

DERECHO EN SOCIEDAD

REVISTA DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
LATINOAMERICANA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

VOLUMEN 16. NO. 2. SETIEMBRE 2022
PUBLICACIÓN SEMESTRAL. ISSN 2215-2490



DERECHO EN SOCIEDAD

REVISTA ELECTRÓNICA DE LA ESCUELA DE DERECHO DE ULACIT
VOLUMEN 16. No. 2. SETIEMBRE 2022. PUBLICACIÓN SEMESTRAL ISSN. 2215-2490

Directora
MA. Luana Valeria Nieto Méndez

Editor pro tempore
Vicente Calatayud Ponce de León

Filólogo
Lic. Roberto André Acuña Vargas

Diseñador Gráfico
Carlos Eduardo Fonseca Hidalgo

Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología
Barrio Tournón, San José, Costa Rica
Teléfono: 506 - 2523-4000



Copyrights ©

Derechos reservados. La presente publicación pertenece a la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, con sede en Costa Rica y está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento - No comercial 4.0 Internacional. Por ello se permite libremente copiar, distribuir y comunicar públicamente esta revista siempre y cuando se reconozca la autoría y no se use para fines comerciales.

ISSN: 2215-2490

La Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, Costa Rica, no se hace responsable de la opinión vertida por las personas autoras en los distintos artículos.

Hecho el depósito legal.

1. EDITORIAL

Por Vicente Calatayud Ponce de León, Editor, p. t.

2. DOCTRINA

Fomento del diálogo social y la rendición de cuentas en la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica

Dennis P. Petri
Página 1

Responsabilidad civil objetiva de la actividad bancaria frente al fraude informático (*phishing*)

Stephanie Karina Espinoza Cerdas
Página 28

La regulación de la sociedad de hecho familiar: una necesidad latente en la legislación de familia de Costa Rica

Jorge A. Pérez Artavia
Página 53

El contrato de transporte aéreo de pasajeros y la responsabilidad del transportista

Stephanie Morales Durán
Página 81

El impacto del *blockchain* en el sistema financiero costarricense

Natalia Ulloa Arias
Página 108

El nuevo régimen regulatorio del trabajador independiente

Melissa María Martínez Soto
Página 134

EDITORIAL

Por: Lic. Vicente Calatayud Ponce de León. Editor, p. t.

En mi calidad de editor pro tempore de la revista Derecho en Sociedad de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, me satisface tener el privilegio de ofrecer a nuestros lectores el número 2 del volumen 16, correspondiente al mes de setiembre del 2022 de esta publicación, no sin antes dejar constancia del excelente trabajo del hasta ahora director-editor don Osvaldo Madrigal Méndez, quien se ha ocupado de esta labor durante más de un año, desempeñándola con notable calidad y quien por sus amplias ocupaciones docentes y profesionales se ha visto en la necesidad de pedir su relevo en esta competencia.

Nuestra revista “DeS”, desde su inicial edición el año 2011, con diecinueve publicaciones en su haber, ha tenido como propósito primordial promover una cultura de investigación en la comunidad universitaria en el campo del Derecho, entendida esta ciencia en su más amplio sentido, es decir, en el impacto de “lo jurídico” en la sociedad –de ahí, precisamente, su nombre: “Derecho en Sociedad”– y abriendo espacios permanentes para la difusión del conocimiento, no solo por parte del cuerpo docente, sino también de quienes cursando estudios avanzados en su carrera, deseen iniciarse en la fascinante aventura de la investigación para la difusión y socialización del conocimiento.

Después de tantos meses de incertidumbre y, por qué no, de dolor individual y colectivo causado por la pandemia producida por la Covid-19, podemos decir que nuestra alma máter ha recobrado con nuevos impulsos lo que se ha venido a denominar “nueva normalidad”. Baste con contemplar las aulas llenas, la vida por los corredores de nuestra sede, la constante producción de actividades de todo género y, sobre todo, la alegría que se detecta en toda la comunidad, y todo ello fruto de un enorme esfuerzo colectivo.

La revista, cuyo nuevo número ahora se presenta, siempre, siempre, fue publicada, aún en los momentos

más álgidos de la crisis padecida durante la pandemia. No podía interrumpirse una labor de tantos años, no podía aceptarse resignadamente que aquellas dificultades pudieran tirar por la borda todo el esfuerzo de quienes pusieron su empeño en conseguir presentar y mantener un producto basado en criterios de excelencia y calidad académica.

Hoy publicamos con gran satisfacción seis trabajos, de los cuales la autoría de tres de ellos corresponde a estudiantes a punto de graduarse y que han supuesto su trabajo final de graduación. Los temas, de evidente actualidad: uno, trata aspectos de carácter laboral, en cuanto al nuevo régimen del trabajo independiente; también, las responsabilidades en el transporte aéreo colectivo; y el tercero, las debilidades normativas en el ámbito de la regulación de la sociedad de hecho familiar.

Otros dos artículos provienen de dos jóvenes abogadas, que obtuvieron sus licenciaturas en nuestra universidad, dedicándose el primero de aquellos trabajos al análisis de las responsabilidades bancarias frente al fraude informático (phishing); y el segundo, el blockchain y el sistema financiero costarricense.

Finalmente, publicamos un cuidadoso trabajo de un destacado profesor de ULACIT en el campo de relaciones internacionales, dedicado a un tema siempre candente, destinado a la actividad legislativa en nuestro país en orden al fomento del diálogo social y la necesaria rendición de cuentas por parte del primer poder de la República.

En la confianza de que esas publicaciones sean del agrado de todas las personas a que va dirigida nuestra revista –por cierto, ya adaptada al nuevo Manual de Gestión Editorial de ULACIT, vigente a 1º setiembre 2022–, esperamos poder seguir en el próximo año, esta apasionante andadura emprendida, como se decía al inicio, hace más de una década.

Fomento del diálogo social y la rendición de cuentas en la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica

Promotion of Social Dialogue and Accountability in the Legislative Assembly of the Republic of Costa Rica

Dennis P. Petri¹

Resumen

Si bien Costa Rica es la democracia más antigua de Latinoamérica —sin interrupciones en el proceso electoral desde el año 1953— y cuenta con impresionantes logros económicos y sociales, persisten importantes retos para profundizar la calidad de su democracia. Una de ellas tiene que ver con el fomento del diálogo social, el cual implica que la toma de decisiones políticas sea un proceso inclusivo que dé lugar a un alto grado de estabilidad institucional, a un entendimiento común y a un enfoque conjunto para resolver problemas y conflictos. Mediante su participación voluntaria en las negociaciones centralizadas, las organizaciones de la sociedad civil ayudan a las instituciones representativas (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo) a cumplir con sus responsabilidades. El trabajo se enfoca en la pregunta de cómo el diálogo social puede fortalecer la función fiscalizadora (control político-parlamentario) de la institución legislativa. Primero, se ofrece una justificación teórica del estudio del fortalecimiento de las instituciones parlamentarias y del empoderamiento de la sociedad civil. Posteriormente, se aborda la importancia de la sociedad civil para la democracia y de su participación en la vida parlamentaria mediante el diálogo político-social. Por último, se dedican unos párrafos a la diferenciación entre los roles institucionales de los parlamentos y la sociedad civil.

Palabras clave

Diálogo social, rendición de cuentas, Asamblea Legislativa, Costa Rica, control parlamentario, sociedad civil.

1 Politólogo y Doctor en Filosofía Política (Vrije Universiteit Amsterdam); Profesor de Estudios Generales y de Relaciones Internacionales, y Jefe de la Cátedra de Humanidades, ULACIT. Correo electrónico: dpetrix316@ulacit.ed.cr. Código ORCID: 0000-0002-7473-2576

Abstract

Although Costa Rica is the oldest democracy in Latin America —with no interruptions in the electoral process since 1953— and boasts impressive economic and social achievements, important challenges remain to deepen the quality of its democracy. One of them has to do with fostering social dialogue, which implies that political decision-making is an inclusive process that results in a high degree of institutional stability, common understanding and a joint approach to solving problems and conflicts. Through their voluntary participation in centralized negotiations, civil society organizations help representative institutions (Executive Branch, Legislative Branch) to fulfill their responsibilities. The paper focuses on the question of how social dialogue can strengthen the oversight function (political-parliamentary control) of the legislative institution. First, a theoretical justification is offered for the study of the strengthening of parliamentary institutions and the empowerment of civil society. Subsequently, the importance of civil society for democracy and its participation in parliamentary life through political-social dialogue is discussed. Finally, a few paragraphs are devoted to the differentiation between the institutional roles of parliaments and civil society.

Keywords

Social dialogue, accountability, Legislative Assembly, Costa Rica, parliamentary oversight, civil society.

Introducción²

Hoy, treinta y cinco años después de la firma de los Acuerdos de Paz en Centroamérica y de la transición democrática en América Latina, las democracias de la región se encuentran en una nueva encrucijada: el reconocimiento de la eficacia del diálogo y la negociación a través del Estado de Derecho, para encauzar el conflicto político y social. Los procesos de transición democrática contribuyeron a canalizar e institucionalizar la oposición política. Sin embargo, la llegada de la democracia implicó un importante número de demandas sociales insatisfechas, tanto por su cantidad como por su calidad, así como por el predominio de una visión de corto plazo de la élite gobernante y de sus gobernados. Por ello, la acción gubernamental se ha orientado más a las políticas de gobierno que a las de Estado.

Actualmente, el panorama político en la región se caracteriza por una configuración de sistemas presidenciales sin mayorías legislativas y, en algunos casos, con importantes niveles de polarización ideológica entre el gobierno y la oposición, o con casos matizados por una o-

2 Este artículo es una adaptación-actualización de Petri y Parra (2009). También retoma algunas ideas desarrolladas en Petri (2008); Vargas y Petri (2007).

sición parlamentaria fragmentada y dispersa o, incluso, en escenarios de constante conflicto o marginación hacia las mayorías legislativas. Parece ser cierto que, en la mayoría de los casos, los pequeños partidos (partidos “bisagra”) se insertan mejor en la arena parlamentaria.

El presidencialismo es una aplicación deformada del régimen presidencial clásico, que resulta del debilitamiento de los poderes del parlamento y de la hipertrofia de los poderes presidenciales (Duverger, 1957). Esta centralización del poder otorga al presidente una gran influencia directa e indirecta en la elaboración, discusión y aprobación de las leyes, y de muchas otras decisiones que surgen del ámbito legislativo, sobre todo, cuando el partido de gobierno ejerce un fuerte control sobre diversas instancias legislativas como la mesa directiva del parlamento o a través de las comisiones legislativas.

Como deformación patológica de la ingeniería constitucional del sistema presidencial, el presidencialismo es producto de una combinación dinámica y volátil entre la institucionalidad formal y la informal. Tal deformación suele ser más común cuando el presidente cuenta con una fracción legislativa disciplinada y cohesionada, y más aún cuando la oposición parlamentaria está fragmentada y dispersa. Por el contrario, cuando el presidente carece de mayorías legislativas o cuenta con una mayoría muy inestable e indisciplinada, el destino profético tiende a ser la parálisis y la obstrucción en las relaciones entre el poder ejecutivo y la oposición. Esta situación puede ser eventualmente superada por un uso inteligente de la ingeniería parlamentaria.

En situaciones de conflicto entre el poder ejecutivo y el legislativo, ambos poderes pueden utilizar los instrumentos constitucionales para complicarse la vida mutuamente. De este modo, generan una fricción perpetua entre la oposición parlamentaria y la mayoría parlamentaria o directamente con el presidente, quien, a su vez, realizará acciones unilaterales cuando considere que tienen un bajo costo político (véase Ackerman, 2002).

La parálisis y la obstrucción en las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo tienden a producirse con mayor probabilidad en los sistemas en los que el presidente tiene amplios poderes constitucionales. Este podría verse tentado a utilizar esos poderes de manera intensiva, como forma de evitar la fatiga política de las negociaciones y la tensión con la oposición parlamentaria (Cheibub, 2007). Al mismo tiempo, no debe subestimarse que el uso intensivo de mecanismos formales e informales de participación ciudadana constituye una estrategia recurrente utilizada por el presidente y por la oposición parlamentaria para legitimar sus posiciones y también para identificar oportunidades alternativas de decisión, como los diálogos sociales y los referendos (Vargas y Petri, 2007).

El principio de separación institucional de poderes en los regímenes presidenciales latinoamericanos se enfrenta a una serie de matices causados por las dimensiones institucionales, políticas y electorales. La tendencia general, en muchos casos, es un débil ejercicio de la función de control por parte de la Asamblea Legislativa como actor institucional, de manera que deja esta labor principalmente en manos de la oposición.

A la inversa, las posibilidades de ejercicio de la oposición son más importantes cuando el presidente no tiene mayoría legislativa. Se pueden distinguir dos tipos de funciones de control: el control político-parlamentario y el control legislativo. De hecho, es posible formular la hipótesis de que, cuando la oposición es minoritaria, tiene más posibilidades de ejercer el control político-parlamentario para atraer la atención de los medios de comunicación que de ejercer el control legislativo. En cambio, cuando la oposición es mayoritaria, el marco institucional no permite necesariamente un ejercicio efectivo del control político-parlamentario, pero sí ofrece posibilidades de control legislativo. Aunque el control parlamentario es una facultad constitucional de la Asamblea Legislativa, se ejerce bajo ciertas condiciones político-institucionales y tiende a ser, principalmente, un instrumento de proyección mediática. En este ámbito, el control legislativo, al ser una extensión y complemento del control político-parlamentario basado en la “producción” de leyes, se convierte en un instrumento de presión y disuasión. La oposición puede manipular este instrumento para intervenir en el debate político y en la fijación de la agenda, así como para diseñar e incorporar herramientas de control de las políticas públicas y de las instituciones gubernamentales.

