifra absoluta de punto de congelación no cuenta para el diagnóstico de la sumersión, sino la diferencial observada entre el valor del punto de congelación de la sangre del corazón izquierdo y la del corazón derecho.

Investigación del plancton. Este término deriva del griego y significa errante.

Se define al conjunto de partículas microscópicas que flotan en aguas dulces o marinas. Son de origen mineral (cuarzo, arcenisca, arcilla); vegetal (diatomeas); orgánico (hojas, pelos, plumas, insectos) y bacteriano (8).

En el curso de una sumersión, estas partículas pasan de los pulmones a la sangre con el agua que los arrastra.

El plancton no se altera ni se destruye con la putrefacción (33).

Estudios experimentales (34—42) han cuestionado su valor real. Así tenemos:

1) Las diatomeas pueden penetrar en vida, por ingestión o por inhalación, sin que haya existido ninguna sumersión.

2) Las diatomeas pueden penetrar en las vías respiratorias hasta los alveolos más periféricos y a la circulación general en la sumersión posmortem.

3) Esta posibilidad no ocurre con la médula ósea ni con el hígado, por lo que tiene valor diagnóstico el hallazgo de plancton en estos tejidos.

Ambrosi y Carreiro (1961) (4) manifiestan que la presencia de plancton en pulmones y corazón tiene valor diagnóstico, cuando el tipo planc-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tónico del cadáver es igual al del medio líquido donde fue extraído, su número es considerable y siempre que esta comprobación guarde relación con las demás investigaciones de laboratorio.

Fogued (1983) (12) investigó diatomeas en pulmón, hígado, riñón y médula ósea en personas muertas por sumersión y otras causas. Las diatomeas fueron encontradas en todos los casos. En su opinión, no es posible mediante las diatomeas establecer si una persona murió ahogada.

Otro método para el diagnóstico de sumersión es la determinación del índice refractométrico del suero sanguíneo aplicado por Tarvein (1951) (10) cuyo valor normal oscila entre 1,3461 y 1,3560.

La conductividad eléctrica sanguínea ha servido como un criterio para el diagnóstico de sumersión, que fue aplicado por Carrara (1902) (32).

Gettler (1921) (33) describió un "test" de titulación de los cloruros en sangre en el diagnóstico de sumersión. Una diferencia de veinticinco miligramos por cien mililitros, de la concentración de cloruros entre corazón derecho e izquierdo indica sumersión en agua fresca.

Moritz (1944) (23) manifestó que el contenido de magnesio en la pared ventricular izquierda en ahogados, es inferior a los valores en controles.

Estudios recientes se basan en los cambios que sufren los electrolitos y enzimas séricas por la sumersión; pero existen discrepancias. Uno de los mayores obstáculos encontrados en la rápida descomposición de la sangre y de los tejidos posmortem (9—37).

2. Asfixia por sofocación.

Concepto:

Etimológicamente viene del latín Sub = debajo y Fause = garguero; sin embargo, médico-legalmente se designa con este término la forma de muerte por interrupción de la función respiratoria como resultado de la oclusión de los orificios naturales de la respiración, de las vías respiratorias en cualquier parte de su trayecto, la inmovilización del tórax o el medio con aire inadecuado (4—39).

Las variedades de sofocación son las siguientes:

1) Sofocación por obturación de los orificios respiratorios.

2) Sofocación por obstrucción de las vías respiratorias.

3) Sofocación por compresión tóraco abdominal.

4) Sofocación por carencia de aire respirable (confinamiento y sepultamiento).

Sofocación por obturación de los orificios respiratorios.

Etiología: (26) homicida, como en el infanticidio en el que se usa las manos. En el Japón la sofocación homicida la realizan colocando un pedazo de papel húmedo sobre las fosas nasales del recién nacido. En adultos utilizan objetos (toallas, almohadas o frazadas).

Accidental, en recién nacidos, ebrios o en epilépticos.

En los últimos tiempos (4—19) se ha añadido la suicida (masoquista-fetichista, y la masoquista-fetichista-transvestista).

Autopsia medicolegal

Signos externos: variarán según el tipo etiológico. En la forma homicida y, especialmente en adultos, se observa estigmas ungueales alrededor de la boca y la nariz, marcas de mordazas en cara y cuello. La mucosa de los labios puede presentar equimosis, hematomas y pequeñas heridas. Cianosis facial o cervicofacial es frecuente, al igual que congestión y hemorragias subconjuntivales.

Signos internos: destaca una intensa congestión meningo-encefálica, pulmonar, hepática y esplénica. Las equimosis subpleurales, subpericárdicas y submeníngeas (manchas de Tardieu) pueden estar presentes. Espuma sanguinolenta se observa en laringe, tráquea y bronquios.

Al examen histológico, se demuestra ruptura de los tabiques alveolares, capilares congestivos, edema y hemorragias pulmonares. Todo ello expresión de los movimientos respiratorios violentos, hipertensión capilar y ectasia vascular (28).

Sofocación por obstrucción de las vías respiratorias

Etiología: accidental la más común; suicida y homicida raras.

En la accidental lo más frecuente es el enclavamiento de objetos extraños en la tráquea o bronquios de niños de corta edad, y de trozos de alimentos en adultos.

La homicida es rara y consiste en la introducción de trapos u otros objetos en la boca de las víctimas para impedir la respiración.

La suicida es excepcional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Signos externos e internos: se pone de manifiesto una intensa cianosis cérvico-facial, ingurgitación vascular del cuello, sufusiones hemáticas subconjuntivales y petequias (23).

A la disección (42) se pone en evidencia el cuerpo extraño obstructivo. Se observa además las manchas de Tardieu, congestión generalizada de los órganos y gran edema pulmonar.

Derobert y Martiu (1953) anotan que en cortes histológicos pulmonares se puede comprobar sustancias extrañas como fibras de carne y de vegetales.

Sofocación por compresión toracoabdominal

Etiología: accidental la más frecuente, homicida rara y suicida excepcional.

La compresión tóraco abdominal es muy común en los accidentes de tránsito cuando queda comprimido el tórax por el automotor, en derrumbes, y el aplastamiento por la multitud ocurridas en manifestaciones públicas o avalancha por pánico, etc.

En la asfixia por compresión tóraco-abdominal, llamada por los autores aglosajones traumática, el mecanismo es doble. Por un lado está la inmovilidad del tórax y abdomen por el factor mecánico, por otra parte hay un impedimento en el desagüe venoso similar al síndrome de vena cava superior, el cual explica el aspecto cianótico y bultoso del cuello, cara y hombros.

Signos externos e internos: al examen externo destaca como signo capital la cianosis cráneo-facial (Le Dent) o infiltración equimótica de la cara (Lejars) o mascarilla equimótica (Morestin) (4). A ello se le agrega la inyección conjuntival, puntilleo hemorrágico de la cara, cuello y parte superior del tórax, epistaxis y otorragia (1–26).

No es extraño comprobar, como expresión de otros tantos signos de violencia, fracturas costales y laceraciones viscerales.

La sangre es líquida y espumosa, fluye abundantemente al ser seccionados pulmones, hígado y bazo.

Sofocación por carencia de aire respirable

Comprende el confinamiento y el sepultamiento.

1) **Confinamiento:** por agotamiento del oxígeno en espacios cerrados.

Etiología: accidental, homicida y suicida.

La forma accidental ocurre generalmente en niños que juegan ocultándose en baúles, heladeras, etc., cuyas cerraduras se cierran automáticamente no pudiendo destrabarse por la parte interna. También ocurre en personas que quedan atrapadas dentro de minas y submarinos (24).

En la antigüedad era una forma singular de ajusticiamiento con suplicio, así en Roma se castigaba a las vestales que perdían su virginidad.

Más recientemente fue una forma de genocidio, así según el profesor Vles (32) de la Facultad de Estrasburgo, indica que setenta y seis deportados fueron introducidos por la gestapo alemana en un vagón sin agua ni aireación y fueron encontrados fallecidos al llegar al campo de concentración en Dechan.

En los últimos tiempos se describe la forma autoerótica en individuos que con fines de estimulación sexual se cubren la cabeza con bolsas o capuchas de plástico ceñidas al cuello.

Signos externos e internos

Cianosis cérvico facial intensa, signos de defensa, desgaste de las uñas, lesiones en hombros, rodillas y pies se observan como resultado de los desesperados intentos para escapar.

Gran humedad de los objetos, vestidos y de la piel procedentes del sudor y del aire expirado se observa (24).

La autopsia evidencia los signos generales de las asfixias mecánicas.

2) **Sepultamiento:** para Thoinot (4) "es la sumersión en un medio sólido". Es la exclusión del aire por la entrada de un cuerpo extraño en estado de partículas finas en las vías respiratorias (39).

Etiología: accidental, suicida u homicida.

Accidental en caso de epilépticos que caen en silos de granos, carbón, arena, etc.

Homicida en casos de infanticidios.

Signos externos e internos

Cianosis y congestión cérvico-facial, que recuerda a la compresión tóraco-abdominal. Al abrir el cadáver se comprueba la inundación de las vías respiratorias por el elemento sepultante.

3. Asfixia por estrangulación

Concepto

Etimológicamente proviene del latín Strangulatio que significa ahogo o sofocar.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Para Tardieu (22) "consiste en un acto de violencia con constricción ejercida directamente por un actor sobre el cuello con imposibilidad del paso del aire, suspensión de la respiración y muerte".

Para Brouardel (10) la estrangulación es una constricción del cuello por una acción mecánica, que se opone al libre paso del aire y de la circulación cerebral.

Para Bonnet (4) es una forma de asfixia mecánica, resultante principalmente de la interrupción violenta de la circulación cervical, sea por causa de la constricción del cuello mediante un lazo o por las manos del victimario.

Tipos de estrangulación

Se acostumbra a distinguir dos variedades (a lazo y manual), aunque en la práctica se ha visto además una forma mixta que tiene los dos componentes y otra en la cual se comprime el cuello de adelante hacia atrás mediante algún dispositivo cilíndrico largo.

Estrangulación a lazo

Etiología

Admite cuatro variedades: judicial, accidental, homicida y suicida.

La judicial se aplicó en España desde 1828 recibiendo la denominación de "pena del garrote". El condenado era sentado en un banquillo atado de pies y manos, su espalda en contacto con un poste el cual poseía una pieza cuadrangular plegable que al pasar por el cuello del condenado lo iba comprimiendo hasta causar su muerte.

La accidental presente en el campo laboral y deportivo, así como en los últimos tiempos se ha añadido la accidental autoerótica (43).

La homicida observada en recién nacidos (infanticidio) y en adultos tomados por sorpresa, hallándose el autor por detrás de la víctima (18).

La suicida, rara y parece dar la razón a lo escrito por Tourdes (1892) "la estrangulación pertenece al homicidio y la suspensión al suicidio. Lo contrario es excepcional", sin embargo, Muller (1960) (4) dijo: "esta forma de suicidio considerada por muchos como rara, no parece serlo hoy; su frecuencia es mucho mayor de lo que se puede pensar y el médico legista debe tenerla presente para no orientar a la justicia en pistas erróneas". Fraser (1983) (13) presenta un caso de estrangulación a lazo y suicida. Mientras que Rupp (1980) (30) presentó el caso de una mujer que falleció de una estrangulación a lazo suicida.

Loriot y colaboradores manifiestan que esta modalidad suicida, es propia de los alienados o enfermos crónicos.

Mecanismo de la muerte: es una anoxia cerebral, por interrupción de la circulación vascular, secundaria a la compresión laringotraqueal. No es posible descartar la acción inhibitoria cardiorefleja vagal.

Tiempo de muerte: Brouardel y Balthazard (3) dicen que es de diez a veinte minutos.

Lacassagne admite un tiempo menor a ocho minutos.

La muerte por acción refleja es cuestión de segundos.

Autopsia medicolegal en la asfixia por estrangulación a lazo

Signos externos: se observa hiperemia, tumefacción y equimosis puntiformes en la cara, cuello y tronco, sufusiones conjuntivales.

Una espuma rosada puede presentarse en fosas nasales y boca. La lengua se encuentra proyectada entre los dientes y usualmente mordida (signo de Zitkov).

A nivel del cuello observamos el surco de estrangulación que habitualmente es horizontal, circular y se localiza bajo el cartílago tiroides; la profundidad es uniforme y rara vez aparece apergaminado. Es único en el homicidio, puede ser doble o triple y superficial en el suicidio.

Lesiones de lucha y defensa son comunes en la estrangulación homicida.

Signos internos: son menos numerosos y menos característicos que en la estrangulación a mano. Pueden observarse hemorragias de las partes blandas, hematomas a nivel de los vasos, equimosis puntiformes de la laringe y faringe, y fracturas de los cartílagos especialmente del cricoides.

Estrangulación a mano

Thoinot (4) manifiesta que la estrangulación manual en contadas veces es pura.

Etiología

Casi siempre es homicida, rara la accidental y suicida no ha sido mencionada.

La homicida se observa en recién nacidos y menores de edad. En adultos debido a la resistencia que presentan (a menos de que se encuen-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tre bajo el efecto de drogas, alcohol u otras sustancias), se acompaña de otras lesiones, lo que Brouardel lo llamó "anestesia previa", producto de los golpes.

Harm y Rajs (1981) (4) realizaron un trabajo sobre tipos de lesiones en estrangulaciones homicidas en Estocolmo. El 30% de las homicidas se acompañó de violación.