De acuerdo con Gianfranco Pasquino (1998), hay que tener en cuenta una serie de factores condicionantes que pueden afectar positiva o negativamente estas realidades, como el fraccionamiento de la oposición, el diseño institucional y los conflictos internos de la oposición. La eficacia de la oposición puede observarse a través de su participación y provocación de un diálogo activo, así como de la reflexión sobre las condiciones y efectos de las iniciativas de ley, siendo este un ejercicio vigoroso de control legislativo. La cuestión fundamental no radica en observar cómo la oposición parlamentaria utiliza los procedimientos e instrumentos contemplados en el institucionalismo formal, sino también en los roles que asumen al definir sus estrategias para su función legislativa y de control.

Partiendo de la hipótesis de que la calidad de la democracia no depende solo de las virtudes del gobierno o de las interacciones entre el gobierno y la oposición, sino también de su calidad, se puede afirmar lo siguiente: una oposición bien equipada aumenta la calidad de la democracia, a través de sus acciones de control, orientación, propuesta y crítica, inclu-

so cuando no llega al gobierno, mientras persiste en afirmarse como candidata al gobierno (Pasquino, 1997:28). Por ello, la eficacia de la oposición tiene que ver con su capacidad de articular internamente puntos de vista coherentes, generar referencias sociales adecuadas, desarrollar fuertes vínculos con la oposición extraparlamentaria y un diseño institucional que le asegure la capacidad de sus funciones.

El comienzo de este siglo ha estado marcado por grandes decepciones en lo que respecta a los frutos de la democracia. La incompetencia de los gobiernos, sobre todo a la hora de reducir las grandes desigualdades y la creciente inseguridad y de contrarrestar los efectos negativos de la globalización y de hacer frente a las consecuencias de las catástrofes naturales, ha provocado un gran descontento en gran parte de la población.

En este sentido, las encuestas anuales del Latinobarómetro dan una idea de la insatisfacción de la población de muchos países latinoamericanos en relación con la calidad de la democracia y su capacidad para promover las oportunidades económicas y el desarrollo. De acuerdo con los datos proporcionados por dicho estudio, se puede observar que, ante la afirmación “la democracia es el mejor sistema de gobierno”, durante el 2006 su valoración se mantuvo por sobre el 50 %, y mostró como extremos el alto porcentaje de valoración en Uruguay (89 %) y el puntaje más bajo (54 %) en Paraguay. Sin embargo, quince años después, se observa cómo en la mayor parte de los países del continente se ha reducido su percepción positiva sobre el modelo democrático. En los casos más significativos, como Venezuela y Honduras, se verifica una caída de 23 puntos porcentuales. Así también, es posible observar que, en países como Uruguay, Costa Rica y Brasil, la reducción no excede los 5 puntos porcentuales, junto a Chile, que se mantiene con la misma puntuación. Los dos países donde se incrementó la confianza son El Salvador y Paraguay, en los que se documentó un repunte de más de 10 puntos porcentuales. Los extremos corresponden a Uruguay, con el mayor porcentaje de apoyo a la democracia, y Honduras, país que ha perdido más porcentaje de apoyo y confianza en la democracia, pues presenta el porcentaje más bajo: 43 %.

Ahora bien, aquellos países que han incrementado sus puntos porcentuales de apoyo a la democracia no representan claros ejemplos de una mejora económica o reducción de la pobreza. La crisis económica producida por la pandemia de COVID-19 ha recrudecido la crisis económica y social de los países de la región, la cual, desde hace diez años, vive una constante convulsión política y social, de la mano de manifestaciones sociales que han conducido a cambios sustanciales. En este sentido, es representativo el denominado “estallido social” en Chile, replicado de forma similar en Colombia y Ecuador.

Muchos analistas atribuyen a la política neoliberal de ajuste estructural basada en el Consenso de Washington el alto crecimiento económico que experimentó la región durante la década de 1980; sin embargo, como se ha evidenciado en la última década, al mismo tiempo esto no redujo la pobreza. A ello contribuyó también la visión cortoplacista de la élite gobernante que, para legitimarse, centró su atención en las cuestiones sociales a corto plazo sin tener en cuenta la evolución a largo plazo.

Cada vez más, el descontento social ha conducido a movilizaciones sociales a gran escala con consecuencias políticas de gran alcance. El aumento de estos conflictos sociales, también llamado “democracia de calle”, ilustra la debilidad de las instituciones democráticas para canalizar todos los problemas y demandas sociales, así como la incapacidad de los partidos políticos para satisfacer las expectativas de la población. Desde 2001, un total de dieciséis presidentes han sido forzados indirectamente a dimitir o han sido depuestos por este tipo de rebelión (Pérez-Liñán, 2007; actualización propia).

Asimismo, en varios países, se puede hablar incluso de una verdadera crisis de representatividad de los partidos políticos tradicionales. Las consecuencias son diferentes en cada país y de distinta intensidad, pero en casi todos los casos tal crisis provoca una gran inestabilidad política y una peligrosa fragmentación de los sistemas de partidos, a menudo acompañada de una gran inestabilidad constitucional. En muchos países, las reformas constitucionales son absurdamente frecuentes (Rincón, 2006).

El auge de los *outsiders*, de izquierdas y de derechas, y el retorno del populismo (neopopulismo) como estilo clientelar de gobierno es también una manifestación de la creciente inestabilidad política. Por supuesto, no todos los *outsiders* son populistas, y su formación ideológica suele ser muy diversa. Por ejemplo, se puede distinguir entre gobiernos socialdemócratas pragmáticos (Lula da Silva, Michelle Bachelet) y presidentes más radicales (Hugo Chávez, Evo Morales). Sin embargo, en la mayoría de los casos, estos *outsiders* surgen de movimientos sociales y llegan al poder de forma espectacular. Estos ejemplos ilustran el desencanto y la inestabilidad política en muchos países latinoamericanos. Asimismo, señalan el inadecuado funcionamiento de las instituciones democráticas y la impotencia estructural del gobierno, que parece incapaz de resolver los principales problemas sociales.

En el nivel internacional, se nota un interés creciente por los estudios legislativos (*Legislative Studies*), los cuales se orientan principalmente hacia los Estados Unidos y Europa. El desafío es adaptar los aportes de estos estudios al contexto latinoamericano, caracterizado

en términos generales —aunque estos rasgos se tengan que matizar en función de las características propias de cada país— por regímenes presidenciales y estructuras democráticas en vías de consolidación. De igual forma, es clave contribuir a un mejor entendimiento de cómo las elecciones de los parlamentos en materia de organización interna determinan sus relaciones con el poder ejecutivo, así como reubicar el parlamento como un actor en el proceso de toma de decisiones.

En el mundo de las organizaciones internacionales, los temas del fortalecimiento de la capacidad de control de los entes parlamentarios toman cada vez mayor importancia. Ejemplo de ello se encuentra en el Instituto del Banco Mundial, el cual recientemente desarrolló una serie de proyectos alrededor del tema de la “Gobernabilidad Parlamentaria Responsable”. Este busca traducir los aportes de la academia a recomendaciones concretas para reforzar los parlamentos como actores del desarrollo. En la misma lógica, el Banco Interamericano de Desarrollo, al igual que múltiples agencias de cooperación, ejecuta proyectos de fortalecimiento institucional de los congresos en varios países. En particular, el Foro Parlamentario Interamericano se ha convertido en un espacio de intercambio entre legisladores, el cual tiene como objetivo reforzar la capacidad de control de los parlamentos en el ámbito de la planificación estratégica del desarrollo.

El fortalecimiento institucional ha devenido en un asunto fundamental de la ayuda al desarrollo. Organismos internacionales como el Banco Mundial y el Comité de Ayuda al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) han asegurado que el fortalecimiento institucional es esencial para el desarrollo. La cooperación española, por ejemplo, se ha alineado con la mayoría de las agencias multilaterales y bilaterales de cooperación, para las cuales la promoción de la gobernabilidad y el desarrollo institucional constituyen componentes fundamentales de sus agendas de desarrollo.

De forma paralela, la comunidad internacional ha venido realizando esfuerzos sustanciosos para fomentar la institucionalización del diálogo social entre actores socioeconómicos, por ejemplo, la creación de consejos económicos y sociales en varios países de la región, y de grandes procesos de concertación y diálogo político bajo el auspicio de instancias facilitadoras como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la Asociación Internacional de Consejos Económicos y Sociales e Instituciones Similares (AICESIS) y el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS) de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS).

Por su parte, la promoción del diálogo social se enmarca en lo que se conoce dentro de los organismos internacionales como “buen gobierno” o “governabilidad”. La filosofía de este concepto se resume en la creencia de que el desarrollo es en gran medida un asunto “político”³. Crecimiento económico y democracia se refuerzan mutuamente. Los marcos institucionales son necesarios para orientar el funcionamiento del mercado, donde las políticas gubernamentales deben alimentarse de un *input* permanente desde la sociedad. De esta manera, la reducción efectiva de la pobreza pasa por medio de un Estado competente.

Estos dos temas —el fortalecimiento de las instituciones parlamentarias y el empoderamiento de la sociedad civil— son dos asuntos que se encuentran en la agenda tanto de la academia como de la cooperación internacional. Sin embargo, son pocas las investigaciones que han estudiado, de forma sistemática, las relaciones entre parlamentos y sociedad civil. Estos actores casi siempre se han estudiado de manera separada, desconociendo y menospreciando la importancia de su relacionamiento e interacción para un Estado democrático.

No obstante, a la hora de reflexionar sobre la calidad de la democracia, es fundamental entender los procesos de incidencia de la sociedad civil en las instituciones políticas, e identificar los mecanismos —existentes o posibles— que permitan un diálogo social verdadero, entendiendo el diálogo social en su acepción más amplia, es decir, como un intercambio —formal e institucionalizado— entre la oposición extraparlamentaria y las instituciones políticas; así como avanzar en la reflexión sobre el papel que los actores de la sociedad civil pueden jugar en la promoción de la rendición de cuentas en el poder legislativo.

Se requiere, por lo tanto, una reflexión sobre los distintos roles de los parlamentos y de la sociedad civil en el marco de los regímenes presidenciales y del Estado democrático, así como de sus dinámicas de interacción. El hecho de que parlamentos y sociedad civil siempre se hayan estudiado de forma aislada provoca que no exista verdaderamente una visión integrada de la interacción entre oposición parlamentaria y oposición extraparlamentaria en el proceso de políticas públicas.

Este artículo pretende, entonces, contribuir a la comprensión de las posibilidades de la sociedad civil para participar en el proceso de toma de decisiones políticas, desde los parlamentos. Asimismo, siguiendo con esta línea de estudio, resulta importante evaluar hasta qué

3 Eslóganes como “Governance matters”, del Banco Mundial, o “La Política Importa”, del Banco Interamericano de Desarrollo, indican el énfasis que hacen estos bancos de desarrollo en la dimensión política del desarrollo económico y social.

punto dicha interacción entre estos dos tipos actores se convierte en otro mecanismo más dentro de la rendición de cuentas social. En efecto, los mecanismos de participación ciudadana en los parlamentos de América Latina no solo pueden ayudar a fortalecer la traducción de los intereses de la población a los representantes, sino que además pueden servir como instrumentos para mejorar la rendición de cuentas.

La importancia de la sociedad civil para la democracia

El sentido del concepto de “sociedad civil” varía en función de los autores y del contexto histórico. El objeto de este apartado no es disertar sobre las diferentes formas de sociedad civil —un conjunto de organizaciones que por definición es heterogéneo y diverso—, sino sobre sus interacciones con las instituciones políticas, y más particularmente con la institución parlamentaria.

De hecho, la “organización de la sociedad civil” es un término sombrilla, ya que incluye grupos y organizaciones que tienen actitudes tradicionales o modernas, así como partidos políticos, organizaciones religiosas de base, organizaciones comerciales y sin ánimo de lucro, sindicatos y asociaciones ocupacionales, organizaciones de migrantes, grupos informales locales y organizaciones de desarrollo profesional. Las universidades, los *think tank* y los medios de comunicación también pueden ser incluidos en esta categoría.

La sociedad civil incluye organizaciones estructuradas alrededor de valores, intereses y objetivos compartidos, que tienden a responder a expectativas sociales de grupos específicos. Un gran número de esas organizaciones considera como su vocación la participación en el debate público y en el hecho de influir en la política gubernamental (*lobby*, *advocacy*, incidencia, cabildeo) en el nivel local y, si es posible, en el nivel nacional (Offerlé, 2003). Gohn (1997) distingue cinco categorías de organización de la sociedad civil: a) las organizaciones que son fundadas sobre una base institucional (iglesia, partido, sindicato); b) las organizaciones que son fundadas según las características humanas específicas (género, edad, pertenencia étnica); c) las organizaciones que emergen como consecuencia de una insatisfacción con problemas sociales específicos tales como el hábitat, la salud o el medio ambiente; (d) las organizaciones que se oponen a cambios coyunturales económicos y sociales contra los cuales son vulnerables, y (e) las organizaciones que se fundan sobre una base ideológica específica como el anarquismo o el marxismo.

La heterogeneidad de esta vasta realidad y sus transformaciones permanentes obligan a reflexionar sobre los marcos de referencia y de interpretación de sus dinámicas, y sobre los

instrumentos que permitan su participación en las políticas públicas. La extrema volatilidad de la sociedad civil complica la situación. La inmensa mayoría de las organizaciones no son representativas y es difícil saber con precisión en nombre de quién hablan y cuáles intereses defienden (Acotto, 2003).

Según Garretón (2002), las orientaciones temáticas de las organizaciones de la sociedad civil en América Latina pueden ser clasificadas en cuatro grandes categorías: (a) la democratización política (por la participación en la toma de decisiones), (b) la democratización social (el reconocimiento y el respeto efectivo de los derechos humanos y de los derechos fundamentales), (c) la reconstrucción de la economía y la adaptación a la globalización y (d) la reformulación de la modernidad, es decir, la elaboración de una estrategia integral de desarrollo nacional. En este punto, se puede adoptar una definición relativamente amplia de la sociedad civil, que incluye el conjunto de las organizaciones sociales representativas de derecho privado que actúan e interactúan con los actores institucionales, es decir, los actores que toman posesión de instituciones políticas (los partidos políticos esencialmente) (Pouliny, 2001).