Las accidentales tienen lugar durante juegos entre niños que tratan de imitar episodios cinematográficos; o en deportes como el yudo, lucha libre, etc.

Adelson (1) manifiesta que la estrangulación a mano de etiología suicida es imposible.

Thoinot cita un caso de estrangulación suicida a mano en un alienado.

Mecanismo de la muerte: puede deberse a la asfixia o por mecanismos reflejos. En el adulto la fuerza manual es de unos cuarenta y cinco a cincuenta kilogramos de presión, lo que fácilmente alcanza a ocluir el conducto laringotraqueal, el cual experimentalmente requiere de unos doce a quince kilogramos de presión para ocluirse por la compresión de la tráquea sobre el plano vertebral; sin embargo, no es menos cierto que, en primer término, la presión actuará sobre las yugulares y carótidas.

Tiempo de muerte: es variable, de diez a quince minutos.

Autopsia medicolegal en la estrangulación a mano

Examen externo: además de los signos generales descritos en la estrangulación a lazo, un signo específico lo componen los estigmas ungueales a nivel de la cara anterior y lateral del cuello y regiones vecinas especialmente orificios nasales y boca (18).

Para Adelson (1) la ausencia de lesiones en la piel del cuello es desusual en la estrangulación manual.

Los estigmas ungueales se presentan como excoriaciones semicirculares típicas. Con el fin de mantener la presión continua y uniforme, las manos del autor a veces se desplazan en el eje vertical del cuello dando lugar a la formación de excoriaciones lineales, equimosis y hematomas. Thoinot (4) señala como detalles de interés que en recién nacidos, por el reducido diámetro del cuello, la mano homicida al cerrarse alcanza con los pulpejos de los dedos la región occipital produciendo lesiones.

No debe olvidarse que en adultos se presentan excoriaciones y hematomas alrededor de la boca y fosas nasales.

Examen interno: frecuentemente, se observan infiltraciones hemorrágicas en las partes blandas, tejido celular subcutáneo, vainas musculares, cuerpo del tiroides y glándulas salivales. La mucosa de la faringe, laringe y epiglotis se presenta congestiva con un punteado petequial (18–20); iguales lesiones pueden verse en las tonsilas palatinas, base de la lengua, glándulas parótidas y submaxilares.

Adelson (1) señala que las hemorragias circunscritas a las glándulas salivales, tonsilas, tiroides y base de la lengua, probablemente resultan de la congestión y estasis secundario a la compresión de las venas cervicales y no causadas por lesiones locales.

Una equimosis retrofaríngea es visible, a veces, bajo la aponeurosis prevertebral. Se produce por el choque violento del bloque laríngeo contra el plano óseo prevertebral.

Fracturas del hioides, cartílago tiroides y cricoides son prácticamente patognomónicos de la estrangulación a mano (1–18).

Laceraciones de la íntima de los vasos, usuales en las asfixias por ahorcadura, son raros en la estrangulación a mano; y lesiones en los nervios están ausentes.

Se ha visto personas que fallecen como resultado de la estimulación del seno carotídeo, con ausencia de hallazgos en la autopsia.

A nivel pulmonar se observa pequeñas zonas enfisematosas atribuibles a los movimientos forzados, a la obstrucción del paso del aire. Además se puede encontrar una atelectasia periférica.

En ocasiones los pulmones se presentan normales.

Las vísceras subdiafragmáticas no presentan cambios, aparte de la congestión característica de todas las asfixias.

Gómez (14) manifiesta que la rigidez cadavérica aparece más tardíamente en otras causas de muerte y la putrefacción se inicia en la parte superior del tórax y cara.

4. Asfixia por ahorcadura

Concepto

Para Balthazard (3) "ahorcadura es un acto de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

violencia en el cual el cuerpo, sujeto por el cuello a un vínculo sostenido en un punto fijo y abandonado a su propio peso, ejerce sobre el lazo suspensor una tracción lo bastante intensa para producir bruscamente la pérdida del sentido, la detención de las funciones respiratorias y la muerte".

E. Martin (22) manifiesta, "la ahorcadura es un acto de violencia por el cual un individuo, sujeto por el cuello en un lazo atado a un punto fijo, determina por el peso del cuerpo, según se halle suspendido total o parcialmente, la compresión de vasos y nervios cervicales con paro circulatorio cerebral y síncope".

Bonnet (4) dice, "es un acto de violencia, mediante el cual el cuerpo de una persona queda suspendido de un lazo que ciñe el cuello y cuyo extremo libre se halla fijo a una altura variable desde el suelo".

Para González (15) "es una forma de estrangulación en la cual la presión del cuello es causada por un lazo, banda u otro mecanismo externo, con compresión de las estructuras y dificultad al paso del aire".

Derobert (10) manifiesta que "la ahorcadura es un acto de violencia por el cual el cuerpo tomado por el cuello con un lazo amarrado a un punto fijo es abandonado a su propio peso ejerciendo una tracción superior que lleva a la muerte".

Polson (28) dice que "es la constricción del cuello como resultado de una suspensión con ligadura, con dificultad al paso de la sangre al cerebro".

Para Vargas Alvarado y Rafo (29–39) "es la asfixia que se produce por la tracción del cuerpo sobre un lazo que así comprime el cuello y que pende de un punto fijo".

Historia

Tourdes (22) trató magistralmente el tema, haciendo conocer que como modo de suplicio y suicidio se remonta desde la antigüedad. El suicidio de Jocasta fue descrito por Sófocles, Virgilio refiere el de Amata, mujer de Latino, quien se ahorcó de desesperación cuando su hija se casó con Eneas. Eurípides cita el caso de Fedra quien se ahorcó sujetándose la cuerda con las manos.

La ahorcadura se presenta de un modo epidémico en las doncellas de Mileto, la patria de Aspasia, siendo necesario un edicto ordenando "que la primera que se ahorcase, sería llevada desnuda y a la vista de todos hasta la plaza mayor", con esto cesó el furor.

La Biblia cita siete casos de suicidio por ahorcadura, siendo el más célebre el de Judas Iscariote.

En la Edad Media se ahorcaba sólo a los villanos ("colgadlo por el cuello hasta que sobrevenga la muerte", decía la sentencia), mientras los nobles tenían el privilegio de ser decapitados.

Durante mucho tiempo en Francia "la horca" ha sido un suplicio legal; pero el 3 de junio de 1792, la Asamblea Constituyente la reemplazó por la decapitación.

El primer estudio sobre ahorcadura es el de Andrea del Castagno (10), quien era el encargado de fijar la cuerda en todos los ajusticiados en Barguello.

Posteriormente tenemos las descripciones de Morgalli (1700), Mahon (1801) Foderé (1813) (10).

Mahon estudió bajo el nombre de suspensión la ahorcadura y la estrangulación.

Foderé distinguió la estrangulación de la ahorcadura. Orfila identificó los fenómenos que se suceden en la estrangulación y ahorcadura. Tardieu (4) realizó el primer trabajo sobre el tema "estudio médico legal en la ahorcadura, estrangulación y sofocación".

Hoffmann (1881) y Brouardel (1895) escribieron varios tratados sobre el tema que son una autoridad en la materia.

Minovici (1905) en Bucarest, describió el proceso clínico en la ahorcadura gracias a experiencias personales.

A finales del siglo anterior y durante el presente, son múltiples los estudios y trabajos presentados sobre el tema, los cuales serán mencionados en los diferentes capítulos del presente trabajo.

Etiología

Puede ser suicida, accidental, homicida y judicial.

La suicida es la más frecuente (16) debido a la facilidad de su ejecución y a su carácter radical, es una de las mayores causas de muerte voluntaria. Un ejemplo es el caso del príncipe Condé (1831), a quien Marc escribió una memoria clásica; fue encontrado en su dormitorio, los pies tocando la alfombra y el cuello anudado por dos pañuelos y colgando de una ventana. Intereses políticos estaban en juego y se acusó a Luis Felipe de haber participado en su muerte. Actualmente y cono-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ciendo los hechos, todo hace pensar que se trató de una ahorcadura suicida.

Se han observado ahorcaduras suicidas dobles (pactos suicidas), en las cuales el hombre y la mujer se suspenden juntos por el mismo lazo, o por la misma cuerda en los extremos (caso de los amantes de Odesa) (10).

Bonnet (4) describe una ahorcadura doble (homicida-suicida), en la que una madre suspendió a su hija y luego ella también se ahorcó.

Uzel (15) en un trabajo sobre suicidios en el medio hospitalario, cita a la ahorcadura en el tercer lugar, luego de la precipitación y heridas por arma blanca.

La forma accidental se ve en menores quienes tratando de imitar episodios de televisión, cine o espectáculos circenses, se suspenden. También se ha visto en acróbatas. En un caso el público lo vio suspendido por unos quince minutos, pensando que era parte del acto.

Dentro de las accidentales debemos mencionar las autoeróticas, cuya finalidad es hallar satisfacción sexual ya que en el ahorcado hay una congestión de la médula lumbosacra y por consiguiente de los centros de la erección y de la eyaculación.

Desde el punto de vista psiquiátrico varios autores dicen que es una combinación compleja que reúne el masoquismo, el fetichismo y el transvestismo.

En los últimos tiempos, múltiples trabajos se han publicado sobre este tema, así tenemos: ahorcadura accidental en autoerotismo (Emson 1983) (11); asfixia sexual en mujeres (Sass 1975) (31); un hombre con síndrome de asfixia autoerótica (Wesselius 1983) (43); fatalidades sexuales (Haxelwood 1982) (19).

Luke (1967) (21) presentó un trabajo sobre asfixias por ahorcadura en la ciudad de New York, durante 1964–1965.

La ahorcadura homicida es rara. Thiber (10) cita el caso del "médico de la cuerda" quien fue condenado a muerte en 1844, cuando se le aprehendió cometiendo su sétimo crimen.

Radian y Rado Visi (1957) (28) informaron de un caso de ahorcadura homicida y Emmett Dunne (1959) sobre la suspensión pos mortem.

Whight y Davis (1976) (44) reportan el caso de una ahorcadura homicida en una persona de 30 años durante el curso de un asalto y enmascarada como asfixia sexual.

Bowen (1982) (5) en un estudio estadístico sobre ahorcadura en el estado de Kingdon, no encontró ningún caso de ahorcadura homicida en los pasados veinte años.

La ahorcadura judicial es el cumplimiento de la pena de muerte, ejecutada por un verdugo oficial.

El verdugo de París colocaba el nudo en la parte anterior del cuello debajo del mentón, y luego de lanzar el cuerpo hacia adelante, le impartía movimientos rotatorios hacia uno u otro lado a efectos (según su teoría) de obtener una rápida luxación y fractura de la articulación atloide-axoide.

El verdugo de Lyon colocaba dos nudos (en la parte anterior y posterior del cuello) con el fin de que la cuerda no se deslizara. Al momento de caer el cuerpo por la apertura de la trampa, el verdugo saltaba sobre los hombros de la víctima y tomándole de la cabeza flexionaba con violencia hacia adelante con la finalidad que el nudo anterior bloqueara la región laríngeo-traqueal.

La ahorcadura judicial fue empleada en Inglaterra hasta la suspensión de la pena de muerte.

El "linchamiento" o "Ley Linch" (4) fue otra variedad de ahorcadura judicial. Se diferencia en que la condena de muerte es resuelta por votación de la multitud. Para Gonzáles (15) es homicida, producida por el populacho.

Escena en la asfixia por ahorcadura

Basta transcribir la opinión de los maestros, para comprender este punto. "Es un acto médico-jurídico" Vibert, "constituye las tres cuartas partes de la autopsia" Lacassagne, "es la autopsia del crimen" L. Bianchi, "es una metódica, científica, comprobante, identificatoria y reconstructora" Locard (29).

Para Gonzáles (15), la visita a la escena es fundamental para especificar la naturaleza de la muerte.

Según Polson (28), es necesario fijarse bien en la escena para dar la interpretación más adecuada; el 90% de los ahorcados tienen una idea preconcebida de la situación.

La escena en la asfixia por ahorcadura, debe ser completa, metódica e ilustrada, siguiendo un orden científico preestablecido y documentado con el dibujo, el esquema y la fotografía.

El examen del lugar del hecho y el estudio de las lesiones en cada caso en particular, constituye el único método para aclarar la etiología (Moritz) (23).

Los suicidas buscan la soledad y un punto de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

suspensión, el acto se lleva a cabo por lo general en el lugar de su residencia o en sus vecindades, por lo general no expuesto al público. Cuando la vivienda es compartida con otras personas, el servicio higiénico y el "closet" son los sitios de elección. En el campo, es frecuente encontrarlos suspendidos en lo alto de los árboles, y generalmente el suicida se despoja de sus ropas antes de iniciar el ascenso (29).

La víctima puede tomar precauciones especiales a fin de evitar el auxilio, como ocurre en los impedidos físicos de asilos y hospitales, los reos en sus prisiones, quienes, en ausencia momentánea del enfermero o del guardia, atan el elemento de ahorcadura en los barrotes de su celda o de la cama y se suspenden.

La elección del punto de suspensión, el modo de hacer el nudo proximal y la posibilidad de que el sujeto lo haya alcanzado solo, deben consignarse. De existir un mueble que usó el suicida en la suspensión completa, la distancia existente entre los pies del suspendido y el suelo, no debe superar la altura del mueble; lo contrario hace pensar en homicidio.