A su vez, el “diálogo social” —concepto también confuso y genérico— simplemente se refiere a las interacciones entre los actores institucionales y los actores de la sociedad civil. Este diálogo puede ser fuertemente institucionalizado, eventualmente canalizado por Consejos Económicos y Sociales, como en los países nórdicos (Hastings, 2006), o ser muy coyuntural, de manera que interviene solamente en momentos de crisis (CEPAL, 2002).

Por lo tanto, pueden existir diferentes grados de institucionalización del diálogo social en función del tipo de actores que participan en ello y en las relaciones que estos mantienen con los actores que toman las decisiones. En una “democracia social”, órganos de consejo, tales como los Consejos Económicos y Sociales en los países del norte de Europa, representan los intereses de los actores socioeconómicos. Asimismo, tienen un acceso privilegiado a las instituciones políticas representativas (Visser y Hemerijck, 1997).

Más allá de los diálogos tripartitos (gobierno o expertos independientes, sindicatos obreros y sindicatos de empresarios), el diálogo social no se limita a la esfera socioeconómica, sino que también puede inscribirse en otros ámbitos como el medio ambiente, las políticas familiares, las reformas del Estado, etc. Ciertamente, el objetivo del diálogo social —institucionalizado y no institucionalizado— es posibilitar la inclusión de las demandas de la sociedad civil en las políticas públicas. Esto permitirá, además, evitar (o resolver) crisis sociales latentes o manifestaciones, que son canalizadas por las instituciones políticas (Vargas y Petri, 2007).

Por otro lado, existen numerosos estudios y análisis sobre el empoderamiento reciente de la sociedad civil, y más particularmente sobre el papel cada vez más influyente de movimientos sociales de todo tipo. Siguiendo esta línea, surge el interés en torno a la participación ciudadana en el debate político, es decir, en las experiencias de democracia participativa que han proliferado en América Latina en los últimos años. Se trata de fenómenos muy heterogéneos que varían desde la experiencia más emblemática del presupuesto participativo de Porto Alegre en Brasil, hasta experiencias más diversificadas como, por ejemplo, las formas de participación de las comunidades indígenas en Colombia.

El diálogo político-social: la clave de la participación ciudadana en la vida parlamentaria

Siendo el parlamento el foro principal para el debate sobre políticas públicas, la promoción de la participación es un elemento potencial para el fomento de la calidad de la democracia y su consolidación (véase Diamond, 1997). Tal elemento puede definirse como un modo de construcción política, al asociar los colectivos sociales con el proceso de políticas públicas y, con ello, generar acuerdos.

Un ejemplo interesante de la importancia que juegan las organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación en el desarrollo parlamentario es el caso del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el cual ha apostado por promover actividades que resulten en una contribución significativa para impulsar la transparencia del proceso parlamentario y la mejora del acceso público al parlamento. Un ejemplo de ello es la formación de miembros en relación con sus habilidades de presentación en público, la difusión de las sesiones de las comisiones legislativas, además de la formación de periodistas encargados del parlamento.

En la práctica, la participación de la sociedad civil en el proceso de formación de las políticas públicas sigue siendo relativamente débil. El sociólogo argentino Mirza (2006) vincula la crisis de la representación con la falta de interacción entre las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones políticas. Para este autor, las movilizaciones sociales están directamente relacionadas con el deficiente funcionamiento de los mecanismos tradicionales de mediación (democracia representativa, partidos políticos). En especial, las legislaturas —congresos, asambleas, parlamentos—, como instancias que cumplen con la triple función de representar, legislar y fiscalizar, tienen un papel central para la federación de intereses, la representación y la articulación de las demandas de las diferentes minorías. La función representativa de los parlamentos no debe concebirse como algo estático, sino debería entenderse más bien como un proceso dinámico y permanente de incorporación de demandas

y federación de intereses. Es por ello que las legislaturas requieren de la participación de los actores sociales en sus procesos.

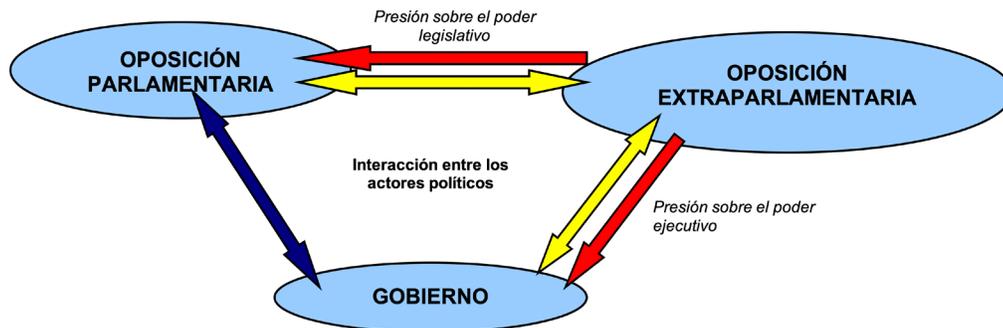
La participación tiende a ampliarse y tiene lugar en diferentes espacios. Participar es influir y controlar las decisiones públicas con base en derechos y poderes que muchas veces se sitúan fuera del sistema de partidos, en procesos que se acercan más a la ampliación de ciudadanía, diversificada y con múltiples expresiones, que a los modelos del pasado. En las sociedades modernas, la participación no se limita solo a procesos electorales —participación política—, sino que representa también una forma de participar, controlar y moderar el poder otorgado a los representantes políticos a través de formatos y mecanismos de participación ciudadana, que fortalezcan y nutran la vida democrática de la sociedad.

Para mejorar la función de representación de las legislaturas, resulta clave institucionalizar sus relaciones con la oposición extraparlamentaria —la sociedad civil—, la cual representa los intereses organizados de la sociedad civil organizada. La participación de la sociedad civil en el proceso de políticas públicas y su consulta sistemática por los actores institucionales —en especial el parlamento— permitirían incrementar su representatividad. Un parlamento abierto a las propuestas e ideas que llegan de la sociedad tendrá una legitimidad más alta a medida que se desarrolla la legislatura. Así se puede combinar la legitimidad de origen —la legitimidad electoral— y la legitimidad de ejercicio, que se obtiene mediante la inclusión continua de las demandas existentes en la sociedad en la agenda política.

En este sentido, los sistemas políticos son una interacción entre gobiernos, oposición parlamentaria y oposición extraparlamentaria (sociedad civil); es decir, la interacción de una gran variedad de actores, en un proceso a menudo opaco, con relaciones de poder en constante cambio, la formación de coaliciones sociales y políticas con estructuras de apoyo cambiantes. En las democracias pluralistas, los procesos políticos se producen gracias a la constante interacción entre los actores políticos y sociales. La presión sobre el gobierno la ejerce tanto la oposición parlamentaria como la extraparlamentaria, como indica el siguiente diagrama.

Figura 1

Interacción entre el ejecutivo, el legislativo y la sociedad civil.



Nota. Elaboración propia.

El proceso de las políticas públicas —definición del problema, formulación de la política, proceso de toma de decisiones, aplicación y evaluación de la política pública— es una dinámica en la que convergen y chocan intereses contrapuestos y visiones ideológicas del interés público (Subirats, 1994). Es un movimiento cuyos resultados no están claros de antemano. Por lo tanto, los conflictos sociales son la norma y no la excepción cuando divergen intereses y agendas opuestas.

Los factores decisivos en la elaboración de políticas son la evaluación de su impacto esperado, la viabilidad de las soluciones al problema identificado y el grado de apoyo político y social que recibe. Este último punto es fundamental. El apoyo dentro de los procesos políticos es necesario para la legitimidad, por tanto, la viabilidad de la política y, en última instancia, el mantenimiento de la paz social. El diálogo social institucionalizado —que puede organizarse de diferentes maneras— es también una respuesta a esto. Este diálogo, tal como se lleva a cabo en los Países Bajos, es un caso interesante, no obstante, se pueden concebir muchas otras posibilidades. En general, Schmitter (1974) define el diálogo social —“corporativismo”— como el sistema que involucra a los interlocutores sociales en la toma de decisiones políticas. Por su parte, Visser y Hemerijck (1997) definen la “governabilidad corporativista” —el diálogo social— de la siguiente manera:

La práctica política extraparlamentaria de negociaciones continuas entre los representantes formales de los intereses organizados del capital y del trabajo,

facilitadas por el Estado y condicionadas a resultados sustantivos, sobre cuestiones de elaboración de políticas sociales y económicas bajo la primacía del Estado constitucional democrático. (p. 66)

El término “corporativismo” utilizado en este contexto puede resultar confuso, porque también se emplea para referirse a la organización corporativista de la economía, por ejemplo, en la Italia fascista de los años treinta. Esta, a su vez, se inspiró en las estructuras feudales medievales. Así pues, se prefiere el término “neorporativismo” para referirse al diálogo social como mecanismo democrático de participación de los actores sociales en una o varias fases de la toma de decisiones políticas.

La gobernabilidad es una expresión de las relaciones gubernamentales (democráticas) entre los actores sociales y políticos. Es importante que estas relaciones estén claramente definidas en el diseño institucional. La resolución de los conflictos (sociales) solo puede ser realizada por órganos políticos representativos (poder ejecutivo, poder legislativo), y en ningún caso los conflictos pueden ser resueltos por fórmulas públicas o privadas que entren en conflicto con las libertades fundamentales y los derechos humanos. Un sistema político puede considerarse gobernable cuando su estructuración sociopolítica les permite a todos los actores estratégicos participar en la toma de decisiones colectivas y resolver sus conflictos a través de un sistema de reglas y procedimientos formales e informales que pueden estar más o menos institucionalizados (Prats, 2001).

Pues bien, el diálogo social implica que la toma de decisiones políticas sea un proceso inclusivo que dé lugar a un alto grado de estabilidad institucional, a un entendimiento común y a un enfoque conjunto para resolver problemas y conflictos. Mediante su participación voluntaria en las negociaciones centralizadas, las organizaciones de la sociedad civil ayudan al gobierno a cumplir con sus responsabilidades. Es importante señalar, en este punto, que un gobierno democrático no debe ejercer el control sobre las organizaciones de la sociedad civil, sino que debe estar dispuesto a compartir la “autoridad política” con ellas (Crouch, 1986). Este sistema de consulta —el diálogo social— puede considerarse exitoso si es capaz de (a) canalizar el conflicto social y (b) mejorar los resultados económicos (Visser y Hemerijck, 1997). Estos son los dos objetivos principales del diálogo social.

Asimismo, resulta muy relevante que haya un amplio apoyo social al diálogo social. Este apoyo de la sociedad depende en gran medida de los resultados obtenidos por el diálogo social: paz social y políticas económicas eficaces. Por supuesto, la configuración institucional —en

su dimensión formal e informal— no determina el resultado del diálogo social, pero sí el marco y las oportunidades en las que los actores estratégicos operan y negocian.

El grado de institucionalización del diálogo social es, en cierta medida, la base sobre la cual se construye la paciencia, confianza y respeto mutuo entre los actores. Las instituciones (neo)corporativistas cultivan un entorno estable en el que las negociaciones entre los interlocutores sociales tienen un horizonte temporal más largo (Axelrod, 1984). Además, el éxito de la cooperación en el pasado sirve de incentivo para la cooperación en el futuro (Putnam, 1993).

Parlamentos y la sociedad civil: la importancia de no confundir sus distintos roles

Una sociedad civil fuerte es vital para una sociedad democrática, pero no debería debilitar los parlamentos en su función representativa. El diálogo social y político es necesario para que los legisladores tengan en cuenta eficazmente las necesidades de la población de una manera representativa. Sin embargo, esto debería ser canalizado mediante mecanismos formales institucionales. Ello le permitirá a la sociedad civil participar activamente en el proceso político. Otros mecanismos de democracia participativa y directa, como la iniciativa popular legislativa, también deberían ser institucionalizados. De esta manera, los parlamentos serán potencializados para actuar recíprocamente con la sociedad civil, aumentarán la representatividad de sus funciones y devendrán en actores para el desarrollo. Asimismo, ello permitirá una mayor reactividad de los parlamentos gracias a la inclusión de demandas sociales, en particular de las demandas provenientes de sectores subrepresentados. Además, el *input* de la sociedad civil contribuye a la elaboración de diagnósticos más adecuados sobre los grandes problemas sociales y a la generación de consensos para la toma de decisiones.

Con esta idea en mente, se puede defender la tesis que plantea que la sociedad civil —la oposición extraparlamentaria— tiene un papel distinto a las instituciones políticas. La participación de la sociedad civil organizada en la toma de decisiones políticas no debe cuestionar la primacía de las instituciones políticas. Los distintos papeles de la sociedad civil y las instituciones políticas, como los parlamentos, deben ser respetados. Los parlamentos constituyen el poder legislativo de un Estado y los parlamentarios representan, entonces, a las circunscripciones que los eligieron. También han de trabajar de acuerdo con el interés general. En cambio, la sociedad civil —en su diversidad y heterogeneidad— corresponde a un conjunto de organizaciones que defienden y promueven los intereses de sus respectivos miembros y sectores: grupos de presión y grupos de interés.

En este sentido, la sociedad civil posee un papel consultivo mientras que las instituciones políticas tienen un papel decisorio. Ello no resta la importancia que adquiere la participación sociedad civil como práctica fundamental en el desarrollo del sistema político y el gran aporte que esta brinda con su labor complementaria al rol que juegan los representantes, los cuales han sido elegidos por la ciudadanía, así como su potencial a la hora de fomentar la rendición de cuentas, como se verá posteriormente.

Dicho de otra forma, el diálogo social y político —la participación de la sociedad civil en las políticas públicas— es necesario para que los legisladores puedan tomar en cuenta las necesidades de la población de una forma representativa. Dicha participación resulta, entonces, un aspecto esencial para fomentar la calidad de la democracia; sin embargo, hay que considerar que debería canalizarse a través de mecanismos institucionales formales. Ello le permitiría a la sociedad civil participar en el proceso de conformación de políticas públicas —en todas sus fases y, principalmente, en la definición de agenda y elaboración— de modo efectivo.

Mediante la institucionalización de las prácticas de rendición de cuentas social (*social accountability*), también se espera una participación activa de la sociedad civil en la fase de ejecución y, sobre todo, evaluación de las políticas públicas. Sin embargo, la sociedad civil no debería minar la posición de legislaturas y, más generalmente, “la primacía de política” debería ser respetada. Tanto el ejecutivo como el legislativo basan su legitimidad en su designación electoral. Si la primacía de política no es respetada, una sociedad civil demasiado empoderada podría contribuir a debilitar en cierta medida a los parlamentos.

Por otro lado, las movilizaciones sociales frecuentes, y a veces violentas, así como la recurrencia a conflictos sociales desestabilizan el funcionamiento de las instituciones políticas representativas de las democracias latinoamericanas (Dabène, 1997). La importancia de estas movilizaciones sociales aparece como el reflejo de una falta de legitimidad de los partidos y de las instituciones políticas. Se podría pensar que el desarrollo de la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones políticas —canalizada por mecanismos institucionalizados que posibiliten la consulta sistemática de las organizaciones de sus representantes— permitiría aumentar la calidad de representatividad de estas instituciones políticas. Particularmente, los parlamentos ganarían mucho en legitimidad si incorporaran más la agenda de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones. Resulta interesante examinar el estado de la cuestión sobre la participación ciudadana en el ámbito de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica y cómo esta puede propiciar escenarios de rendición de cuentas social.

Caso de Costa Rica

La recomposición de las relaciones de poder en el seno del parlamento varía cada cuatro años en el sistema político costarricense. Los incrementos en la fragmentación parlamentaria demuestran un aumento en la desafección política que ha perjudicado, principalmente, a los partidos políticos tradicionales, llámense PLN, PUSC y la izquierda tradicional. Este escenario refleja la decisión del electorado de apostar por un mayor pluripartidismo, con el cual resta cada vez más poder de decisión política a la fracción del partido que considera que asumirá el ejercicio del gobierno.

Desde 1998, se han celebrado en Costa Rica seis procesos electorales dentro de los cuales se han presentado grandes cambios en el comportamiento electoral. En tales procesos, se ha erosionado el sistema bipartidista que se mantenía firme desde 1986, cuando dos grandes partidos capturaban el 95 % de los votos. Así, las elecciones celebradas a partir de 1998 demuestran un mayor nivel de acceso al escenario parlamentario por parte de los partidos políticos emergentes. Este panorama muestra una creciente fragmentación parlamentaria, la cual evidencia que, durante los mandatos entre 1982 y 1994, el Ejecutivo y su fracción oficial no requirieron negociar con otras fracciones o legisladores para obtener la mayoría simple. Por su parte, en los períodos comprendidos entre 1994 y 2026, el Ejecutivo y su fracción han requerido votos para sostener una mayoría simple. Adicionalmente, el espacio para la obtención del apoyo necesario les ofrece un panorama compuesto por una principal fuerza de oposición y diversos legisladores minoritarios.

La oposición parlamentaria posee la capacidad de gestionar cursos de acción concertados afines o contradictorios al Poder Ejecutivo, de manera previa a una adecuada capacidad de articular al menos una coalición coyuntural. La institucionalidad parlamentaria costarricense ha sido desafiada a partir de la década de 1990 e inicios del siglo XXI por una conformación cada vez más multipartidista inserta en constantes tensiones. Esta, en ocasiones, provocó la separación temporal de algunos legisladores de las líneas de acción de sus respectivas bancadas, incluso un divorcio radical con su bancada. Ello generó la conformación de frentes independientes. Esta realidad ha impulsado un mayor ejercicio de los recursos de poder, que van desde las interpretaciones más detalladas del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa hasta una práctica política cada vez más compleja de negociación, caracterizada por coaliciones meramente coyunturales (coaliciones entretejidas en el marco de iniciativas específicas y no tanto en una agenda planificada que pueda marcar el desarrollo de un amplio conjunto de propuestas) y por una profunda injerencia de los actores sociales.

El descontento social puede deberse a algunos acontecimientos ocurridos en el período comprendido entre 1994 y 1998, que sirvieron como catalizadores del descontento ciudadano. Entre estos hechos, se puede mencionar la crisis del Banco Anglo Costarricense en 1994, el cual debió cesar funciones por realizar operaciones crediticias inadecuadas. Otro acontecimiento fue el Pacto Figueres-Calderón, que aumentó la conflictividad social y generó una importante movilización de educadores en 1995. En la década de los 90, también destacan aspectos como las movilizaciones en contra del denominado Combo ICE, el contexto de la aprobación del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica y República Dominicana con Estados Unidos, así como el gran descontento generado por varios casos de corrupción.

Todas las situaciones anteriormente descritas tuvieron un impacto en la población y provocaron una coyuntura de alta movilización social. En efecto, las últimas décadas constituyen un período especialmente activo para las organizaciones de la sociedad civil, que expresaron sus demandas a las autoridades por medio de diversos mecanismos de protesta. Las principales motivaciones fueron el apoyo o rechazo a leyes, reglamentos, planes y decretos, y los trabajadores fueron los actores con mayor protagonismo.

Asimismo, los grupos de presión en Costa Rica se han convertido en un actor muy importante en la dinámica política del país. En muchas ocasiones, han colocado al gobierno en posiciones en las que este termina cediendo ante las peticiones de aquellos, o bien entrando en procesos de negociación para lograr acuerdos que, en todo o en parte, logren satisfacer las demandas emanadas de los grupos de presión. Por lo tanto, han conseguido, en muchas ocasiones, cambiar el curso de la agenda del gobierno, desviándola en otra dirección o frenándola por completo debido a un tema en particular.

Se ha presentado un gran número de conflictos entre el Poder Ejecutivo y los grupos de presión. Si bien algunos han tenido repercusiones menores, otros han generado mucha movilización social y producido grandes cambios en el sistema político. Los conflictos los protagonizan distintos grupos de presión que incluyen estudiantes de secundaria, sindicatos, trabajadores públicos, maestros, estudiantes universitarios, así como otros sectores como los taxistas, agricultores, muellers, ambientalistas, entre otros. Los métodos suelen ser variados y van desde protestas pacíficas hasta peticiones, marchas, bloqueos, huelgas, paros, etc. Por ejemplo, en junio de 1998, estudiantes de secundaria realizaron huelgas, marchas y paros, en los que reclamaron al gobierno destituir a directores y exigieron la aprobación de los uniformes deseados. Este tipo de protesta se ha producido en distintas oportunidades y en diferentes puntos del país, y, en algunas ocasiones, las manifestaciones han presentado

algunos brotes de violencia. Estos conflictos preocupan en gran medida al Ejecutivo, ya que afectan la institucionalidad del sistema educativo y representan un gran reto para satisfacer las demandas de la educación pública con pocos recursos y una gran cantidad de estudiantes.

En esta misma línea, los educadores también han representado parte de los conflictos con el Poder Ejecutivo, lo que afecta también el sistema educativo, por cuanto los paros y huelgas que en ocasiones protagonizan paralizan la continuidad de la rutina estudiantil. El grupo de presión constituido por los educadores constituye también uno de los más relevantes, ya que logra paralizar un sector muy importante del país, como el educativo. Así pues, directa o indirectamente, muchos sectores de la población se ven afectados por las huelgas y los paros que aquellos realizan.

Otro de los grupos de presión de gran importancia en el país es el constituido por los sindicatos de las instituciones públicas del país, los cuales han llevado a cabo distintas movilizaciones para formular peticiones al gobierno. En agosto de 1999, los empleados públicos de la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP), el Sindicato de Trabajadores del Instituto Nacional de Seguros (INS), educadores, trabajadores del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), así como empleados de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) realizaron la petición de ventajas económicas por la insatisfacción de un ajuste salarial. De este modo, entraron en una huelga de siete días, la cual tuvo un fuerte impacto en los servicios de clínicas y hospitales. También se llevaron a cabo marchas, paros y huelgas de hambre por parte de algunos líderes sindicales.

Estos son algunos de los conflictos desarrollados en el país en el período en estudio, en los que, como se esbozó, los estudiantes, los educadores, los sindicatos y los empleados públicos han sido los mayores protagonistas de las movilizaciones. Se generaron conflictos entre estos grupos y el Poder Ejecutivo, y este tuvo que ceder muchas veces ante algunas peticiones o bien establecer procesos de negociación para lograr acuerdos intermedios, debido al impacto que, en múltiples ocasiones, estos sectores pueden provocar en la cotidianidad del país.

A pesar de que estos conflictos son de gran importancia, se han dado acciones de magnitudes mayores por parte de los sectores sociales con capacidad de presión. En primer lugar, se encuentran las movilizaciones en torno a la aprobación de las leyes del Combo ICE en el año 2000; en segundo lugar, las movilizaciones contra el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos que se presentaron en el año 2004, las cuales lograron ubicarlo como un período de alta movilización.

Más recientemente, también pueden citarse la huelga sindical de 2018 contra la reforma fiscal o Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas y las protestas estudiantiles (de secundaria y universidad) contra el proyecto de educación dual (trabajo aprendiz en sector privado), entre otros asuntos. En el primer caso, durante noventa y tres días, se dieron hechos vandálicos, saqueos, atentados a edificios públicos y se alteró sustancialmente el curso lectivo; en el segundo, se tomaron y cerraron centros educativos y vías públicas en el país, lo cual culminó con la renuncia del ministro de educación, Edgar Mora, y la ministra de hacienda, Rocío Aguilar.

En medio de ese contexto de alta conflictividad social, ha habido intentos desde los poderes institucionales para desarrollar iniciativas de concertación con la sociedad civil organizada. Es adecuado hacer referencia al intento de concertación nacional que se presentó en Costa Rica durante la administración de Miguel Ángel Rodríguez (1998-2002). En esta, el presidente llamó a los sectores sociales con el fin de realizar un acuerdo político para definir el rumbo del país. Se ha dicho que la causa principal que motivó al mandatario a convocar un proceso de concertación fue el mínimo margen por el que venció en las elecciones y los elevados niveles de abstencionismo. Debido a esto, el presidente se encontraba gobernando sin un claro mando electoral que le permitiera dirigir al país en un momento de crisis.

En este panorama nacional, el presidente Rodríguez inició discusiones y contactos que lo llevaron a emitir un decreto ejecutivo en junio de 1998, por el cual el gobierno convocaba a un proceso de concertación. En un primer momento, este impulsó un proceso de consulta entre diversos sectores de la comunidad nacional, que involucró a las universidades estatales y la Conferencia Episcopal de la Iglesia Católica de Costa Rica, pues tales entidades eran vistas como los agentes que garantizaban la transparencia en el proceso.

La agenda de este proceso, cuya estructura fue potestad reservada al gobierno, incluyó tres temas centrales como estrategia de desarrollo: la participación ciudadana como fortalecimiento de la democracia, el crecimiento económico sostenido y el perfeccionamiento social justo y equitativo. Además, el gobierno también estableció una serie de temas específicos que se incorporaban en los tres grandes ejes. Estos temas eran: asignaciones familiares, cesantía, corrupción, desarrollo rural, libertades sindicales, pensiones, política salarial, seguros, servicios ambientales y telecomunicaciones.

Posteriormente, se arrancó con una fase de debate de las posiciones del gobierno con respecto a estos temas, en un momento de diálogo con la sociedad civil con la pretensión de

construir consensos. La metodología para el proceso consistió en el establecimiento de una mesa coordinadora y en comisiones para cada uno de los diez temas de trabajo. La dinámica de trabajo implicó el conocimiento de documentos oficiales y una reacción hacia estos. Asimismo, se dieron reacciones personales, diagnósticos y puntos de vista. El trabajo de estas comisiones tuvo una duración de siete semanas y, finalizado este proceso, se empezó a desarrollar un período de turbulencias por la manera en que se manejaban los acuerdos. Además, muchos grupos se desagregaron en bloques por la diferencia de enfoques. En este punto, el proceso se vio marcado por un alto deterioro de su credibilidad.

La siguiente etapa fue la mediación, en la que se daba un plenario de foro y se constituía una junta de mediadores integrada por los expresidentes de la República, el arzobispo de San José y las vicepresidentas de la República, la cual estudiaría y se pronunciaría sobre los resultados de la concertación. En este punto, no fue posible una solución de compromiso de las controversias en relación con siete temas. Finalmente, esta junta recomendó que, en los temas en los que se alcanzó un alto grado de consenso, el presidente debía someterlos a consideración de la Asamblea Legislativa como proyectos de ley y que el Poder Ejecutivo debía dar soluciones adecuadas en los puntos en los que no se alcanzaron acuerdos unánimes. Ante esta situación, la Presidencia de la República convocó otro foro donde se darían a conocer las fórmulas propuestas por el Ejecutivo. Al final, este foro no prosperó y su resultado fue la aceptación de las propuestas elaboradas por la Presidencia debido a la falta de acuerdos.

El cuarto momento de este proceso de concertación fue posterior al segundo foro. En este punto, las iniciativas de concertación se tradujeron en proyectos de ley, decretos y políticas públicas. Así, mediante ocho decretos ejecutivos, se crearon las comisiones legislativas para cristalizar los proyectos. Aparte de esto, no se planearon más actividades ni se le dio seguimiento a la sociedad civil en este punto, con lo que se cerró el proceso de concertación.

A pesar de que este proceso se considerara como un gran esfuerzo y un intento por negociar y dialogar con los sectores de la sociedad civil, queda un sinsabor por el manejo político de los resultados que terminó siendo su propio descrédito. Se podría decir que el proceso fue quizá más importante que sus resultados inmediatos, ya que nunca antes se había dado en el país un foro de negociación y de diálogo con tan amplia participación de la sociedad civil. Las organizaciones se vieron obligadas, en muchos casos, a analizar temas que antes habían sido ignorados, así como a dialogar con interlocutores que antes habían evitado. En virtud de lo anterior, se puede plantear que el proceso constituyó un gran ejercicio democrático, más allá de sus resultados concretos.