Godefroy (29) hace un aporte interesante aplicable a los casos de ahorcadura homicida, siempre que el punto de suspensión sea madera, y dice: a) el homicida coloca la cuerda en el cuello de la víctima, b) pasa la cuerda sobre la viga o punto de suspensión, c) tracciona para elevar el cuerpo, d) las fibras de la madera se orientan hacia arriba por un lado y hacia abajo por el otro, e) en el suicida no se desprenden fibras o se encuentran orientadas hacia abajo en ambos lados.

En la ahorcadura homicida el cuerpo se encuentra suspendido a mucha altura, casi siempre tratando de simular un suicidio.

Wright y Davis (1975) (44) publicaron un caso de ahorcadura homicida que fue enmascarada como autoerótica.

La ahorcadura accidental es rara, comprobable exclusivamente en la escena de la muerte y no en la autopsia. Dentro de ésta se encuentra la forma erótica, cuyo diagnóstico se basa en un conjunto de datos: Rafo (29).

1) Predominio en varones.

2) Se verifica en la propia habitación cerrada por dentro.

3) Sujeto desnudo con vestimenta contraria al sexo.

4) Se ubica frente a un espejo.

5) Dispositivos destinados a comprimir o a aflojar el lazo a voluntad, o elementos de protección interpuestos entre la piel y el lazo.

6) Material pornográfico.

7) El panorama general del lugar del hecho es extravagante y hace presumir en la no intencionalidad del sujeto de quitarse la vida.

8) No hay esquelas suicidas.

Muchos de los enunciados anteriores no se cumplen, así Emson (1983) (11) presenta un caso sobre una ahorcadura autoerótica que ocurrió en un lugar público. Sass (1975) (31) relata el caso de ahorcadura autoerótica en una persona de sexo femenino.

Hazelwood, Dietz y Burgess (1982) (19), realizaron un trabajo de reconstrucción de casos de fatalidades sexuales en los Estados Unidos y Canadá durante un período de cuatro años, como resultado 150 ocurrieron accidentalmente durante actividades autoeróticas.

Elemento de ahorcadura: Polson (28) y la mayoría de los autores americanos lo denominan ligadura. Es sumamente variada pero en general está compuesta por cuerda de cabuya o de nylon, cinturones de cuero, bufandas, vestimentas, sábanas, mangueras, alambre, cables eléctricos y de teléfono, pedazos de tela, cordones de los zapatos, etc.

Tipos de ahorcadura según la ubicación del nudo: el que sostiene a la cuerda se denomina nudo distal y el que rodea al cuello proximal.

Se habla de ahorcadura típica o atípica. La primera corresponde al nudo localizado en la parte media de la nuca, todos los demás son atípicos.

Calabuig (1977) (4) señala las variedades simétrica y asimétrica. En la primera el nudo se halla situado en la línea media del cuello sea anterior o posterior y la segunda se ubica en las zonas laterales.

El nudo además puede ser fijo o corredizo.

Tipos de ahorcadura según el grado de suspensión del cuerpo: se habla de suspensión completa cuando el cuerpo pende completamente del elemento suspensor, el cuerpo no apoya por ninguna de sus partes el suelo. Es incompleta cuando por el contrario ello no ocurre.

Tipos de ahorcaduras según la presión de la cuerda: puede ser duro si ha quedado una marca profunda y blando si la marca es superficial.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Fisiopatología:

Tardieu (4) ha dividido los trastornos clínicos de la ahorcadura en tres períodos: inicial, convulsivo y terminal. La muerte inmediata refleja es posible por estimulación del cuerpo carotídeo.

El primer período o inicial ha sido descrito gracias a experiencias personales de Fleischmann (1821) y Mina Minovici (Bucarest 1905). Minovici enuncia cronológicamente: enrojecimiento de la cara, sensación de calor, acúfenos, trastornos de la visión con escotomas luminosos; posteriormente presentó dolores agudos en el cuello que hicieron imposible la prolongación de la experiencia.

Después el ahorcado presenta erección, sensaciones voluptuosas y eyaculación.

Paré (10) manifestó que la eyaculación es una característica de los ahorcados.

Brouardel lo atribuyó a fenómenos de rigidez cadavérica.

Este período inicial concluye con la pérdida del conocimiento y dura unos cinco segundos.

El segundo período está marcado por las convulsiones, se inician en el rostro y luego se generalizan, pueden llegar a golpear el cuerpo con objetos cercanos produciendo desorden en la escena y lesiones en el cuerpo.

Las convulsiones tónico-clónicas son de conocimiento antiguo. Homero describe los temblores de los pies en la ahorcadura de los amantes de Penélope por Telemaque.

El período terminal está caracterizado por apnea y paro cardíaco.

Adelson (1) hace un resumen esquemático del proceso clínico en la asfixia por ahorcadura caracterizado por una elevación del pulso, elevación de la presión arterial, aumento de la frecuencia respiratoria, cianosis, dificultad respiratoria con utilización de los músculos accesorios, pérdida de la conciencia, convulsiones, respiración irregular y superficial, pulso filiforme, baja de la presión arterial, fibrilación ventricular y muerte en sístole ventricular.

Gonzáles (15) al hablar del mecanismo de la muerte manifiesta que es una combinación de asfixia, trastornos circulatorios y shock.

Para Simonin (32) intervienen la asfixia, la inhibición y la anemia cerebral.

Spitz (33) refiere que la muerte se debe a una falta de irrigación del cerebro y obstrucción del retorno venoso; manifiesta, además, que la dificultad del paso del aire no es común, ya que se ha encontrado regurgitaciones; de la misma manera se ha visto en ahorcados suicidas que presentan una traqueotomía bajo el surco.

Polson (28) dice que la muerte se presenta por interferencia en el paso del aire a los pulmones, interferencia en el paso de la sangre hacia el cerebro, y por lesión o estimulación del nervio vago.

Para Adelson (1) la combinación de oclusión al paso del aire, y disturbio vascular cerebral con mal drenaje son los responsables de la muerte.

Parikh (26) al hablar sobre el tema manifiesta que se observa: 1) asfixia por bloqueo al paso del aire, 2) congestión cerebral o apoplegía por compresión de las venas yugulares, 3) coma por anoxia cerebral por compresión de las carótidas y bloqueo al paso de la sangre arterial, 4) shock por inhibición vagal y 5) injurias en la columna o cordón medular espinal especialmente en la judicial.

Bonnet (4) expresa que la muerte puede ser producto de un solo mecanismo, pero que por lo general son varios los que intervienen, estos son:

a) Vascular por interrupción de la circulación cerebral y la consiguiente anoxia.
b) Laringo-traqueal por interrupción en la entrada del aire a los pulmones.
c) Nervioso por compresión del sistema vagal y paro cardíaco.
d) Vertebral por luxación o fractura de la columna cervical.

Desde el punto de vista vascular Vibert (32) se preguntaba ¿por qué en las ahorcaduras incompletas suicidas, la persona no realiza ningún movimiento consciente o inconsciente que lo libere de la constricción? La suspensión incompleta es suficiente por el peso del cuerpo para ocluir los vasos, así como la tráquea, con pérdida del conocimiento casi inmediato.

Varios autores como Hofmann (1876), Brouardel (1897), Minovici (1905), Schw Arzacher (1928), Simonin (1947), Piedeievre y Fournier (1963) (4) experimentalmente han investigado sobre la fuerza de tracción necesaria para ocluir los vasos del cuello y la tráquea. Los resultados fueron similares. Así tenemos:

1) Una fuerza de tracción de dos kilogramos interrumpe la circulación de las yugulares externas.

2) Una fuerza de cinco kilogramos interrumpe la circulación en las yugulares internas y en las carótidas primitivas.

3) Una fuerza de tracción de quince kilogramos ocluye la tráquea, la base de la lengua se aplica contra la cara posterior de la faringe.

4) Una fuerza de treinta kilogramos la circu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

lación en las arterias vertebrales queda interrumpida.

Tiempo de muerte: depende de varios factores como tipo de suspensión (completa o incompleta), estrechez del lazo alrededor del cuello, violencia de la suspensión, peso corporal y edad de la persona.

Las cifras clásicas oscilan entre instantáneo y diez minutos.

Para Lacassagne tarda de tres a diez minutos. Taylor refiere que el tiempo máximo compatible con intento de reanimación es de cinco minutos.

Síndrome posahorcadura

Se presenta en individuos rápidamente descubiertos en su tentativa, o en que la cuerda se ha roto.

Petrina (1880) y Dixon (1908) (28), describen la recuperación de personas que trataron de suicidarse ahorcándose. Los signos y síntomas son de naturaleza variada e inconstantes; la facies presenta cierto grado de cianosis y rubicundez, el surco equimótico o excoriativo a nivel del cuello, excoriaciones en las manos, rodillas, arrancamiento parcial o total de las uñas.

Neurológicamente presentan una disfonía resultado de la compresión de los nervios recurrentes o laríngeos inferiores; afonía, disfagia, acúfenos transitorios, paresias, monoplejías transitorias o definitivas, paraplejías, paresias vesicales y/o rectales y crisis epileptiformes.

Larcan (4) manifiesta la aparición de flictenas tres a cuatro horas después de la suspensión como resultado de trastornos de la permeabilidad capilar consecuencia del síndrome de irritación generalizada, ligada a una anoxemia de los centros cerebrales y particularmente del diencéfalo.

Se observa además trastornos psíquicos como confusión mental, alucinaciones, síndrome depresivo, amnesias asfícticas (Berron y Vladoff 1908), afasia motriz pura, etc.

Desde el punto de vista respiratorio congestión pulmonar, secreciones, neumonía y bronconeumonía.

Gonzáles (15) en la autopsia de una persona que sobrevivió veinticuatro horas luego de una ahorcadura, encontró necrosis anóxica del cerebro similar a las encontradas en pacientes con muerte cerebral posanestésico.

La evolución en pacientes que sobreviven es larga con recaídas, anemia constante, problemas pulmonares y trastornos cerebrales representados en el electroencefalograma por un trazo de base larga, pocas ondas alfa y ondas beta amplias, paroxismos, que permiten evocar una estimulación reticular y talámica de origen quimioreceptor.

Autopsia medicolegal en la asfixia por ahorcadura

Examen externo:

1) El color del rostro es usualmente pálido o blanco y azul o cianótico.

Simonin (32) manifiesta que los blancos son por reflejo inhibidor y los azules por asfixia y los trastornos circulatorios.

El resto de autores explican que el color será pálido cuando la compresión del paquete vascular del cuello es simultáneamente bilateral, es azulado cuando el nudo se halla situado lateralmente y por consiguiente la compresión vascular es unilateral.

Hemorragias petequiales en la frente, párpados y conjuntivas se observan. Adelson (1) dice que son el resultado de la presión elevada combinada con la anoxia endotelial.

Polson (28) manifiesta que se deben diferenciar de las hemorragias por causas naturales.

Simonin (32) expresa que la estasis venosa es suficiente para provocar ruptura de pequeños vasos seguido de hemorragias, dando lugar a las equimosis subconjuntivales y faciales.

Las pupilas se encuentran dilatadas, en ocasiones se ve exoftalmos. La lengua en posición normal o proyectada hacia adelante y mordida (signo de Zitkov); si bien no es patognomónico, se le observa con cierta frecuencia y al examen histológico puede mostrar lesiones vitales o bien lesiones posmortem como podría ocurrir en una simulación de ahorcadura.

Lettre y Ogston (4) han demostrado otorragia y ruptura de la membrana del tímpano.

Espuma sanguinolenta puede estar presente en boca y nariz.

Guharaj (17) manifiesta que la cabeza del ahorcado está usualmente inclinada al lado opuesto del nudo y una línea vertical de saliva recorre frente al labio inferior y mentón; es por estimulación de las glándulas salivales por la ligadura y es un signo antemortem de ahorcadura.

E. Martin (1899) (22) menciona la fascie simpática del ahorcado caracterizada por una disposición particular de los párpados y pupilas.

El examen del cuello es de gran valor en el diagnóstico de la asfixia por ahorcadura. En él observamos el surco que es la marca dejada por el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

lazo que constriñe el cuello, hallándose la víctima con vida (4).

Para Polson (28) la marca en el cuello es el principal signo. Puede estar ausente en las suspensiones de corta duración, lazo de escasa consistencia o por protección entre el cuello y el lazo. Bonnet manifiesta su ausencia en la suspensión posmortem.

El surco es usualmente único, aunque se han descrito dos o más (en estos se observa una zona violácea entre los surcos). Se localiza sobre el cartílago tiroides y es oblicuo en forma de una V invertida cuyo ángulo agudo corresponde a nudo (28).

Maschka (10) en 153 observaciones sobre ahorcados describió 147 surcos bajo la laringe, tres sobre el cartílago tiroides y tres bajo el borde inferior del cartílago. Schmidt del Instituto Medicolegal de Berlín observó 148 casos con surco entre la laringe y el hioides, 9 bajo el cartílago tiroides, 2 a nivel del cricoides y dos debajo de éste.

Respecto a su continuidad usualmente está interrumpido a nivel del nudo.

La profundidad del surco depende del diámetro de la cuerda, peso del cuerpo y tiempo de suspensión.

En cuanto a las características propias del surco vemos que está constituido por dos bordes que separan las zonas adyacentes de su fondo. Sobre los bordes se puede comprobar un aspecto violáceo (signo de Thoinot), inyección vascular capilar (signo de Schultz). Devergie (10) los considera como signos vitales en la ahorcadura.