Otro proceso significativo de diálogo social fue la iniciativa de la Dra. Daisy Corrales, exministra de salud, de desarrollar el Diálogo Nacional para el Fortalecimiento del Seguro de Salud Costarricense en el Contexto de la Salud Pública (2014). Este contó con una gran participación de la sociedad civil y tuvo una incidencia notable en las políticas públicas del sector.

En el año 2021, la Administración del entonces presidente Carlos Alvarado Quesada creó por decreto el Consejo Consultivo Económico Social (CCES), con una conformación de cincuenta y cuatro representantes del Poder Ejecutivo, del sector empresarial, laboral sindical, estudiantil, académico, agropecuario, cultural, sociedad civil, economía social solidaria, desarrollo territorial local y mujeres, así como representantes de la población de adultos mayores, LGTBIQ, afrodescendientes, personas con discapacidad, juventud, niñez e indígenas, entre otros (Presidencia de la República, 2020). Sin embargo, aún es demasiado temprano para evaluar el impacto de esta institución.

Asimismo, Costa Rica tiene una institución denominada las comisiones mixtas. Estas contienen, además de diputados, representantes de otras organizaciones, por ejemplo, del Poder Ejecutivo, de la función pública, de empresas estatales y, principalmente, de la sociedad civil. Estos actores cuentan únicamente con el carácter de asesores, los cuales tienen derecho a voz, pero no a voto. El espacio puede interpretarse como un proceso de concertación institucionalizado donde se ejerce la oposición extraparlamentaria (Vargas y Petri, 2007).

En la dinámica parlamentaria costarricense, se han dado múltiples casos de comisiones mixtas, en las que se ha contado con algunas experiencias más exitosas que otras. Por ejemplo, se creó una comisión mixta como consecuencia de las movilizaciones y la conflictividad social provocada por el denominado Combo del ICE, la cual se integró por tres miembros de los sindicatos del ICE, dos miembros de la Pastoral Social de la Iglesia Católica, un representante de los movimientos estudiantiles y uno del movimiento ambientalista, además de legisladores de diversos partidos políticos.

La conformación de estas comisiones mixtas no ha sido un recurso constante dentro de la Asamblea Legislativa. La pregunta es si tal instrumento permite una verdadera inclusión de la sociedad civil en el proceso parlamentario. Si bien es cierto que las informaciones proveídas por la Asamblea Legislativa de Costa Rica sobre dichas comisiones son relativamente limitadas —se requiere realizar un trabajo de investigación avanzado en el archivo legislativo— se puede afirmar que el impacto de las comisiones mixtas por ahora ha sido relativamente limitado.

Aunque potencialmente las comisiones especiales mixtas podrían ser trascendentales, no parecen serlo en la práctica. No obstante, las bases de este estudio no resultan suficientemente sólidas para hacer tal declaración. En todo caso, se trata de un mecanismo de diálogo social institucionalizado cuyo impacto es relativamente limitado. Esta situación se debe, entre otras cosas, al hecho de que el presidente de la Asamblea Legislativa de Costa Rica tiene poder discrecional sobre la creación de tales comisiones, su mandato y sus integrantes, lo cual no excluye el riesgo de arbitrariedad. Además, sorprende que ninguna comisión de este tipo haya sido creada desde 2005.

Adicionalmente, en 1999 se creó una oficina de iniciativa popular cuyo objetivo es facilitar y promover una fluida comunicación entre los representantes y los representados. Por ello, esta oficina brinda información acerca del estado de los proyectos de ley, comisiones, sesiones, actas y legislación. Además, recibe propuestas, sugerencias y anteproyectos de los costarricenses. Una vez resumidos, son puestos en conocimiento de los legisladores.

Sin embargo, esta oficina no se puede considerar como un mecanismo real de encuentro entre la oposición y los grupos de presión, ya que, a pesar de que su mecanismo de facilitación de la información es eficiente, su objetivo de iniciativa popular legislativa es un proceso burocrático y desorganizado. El proceso de hacerle llegar a un diputado la propuesta de un proyecto de ley toma tiempo. Además, este necesita estar interesado en la propuesta, lo cual resulta bastante difícil, por lo que su éxito efectivo es muy limitado.

Conclusiones

Costa Rica ha vivido importantes cambios en la estructura de su modelo político, tales como el aumento en el nivel de abstención o en la oferta partidaria. Igualmente, se han empleado mecanismos de carácter democrático novedosos, por ejemplo, el proceso de concertación y el referéndum. Por otro lado, se ha experimentado también una alta movilización de muchos sectores, en la que segmentos de la población se interesaron por la agenda de desarrollo del país, así como por la inserción en la vida política y la toma de decisiones.

La ingobernabilidad y la incapacidad de manejar los procesos políticos de una manera transparente e inclusiva fueron erosionando los gobiernos y sus respectivos partidos políticos, con lo cual sus estructuras se debilitaron y su capacidad para mantener adeptos electorales se perdió. Sumado a esto, las decisiones tomadas muchas veces por el gobierno no representaban el sentir de la sociedad costarricense. El país se sumió en una gran crisis de representatividad, en la que amplios sectores de la población no se sintieron identificados con las políticas de gobierno.

Esta crisis de representatividad ha llevado, entonces, a que el pueblo se levante y a que se cohesionen los grupos de presión para demandar al gobierno decisiones que resulten más congruentes con las necesidades de la población. Por ello, este período se ha caracterizado por una alta movilización social, en la que los grupos de presión se han enfrentado con la clase política en una eterna demanda de espacios de mayor interacción, negociación e inclusión, los cuales, al no ser establecidos por el gobierno, conducen a los grupos a maneras más informales de hacerse sentir. Cuando estos procesos se ponen en marcha, sus procedimientos son poco transparentes y no generan los resultados esperados, lo cual una vez más suma razones para el descreimiento de las promesas de la clase política. Aunado a lo anterior, se ha visto cómo la oposición parlamentaria carece de instrumentos institucionales para ejercer una oposición real. Esto provoca la paralización de muchos proyectos importantes para el desarrollo del país.

Pues bien, se podría aseverar que Costa Rica se caracteriza por una transición política carente de un rumbo definido. De este modo, impera en el país la ingobernabilidad, la falta de representación política de la sociedad y la exclusión de esta en la toma de decisiones, todo matizado por los altos niveles de desafección y descontento de la sociedad hacia la clase política. Por tanto, resulta clave seguir reflexionando que, si bien la participación debe ser un complemento de la labor parlamentaria —y no ser reconocida como primacía sobre la política—, es cierto que la política debe tener en cuenta tales intereses colectivos. Los mecanismos de participación no pueden ser meros instrumentos para que la ciudadanía esté satisfecha de que ha formado parte de un diálogo social y político, sino que lo que esta transmite debe ser tenido en cuenta en el proceso de deliberación que ocurre en el parlamento.

Por otro lado, se debería promover el potencial de algunos mecanismos de participación ciudadana al evaluar y controlar la labor que llevan a cabo los parlamentarios. La rendición de cuentas ha de ser un elemento por valorar como componente de la participación ciudadana en el Poder Legislativo.

Referencias

- Ackerman, B. (2000). The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, 113(3), 663-729. <https://www.jstor.org/stable/i257670>.
- Acotto, L. (2003). *Las organizaciones de la sociedad civil*. Espacio Editorial.
- Axelrod, R. (2003). *La complejidad de la cooperación. Modelos de cooperación y colaboración basados en los agentes*. Fondo de Cultura Económica.
- Cheibub, J.A. (2007). *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*. Cambridge University Press.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL. (2002). *Concertación Nacional y planificación estratégica: elementos para un "nuevo consenso" en América Latina*. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/7279-concertacion-nacional-planificacion-estrategica-elementos-un-nuevo-consenso>.
- Corporación Latinobarómetro. (2022). *Informe Latinobarómetro 2022*. <https://www.latinobarometro.org/>.
- Crouch, C. (1986). Sharing Public Space: States and Organized Interests in Western Europe. En J. Hall (Ed.), *States in Societies* (pp. 179-180). Blackwell.
- Dabène, O. (1997). *La Démocratie dégradée*. Complexe.
- Diamond, L. (1997). Consolidating Democracy in the Americas. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 550, 12-41. <https://www.jstor.org/stable/1047703>.
- Duverger, M. (1957). *Los partidos políticos*. Fondo de Cultura Económica.
- Garretón, M. A. (2002). La transformación de la acción colectiva en América latina. *Revista de la CEPAL*, 76, 7-24. <https://doi.org/10.18356/92d9a65f-es>.
- Gohn, M. G. (1997). *Teorias dos Movimentos Sociais. Paradigmas clássicos e contemporâneos*. Loyola.

- Hastings, M. (2006). Le modèle nordique: avant-propos. *Revue Internationale de Politique Comparée*, 13, 373-375. <https://doi.org/10.3917/ripc.133.0373>.
- Mirza, C.A. (2006). *Movimientos sociales y sistemas políticos en América Latina*. CLACSO.
- Offerlé, M. (2003). *La société civile en question. La Documentation française*.
- Pasquino, G. (1998). *La Oposición*. Alianza Editorial.
- Pérez-Liñan, A. (2007). *Presidential Impeachment and the New Political Instability*. Cambridge University Press.
- Petri, D. P. (2008). *De sociale dialoog in Latijns-Amerika nader beschouwd*. Sociaal-Economische Raad. <https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/overige-publicaties/2008/sociale-dialoog-latijns-amerika.pdf>.
- Petri, D. P. y Parra Cartagena, M. C. (2009, del 23 al 25 de septiembre). Fomento del diálogo social y la rendición de cuentas en los parlamentos en América Latina: perspectivas. Estudios de caso: Costa Rica y Colombia. *IX Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración (AECPA)*, Málaga.
- Poulligny, B. (2001). Acteurs et enjeux d'un processus équivoque. La naissance d'une «internationale civile». *Critique internationale*, 13, 163-176. <https://doi.org/10.3917/cii.013.0163>.
- Prats, J. (2001). Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico. *Desarrollo Institucional para una Gobernabilidad Democrática*, 10. www.iigov.org/revista/re10/re10_04.htm.
- Presidencia de la República de Costa Rica. (2020). *Instalado Consejo Consultivo Económico y Social acordado por diálogo multisectorial*. <https://www.presidencia.go.cr/comunicados/2020/12/instalado-consejo-consultivo-economico-y-social-acordado-por-dialogo-multisectorial/>.

- Putnam, R. (1993). *Making democracies work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton University Press.
- Rincón, J. (2006). Las democracias andinas, entre ‘populismo constitucional’ y ‘constitucionalismo popular’. *Visages d'Amérique latine*, 3, 33-38. https://works.bepress.com/javier_rincon_salcedo/6/0/download/
- Schmitter, P. C. (1974). Still the Century of Corporatism? *The Review of Politics*, 36(1), 85-131. <https://www.jstor.org/stable/1406080>.
- Subirats, J. (1994). Análisis de Políticas Públicas y Eficacia de la Administración. Ministerio para las Administraciones Públicas, Gráficas Ancora, S.A. http://ig2.blog.unq.edu.ar/wp-content/uploads/sites/28/2014/03/Subirats_Razones-para-un-cambio.pdf.
- Vargas, J. P. y Petri, D. P. (Coords.) (2007). *Pactos sociales y participación en las políticas públicas: gobernabilidad neocorporativa en América Central*. Fundación Carolina. <https://platformforsocialtransformation.org/download/socialdialogue/Vargas%20&%20Petri%20-%20Neocorporativismo.pdf>.
- Visser, J. y Hemerijck, A. (1997). *'A Dutch Miracle': Job Growth, Welfare Reform and Corporatism in the Netherlands*. Amsterdam University Press.

Responsabilidad civil objetiva de la actividad bancaria frente al fraude informático (*phishing*)

Objective civil liability of banking activity against computer fraud (phishing)

Stephanie Karina Espinoza Cerdas¹

Resumen

El *internet banking* es una herramienta tecnológica que permite a sus usuarios mejorar la eficiencia de las transacciones bancarias con solo contar con un medio electrónico y acceso a internet. Esto ha permitido mayor dinamismo en la evolución de un sistema financiero tradicional hacia un sistema más innovador. Sin embargo, el desarrollo de servicios electrónicos bancarios abre un portillo muy grande a los delitos cibernéticos, especialmente el *phishing*, catalogado como uno de los fraudes electrónicos más reincidentes en Costa Rica. A su vez, el banco como ente que desarrolla una actividad mercantil lícita, pero que genera cierta peligrosidad, es el que afronta la responsabilidad civil objetiva, considerando que esta prescinde de los elementos de dolo y culpa, dado que el riesgo y el daño son los únicos componentes que se le imputan. No obstante, el banco puede romper el nexo de causalidad siempre y cuando demuestre una causa eximente, como culpa de la víctima, hecho de tercero o fuerza mayor.

Palabras clave

Phishing, responsabilidad civil objetiva, banco, daño, riesgo.

Abstract

Internet banking is a technology tool that allows its users to improve the efficiency of bank transactions simply by having an electronic medium and access to the internet. This has allowed greater dynamism in the evolution from a traditional financial system to a more innovative system. However, the development of electronic banking services has opened a very large gate to cybercrime, especially phishing, ranked as one of the most recurrent electronic frauds in Costa Rica. In turn, the bank as the entity that carries out a licit commercial activity, but that generates a certain danger, is the one that faces objective civil liability, considering

1 La autora es abogada, incorporada al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.
Correo electrónico: kari.espinoza873@gmail.com

that this avoids the elements of fraud and guilt, given that the risk and damage are the only components attributed to it. However, the bank can break the causal link as long as it shows an exonerating cause, such as the victim's fault, third party act or force majeure.

Keywords

Phishing, Objective civil liability, damage, risk, bank.

Introducción

El uso de la tecnología posibilita mejorar el servicio al cliente y la eficiencia de las transacciones bancarias gracias a la existencia del internet, el cual ha generado gran impacto en el sector bancario. Un ejemplo de esto es la banca electrónica. No obstante, esta trae consigo consecuencias negativas que colisionan directamente con el patrimonio de los usuarios, como los fraudes informáticos. Costa Rica no se exime de la ciberdelincuencia y esto se ve reflejado en los 55 296 costarricenses que han sido víctimas de las estafas por internet en el período comprendido entre 2014 y 2018 (Instituto Nacional de Estadística y Censos de Costa Rica, INEC, 2019). En relación con lo anterior, uno de los fraudes que ha generado mayor conmoción es el *phishing*, el cual consiste en adquirir información confidencial de terceros, como las contraseñas, pines, información personal, números de tarjeta, ya sea de crédito o débito, entre otros datos, con el propósito de sustraer dinero o bien realizar otros fines fraudulentos (López, 2010).

La actividad bancaria electrónica cada vez tiene más auge en la sociedad; sin embargo, si un cliente llegase a experimentar un perjuicio a causa de un fraude electrónico como el *phishing*, ¿hasta dónde llegaría la responsabilidad civil del banco en resarcir ese daño? En el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica, se establece que el comerciante debe responder a los daños que le cause a su consumidor, independientemente de la culpa. No obstante, son eximentes de dicha responsabilidad aquellos que demuestren la ajenidad al hecho, es decir, cuando estrictamente se trate de una situación de fuerza mayor, hecho de tercero o culpa de la víctima.

Dicho de otra manera, el uso de la banca electrónica brinda una serie de ventajas para los usuarios, no obstante, también abre un portillo muy grande a los delitos cibernéticos. En consecuencia, las personas no son conscientes de los riesgos a los que se exponen sus cuentas bancarias y sus tarjetas cuando las utilizan en línea, de modo que las convierten en una carnada perfecta para aquellos estafadores inmersos en el mundo del *phishing*. El hecho de que los daños se presenten al azar no significa que las entidades bancarias deban asumir

completamente la responsabilidad civil, puesto que los límites y alcances los definen la jurisprudencia, normativa y la doctrina.

De un sistema bancario tradicional a un sistema bancario electrónico

El sistema financiero es uno de los ejes principales que coadyuvan con el movimiento sinérgico de la economía estatal, de los cuales uno de los impulsos más robustos es la banca. Azofeifa (2019) explica que “los bancos, en general, son instituciones que se constituyen de acuerdo con reglas específicas y trabajan con recursos financieros. Para lograr esto, captan y resguardan depósitos hechos por los individuos y las empresas” (p. 9). Asimismo, Dueñas (2008) define que “el Sistema Financiero (llamado también Sector Financiero) es el conjunto de instituciones que, previamente autorizadas por el Estado, están encargadas de captar, administrar e invertir el dinero tanto de personas naturales como de personas jurídicas (nacionales o extranjeras)” (unidad uno, párr.1). Ello permite una gran dinamización en la economía.

Entendiendo lo anterior, con el auge tecnológico, las entidades bancarias han aprendido a tener resiliencia. Los avances tecnológicos incluso les han permitido expandir sus productos y servicios, cuyo fin es automatizar los trámites y convertirlos en una tarea fácil para sus usuarios. Algunos de los cambios que se han introducido en la banca son las tecnologías de información y comunicación (TIC)², dado que generan un mejor control en su organización interna, específicamente en los sistemas de administración y operación. Sin embargo, tales modificaciones también posibilitan que las entidades bancarias extiendan su gama servicios, como las transacciones electrónicas. Por esa razón, los servicios bancarios que se desarrollaban de manera tradicional fueron sustituidos por medios digitales, lo cual dio paso a la banca electrónica (HSICCR, 2007).

Gran parte de esta transición se ha producido por el desarrollo del comercio electrónico, también conocido como *e-commerce*, el cual ha venido sufriendo una serie de cambios tecnológicos, de tal manera que ahora las plataformas digitales son el punto de reunión para comerciar. A causa de su crecimiento desenfrenado, se han descubierto nuevos nichos de mercado, en los que se les permite a las empresas ofrecer sus productos y servicios en plataformas digitales. Así lo señala Segura (2012):

2 Duarte (2007), con base en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y en comentario del autor Daccach, define que las TIC son aquellas tecnologías que digitalizan y transforman la información, mediante la informática y programas que permitan almacenar, proteger y modificar dicha información. Por ejemplo, el uso de los computadores para la selección y registro de datos.

con el comercio electrónico se ha dado paso a operaciones que ocurren en un espacio virtual, es decir, en el e-commerce las negociaciones se realizan de manera electrónica, sin ningún tipo de presencia corporal del comprador o del vendedor, al momento de llevar a cabo la transacción. (pp. 12-13)

Por otra parte, el llamado *internet banking* se ha convertido en uno de los principales canales de distribución financiera dentro del *e-commerce*. Larrán y de los Reyes (2007) comentan que “la incorporación de Internet a la actividad bancaria ha supuesto una revolución en la prestación de servicios bancarios, pudiendo llegar a alterar la ventaja competitiva tradicional basada en la existencia de una amplia red de oficinas” (p. 147). Incluso, los autores Egaña y Almandoz (s. f.) hablan de un giro en el negocio financiero. Sobre este, aseveran que

se está pasando del negocio meramente financiero, en el que la gestión, de riesgos y capitales, era el núcleo de la actividad, a un tipo de negocio, basado en la información, en el que la capacidad de los sistemas y procesos de información son esenciales. (p. 188)

A su vez, Costa Rica no es la excepción al progreso que han originado los medios digitales en el sistema financiero, como por ejemplo el Sistema Nacional de Pagos Electrónicos, SINPE. Con este, por medio de sistemas electrónicos, se permite la circulación de dinero y transferencias entre las distintas entidades financieras y sus usuarios. El servicio más destacado es el SINPE Móvil, en el cual dichas transacciones se pueden realizar desde un teléfono celular. A la luz lo anterior, la aceptación de los costarricenses de los sistemas electrónicos ha marcado un antes y un después en el tiempo, ya que, para el año 2018, se efectuaron 9602 transacciones por cada mil habitantes. Ello indica que hubo un incremento del 10 % en comparación con el 2017. Además, a nivel general, se observa que las transacciones se duplicaron entre los años 2010 y 2018, lo que demuestra un crecimiento paulatino en cuanto el uso de estas herramientas (Banco Central de Costa Rica, BCCR, 2019).

Debido a la fuerza con que la tecnología y el internet se han incorporado en el sistema financiero nacional, la Superintendencia General de Entidades Financieras de Costa Rica (SUGEF) se vio obligada a mitigar los riesgos operativos propios de las entidades bancarias, a las cuales supervisa con la creación del Reglamento sobre Gestión del Riesgo Operativo, en 2016. Los riesgos operativos se refieren a la probabilidad de generar pérdidas económicas, ya sea por el recurso humano, los procesos, los sistemas internos, o bien por alguna causa externa. Por

ello, el reglamento viene a controlar, supervisar y mejorar continuamente los riesgos que podrían amenazar tanto a la organización misma como a sus clientes (SUGEF, 2016).

***Phishing* como una modalidad de fraude informático**

Como lo evidencia Sánchez (s. f.), “el internet se ha convertido en el espacio ideal para la ciberdelincuencia, puesto que les ofrece fácil acceso, poco o ningún control gubernamental, anonimato, rápido flujo de información, altísimo impacto, escaso riesgo, barato e indetectable” (p. 86). Se debe agregar que, debido al alto desarrollo y explotación que se les ha dado a las tecnologías de información automatizadas, se ha incrementado la actividad fraudulenta dentro de este entorno. Además, “la fusión de tecnologías comunicacionales en formas cada vez más poderosas expone a tipos más solapados e inteligentes de fraude y engaño” (Gabaldón, 2006, p. 197).

Ahora bien, el fraude electrónico se inscribe dentro del fenómeno de los delitos informáticos y es uno de los más difíciles de prevenir o detectar debido a las artimañas y trampas que han ocasionado los mismos defraudadores (Gabaldón, 2006). A su vez, López (2019) explica que, pese a las grandes ventajas y el aprovechamiento que ofrecen el internet y la informática, no todo tiene carácter positivo, debido a que algunas personas se aprovechan de estas herramientas y las utilizan en beneficio propio y en perjuicio de otros, de modo que dan lugar a los delitos informáticos.

Ciertamente, Costa Rica no es un país libre de la ciberdelincuencia. Al contrario, se ha evidenciado un incremento paulatino con el pasar de los años, según lo demuestra el INEC (2018), a partir de la Encuesta Nacional de Hogares en función de los siguientes datos:

El robo o estafa de dinero por internet pasó de 2 896 casos en el 2010 a 16 128 en el 2014 y creció vertiginosamente en los últimos 4 años con 55 296 casos reportados, siendo los hogares de mayores ingresos los más afectados con el 5,2 %. (párr. 3)

Asimismo, esta institución (2018) sostiene que la estafa por internet es uno de los delitos que más acrecentamiento ha presentado, lo cual confirma que los hogares son los han sido más atacados porque no toman las previsiones necesarias para mitigarlos. Precisamente, el *phishing* sobresale como una de las técnicas delictivas más utilizadas para cometer fraude informático. El origen de la palabra *phishing* proviene de la voz inglesa *fishing*, traducida al

español como la acción de “pescar”, por lo que el *phisher* es aquella persona que realiza el engaño cuyo fin es que las posibles víctimas muerdan su carnada (López, 2019).

Aunado a lo anterior, este tipo de fraude se originó en los años noventa cuando un grupo de *hackers*, que usaban técnicas de ingeniería social³, se hacían pasar por empleados de una compañía llamada AOL⁴ para robar información personal de sus clientes y apropiarse de las cuentas de dicha empresa. Fue entonces para 1996 cuando se utilizó por primera vez el término *phishing* con el fin de aludir a este tipo de fraudes (Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, SANDETEL, 2017). Igualmente, Leguizamón y Mollar (s. f.) apoyan la explicación que realiza la entidad Anti-Phishing Working Group (APWG):

Los ataques de phishing recurren a formas de ingeniería social y subterfugios técnicos para robar los datos de identificación personal de consumidores y las credenciales de cuentas financieras. Los ardides de ingeniería social se basan en correos electrónicos engañosos que conducen a los consumidores a sitios web falsos diseñados para estafar a los destinatarios para que divulguen datos financieros tales como números de tarjetas de crédito, nombres de usuario de cuentas, contraseñas y números de la seguridad social. Apropiándose de nombres comerciales de bancos, distribuidores y compañías de tarjetas de crédito, los phishers a menudo convencen a los destinatarios para que respondan. (p. 11)

Criterios de imputación: responsabilidad subjetiva y objetiva civil

De manera general, la responsabilidad civil es la obligación de resarcir los daños causados a un individuo. En cuanto a esto, Orrego (2022) comenta lo siguiente: “La acción u omisión culpable o dolosa de un individuo, causa un daño, ocasiona una lesión que ha sufrido el patrimonio del acreedor o de la víctima, que debe ser reparada, y ello se alcanza mediante la indemnización” (p. 4). También, el mismo autor, comentando a Kelsen, afirma que “desde un punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona” (p. 2). En efecto, se origina la obligación de compensar a raíz de un hecho que va

3 Flores (2017), en comentario de Sánchez, explica lo siguiente: “la ingeniería social, se refiere a todas las actividades tendientes a obtener la confianza de la víctima, en las que se entrega una serie de razones plausibles o incentivos idóneos en orden a que el receptor se forme la convicción de que el mensaje es verdadero y, por ende, entregue sin reservas sus datos” (p. 8).

4 Compañía que brindaba servicios de internet y medios en New York, Estados Unidos.

en contra del ordenamiento jurídico, independientemente de si existe una relación contractual o extracontractual.

Para dar un criterio de imputación a la responsabilidad contractual y extracontractual, primero se deben analizar dos grandes vertientes: la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. Aunque estos conceptos no se encuentran explícitamente en la legislación, la doctrina y jurisprudencia se han encargado de darles su propia clasificación para comprender mejor el contexto de cada situación que implique responsabilidad civil. Hecha esta salvedad, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2019) ha pronunciado lo siguiente:

(...) esta responsabilidad se divide en subjetiva y objetiva, de acuerdo con el criterio de imputación que se utiliza en cada caso: en el primero, la voluntad del obligado, quien actúa en forma culpable; en el segundo, criterios objetivos tales como el riesgo, expresamente establecidos por la ley. Desde esa óptica, en la subjetiva, se requiere la concurrencia, y consecuente demostración del daño, el dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso y la relación de causalidad entre la conducta que lo produce y el menoscabo, mientras la objetiva se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de los elementos subjetivos de imputación, siendo suficiente -en tesis de principio- se demuestre el daño y la relación de causalidad para atribuir responsabilidad a los sujetos quienes objetivamente deben responder. (Considerando V)

En la responsabilidad subjetiva, es indispensable que el criterio de imputación de culpabilidad esté presente. Salas (2010) concuerda en que “es preciso que, si se ha producido un daño, éste pueda ser imputable a un sujeto o agente productor, ya sea por dolo o por culpa” (p. 26). De igual forma, Fernández (2017) expresa lo siguiente: “En este sistema de responsabilidad la característica principal es la conducta, siendo la culpa del autor de la conducta la determinante para la imputabilidad de la responsabilidad” (p. 176). Por esa razón, es importante discernir qué tipo de responsabilidad se le debe imputar al sujeto que se haya involucrado en el daño partiendo de su comportamiento.

De la misma manera, ha de entenderse que el dolo es el acto que se realiza de forma voluntaria y consciente, el cual implica una conducta antijurídica y que, contrariamente, excluye las buenas costumbres y el principio de buena fe. En cambio, la culpa se refiere a aquel acto realizado sin malicia del individuo “que pudiendo y debiendo evitarlo, no lo previó por

negligencia o imprudencia inexcusables” (Calatayud, 2015, p. 53). Así como se mencionó anteriormente, la responsabilidad subjetiva responde por los daños que se hayan realizado a partir de los elementos de dolo y culpa, los cuales se encuentran alineados al Código Civil de Costa Rica en los artículos comprendidos entre el 701 y el 708.