El fondo puede presentarse pálido cuando la piel no ha alcanzado a desecarse ya sea porque el lazo es blando o porque el cadáver se mantuvo en un medio húmedo. En cambio estará apergaminado, duro, de color amarillento, si se trata de un lazo resistente; el tejido celular subcutáneo es comprimido dando lugar a un surco plateado que Thoinot lo denomina "línea argéntica". Lacassagne "signo de la transparencia nacarada del fondo del surco" y Bonnet lo llama "signo de Ambrosio Paré".

En el fondo del surco se puede observar extravasaciones sanguíneas puntiformes (signo de Neyding), vesículas sanguíneaso serosas (signo de Lesser), piel arrugada y excoriada (signo de Paré).

Además observamos que en el fondo del surco puede reproducirse el tramado del elemento de ahorcadura como un signo del calcado (signo de Bonnet).

En las zonas adyacentes al surco se observan livideces cadavéricas (signo de Ponsold) y petequias (signo de Azevedo Neves).

González (15) manifiesta que puede encontrarse material de la ligadura depositado sobre el surco e inclusive haber penetrado en la piel.

A nivel de los miembros superiores e inferiores observamos las livideces especialmente en antebrazos y manos (las uñas de color azul), así como en piernas y pies.

Pueden además determinarse lesiones como resultado de las convulsiones agónicas y el choque del cuerpo contra objetos.

En órganos genitales vemos erección y eyaculación. Devergie y Orfila lo consideraban como signo vital propio de la ahorcadura y para Tardieu era una expresión de congestión pasiva.

Guharaj describe sangrado por el recto y vagina en los ahorcados.

Es común la relajación de esfínteres con expulsión de orina y heces.

Signos internos:

Para Simonin (32) están ausentes en un tercio de los casos.

La disección del cuello plano por plano, muestra a nivel de la zona de constricción y sus vecindades múltiples lesiones, musculares, cartilaginosas, óseas, vasculares, nerviosas y vertebrales.

Dentro de las musculares podemos citar extravasaciones hemáticas de los músculos cervicales (signo de Hofmann-Haberda); desgarro y hemorragias del cutáneo del cuello, esternocleideomastoideo y tirohioideo (signo de Lesser); desgarro transversal y hemorragia del esternocleideomastoideo a nivel de su inserción clavicular. Se describen hemorragias en la base de la lengua(35).

A nivel de cartílagos y huesos, se describen fracturas del cuerpo del hioides (signo de Morgagni-Valsalva-Orfila-Roemmer) y de las astas (signo de Hofmann-Lesser).

En el tiroides está la fractura de las apófisis superiores (signo de Hofmann), fractura del cuerpo (signo de Helwing) y fractura de las apófisis inferiores.

Sobre el cricoides se cita la fractura del cuerpo (signo de Morgagni-Valsalva-Deprez). Hemorragias de este cartílago se han observado en autopsias en este Departamento.

En la faringe tenemos la equimosis retrofaríngea (signo de Brouardel-Vibert-Descoust). E. Martin (22) al respecto manifiesta "cuando ésta se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

presenta, en la periferia de la misma se observan unas bandas que corresponden a las marcas del borde posterior del cartílago tiroides".

En la laringe se describe fractura de las cuerdas vocales. Como una observación personal debo citar el gran edema de la epiglotis.

Vargas Alvarado ha observado contraste en la mucosa esofágica que puede aparecer pálida o congestiva por encima de la constricción.

Desde el punto de vista vascular en la carótida primitiva tenemos desgarro de la túnica interna (signo de Amussat-Devergie-Hofmann), de la túnica externa (signo de Friedberg-Kier-Etienne Martin) desgarro de la túnica interna de las carótidas interna y externa (signo de Lesser) o de las yugulares en su túnica interna (signo de Ziemke). Estos desgarros se deben para unos a un deslizamiento de las túnicas, las unas sobre las otras; mientras que otros autores aducen a una fragilidad de la íntima.

Para Gómez (14) las lesiones en vasos, faringe y músculos pueden surgir también posmortem.

Nosotros en autopsias de ahorcados hemos podido constatar, a menudo, un hematoma periyugular y pericarotídeo, a veces acompañados de desgarros de sus túnicas externas.

Las arterias vertebrales son rara vez examinadas, su compresión se efectúa entre la tercera y cuarta vértebra.

Los signos neurológicos predominantes son el desgarro de la vaina mielínica del neumogástrico (signo de Dotto), así como del recurrente o laríngeo inferior.

Nosotros hemos observado hematomas alrededor de estos nervios.

Dentro de los signos vertebrales tenemos la fractura de la apófisis odontoides del axis (signo de Morgagni), fractura ligamentaria entre el cuerpo de la primera y segunda vértebras cervicales (signo de Pellerau), luxación de la segunda cervical (signo de Paré) y desgarros discales entre la cuarta y quinta cervicales (signo de Lesser). Los signos vertebrales se les observaba usualmente en las ahorcaduras judiciales.

Pulmones y pleura son asiento de una intensa congestión difusa y al corte dejan fluir abundante cantidad de sangre líquida finamente espumosa. Las equimosis subpleurales son frecuentes sin localización específica.

Las cavidades cardíacas se encuentran dilatadas; el pericardio muestra las manchas de Tardieu (equimosis subpericárdicas).

Guharaj (17) manifiesta que el corazón derecho, la arteria pulmonar y la vena cava están llenos de sangre oscura fluida, el corazón izquierdo está usualmente vacío.

El estómago e intestino delgado se muestran congestivos y a veces con equimosis puntiformes.

El encéfalo y las meninges intensamente congestionados y edematosos, al corte se ve un fino puntilleo, también congestivo.

El resto de órganos presentan congestión hemorrágica.

Exámenes complementarios en la asfixia por ahorcadura

Estudios histológicos

La autopsia médicolegal en las ahorcaduras, casi siempre ha quedado en el plano exclusivo de lo macroscópico, a pesar de que su diagnóstico a veces está lleno de dificultades, como lo planteaba Devergie ya desde 1829. Sin embargo, pequeños estudios en el plano histológico se han realizado.

Neyding (1870) (4) parece ser el primero en estudiar histológicamente el surco, observando en el veinticinco por ciento de casos, extravasaciones sanguíneas las cuales fueron negadas más tarde por Tardieu, Bremme, Hofmann, Liman y Brouardel.

Dotto (1891) manifiesta modificaciones en la vaina del neumogástrico, Lesser (1892) en la dermis, Strassmann (1901) en la epidermis, Orsos (1933–1935) en la hipodermis, tejido celular subcutáneo y tejido muscular.

Glaister (1947) (4), Suyama, Nakasono y colaboradores (1982) (43) se refieren a las hemorragias en la base de la lengua.

Okros (1953) (10) determinó la infiltración grasosa de la epidermis, dermis, tejido celular subcutáneo y músculos de la región.

Veiga de Carvalho (1966) (4) presentó un trabajo sobre histología del cuello en la asfixia por ahorcadura, manifestando "el examen histológico de los diferentes planos hísticos del cuello, posee un gran valor diagnóstico, no sólo como complemento del examen macroscópico; sino también, en el diagnóstico de lesiones vitales y posmortem".

Bonnet y Pedace (1969 y 1972) (4) presentaron trabajos sobre la importancia medicolegal de la autopsia histopatológica del cuello en las asfixias por ahorcadura y estrangulación a lazo. Constatándose en piel y tejido celular subcutáneo y músculos desgarros, ruptura y retracción de las fibras elásticas, dislaceración y aplastamiento de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

las células malpighianas, impregnación de grasa de los tejidos vecinos, desflecamiento de las fibras musculares.

Los ganglios linfáticos están envueltos e infiltrados por sangre reciente. Las carótidas y yugulares presentan desprendimiento del endotelio, rupturas de las túnicas interna, media y adventicia, e impregnación de tejido hemático periadventicial.

Los neumogástricos evidencian hemorragia periférica de la cápsula con desgarros de la misma e infiltración sanguínea al intersticio.

Dentro de los exámenes de laboratorio tenemos los análisis de sangre; así Berg (1952) (4—10) y Derobert determinó que las fosfatasas alcanzarían un promedio de 77.1 mg en las ahorcaduras, mientras que en otras causas el promedio sería de 12.1 mg. Como son determinaciones delicadas e influenciadas por factores externos e internos, esta prueba es muy controversial.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS TIERRAS DE PROPIEDAD PRIVADA AGRARIA EN VENEZUELA

Dr. Roman J. Duque Corredor
Vicepresidente de la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado.
Magistrado Presidente de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de Venezuela.

1. Régimen jurídico-administrativo.

Estas tierras constituyen la segunda gran categoría en que el Título I de la Ley de Reforma Agraria divide la propiedad agraria en Venezuela. Ahora bien, respecto a este tipo de tierras privadas sólo nos referiremos a su régimen jurídico administrativo, o sea, a las limitaciones que por razón de interés público se imponen a esta propiedad agraria. En consecuencia, dejaremos de lado las limitaciones en interés privado que son a las que se contrae el Código Civil (artículos 644, 647 a 758). Estas últimas pertenecen al derecho privado y tienen su origen en las relaciones de vecindad. En cambio las primeras se imponen por la utilidad pública y suponen cargas a la propiedad para tutelar o proteger intereses públicos o servicios públicos, y permiten que el carácter exclusivo de este derecho armonice con la colectividad.

2. Principio rector del régimen jurídico-administrativo de la propiedad.

La función social a que se refiere el artículo 99 de la Constitución es la fuente fundamental de las limitaciones administrativas de la propiedad. Ese principio según nuestra Corte Suprema de Justicia, permite compatibilizar ese derecho con los intereses públicos (Sala Político-Administrativa, Sentencia de fecha 03—12—74). Esa función social, de acuerdo al mismo Máximo Tribunal, no es una cualidad inherente a las cosas que constituyen el objeto de dicho derecho, "sino un concepto jurídico de contenido económico y social, que deriva del cumplimiento de ciertas obligaciones o deberes que la ley impone al propietario, atendiendo a la naturaleza del bien de que se trate" (sentencia de fecha 29—05—72).

Por otra parte, en virtud del contenido del artículo 99 de la Constitución, también la propia Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la función social, "es la sujeción de la propiedad cualquiera que ésta sea, a las contribuciones, restricciones u obligaciones que establezca la Ley, por razones de interés nacional" (sentencia de fecha 21—12—61).

Ahora bien, ¿en qué consiste entonces la garantía de la propiedad que consagra la Constitución en el mismo artículo 99? A este respecto, la jurisprudencia y la doctrina han precisado que esta garantía en ningún momento significa reconocerle a este derecho un presunto carácter absoluto, sino que puede ser limitado, restringido o eliminado solamente mediante ley y no por otros actos subordinados, y que puede ser expropiada únicamente por los jueces, por causas de utilidad pública o social, mediante un procedimiento judicial, determinado y el pago de una justa indemnización y que además, se prohíbe su confiscación (artículo 102 y 101 eiusdem). (Ver Brewer Carías, Allan, "El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela". "Es-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tudios sobre la Constitución", Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo II, págs. 1.157 y 1.158). La propiedad, pues, tal y como lo garantiza la Constitución, y en razón de su función social, es un derecho sometido a limitaciones de carácter legal y por tanto, no es absoluto, eterno, exclusivo e inmutable, sino limitado y limitable.

Atendiendo la misma Constitución, examinaremos, el régimen jurídico administrativo de la propiedad agraria, atendiendo a sus limitaciones, restricciones, obligaciones y contribuciones, fundamentalmente contenidas en la legislación especial agraria.

Pero antes, debe precisarse que por tierras de propiedad privada, comprendemos, "aquellas que pertenecen a las personas naturales y a las personas jurídicas de origen privado", y también se incluyen las que pertenecen a las empresas del Estado. Igualmente, forman parte de esta categoría de tierras, aunque su propiedad se constituya por un acto administrativo, las adjudicaciones o dotaciones que efectúe el Instituto Agrario Nacional. A la propiedad tradicional, la hemos denominado "tierras privadas agrarias de derecho común", y a las dotaciones "tierras privadas agrarias de origen agrorreformista".

3. Limitaciones al uso de la propiedad privada agraria.

El ejercicio de este derecho en cuanto a su facultad de usar se refiere, está sujeto a algunas limitaciones legales administrativas, como por ejemplo:

a) En cuanto a los parcelamientos rurales, la Ley Forestal de Suelos y Aguas exige, cuando estos proyectos impliquen destrucción de vegetación, la intervención previa del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables para aprobar los proyectos. Igualmente, el aprovechamiento de los productos forestales en terrenos privados requiere del respectivo permiso otorgado por las autoridades de dicho Ministerio. También en esta actividad, la Ley de Reforma Agraria exige la autorización previa del Instituto Agrario Nacional para la realización de parcelamientos privados (artículo 21).

b) Por razón de la protección del ambiente y de los recursos naturales renovables, con fundamento en los artículos 99 y 106 de la Constitución, se establecen limitaciones al uso de la propiedad privada agraria, tales como los previstos en la Ley Forestal de Suelos y Aguas que imposibilitan usar de la propiedad cuando prohíbe dentro de los terrenos declarados parques nacionales, las construcciones o desmontes. También en los casos de las zonas protectoras se prohíben determinados usos. En los casos de los parques nacionales, cuando en los terrenos de que se trate se hayan venido realizando actividades agrícolas, procederá la expropiación correspondiente, en los otros casos no había lugar a indemnización. Por su parte, la Ley Orgánica del Ambiente prevé que se establezcan prohibiciones y restricciones al uso de la propiedad.

c) En materia de seguridad y defensa nacional, la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa prohíbe realizar construcciones, edificaciones e instalaciones sin la previa autorización del Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de la Defensa en las Zonas de Seguridad Fronteriza.

d) La Ley de Reforma Agraria en el artículo 83 prohíbe destinar la parcela proveniente de una dotación de tierras, a fines distintos a los de la Reforma Agraria.

e) Igualmente esta Ley contempla que a través de la zonificación se pueden prohibir determinadas explotaciones, y que los agricultores cambien sus antiguos cultivos (artículo 121).

f) Finalmente, las declaratorias de "Zonas de Aprovechamiento Agrícolas Especiales", obligan a los propietarios a respetar los planes de manejo nacional elaborado por el Ministerio de Agricultura y Cría y este organismo controla su ejecución (artículo 123 de la Ley de Reforma Agraria).

4. Limitaciones al goce y disfrute de las tierras de propiedad privada.

La facultad de derivar proventas de las tierras que tienen sus propietarios, también aparece limitada legalmente por razones de interés público.

Así por ejemplo:

1) En materia de arrendamientos de predios rústicos, el derecho de fijar la renta de sus tierras por parte de los dueños, está limitado puesto que el canon de arrendamiento puede ser establecido por zonas por el Instituto Agrario Nacional, y a esa regulación tienen que someterse los propietarios (artículos 145 y 161, ordinal 16).

2) En los casos de dotaciones de tierras y de patrimonios familiares agrarios, los arrendamientos están prohibidos, de conformidad con lo previsto en el ordinal 4o. del artículo 83 de la Ley de Reforma Agraria, en el último aparte del artículo 74 y en el artículo 104 eiusdem.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

3) También el goce y disfrute de la propiedad privada agraria está limitado, cuando los propietarios de tierras dadas en arrendamiento necesitan la autorización del Instituto Agrario Nacional para desalojar a sus arrendatarios y ocupantes (artículo 148).

4) Igualmente esta facultad de gozar y disfrutar está limitada, cuando la Ley de Reforma Agraria prohíbe al arrendador exigir a su arrendatario el pago de la renta de las tierras en especie o en trabajo, o que realicen siembras que queden en beneficio del fundo sin que el propietario esté obligado a una contraprestación justa (artículo 143, literales "f" y "g").

5. Limitaciones a la disposición de la propiedad privada agraria.

Estas limitaciones atienden a la protección de la unidad de las tierras y al interés de garantizar los fines sociales que representan determinadas actividades como la Reforma Agraria, la producción agropecuaria y el consumo.

En este sentido, pueden señalarse, entre otras, las siguientes limitaciones:

a) La Ley de Venta de Parcelas de 1960 regula y establece las modalidades bajo las cuales los propietarios de tierras pueden vender sus inmuebles rurales por parcelas y mediante oferta pública. Igualmente, la Ley de Reforma Agraria exige la autorización del Instituto Agrario Nacional como protección de los beneficiarios de la Reforma Agraria (artículo 21).

b) La Ley contra el Acaparamiento y la Especulación contiene limitaciones sobre la disposición de bienes de primera necesidad, que hubieren sido controlados y regulados en su precio por el Estado, previéndose incluso el delito de especulación y acaparamiento. Evidentemente que tales limitaciones son perfectamente aplicables a los productos de las tierras agrícolas.

c) La Ley de Mercadeo Agrícola permite al Ejecutivo Nacional regular el precio de compra y de venta de los productos agrícolas por las empresas agroindustriales.

d) La Ley de Protección al Consumidor también prevé la regulación de los precios de los productos de primera necesidad, y entre ellos, por supuesto la de los productos agropecuarios que constituyen la base de la alimentación.

e) La Ley de Reforma Agraria contempla limitaciones a la facultad de disposición de los propietarios rurales. En efecto, en primer término, en lo atinente a la disposición por acto inter vivos de las parcelas adjudicadas por el Instituto Agrario Nacional, se exige la oferta previa de dichas parcelas al referido Instituto; o la autorización de éste en caso de que no prefiera adquirir las parcelas, y además, sólo pueden venderse a terceras personas que llenen los mismos requisitos que los adjudicatarios (artículo 74). Y en cuanto a las disposiciones mortis causa, la misma Ley regula las sucesiones ab intestasto en los casos de fallecimiento de los adjudicatarios, ya que prohíbe la partición de las parcelas (artículo 73).

f) En materia de constitución de garantías sobre las tierras adjudicadas, el Reglamento de la Ley de Reforma Agraria exige la autorización del Instituto Agrario Nacional para poder hipotecar válidamente las parcelas provenientes de una dotación (artículos 123 y siguientes).

g) Por último, cuando se trate de dotaciones de tierras constituidas en patrimonio familiar, la Ley de Reforma Agraria prohíbe la enajenación de las tierras (artículo 102).

Las anteriores limitaciones al uso, disfrute y disposición, no afectan la titularidad de la propiedad, ni su esencia, sino su carácter absoluto, no suponen pérdida o desmembramiento de los bienes objeto de la misma, por el contrario más bien resultan normales dentro del régimen de la propiedad agraria, por esta razón no dan derecho a reclamar indemnización por parte de los propietarios.

6. Restricciones a la propiedad agraria.

Estas limitaciones se refieren a la esencia misma del derecho de propiedad: su titularidad o su carácter exclusivo. En realidad representan verdaderos sacrificios de los derechos patrimoniales de los particulares. La doctrina califica estas restricciones como "potestades ablatorias de derechos reales".

Por alterar o modificar el contenido del derecho de propiedad, es decir, su carácter exclusivo o perpetuo, significan una lesión, un desmembramiento y hasta una supresión de la propiedad en razón del interés público, dan derecho a una indemnización.

Tales restricciones son:

1o.) Las que alteran el carácter exclusivo de la propiedad, como las servidumbres administrativas y las ocupaciones temporales, y

2o.) Las que afectan el carácter perpetuo o la titularidad de dicho derecho, como la expropia-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ción, la ocupación judicial de bienhechurías y la revocación.

Veamos estas restricciones:

6.1. Restricciones al carácter exclusivo de la propiedad agraria.

6.1.1. Servidumbres Administrativas.

Esta restricción impone una cesión forzosa de la posesión o del uso de una propiedad en beneficio de la colectividad o del interés general.

Dentro de este orden de ideas, la propiedad agraria puede soportar servidumbres de conductores eléctricos, servidumbres ferrocarrileras y servidumbres mineras y de hidrocarburos, entre otros.

Pero, específicamente desde un punto de vista agrario, la propiedad especial de este tipo, puede ser gravada por servidumbres de Reforma Agraria, como aquella a las cuales se refiere el artículo 90 de la Ley de la materia, o sea, las de paso, acueducto u otras necesarias para la explotación de las superficies expropiadas para los fines de Reforma Agraria, o de los establecimientos agrarios que se organicen, y que pueden recaer sobre las superficies que los propietarios se hubieren reservado en los juicios de expropiación.

Todas estas servidumbres se caracterizan por ser permanentes, y dan derecho a indemnización se constituyen por contratos o mediante juicio de expropiación, a falta de convenio amigable (Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, artículo 36).

6.1.2. Las ocupaciones temporales.

La propiedad agraria también puede ser ocupada para facilitar al Estado o los entes públicos o concesionarios de servicios públicos o de bienes declarados de utilidad pública, el uso temporal de dicha propiedad por razones de utilidad pública o de interés general.

Tales ocupaciones se dan para facilitar la construcción de obras públicas (Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, artículo 47); o en los casos de fuerza mayor o de necesidad absoluta (artículo 54 eiusdem); por razones sanitarias (Ley de Sanidad, artículos 17 y 18); por razones militares (Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, artículo 451), y por causa de los trabajos de explotación de los yacimientos de hidrocarburos (Ley de Hidrocarburos, artículo 55).

Estas ocupaciones son temporales y su procedimiento de constitución es de carácter administrativo y siempre dan derecho a una indemnización.

6.2. Restricciones al carácter perpetuo de la propiedad agraria.

Estas restricciones afectan al elemento más importante de la propiedad: la titularidad y constituyen el máximo sacrificio: su extinción. Además, suponen la sustitución del titular de la propiedad por otro, el Estado u otro particular, y dan derecho a indemnización.

Estas restricciones son las siguientes:

6.2.1. La expropiación.

A través de este medio jurídico el Estado extingue el derecho de propiedad y representa una adquisición coactiva de los bienes de los particulares, y lleva consigo siempre una justa compensación, por mandato del artículo 101 de la Constitución.

A su vez, respecto de la propiedad agraria la expropiación puede ser:

A) *Ordinaria:* Que recae sobre los fundos que no cumplen la función social, o sea, los ociosos, incultos, las no explotadas, las explotadas indirectamente, los destinados a parcelamientos rurales privados no desarrollados y las tierras de agricultura dedicadas a la ceba de ganado en forma extensiva (artículos 26 y 27 de la Ley de Reforma Agraria).

Esta expropiación ordinaria sólo procede cuando en el lugar de las dotaciones o en los circunvecinos no existan, o sean insuficientes o impropias las tierras de las entidades públicas afectadas a la Reforma Agraria.

B) *Urgente,* que recae sobre tierras aún cuando cumplen la función social o sean inexpropiables por su extensión o temporalmente, si se hubieran agotado las tierras expropiables ordinariamente y no quedare otro recurso para resolver un problema agrario de evidente gravedad (artículo 27 eiusdem, último aparte).

C) *Por necesidad,* que procede sobre fundos que cumplen la función social o inexpropiables por su extensión, cuando sean necesarias para la buena realización de un plan agrario (artículo 33 eiusdem).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

D) *La expropiación de obras y mejoras sobre tierras baldías,* cuando el Instituto Agrario Nacional necesite utilizar dichas tierras y no haya logrado un acuerdo con el ocupante (artículo 39 eiusdem y 33 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios).

E) *La expropiación por cesación de la inexpropiabilidad por razón de la extensión del predio,* en los casos contemplados en el artículo 32 de la Ley de Reforma Agraria.

6.2.2. La ocupación judicial de bienhechurías en tierras baldías donde no exista una explotación agropecuaria útil (artículo 40 de la Ley de Reforma Agraria). Este caso, el Juez competente en materia de expropiación autoriza la ocupación de dichas tierras, pagándose a justa regulación de experto las obras y mejoras.

6.2.3. La revocación, que constituye la sanción a los adjudicatarios que no cumplan las obligaciones de la dotación, o a los herederos de un adjudicatario que opten por la partición. En los casos de revocación se paga solo el valor de las mejoras útiles, y en las de extinción en caso de sucesiones, el precio de la parcela y de las mejoras y bienhechurías (artículos 83, 84 y 73 eiusdem).

7. Obligaciones de la propiedad privada agraria.

Este tipo de limitaciones de la propiedad generalmente son prohibiciones de hacer o de no hacer que la Ley impone por razones de interés social o de utilidad pública.

Pueden ser de los siguientes tipos:

1. Por causa de la función social, en razón de que los propietarios tienen la obligación de explotar eficientemente sus tierras, de trabajar y dirigir la explotación personal y directamente; de responder financieramente por la empresa agrícola; de cumplir las disposiciones conservacionistas y laborales, y de inscribir el predio en el Catastro Rural (artículo 19 de la Ley de Reforma Agraria).

2. Por causa de necesidad de vivienda, los propietarios de grandes explotaciones en donde existan más de treinta trabajadores permanentes, deben facilitarles viviendas a éstos bien mediante arrendamiento o a través de la concesión de créditos (artículo 135 de la Ley de Reforma Agraria y artículos 181, 183 y 184 de su Reglamento).

3. Por causa de la dotación de tierras, el adjudicatario se compromete a trabajar la parcela, a no abandonarla, a no arrendarla, a no destinarla a fines distintos a los de la Reforma Agraria, a conservar diligentemente las construcciones y mejoras (artículos 67 y 83 eiusdem), y a cumplir con las disposiciones conservacionistas (artículo 124 eiusdem).

4. Por causa de los contratos de tenencia o de la ocupación, los propietarios se obligan a no desalojar a los arrendatarios y a los ocupantes que llenen los requisitos del artículo 148 de la Ley de Reforma Agraria, y a cumplir las obligaciones derivadas de los amparos agrarios de no perturbar a sus beneficiarios (artículo 31 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios).

5. Por causa de los patrimonios familiares, en virtud de que sus titulares se obligan a no vender las tierras o no darlas en arrendamiento, y a trabajarlas (artículo 104).

6. En materia forestal los propietarios tienen la obligación de hacer repoblaciones forestales a sus propias expensas (artículos 39 y 41 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas), y

7. Por razones de seguridad y defensa nacional, los extranjeros dueños o detentadores por cualquier título de inmuebles situados en las zonas de seguridad adyacentes a la orilla del mar, de los lagos y ríos navegables, tienen la obligación de declararlos ante la autoridad competente (artículo 16 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa).

8. Contribuciones a la propiedad privada agraria

En la actualidad no existen contribuciones especiales que graven la propiedad privada agraria, sino generales, como el impuesto sucesoral.

Sin embargo, la Ley de Reforma Agraria propugna un impuesto predial rural sobre las tierras ociosas, incultas o cultivadas indirectamente que establezca cargas fiscales progresivas sobre tales tierras, sin perjuicio de su expropiación.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA COMPETENCIA CONCURRENTE EN JUICIOS PROMOVIDOS POR SOCIEDADES NACIONALES DE CREDITO O EN CONTRA DE ELLAS

Dr. Jorge Antonio Zepeda*

SUMARIO

Pág.