En lo que concierne a la responsabilidad objetiva, se desprenden los elementos de dolo o culpa, sin embargo, los hechos dañosos provocados en demerito de una persona deben ser respondidos por la contraparte, por derivarse de una actividad legal pero peligrosa. Incluso la misma doctrina también la llama la responsabilidad del riesgo. Al estar relacionada con el riesgo, la responsabilidad objetiva viene a resarcir los daños de las víctimas provocados por la industrialización, es decir, la utilización de maquinaria o simplemente de los problemas que surgen de actividades comerciales, ya que, en estos casos, los individuos quedan desprotegidos de la justicia y de un trato igualitario (Salas, 2010).

Lo expuesto anteriormente se esclarece en los ordinales 1047 y 1048 del Código Civil de Costa Rica, en los que se estipula el resarcimiento de daños en diferentes supuestos o circunstancias, como la responsabilidad que tienen los jefes de colegios y escuelas, padres de familia y encargados frente a los daños que cometan los menores de edad bajo su vigilancia; así como los casos de cualquier actividad de índole industrial y comercial. De manera análoga, Calatayud (2018) menciona que el individuo queda totalmente obligado a probar o justificar sus acciones de diligencia, es decir, de haber hecho lo posible por minimizar los percances y, así, exonerarse de la responsabilidad que se le amerita ante terceras personas afectadas.

Precisamente, Lubomira (2015) afirma que “la actividad desarrollada por el actor está sujeta a la responsabilidad sin culpa, este sujeto será responsable del daño resultante de dicha actividad, incluso si no fuera culpable, es decir, independientemente del grado de diligencia ejercida” (pp. 18-19). Asimismo, Torrealba (2011) expone que “se considera que quién obtiene beneficios de una actividad lícita pero riesgosa, debe asumir por su propia cuenta los daños que dicha actividad provoque en perjuicio de terceros” (p. 106). Además, resulta oportuno mencionar que el numeral 1045 del Código Civil ha establecido que todo aquel que ocasione un daño a otro, ya sea por dolo, falta, negligencia o imprudencia, debe asumir la responsabilidad de lo cometido y reparar los perjuicios que le haya ocasionado. Entonces, independientemente de cómo acontecieran los hechos dañosos que generan algún menoscabo, por razón de alguien, se deben resarcir los agravios en los que se ha incurrido.

Factores inherentes a la responsabilidad objetiva

Es conveniente enfatizar algunos factores inherentes atribuidos a la responsabilidad objetiva, a partir del criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y de la doctrina, como se describen a continuación:

a) Teoría del riesgo creado. Comprende toda aquella situación que presente riesgos externos no controlables, aun siendo una actividad económica legal, en la que el riesgo creado reemplaza la culpa como una atribución de responsabilidad objetiva (Torrealba, 2011). Por su parte, la jurisprudencia también avala que el riesgo creado sustituye los elementos de culpa y antijuridicidad, donde se pone en marcha una actividad peligrosa, de labores lícitas, pero se compone de fuentes que emanan riesgo y amenazas a terceros (Corte Suprema de Justicia, 1999).

b) Garantía de la víctima. La garantía implica la seguridad de que el damnificado sea efectivamente indemnizado, en caso de suceder un evento que comprenda un perjuicio para su persona o para sus bienes (Torrealba, 2011). Considerando lo que la Sala Primera ha manifestado, se les atribuye una obligación de garantía a aquellos que hayan experimentado un menoscabo por causas intrínsecas como el comportamiento del garante o el de sus subordinados, incluso el de un tercero ajeno. A pesar de no tener culpa, el vendedor asumirá la responsabilidad. En este supuesto, deberá demostrar haber tomado las diligencias necesarias para que tal posibilidad no hubiera sobrevenido (Corte Suprema de Justicia, 2008a).

c) Incumplimiento de la obligación de información. Este factor alude a que la parte profesional tiene la obligación de informar a su contraparte sobre las implicaciones necesarias del contrato antes de su perfeccionamiento y durante su ejecución (Torrealba, 2011). La obligación de información se trata no solo de un deber, sino de un derecho fundamental descrito en el artículo 46 de la Constitución Política, según el cual los consumidores tienen el derecho de recibir la información adecuada y veraz de lo que contratan (Corte Suprema de Justicia, 2009a).

Alcances de la responsabilidad civil objetiva frente a los derechos del consumidor bancario

La génesis del derecho del consumidor se encuentra en el artículo 46 de la Constitución Política de Costa Rica, por cuanto esta ampara el derecho de protección de la salud, el ambiente, la seguridad y, por supuesto, los intereses económicos del consumidor, con el fin de que se le brinde la información suficiente y completa, así como un trato equitativo. Por ello, el Estado asume el compromiso de propulsar la defensa de estos derechos a través de leyes especiales. Considerando esto, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva

del Consumidor No. 7472 regula, mediante su artículo 35, las injusticias y desigualdades que debe enfrentar un consumidor ante los desequilibrios y faltas de un mercado competitivo. Dicho artículo dispone lo siguiente:

El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño (...)

Por esa razón, se constituye la responsabilidad civil objetiva de los comerciantes frente a los consumidores. En este caso, los fabricantes o productores, en su actuar, presentan un carácter objetivo y solo pueden eximirse de las consecuencias si demuestran ser ajenos de ese hecho dañoso. Además, se debe entender que los daños provienen de los productos o servicios que contengan un defecto y tal responsabilidad recae en la persona que ha creado el riesgo, es decir, el fabricante, quien se encarga de ejercer control y calidad sobre lo que pone a disposición del público, y se encuentra en una mejor posición frente a los consumidores (García, 2011).

Ahora bien, enfatizando el tema central de esta investigación, en lo que concierne al consumidor de servicios bancarios, se aplica sin excepción el artículo 35 antes citado. Lo anterior se deriva de que el banco actúa como sujeto de derecho privado en el ejercicio comercial y también como una empresa pública al ofrecer productos y servicios. Aunado a esto, se requiere que las partes constituyan una relación comercial, en la que el banco pone a disposición bienes o servicios para que el potencial consumidor los adquiera, disfrute y utilice. Por tanto, si su cliente sufre un agravio en su patrimonio, quien debe responder civilmente es la entidad financiera (Corte Suprema de Justicia, 2010).

Por su parte, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI (2009) ha establecido una serie de reglas o lineamientos que comprenden todos los factores relacionados con la responsabilidad objetiva, los cuales se aplican de la siguiente forma: 1) que no es necesario demostrar la culpa o dolo del autor sino la imputación del daño; 2) que se presente un comportamiento lesivo u omisivo, ya sea de forma pasiva o activa sobre los derechos fundamentales del cliente; 3) que se produzca un daño de un bien jurídicamente tutelado, es decir, la defensa y protección del consumidor, quien es la parte más débil de la relación comercial; 4)

que exista un nexo causal entre la conducta y el daño; 5) que el nexo solo pueda romperse si la parte, a la cual se le atribuye el daño, evidencia alguna causa eximente en relación con los artículos 35 y 71 de la Ley No. 7472, y 6) que la carga de la prueba le corresponda al comerciante, en lo que se refiere a probar la ajenidad del daño, pues el consumidor se figura como la parte más frágil de la relación comercial.

También la Corte Suprema de Justicia (2011a) ha pronunciado que el factor predominante en la responsabilidad civil objetiva es el riesgo. Entonces, lo que se le imputa al banco no es la sustracción o el hurto de dinero ejecutada por un tercero, quien perjudica directamente el patrimonio de un individuo, sino la mera existencia de un peligro o riesgo. Incluso dicha imputación aplica indiferentemente de los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual en los que se encuentren las partes (Corte Suprema de Justicia, 2013a).

Lo expuesto hasta este punto rectifica el pensar de esta dependencia a través de la línea del tiempo, reiterando y manifestando su postura con respecto a los elementos inherentes a esta responsabilidad. Asimismo, destaca la existencia de tres elementos primordiales y fundamentales, aparte de los ya citados, con el fin de subrayar que, si alguno faltare, no se estaría bajo el supuesto de responsabilidad objetiva civil: “a) el empleo de cosas que conllevan peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño” (Corte Suprema de Justicia 2018a, Considerando IV), toda vez que se prescinda siempre del criterio de culpa y dolo como un criterio de imputación, y más bien se apunte a las tres primeras.

Casos y criterios jurisprudenciales de la responsabilidad objetiva del banco frente al *phishing*

Debido al desarrollo de los delitos informáticos, especialmente el *phishing*, con el pasar del tiempo los juzgadores han fortalecido su postura y discernimiento al momento de afrontar los procesos en sedes judiciales, mediante la realización de valoraciones casuísticas, basándose en los hechos y probanzas de las partes para determinar la relación entre el daño que se reclama y el comportamiento del demandado (Corte Suprema de Justicia, 2009b), tal como muestra el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI (2010), cuando este le ordenó al Banco Nacional de Costa Rica que le restituyera al actor la suma de \$27 804.06, la cual había sido sustraída por un tercero de su cuenta corriente. El actor exhibe que, al haber lagunas sobre las regulaciones dirigidas expresamente al servicio de *internet banking*, se deben aplicar, de forma análoga, los numerales 617, 628 y 629 del Código de Comercio⁵. También

5 En síntesis, tales artículos hacen referencia al depósito de dinero en la constitución del contrato de cuenta corriente y la realización de giros por medio de cheques.

señala que, sin la “identidad virtual” del consumidor, es decir, sus credenciales personales y clave, el usuario no puede ingresar al servicio de la plataforma. Entonces, dichos giros bancarios eximen al banco de esa responsabilidad porque su infraestructura les impide el acceso a terceras personas que no sean el titular de la cuenta. No obstante, el mismo Tribunal aclara, puntualmente, que para cualquier servicio financiero y bancario es de absoluta aplicación la normativa de la Ley No. 7472. Primero, porque determina que una transferencia electrónica no es lo mismo que un giro en cheque; segundo, porque señala que “las normas que refieren a la tipología contractual del vínculo no desmejora ni elimina que se trate de una relación de consumo” (Considerando IV). Por ende, se debe entender que las cuentas electrónicas se consideran un servicio adicional inmerso al contrato de cuenta corriente⁶.

Asimismo, la entidad no acreditó que los sistemas de seguridad hayan funcionado correctamente. Esto se plasma en los informes técnicos presentados por el demandado, en los que se muestra que las transacciones fueron localizadas desde Venezuela y Suecia. En consecuencia, se concluye que dichos movimientos no fueron realizados por el demandante que se encontraba en Costa Rica, por lo que el Banco Nacional no pudo demostrar la culpa de la víctima como una causa eximente. En efecto, el Tribunal, basándose en el criterio de la Sala Primera, estima que las medidas de seguridad de los bancos deben ser sólidas ante los ataques cibernéticos que produzcan daños a sus clientes:

Al fin y al cabo, los bancos, sin que el demandado sea la excepción, custodian y administran, entre otros, un bien ajeno; y no cualquier bien, sino fondos del público. Así las cosas, no solo responde por la fortaleza de sus sistemas internos, sino también por la seguridad de quien, para llegar allí, utiliza los únicos canales posibles que el propio Banco conoce y reconoce como riesgosos. Y responde no en cuanto ajenos, sino en la medida en que constituye el medio del que se prevalece, directamente, para la prestación del servicio. Tal y como lo preceptúa el numeral 35 de la Ley de Protección al Consumidor, ha habido un perjudicado en razón del servicio, que al ser utilizado (y en vista de su carácter riesgoso) produjo una lesión importante a quien figura en el proceso como parte actora. (Considerando X)

6 El Tribunal Contencioso Administrativo (2017), Sección IV, mantiene el mismo sentir en una de sus resoluciones, la resolución N°. 00054-2017, así como la Corte Suprema de Justicia (2013b) en la resolución N°. 02-2013.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia (2011b) muestra que el actor demanda al Banco Nacional de Costa Rica por la sustracción de ₡4 000 000, y que el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección IV, falla a favor del actor. El banco, mediante recurso de casación, manifiesta que no lleva razón atribuirle tal condenatoria, ya que la actora no demostró efectivamente el daño, pues es a ella a quien se le atribuye exclusivamente ese deber probatorio. Además, los sistemas del banco nunca fueron vulnerados, sino más bien se evidencia que las transacciones fueron realizadas por la compareciente, porque la utilización del *internet banking* es de uso personal y exclusivo del usuario. De esta manera, es imposible acceder a la plataforma sin las credenciales personales. Por ende, concluye que la plataforma nunca fue vulnerada según los informes técnicos adjuntados.

Sin embargo, esta Corte considera que no se presentaron los suficientes recursos probatorios para demostrar que los daños fueron por culpa de la víctima o alguna otra causa eximente. Además, reitera que la carga de la prueba se le atribuye a quien tenga una mejor posición y los medios para justificarlo, dicho en otras palabras, al banco mismo. Seguidamente, rectifica que es ineludible el deber que tienen las entidades financieras en garantizar la seguridad de las transacciones que efectúan sus clientes, sea en una ventanilla o por cualquier otro mecanismo, más aún cuando la actividad bancaria por sí sola genera un alto nivel de riesgo, lo cual se refleja específicamente en el *internet banking*. Entonces, resulta necesario reforzar la seguridad tanto para sus actividades y labores internas como para los cuentahabientes, lo cual, finalmente, llegó a declarar sin lugar el fallo recurrido. En este sentido, es importante recalcar una parte de su criterio:

El medio para acceder a la plataforma del banco no se trata, por ende, de un foco ajeno de riesgo, sino de un instrumento consustancial al servicio que presta; si se quiere, forma parte intrínseca de la actividad, que, si bien es accesoria a la que realiza el intermediario, resulta imprescindible. De allí que los mecanismos de garantía al cliente -usuario-, deben darse no solo dentro de los muros informáticos del propio Banco, sino también en el camino de acceso a él, como parte del servicio. (...) En este sentido, la responsabilidad se imputa como consecuencia del riesgo creado y la inseguridad que presenta el sistema. (Considerando III)⁷

⁷ La Corte Suprema de Justicia (2017a) mantiene el mismo criterio en su sentencia No. 00460-2017.