I. Antecedentes 196
II. Planteamiento del problema 197
III. Efectos del proceso de nacionalización 197
IV. Interpretación de las normas constitucionales 201
V. Criterios judiciales 204
VI. Conclusiones 205

* *Profesor de Teoría General del Proceso en la Facultad de Derecho (UNAM). Miembro de número de los Institutos Iberoamericano, Panamericano y Mexicano de Derecho Procesal. Socio de los Institutos Argentino (correspondiente) y Colombiano (honorario) de Derecho Procesal.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

I. ANTECEDENTES

1. Hasta el 31 de agosto de 1982, el sistema bancario mexicano estaba integrado por tres grandes sectores, a saber: la banca oficial, creada por el Gobierno Federal y dotada de capital por el mismo; la banca mixta, en que existía participación de entidades públicas y de accionistas privados; y la banca comercial, de la que formaban parte las instituciones concesionadas por el Gobierno Federal, que debían revestir necesariamente la forma de sociedades anónimas, sujetas a la vigilancia y control de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, y en cuyo capital podían participar cualesquiera accionistas privados o extranjeros, siempre que, tratándose de los últimos, los socios no fueran gobiernos o dependencias oficiales, entidades financieras, o agrupaciones de personas, físicas o morales, fuese cual fuere la forma que revistieran, directamente o a través de interpósita persona. Había, además, una serie de restricciones, prohibiciones y condicionantes para los bancos, así en la composición accionaria de su capital, como en su organización corporativa, cuanto también en su manejo operativo. Sin embargo, no es éste el lugar para explicar los pormenores de tales regulaciones porque no dicen relación directa con el tema del presente estudio.

2. Desde años atrás, se había venido observando la tendencia de las instituciones de crédito —que originalmente operaban como bancos especializados: de depósito, financieras, hipotecarias y de capitalización, con autorización para practicar operaciones de ahorro y fiduciarias— a asociarse de modo tal que los consejos de administración y los accionistas eran en buena medida los mismos en unas y otras.

Ello dio origen a que, primero, la ley de la materia se adicionara con un artículo (99 bis) que permitía a tales entidades ostentarse ante el público con el carácter de grupos financieros, siempre que cumplieran con los requisitos señalados en dicho precepto. Más tarde, la propia Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares fue adicionada con los artículos del 46 bis1 al 46 bis 10, que regularon las particularidades de operación de la banca múltiple, de modo que los bancos especializados acabaron por constituir departamentos de la misma. El proceso de agrupamiento y reforzamiento de los bancos privados fue interrumpido, sin embargo, por los sucesos de setiembre de 1982.

2.1. Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 1 de setiembre de 1982, el presidente de la República dispuso la expropiación de los bienes de las sociedades anónimas concesionarias del servicio de banca y crédito; pero mandó que éste sería prestado "por las mismas estructuras administrativas", las cuales habrían de transformarse en entidades de la administración pública federal y serían titulares de las concesiones, sin ninguna variación (artículos 1 y 5).

2.2. Un diverso decreto presidencial, aparecido en el Diario Oficial de 6 de setiembre de 1982, dijo en sus considerandos que se habían expropiado las acciones de las sociedades anónimas; y, en su artículo primero, ordenó que las antiguas sociedades anónimas concesionarias habrían de operar con el carácter de instituciones nacionales de crédito.

3. Con posterioridad a los actos descritos, se inició lo que podríamos llamar el proceso de asentamiento o de regularización de la situación a que los decretos presidenciales dieron origen. Así aconteció en efecto, que:

3.1. Por decreto de 16 de noviembre de 1982, publicado al día siguiente en el Diario Oficial, se creó un quinto párrafo del artículo 28 constitucional, en cuyos términos se dispuso que el servicio público de banca y crédito será prestado exclusivamente por el Estado, a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria.

3.2. La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (LRB) prevista en el precepto constitucional entró en vigor el 1 de enero de 1983;

3.3. Por virtud de sendos decretos presidenciales, publicados a mediados de 1983 —la mayoría de ellos en agosto de dicho año—, cada una de las sociedades anónimas que fueron concesionarias del servicio de banca y crédito se transformaron en sociedades nacionales de crédito;

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

3.4. Al mismo tiempo que aparecía el decreto de transformación a que acaba de aludirse, se publicaba, para cada sociedad, el reglamento orgánico (RO) que, por resolución de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, debía regir en lo futuro a tal entidad;

3.5. Finalmente, en el último trimestre de 1983 y en los términos de las normas mencionadas, tomaron posesión de la administración de los bancos los respectivos consejos directivos y sus correspondientes directores generales.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

4. Frente a los acontecimientos que sucintamente han sido reseñados, los juristas mexicanos enfrentaron una serie de interrogantes: ¿Dejaron de existir, a raíz de los decretos expropiatorios o de nacionalización, las sociedades anónimas? ¿Pasó el patrimonio de los bancos a la titularidad directa del Gobierno Federal? ¿Permaneció, y acaso permanece aún, en su propiedad? ¿Dejaron los bancos, por ende, de ser titulares de las relaciones patrimoniales existentes y, por ello, de estar legitimados en la causa? ¿Quiénes y en qué medida podían considerarse personeros de tales entidades?

5. Las cuestiones planteadas en el apartado anterior habrían de conducir necesariamente a preguntar si, en los juicios promovidos por los bancos o instaurados en contra de ellos, se versaban simples "intereses particulares" o si, por el contrario, debía estimarse que tales intereses correspondían a la Nación, al Estado o al Gobierno Federal; y, como consecuencia, también surgía la interrogante de si, en tales juicios, debía reputarse parte al Gobierno Federal.

El asunto cobró especial y muy relevante importancia porque el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, en su parte conducente, lo siguiente:

> "Artículo No. 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:
> I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales... Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces o tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal...
> III. De aquéllas en que la Federación fuese parte".

6. El presente trabajo tiene, entonces, por propósito fundamental, el dilucidar si se surte la competencia concurrente en juicios civiles (o mercantiles, que para el efecto les son equivalentes) cuando los mismos hubieren sido promovidos por las actuales sociedades nacionales de crédito o en contra de ellas.

III. EFECTOS DEL PROCESO DE NACIONALIZACION

7. **Personalidad.** Puede afirmarse que los abogados mexicanos, la judicatura y la sociedad entera han convalidado de alguna manera el proceso nacionalizador de la banca, en cuanto que han admitido la nueva situación creada y se han conformado con ella; que toda la banca nacionalizada opera de modo regular, adecuado y eficiente; y que los antiguos accionistas de aquellas sociedades anónimas que fueron concesionarias del servicio de banca y crédito han debido expresar su consentimiento con los actos reclamados en los diversos juicios de amparo que se promovieron en contra de los decretos expropiatorios, como condición para recibir el pago de la indemnización correspondiente, lo cual produjo la necesaria consecuencia del sobreseimiento de dichos juicios.

7.1. Sin embargo, todavía hay quienes se preguntan si el objeto material de la expropiación fue el conjunto de los activos de los bancos o si, por haberse dicho así en un considerando del segundo decreto expropiatorio, debe estimarse que la expropiación recayó en las acciones representativas de los capitales sociales de las instituciones.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Frente al estado actual de las cosas, la discusión parece bizantina; pero se apunta porque, si los bienes expropiados hubieran sido las acciones, resultaría indiscutible la pervivencia de las sociedades anónimas emisoras de las mismas; y, por lo mismo, no podría hablarse de falta de personalidad de las entidades bancarias, en momento alguno del proceso nacionalizador: los entes jurídicos jamás dejaron de existir.

En cambio, si se estima que los bienes expropiados fueron los activos de los bancos, puede uno válidamente preguntarse qué aconteció con las entidades jurídicas que habían sido sus propietarias, vale decir, es factible cuestionar la personalidad de los bancos.

7.2. El decreto del primero de setiembre de 1982 dispuso que el servicio bancario y crediticio quedaría a cargo de las mismas entidades jurídicas que actuaban anteriormente, aunque se refirió a ellas con la frase "estructuras administrativas", las cuales, como está dicho, se transformarían en entidades de la administración pública federal y serían titulares de las concesiones, sin ninguna variación (art. 5); y el decreto subsiguiente, del seis del mismo mes y año, previó que dichas entidades operarían con el carácter de instituciones nacionales de crédito (art. 1).

Nótese, pues, que los decretos no disponen la extinción, ni la disolución, ni la desaparición de aquellas entidades, sino que prevén su transformación, lo cual dejó abierta la posibilidad de que, con posterioridad, los respectivos decretos de transformación (supra, 3.3) dispusieran que cada una de las antiguas sociedades anónimas quedaba convertida en sociedad nacional de crédito y que conservaría su misma personalidad jurídica (art. 1).

Este fenómeno jurídico que encuentra su apoyo en los artículos 1 y 7 de la LRB, se reitera en los respectivos reglamentos orgánicos de los bancos (art. 1), que vinieron a sustituir a los anteriores estatutos de las sociedades anónimas.

7.3. De una parte, la lógica indica que la transformación no importa la extinción, sino precisamente lo contrario: significa que una entidad que revestía *una forma* dada, la cambió para asumir *otra*, lo cual implica la subsistencia del ente jurídico.

Y, desde el punto de vista del derecho positivo, los artículos invocados de la ley, del decreto y del reglamento acabados de mencionar confirman la consecuencia de que los bancos han tenido y continúan teniendo personalidad jurídica propia.

8. **Patrimonio.** No puede discutirse que, si el decreto del primero de setiembre de 1982 expropió los activos de los bancos, los mismos pasaron al Gobierno Federal.

Tampoco puede objetarse la conclusión de que, de igual manera, los pasivos fueron asumidos por el propio Gobierno Federal, por mucho que el artículo 4 del decreto citado no lo hubiera expresado de esta manera, sino hubiera dicho que el Gobierno garantizaba los créditos a cargo de las instituciones.

Ello implica, por ende, que el patrimonio de cada uno de los bancos pasó a incorporarse a la esfera patrimonial del Gobierno Federal.

8.1. Pero la cuestión que realmente interesa es la de si esa transmisión fue permanente; o si se produjo sólo de manera temporal; o si, todavía más, conllevó una retransmisión, operada en el acto mismo de la transferencia, que privó, en el propio momento e ipso facto, de la titularidad de los bienes al Gobierno Federal.

Interpretar las normas a la luz de cualquiera de las dos primeras hipótesis señaladas en el párrafo anterior resulta jurídicamente impropio, al tenor de lo mandado en los artículos 1851, segundo párrafo, 1853 y 1859 del Código Civil, que ordenan que, cuando los términos no son claros, prevalece la intención sobre la letra del precepto contractual o legal; y que, cuando fuere posible dar a una expresión más de un sentido, habrá de utilizarse aquél que resulte más apropiado para conseguir los fines deseados.

Habría sido imposible que las mismas estructuras administrativas —las entidades de las que se ha hablado en el apartado que antecede— hubieran podido continuar prestando el servicio de banca y crédito si hubieran carecido de patrimonio, si éste hubiera permanecido bajo la titularidad del Gobierno Federal, si el último hubiera asumido de modo permanente, o siquiera temporal, las relaciones jurídicas activas y pasivas que correspondían a los bancos.

8.2. La más lógica explicación del fenómeno podría hacerse en los siguientes términos: expropiados los activos y asumidos los pasivos, esto es, el patrimonio de las sociedades anónimas, el mismo pasó al Gobierno Federal; pero éste, en el mismo acto,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

lo convirtió en uno de afectación, que destinó a la prestación del servicio bancario y crediticio, y que, por tal razón, atribuyó, ipso facto, a las mismas entidades jurídicas que actuaban anteriormente. Así se sigue de las disposiciones ya comentadas de los decretos expropiatorios.

Resulta, en consecuencia, que los bancos tienen un patrimonio propio, según se dispone en el artículo 7 de la LRB, y como se confirma en el artículo 1 del decreto de transformación a que se ha aludido; y que tal patrimonio es el mismo que pertenecía a las antiguas sociedades anónimas, como se dispone en el artículo segundo transitorio de la LRB, que ordena que la transformación se operará sin que se modifique el patrimonio de las instituciones afectadas, lo cual se corrobora en el artículo 11 del decreto de transformación cuando establece que los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades anónimas transformadas "no tendrán modificación alguna por el hecho de la transformación".

8.3. Es notorio, por ende, que el patrimonio de los bancos pertenece a las sociedades nacionales de crédito, y no al Gobierno Federal, ni al Estado, ni a la Nación (infra, 17)

8.4. Ahora bien, si el artículo segundo transitorio de la LRB dispuso que la transformación se operaría sin que se modificara el patrimonio de las sociedades anónimas afectadas; y si, por su parte, el artículo 11 del decreto de transformación ordenó que los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades nacionales de crédito serían los mismos que correspondían a las sociedades anónimas, pues ellos "no tendrían modificación alguna por el hecho de la transformación", es apenas necesario concluir que las relaciones patrimoniales que tenían las sociedades anónimas pasaron a la titularidad de los bancos nacionalizados, por lo que éstos han estado siempre legitimados en la causa, bien como actores, ya como demandados en procesos judiciales.

Así quedó precisado en el segundo párrafo del artículo segundo transitorio del decreto de transformación, cuando dispuso que corresponden a las sociedades nacionales del crédito, "Las acciones, excepciones, defensas y recursos de cualquier naturaleza deducidos en los juicios o procedimientos administrativos en los que . . . (las) sociedades anónimas, hubiesen sido parte con anterioridad a la fecha en que surta efecto su transformación".

9. **Capital.** De la lectura de los artículos 9 y 10 de la LRB; 8 y 9 del decreto de transformación; y 6, 8 y 10 del RO, se desprende que, de manera análoga a las sociedades anónimas de capital variable, las nacionales de crédito tienen un capital social autorizado y uno pagado, que se halla representado por títulos que acreditan la participación de los socios y que son llamados "certificados de *aportación* patrimonial", los cuales se distribuyen en dos series: la "A", que sólo podrá corresponder al Gobierno Federal; y la "B", en la que podrán participar otras entidades, los particulares, los usuarios del servicio y los trabajadores de los bancos. De estos certificados, los que corresponden a la parte pagada del capital circulan de conformidad con reglas específicas; y los no suscritos se conservan en tesorería.

9.1. Es obvio que los titulares de los certificados son los socios de la empresa, los dueños de ella, pero no de su patrimonio ni de su capital, salvo el caso de liquidación, que les da derecho a una parte alícuota de los remanentes, como también tienen derecho al pago de dividendos si se producen utilidades y la sociedad decreta su distribución (véanse los artículos 21 de la LRB y 31 del RO). Si bien es cierto que el Gobierno Federal es el único capacitado para ser titular de certificados de aportación de la serie "A", también lo es que otras entidades de carácter público, e inclusive los trabajadores de la empresa y los usuarios de sus servicios, que son obviamente particulares, pueden adquirir y poseer certificados de la serie "B", sin que importe, en el orden normativo, que en un momento dado todos los certificados en circulación pertenezcan al Gobierno Federal, pues esta última es una mera circunstancia fáctica que no altera el alcance del precepto jurídico.

9.2. De aquí deriva, entonces, la consecuencia de que el Gobierno Federal puede ser propietario o titular de una parte de los certificados de aportación patrimonial, o de todos ellos; pero se infiere igualmente que no es el propietario o titular del capital de la sociedad (infra, 17.1).

10. **Autodeterminación.** Como se establece en los artículos 22 y siguientes de la LRB, 10 del decreto de transformación y 16 y siguientes del RO, las sociedades nacionales de crédito tienen sus propios órganos de gobierno, que son el consejo directivo y el director general, cuyas facultades están amplia y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

claramente establecidas, además de que cuentan con sus propios órganos de vigilancia —comisarios de cada una de las series— y de que se prevé la injerencia de los particulares en una y otra funciones a través de la comisión consultiva y de los consejeros y comisarios de la serie "B" (véanse los artículos 32 y 33 de la LRB y 24 y siguientes del RO).

Es indiscutible, pues, que los bancos tienen sus propios personeros y representantes legales.

10.1. Sin embargo, aún podría argumentarse que los consejos directivos de las sociedades nacionales de crédito tomaron posesión de sus cargos en los últimos meses de 1983; y que, por ello, durante el período comprendido entre la fecha de la expropiación y la de toma de posesión de los nuevos consejos, los propios bancos estuvieron legalmente acéfalos.

A tal objeción habría de contestarse que ya el decreto expropiatorio había previsto, en su artículo tercero, que los consejos de administración, los presidentes ejecutivos y los directores generales serían sustituidos por funcionarios designados por el Gobierno Federal; y que el resto del personal continuaría actuando en los mismos términos en que lo había venido haciendo.

Más explícitos en esta materia, y con apoyo en lo dispuesto en la LRB, los artículos tercero transitorio del decreto de transformación y quinto transitorio del RO dispusieron que los funcionarios —servidores públicos— de los bancos conservarían las facultades que se les hubiesen otorgado con anterioridad; y que los poderes, mandatos y representaciones otorgados, y las facultades concedidas por las sociedades anónimas, subsistirían en sus términos hasta en tanto no fueran modificados o revocados.

10.2. No puede hablarse, por ende, de un vacío temporal de representación, ni de falta de personería en los funcionarios que han venido y que continúan actuando en nombre de las sociedades nacionales de crédito.

11. **Objeto.** El objeto social de las sociedades nacionales de crédito es precisamente el mismo que tenían las sociedades anónimas; les es propio; y consiste en la prestación de los servicios de banca y crédito, que brindan de modo directo a los usuarios (arts. 1 de la LRB y 2 del RO), quienes pueden quejarse contra la prestadora por cualesquiera deficiencias de los mismos (art. 39 de la LRB).

12. **Síntesis.** En resumen: las sociedades nacionales de crédito son entidades con personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado y de la del Gobierno Federal; son autónomas, porque poseen sus propios órganos de administración y de vigilancia, por mucho que su socio principal se reserve los derechos de control y de inspección a través de entidades gubernamentales, lo cual acontecía ya respecto de las sociedades anónimas; tienen su propio patrimonio, constituido por los activos y pasivos de que eran titulares las sociedades anónimas y por los adquiridos con posterioridad, por lo que conservan también la titularidad de las relaciones jurídicas patrimoniales —activas y pasivas— que tenían dichas sociedades anónimas; poseen su propio capital social, que se constituye por *aportaciones* de los socios (de ahí la razón de los certificados de aportación), y en el que participa como socio, necesaria y mayoritariamente, el Gobierno Federal, pero en el que pueden participar también los particulares, en igual calidad de socios; y cumplen un objeto particular y específico que, no sólo le es propio, sino que, además, les caracteriza.

Por tanto, las sociedades nacionales de crédito no pueden confundirse con el Gobierno Federal ni, mucho menos, con la Federación o con el Estado; su patrimonio no es el del Estado, ni el del Gobierno Federal, ni el de la Federación, ninguno de los cuales, además, es dueño de aquél, pues el mismo pertenece a la sociedad de que se trate; el Gobierno Federal no las administra, sino que tal función compete a sus propios órganos; su capital no es el del Gobierno, mismo que sólo ocupa, respecto de él, la posición de aportante y socio mayoritario; y el Gobierno Federal no realiza el objeto social —como acontece, por el contrario, en el caso del servicio postal, por ejemplo—, antes bien lo cumple la sociedad, sin que ello implique violación constitucional porque la norma del artículo 28 de la Carta Magna dispone que el servicio de banca y crédito se prestará a través de instituciones, vale decir que éstas lo brindarán directamente al público (vide infra, 17).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

13. **Objeciones a la competencia concurrente.** No obstante los razonamientos que anteceden, se ha sostenido que la competencia para conocer de los juicios en que los bancos sean parte corresponde, de manera exclusiva, a los tribunales federales, de modo que no se surte la hipótesis de concurrencia competencial prevista en la fracción I del artículo 104 constitucional, porque, según se dice, el servicio de banca y crédito se presta por el Estado; porque los intereses de la banca no son de particulares; y porque el Gobierno Federal es, en realidad, la verdadera parte en los juicios promovidos por o en contra de las sociedades nacionales de crédito. El argumento no parece admisible, por las razones que se exponen en lo que sigue.

14. **La prestación del servicio.** Indiscutible como es que el de banca y crédito es un servicio público cuya prestación corresponde originalmente al Estado, de ello no se sigue que deba ser brindado directamente por el Gobierno Federal.

Cuando se trata de un servicio público, el Gobierno actúa de modo directo en algunos casos, como cuando la Secretaría de Comunicaciones y Transportes —dependencia gubernamental— presta el servicio postal, pero, en otras ocasiones, lo hace de modo indirecto, a través de organismos descentralizados o de empresas de participación estatal mayoritaria, como acontece con las sociedades nacionales de crédito. De tal manera, se cumple, en la especie, con la norma constitucional; pero de ello se sigue también que el servicio se presta directamente, no por el Gobierno Federal, sino por las empresas caracterizadas como sociedades nacionales de crédito.

Ellas —debe precisarse— pertenecen a la *administración* pública federal, pero no son entidades gubernamentales, no forman parte del Gobierno Federal. Este, en efecto, tiene competencia para gobernar, y lo hace a través de los órganos gubernamentales; pero también la tiene para prestar servicios públicos, y lo hace, en el caso concreto, por medio de entidades de la administración descentralizada, que no son gubernamentales y que tienen vida propia, independiente de la del Estado y de la del Gobierno.

En consecuencia, del hecho de que el servicio público de banca y crédito sea prestado por entidades de la administración pública federal descentralizada no se sigue que ellas puedan confundirse con el Gobierno Federal ni, mucho menos, con el Estado. Así se ha reconocido, por lo demás, en diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (infra, 17).

15. **Los intereses en conflicto.** De conformidad con el artículo 104, fracción I, de la Constitución, los jueces federales son competentes para conocer de controversias civiles —o mercantiles— relacionadas con la aplicación de leyes federales, como son el Código de Comercio, las leyes Generales de Títulos y Operación de Créditos y de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito; pero esa competencia se surte también, de manera concurrente, en favor de los jueces distritales y estaduales cuando tales controversias afectan sólo a "intereses particulares".

15.1. La norma no habla de *intereses de particulares,* sino de *intereses particulares.* Y, para precisar el sentido y alcance de esta última frase, es necesario tener en cuenta la intención del constituyente de 1917. Este no pudo tomar en consideración más que al Estado, como concepto socio-político; a la Federación, como unidad jurídico-política; y al Gobierno Federal, como conjunto de órganos gubernativos, vale decir, lo que ahora se llama la administración pública central. No pudo siquiera imaginar la existencia futura de organismos descentralizados, de entidades de la administración pública paraestatal, de empresas de participación estatal.

Por tanto, hubo de ser un criterio puramente político el que presidiera el concepto de intereses particulares; en ese orden de ideas, los mismos sólo pueden contrastarse con los intereses públicos o generales, es decir, con los intereses del Estado, del Gobierno, de la Federación, entendidos de la manera indicada en el párrafo anterior.

15.2. Es obvio que deben dejarse de lado aquí las controversias que pueden suscitarse entre los bancos y las dependencias gubernamentales con motivo de la interpretación, del cumplimiento o del incumplimiento de las leyes a que los primeros están sujetos, tanto en lo genéricamente administrativo, como en lo específicamente fiscal. También escapan a la consideración de este trabajo los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

conflictos que pudieren surgir entre el Gobierno Federal, como titular original de la atribución del servicio público de banca y crédito, y las sociedades nacionales de crédito, en tanto prestadoras directas de los mismos. Y, finalmente, no se contemplan las discrepancias emergentes entre el Gobierno Federal, en cuanto titular de los certificados de aportación patrimonial, y las sociedades nacionales de crédito, en tanto emisoras de tales certificados.

Las tres clases de cuestiones anotadas en el párrafo anterior implican, obviamente, un enfrentamiento entre las autoridades gubernamentales y los bancos, a propósito de la calidad de gobernados que los últimos tienen, o en función del servicio público atribuido constitucionalmente al Gobierno y desempeñado por los bancos, o en virtud de la relación que existe entre la sociedad nacional de crédito, como titular de su propio capital, y el Gobierno Federal, como socio de esa sociedad por razón de su tenencia de certificados de aportación representativos de dicho capital social.

En los casos recién apuntados se versan, bien los intereses de la autoridad como tal, ya los del Gobierno Federal como sujeto de derecho privado, por lo cual habría lugar a instancias en sede administrativa, a juicios de nulidad fiscal o de amparo, etc., todo ello dentro de la órbita de competencia de los tribunales federales.

15.3. Por el contrario, aquí se habla de conflictos que pueden afectar los intereses patrimoniales de los bancos. Para el caso, debe tenerse presente, en primer lugar, que los bancos manejan recursos de dos clases: los propios, que forman parte de su patrimonio y que no son, por tanto, del Estado; y los ajenos, que derivan de los pasivos contraídos en favor de los depositantes o inversionistas, los cuales tampoco son del Estado; en segundo término, que la contraparte del banco es un usuario de sus servicios bancarios o de crédito; y, finalmente, que la sentencia que se dicte en un juicio sobre el particular beneficiará o afectará al patrimonio del banco y al de los usuarios, pero no al del Estado.

Es evidente, entonces, que esos conflictos en que intervienen las sociedades nacionales de crédito se dan frente a los usuarios de sus servicios de banca y crédito; y que en ellos se versan, por un lado, los intereses de tales usuarios, que son particulares; y, por el otro, los que pueden eventualmente afectar al patrimonio del banco, en la medida en que dicho patrimonio se vea protegido, incrementado o mermado como consecuencia de la sentencia de absolución o de condena al reembolso del capital, al pago de intereses, a la reparación del daño o —en el caso opuesto— al pago de lo debido por el banco o al de daños y perjuicios (infra, 17.1).

Y precisamente porque los afectados son los intereses patrimoniales del banco, es que debe considerarse que se trata de intereses particulares y no de intereses públicos del Estado, del Gobierno o de la Federación, puesto que el patrimonio en cuestión no es de ellos.

15.4. Otra cosa distinta es que el Gobierno Federal sea socio mayoritario de las sociedades nacionales de crédito, calidad que deriva de su titularidad de certificados de aportación patrimonial, de donde resulta que *estos certificados* forman parte del patrimonio del Gobierno, pero no se sigue que el patrimonio *de la sociedad* sea del Gobierno (infra, 17).

Una conclusión distinta equivaldría a considerar que el accionista mayoritario de una sociedad anónima es, por ello, el titular del patrimonio de la misma. Y estimar que los patrimonios de los bancos son del Estado o del Gobierno Federal valdría tanto como pretender que nuestra economía se inserta en el capitalismo absoluto del Estado; que no tenemos un régimen de economía mixta; y que el Estado no es rector sino operador de la economía.

15.5. A mayor abundamiento, las leyes federales por cuyo cumplimiento o aplicación se suscitan las controversias de que se trata regulan actos y documentos claramente inscritos en el marco del derecho privado, que dan origen a relaciones jurídicas de carácter privado —de coordinación— y nunca público —de supraordinación—: cuentas de cheques, pagarés, contratos de crédito y de depósito, reposición de títulos, cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales, etc., lo que obliga a concluir que los intereses tutelados son también privados o particulares y no públicos o generales.

15.6. Cabe añadir, que, aun en el supuesto no admitido de que fuera válido dar a la frase "intereses particulares", la connotación de la expresión "intereses de particulares", la conclusión sería la misma: las sociedades nacionales de crédito son personas jurídicas distintas del Estado, del Gobierno y de la Federación, frente a los cuales son meros particula-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

res, hecho tan obvio que no requiere de argumentación. Y como se ha demostrado que, en los casos de que se trata, los intereses afectados son los de los bancos, resulta inconcuso que son intereses de particulares.

15.7. Finalmente, tampoco es sostenible el argumento de que los intereses en cuestión son del Estado porque las sociedades nacionales de crédito son del Gobierno Federal, puesto que, por una parte, la afirmación no es exacta pues, de *iure*, el 34% del capital de los bancos puede pertenecer a particulares; porque, por otro lado, el Gobierno Federal no es dueño de los bancos ni de su patrimonio, sino de los certificados de aportación patrimonial, lo cual lo coloca en la misma situación que la del accionista de una sociedad anónima; y porque, finalmente, el Gobierno Federal, al constituirse en aportante, que vale lo mismo que socio, actúa como sujeto de derecho privado.

15.8. En consecuencia de lo anterior, los conflictos que se originan en la prestación del servicio bancario y crediticio pueden ser conocidos y decididos indistintamente por los jueces federales o por los distritales o estaduales (infra, 17).

16. **La legitimación procesal.** La legitimación en la causa determina quién *puede estar* en el proceso; la procesal señala quién *puede actuar* en él.

16.1. Es de sobra conocido que sólo puede estar en el proceso el titular del conflicto —del litigio, en el lenguaje carneluttiano— y de la pretensión, como también es sabido que sólo puede pretender quien tenga interés en la causa.

Pues bien, como las sociedades nacionales de crédito son centros específicos de imputación jurídica y no pueden confundirse con el Estado Federal que, a su vez, tiene su propia personalidad jurídica; esto es, como los bancos tienen personalidad jurídica y patrimonio propios, y como es este último el afectado en una controversia de las aquí comentadas, resulta indiscutible que es el banco —y no el Estado, ni el Gobierno Federal, ni la Federación— quien puede estar en el proceso.

En otras palabras: como la causa en que se originan los conflictos es la prestación del servicio público de banca y crédito, sólo el prestador y los prestatarios, vale decir, el banco y los usuarios, pueden ser titulares del litigio; sólo ellos pueden pretender, sólo ellos están legitimados en la causa.

Y como para ser parte se requiere legitimación causal, habilidad jurídica para pretender, aptitud para estar en el proceso, se sigue que, además de los usuarios, *únicamente los bancos pueden ser parte.*

Es inconcebible que el Estado, o el Gobierno Federal, o la Federación hagan valer pretensiones —pretendan— en un juicio hipotecario o en uno ejecutivo mercantil que se siga contra un deudor moroso.

16.2. El accionar, el actuar en juicio o ejercer el derecho de acción, la legitimación procesal, incumbe, también de manera única, al banco titular del litigio, aunque tiene que valerse de personas físicas que constituyen los órganos de expresión de su voluntad. Estos órganos son los *propios* del banco: su consejo directivo, su director general y sus funcionarios y apoderados designados por uno o por otro, los cuales —innecesario es decirlo— no son órganos del Estado ni del Gobierno, ni de la Federación. Estos últimos, por otro lado, no actúan ni pueden actuar en los respectivos procesos.

De aquí se sigue que, en las hipótesis contempladas, *únicamente los bancos pueden actuar como parte,* por medio de sus órganos de representación.

No puede sostenerse válidamente, por otro lado, que los actos nacionalizadores de la banca constituyeron a ésta en una parte integrante del Gobierno Federal o, mucho menos, de la Federación o del Estado. Y, por ello mismo, tampoco puede pensarse que, al actuar un banco, está actuando el Estado, o el Gobierno, o la Federación (infra, 17.3).

Independientemente de lo absurdo de semejante postura, el mantenerla equivaldría a negar los caracteres que singularizan a las sociedades nacionales de crédito: personalidad jurídica, patrimonio, gobierno, capital, socios, objeto.

16.3. En vista de lo expuesto, debe concluirse que, en las hipótesis contempladas, únicamente los bancos pueden tener la legitimación causal y procesal; que sólo ellos pueden estar y actuar en los procesos; que nada más ellos pueden ser parte; que la Federación no es ni puede ser parte; y que, por todo ello, no es aplicable, en la especie, lo dispuesto en la fracción III del artículo 104 constitucional (infra, 17.2).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

V. CRITERIOS JUDICIALES

17. La Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las competencias civiles 163/83 (Banpaís) y 208/83 y 210/83 (Bancomer), ha dicho que, en los juicios de que aquí se trata,

> "tiene aplicación el artículo 104, fracción Primera Constitucional; porque se trata de una controversia que de modo directo sólo afecta intereses de particulares, concretamente de los demandados y de la Sociedad Nacional de Crédito actora. . ., que litiga por sí misma, por conducto de sus representantes legales y cuyo patrimonio es el directamente afectado en la controversia, independientemente de que indirectamente, en su calidad de suscriptores de la serie A y B de los certificados de aportación patrimonial de esta última, tengan interés el Estado Federal y los particulares, así como los depositantes e inversionistas cuyos recursos también pueden resultar afectados, por lo que la competencia es local o federal a elección de la parte actora".

17.1. Como precedente, vale la pena citar la competencia civil 100/1963, Central de Fraccionamientos, S.A., resuelta el 16 de febrero de 1965, por unanimidad de votos, en que se dijo que:

> "el Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, S.A., aun cuando conforme a su Ley Orgánica, artículos, 1, 2 y 3, su capital esté constituido por varias series de acciones y una de ellas sólo pueda ser suscrita por el Gobierno Federal y entre sus objetos tenga el de realizar operaciones fiduciarias, su intervención en el ejercicio de operaciones de esta naturaleza, no puede tener el significado de que los juicios que se promuevan en su contra ejercitando acciones de naturaleza eminentemente civiles, deban ser conocidas por las autoridades judiciales federales, del orden civil, únicamente en razón de que si la institución fiduciaria resultara condenada, podría suceder que resultaran afectados los intereses de la Federación, como accionista, y no precisamente los bienes ciertos, comprendidos en el fideicomiso".

17.2. Por lo demás, se ha sentado jurisprudencia firme por la Suprema Corte de Justicia en el siguiente sentido:

> "TRIBUNALES FEDERALES. Para que se surta su competencia, no basta que la Federación tenga interés en la contienda, sino que es necesario que *sea parte* en la misma".

Tomo I	Banco de Nuevo León, S.A.	Pág. 47
TomoVI	Ronquillo Manuel y coacusados	" 414
Tomo X	Compañía Constructora Richarson, S.A.	" 252
Tomo VIII	Poderes del Estado de Michoacán	" 409
Tomo XIX	"El Hércules", S.A.	" 388

17.3. Al resolverse, el 25 de julio de 1974, en el juicio ordinario mercantil 6/1973, seguido por Transportes Daduga, S.A. de C.V., contra la Comisión Federal de Electricidad (pleno, séptima época, volumen 67, primera parte, pág. 17), nuestro máximo tribunal dijo que, no obstante que la citada Comisión sea organismo descentralizado, y a pesar de que su patrimonio sea administrado con la supervisión y control del Ejecutivo Federal, no puede ser reputada parte de la Federación.

17.4. Por último, al decidirse la competencia civil 78/1968, Inversiones Surianas, S.A., el 11 de marzo de 1970 (Tercera Sala, séptima época, volumen 15, cuarta parte, pág. 15), la Corte manifestó que:

> "La circunstancia de que el Banco Nacional de Obras y Servicio Públicos, S.A., sea un organismo descentralizado, no significa que sus bienes lo sean de la Federación; por el contrario, de conformidad con la doctrina y con la jurisprudencia, los organismos descentralizados tienen personalidad jurídica y patrimonio propio. La personalidad del banco no puede confundirse, por tanto, con la de la Federación, y el patrimonio del banco, que es un patrimonio propio, tampoco puede confundirse con el de la misma Federación".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

VI. CONCLUSIONES

18. De lo expuesto en lo que antecede parece obligado aceptar que, en los juicios promovidos por sociedades nacionales de crédito o instaurados contra ellas:

a) Los intereses en conflicto son particulares y de particulares;
b) Los propios intereses no son los del Estado, ni los del Gobierno, ni los de la Federación, sino exclusivamente los de los bancos litigantes, personas jurídicas diferentes de aquellas entidades;
c) Sólo pueden ser parte las propias sociedades, y no lo son ni pueden serlo la Federación, ni el Gobierno Federal, ni el Estado;
d) Se surte la hipótesis de competencia concurrente prevista en la fracción I del artículo 104 de la Constitución; y
e) No se surte la hipótesis de competencia exclusiva de los tribunales federales que contempla la fracción III del artículo 104 constitucional.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado.
Constitución Política y Propiedad.
Uruk, editores, San José, 1984.

Con gran satisfacción hemos visto la publicación de las memorias del II Congreso de Derecho Agrario Costarricense, bajo el título Constitución Política y Propiedad, gracias al apoyo de la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado y de la Asociación Costarricense de Derecho Agrario.

La obra reseñada contiene innumerables aportes que no podrían citarse en una reseña como esta; sin embargo hay algunos aspectos que merecen énfasis.

El Dr. Román Duque Corredor nos habla de la disciplina constitucional de la propiedad y de los elementos que la caracterizan, además de referirse a la función social, al contenido esencial de la propiedad y a las restricciones a su carácter exclusivo y perpetuo; el Dr. Ricardo Zeledón Zeledón, por su parte insiste en la importancia de la obtención del concepto de propiedad de la totalidad de la Constitución y plantea algunas ideas sobre la reforma al artículo 45 de su texto.

El Dr. Rodolfo Piza Escalante determina el contenido del derecho de propiedad desde un punto de vista técnico jurídico integral y destila una serie de importantes conclusiones; el Procurador Nacional de los Derechos Humanos, Dr. Odilón Méndez participa con "Propiedad, libertad y régimen político"; el Dr. Roberto Yglesias Mora interviene con "La función social del derecho de propiedad como principio democrático para el progreso pacífico de la sociedad"; también aparece del Lic. Pablo Rodríguez "El concepto constitucional de la propiedad".

Bajo el tema "La función social de la propiedad" se incluye el aporte de Monseñor Román Arrieta Villalobos, quien expone la posición de la doctrina social de la Iglesia sobre la propiedad; la exposición del Magistrado licenciado Edgar Cervantes Villalta, quien analiza los límites de la propiedad; el trabajo del Lic. Alvaro Meza Lazarus quien presenta las divergencias de criterios sobre la materia y la disertación del Lic. Daniel Oduber Quirós, el que explica la historia de las luchas por la evolución del concepto de propiedad en Costa Rica e insiste en la reforma constitucional.

Dentro del capítulo "Propiedad y Contratos Agrarios", colabora el Dr. Rodrigo Barahona Israel presentando las relaciones históricas, estructurales y económico-sociales entre tales institutos; también aparece aquí el diputado Julio Jurado del Barco un desarrollo sobre la subutilización de la tierra en Costa Rica y del licenciado Ricardo Guerrero Portilla una serie de propuestas sobre la regulación del usufructo agrario.

El siguiente aparte de la obra es "El trabajo humano y la propiedad". En él, el licenciado José Miguel Corrales enfatiza la necesidad de revalorizar el factor trabajo y el Lic. José Roberto Rodríguez Quesada nos ofrece un camino para ello a través de la propiedad comunitaria, en la que hay verdadera participación y en la que se da la reunión en una sola mano de capital y trabajo. Los señores Anto-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

nio Sobrado, Rafael Gairaud Salazar, Christian Hess Araya, Julián Solano Porras y Jaime Tischler Fuchs participan con "el trabajo como causa-función de la propiedad sobre bienes productivos"; entre otros ejemplos de las posibilidades de regulación de la materia avalan la idea de la prescripción negativa del dominio por la inercia en su ejercicio en algunos casos.

En particular sobre la reforma al artículo 45 de la Constitución Política participan el Dr. Jorge Arturo Monge Zamora y el licenciado Carlos Rivera Bianchini.

La obra comprende algunos anexos de interés, como el dictamen de la Comisión Especial (expediente 9719) relativo a la reforma a los artículos 45 y 69 de la Constitución Política.

Felicitamos a la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado por este nuevo esfuerzo editorial y, en especial a su Presidente, el Dr. Ricardo Zeledón Zeledón, gestor de las iniciativas que han quedado plasmadas en este volumen.

Víctor Pérez Vargas

***