En otro caso similar, sobreviene el Banco de Costa Rica ante la Corte Suprema de Justicia (2017b) mediante recurso de casación, al discrepar de lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I. Aquel justifica que la negligencia de la víctima se dio en un contexto de responsabilidad contractual con base en los numerales 701 y 702 del Código Civil. Consecuentemente, alega que no se consideró el numeral 613 del Código de Comercio⁸ ni el 60 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional⁹. A su vez, en reiteradas ocasiones, tal entidad bancaria comunicó, en distintas formas, la existencia de fraudes cibernéticos y cómo evitar ser una víctima más.

En contraste, la posición de la Corte sopesa que los argumentos del Banco de Costa Rica son inválidos, primero porque la actividad mercantil de los bancos estatales se rige por legislación de derecho privado y esto no los excluye de la responsabilidad objetiva atribuida en la Ley No. 7472. Así pues, enfatiza que esta discrimina los regímenes de contractualidad y extracontractualidad. También examina que esta responsabilidad es de un tipo distinto, pues el criterio de imputación no es la culpa, de modo que, independientemente de la constitución del contrato celebrado entre el banco y su cliente, resulta indiscutible que medien pautas bajo la luz de otra normativa aplicable con el fin de que la entidad se libere de su obligación, cuando esta dependencia lo ha ratificado en diversas ocasiones¹⁰.

Como segundo punto, la Corte analiza que las campañas y la información difundidas dentro de la comunidad no son de peso, al no comprobar fehacientemente que las advertencias de *phishing* y sobre los peligros de navegar en *internet banking* se hayan brindado oportuna y directamente a cada uno de sus usuarios. Asimismo, el banco es quien tiene mayor conocimiento de los distintos modos de fraude en línea. Entonces, debe garantizar tranquilidad y seguridad en las transacciones de los cuentahabientes, lo cual conlleva, finalmente, a declarar sin lugar el recurso. Respecto a lo anterior, la Corte respalda su decisión en la siguiente valoración:

El hecho de que los clientes puedan ser objeto de engaño al momento de acceder a ese portal digital ofrecido por la entidad bancaria, es parte del riesgo que esta debe asumir. Por tal motivo, una información directa y adecuada al

8 Artículo 613: “La apertura de una cuenta corriente es facultativa de los Bancos, para lo cual podrán establecer las condiciones que estimen necesarias”.

9 En síntesis, el artículo 60 les otorga a los bancos las captaciones de dinero y depósitos bajo el criterio de sus propios reglamentos internos y las disposiciones de las leyes comunes.

10 Al respecto se puede consultar la Resolución 300-2009 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2009a).

cliente contribuye a disminuir ese riesgo. Estima esta Cámara, si bien el banco demandado acreditó haber emitido campañas publicitarias en distintos medios de comunicación alertando a la población sobre alertas de fraude, así como incluir avisos en su propia página web sobre el tema, no demostró haber informado y explicado directamente a la actora, como era su deber hacerlo, sobre tales peligros y específicamente sobre la modalidad de fraude empleada en el caso concreto. Fue, precisamente, esa omisión informativa por parte del BCR la que influyó en el acaecimiento del detrimento patrimonial endilgado. (Considerando III)

Precedentemente, la Corte mantenía una posición muy distinta en relación con el criterio citado previamente. En 2016, de manera sorpresiva, le reconoció al Banco de Costa Rica las campañas publicitarias y las advertencias sobre los riesgos de brindar información sensible a terceros en sitios no confiables, pues estimó los diferentes medios difundidos como suficientes y razonables para mitigar el riesgo en la banca electrónica. De acuerdo con ello, avaló la culpa de la víctima por cuanto esta suministró claves e información personal en una página falsa, muy similar a la del banco, lo cual permitió que sustrajeran las sumas de ₡1 118 172.00 y \$1 295.55 de su cuenta bancaria. De esta forma, la Corte le dio la razón a la entidad financiera y declaró con lugar la sentencia recurrida dictada en primera instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección I (Corte Suprema de Justicia, 2016a)¹¹. No obstante, prevalece el criterio más reciente.

Ahora bien, con respecto al contrato electrónico, acontece el caso de la Corte Suprema de Justicia (2013b) que declara sin lugar el recurso de casación recurrido por el demandado Banco de Costa Rica. Esto se debe a que el banco argumenta que el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, trasgrede el numeral 60 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, puesto que fue la misma entidad la que decretó el Reglamento de Servicios de Banca Electrónica, el cual le concede establecer términos y condiciones como parte del proceso de afiliación de sus clientes, antes de que hagan uso del servicio. Sin embargo, la Corte argumenta taxativamente que la única manera de excluir la responsabilidad objetiva es cuando los hechos probados están inmersos en el numeral 60 de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica¹². Por último, expone que

11 Años atrás la Corte Suprema de Justicia (2014) en su Resolución No. 686-2014 mantuvo la misma posición.

12 La Corte Suprema de Justicia (2018) mantiene el mismo criterio en una de sus más recientes sentencias No. 00658-2018.

no resulta admisible pretender que un Reglamento interno del Banco (cuyo objeto es regular el servicio ofrecido al público, no el régimen de responsabilidad aplicable) configure una presunción que tenga por efecto variar el deber probatorio que vincula a las partes, ya que sería ir en contra de la norma legal correspondiente.

Causas eximentes de la responsabilidad objetiva y la carga de la prueba

En esta sección es importante destacar el numeral 71 de la Ley No. 7472, el cual determina lo siguiente: “Para lo imprevisto en esta Ley, regirá, supletoriamente, la Ley General de la Administración Pública”. Dicho esto, la actividad comercial de un banco público se remite al numeral 190 de la LGAP, el cual establece que “la Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero”. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia ha enmarcado la aplicación de estas eximentes de responsabilidad objetiva cuando se han presentado situaciones de sustracción de dinero por medio de la técnica del *phishing*¹³.

Entonces, se instaure la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de tercero como los principales justificantes que liberan a una entidad financiera de la indemnización de carácter objetivo. El primero se refiere a un hecho inevitable e impredecible de la naturaleza y del exterior (Corte Suprema de Justicia, 2016b). El segundo se determina cuando la víctima del agravio haya actuado con falta de cuidado o negligencia. El tercero resalta al individuo o al tercero que provoca un daño, pero de manera totalmente independiente al comportamiento del demandado (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, 2008).

Si bien es cierto que en la normativa del Código Civil en relación con los eximentes de responsabilidad civil contractual y extracontractual se resalta el caso fortuito, cuando se trata de responsabilidad civil en sector de consumo, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia (2008b) ha declarado que esta causa de justificación no es aplicable, pues esta no genera ningún reproche en relación con su actividad comercial. Luego, cuando se hace referencia a las relaciones de consumo, el criterio de la Sala Primera ha determinado que el comerciante debe tomar la responsabilidad en la que incurra su consumidor si este es perjudicado por

13 En general, sobre la apreciación de los criterios que se exponen en adelante, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Tribunal Contencioso Administrativo han defendido y sostenido la misma postura en diferentes sentencias con respecto a la reversión de la carga de la prueba, de manera que protegen a la parte más endeble de la relación comercial, el consumidor.

causa del bien o servicio que adquirió, indistintamente de si hay presencia de culpa sobre la información inexacta o insuficiente comunicada a sus clientes en cuanto a la utilización y los riesgos que el producto o servicio puede generar. No obstante, solo se puede liberar de la responsabilidad objetiva si demuestra que el daño fue ajeno, por lo que la entidad bancaria tiene la carga probatoria en demostrar la ajenidad al hecho dañoso (Corte Suprema de Justicia, 2017b).

En concordancia con lo anterior, la misma Corte ha reiterado que, en cuanto *onus probandi*, le corresponde a quien esté en las mejores condiciones para acreditar sus probanzas en el proceso, es decir, el banco. Sin embargo, esto no excluye a la víctima del deber probatorio en su totalidad, pues le corresponde demostrar el daño y el nexo de causalidad. En cambio, le confiere al denunciado evidenciar alguna de las causas eximentes de responsabilidad, de modo que indique si el daño es ajeno de su alcance, ya sea el hecho de tercero, la fuerza mayor o culpa de la víctima (Corte Suprema de Justicia, 2009b). Para ejemplificar, se refiere el criterio del Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI (2009):

El Sistema de Internet Banking, está bajo el control del Banco Nacional, como cualquiera de sus servicios, es decir, cuenta con una infraestructura informática que, si controla, como controla sus propias oficinas, el acceso a éstas, los sistemas de seguridad, cámaras de circuito cerrado, guardias de seguridad etc. Por lo tanto, el banco demandado, tenía a su disposición los medios para detectar y probar que el actor fue artífice de su propio daño, a diferencia del propio accionante, que efectivamente no cuenta con los medios apropiados para demostrar que él no tuvo responsabilidad en los hechos acontecidos. (Considerando VII)

Con respecto al nexo de causalidad, este alude a la estrecha relación preexistente entre el daño o lesión de un bien jurídico y la conducta lesiva del sujeto, en vista de que así lo ha dictado la jurisprudencia. El demandante debe enfocarse en mostrar a los tribunales no la culpa que se le atribuye al banco, sino la prueba fehaciente del perjuicio a su patrimonio y el nexo causal como se reiteró antes. Enseguida, el juzgador valorará los hechos bajo el criterio de la sana crítica para determinar tal relación. De la misma manera, es importante recalcar que las causas eximentes actúan directamente sobre el nexo, para que finalmente se descarte o no la conducta del demandado creador de una lesión (Corte Suprema de Justicia, 2017c).

En contraste, la posición del banco es sumamente criticada, pues el deber probatorio no se trata de un callejón sin salida o que dicha responsabilidad se aplica de forma instantánea.

Lo anterior se debe a que resultan impescindibles sus probanzas para determinar si se le imputa o no el daño, además, de ser el sujeto que se encuentra en una mejor posición para recabar la prueba y atestiguar las causas de justificación. Así lo ha pronunciado en diversas oportunidades la Corte Suprema de Justicia (2016c): “(...) cualquier actividad es dable a encontrar distintos grados de riesgo, los cuales han de ser administrados por aquel sujeto quien se beneficia de esta, circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete” (Considerando V).

En particular, sobresale el caso de la Corte Suprema de Justicia (2009c) en el que el órgano decisor concluyó que hubo culpa de la víctima por la falta de cuidado, debido a que la accionante suministró, parcialmente, sus datos personales a un correo falso con el mismo aspecto de la plataforma del BCR. En consecuencia, se dio la sustracción de \$23 750.00 y ₡840 000.00. Finalmente, la Corte expresó que

la utilización de un servicio altamente tecnológico hace suponer cierto grado de conocimiento y precaución. Así como nadie concebiría entregar las llaves de su casa a un extraño, de igual forma, el sentido correcto de las cosas impone al cliente bancario cierto grado de prudencia en el manejo de la clave de acceso al sistema de “internet banking”; esto resulta más evidente al considerar que se trata de la llave de entrada que permite el ingreso a las cuentas en que se encuentran depositados sus recursos. (Considerando VI)

Antes bien, esta resolución fue influida por el reconocimiento y la determinación de campañas publicitarias de la entidad bancaria como una forma de mitigar el riesgo frente a sus clientes. Con todo, dicho criterio fue cambiado en el 2017, como se discutió en el subtema anterior.

Conclusiones

En definitiva, el *phishing* es el acto de perjudicar el patrimonio de terceros por medio de la ingeniería social, el cual se ha convertido en uno de los fraudes electrónicos más reincidentes en los últimos años. Dicho de otra manera, esos terceros de mala fe navegan en el océano del internet buscando personas a quienes pescar, personas inocentes que caigan en sus redes desfalgadas y muerdan el anzuelo del engaño. A su vez, las entidades financieras buscan diversos mecanismos para mitigar el impacto de los ataques cibernéticos; sin embargo, en ocasiones, esto no parece ser suficiente, pues los timadores descubren y perfeccionan nuevas maneras de estafar en la web.

Asimismo, el Tribunal Contencioso Administrativo y el sustento de la Corte Suprema de Justicia han mantenido la misma línea de pensamiento con el pasar de los años, por cuanto atribuyen responsabilidad objetiva a los bancos con justificación en la teoría del riesgo vinculada al artículo 35 de la Ley No.7472 y todo lo que la norma implica. Tal criterio incluye el deber de cuidado y la seguridad que deben brindar las entidades financieras en los servicios que ponen a disposición del público, en lo que ejemplifica, a partir de situaciones reales, los factores inherentes a la responsabilidad objetiva, tales como el riesgo, el peligro, el deber de garantía y de información.

Finalmente, se muestra que la carga de la prueba en el régimen de responsabilidad objetiva se revierte, con el fin de que la entidad financiera sea quien asuma los acervos probatorios. Tal entidad, al contar con una estructura robusta, recursos y experiencia, de los cuales ostenta, tiene la capacidad de prevenir y mermar los riesgos a los que están expuestas las personas que utilizan sus servicios, por medio de mecanismos que garanticen un resguardo del patrimonio de sus consumidores. Claro está, debe realizarlo sin apartar las causas eximentes que despojan al banco sobre el resarcimiento del daño, como la culpa de la víctima, el hecho de tercero y la fuerza mayor, siempre y cuando se evidencie con probanzas claras irrefutables e irrefutables.

Referencias

- Anti-Phishing Working Group. (s. f.). <https://apwg.org/>
- Asamblea Constituyente. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1964). *Código de Comercio*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=6239
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1978). *Ley General de la Administración Pública de Costa Rica*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=13231
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1995). *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica*. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1995). *Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional de Costa Rica*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=40928
- Azofeifa, A. (2019). Evolución de la banca en Costa Rica: una breve descripción de sus orígenes hasta la actualidad. *Revista Nacional de Administración*, 10(1), 7-28. <https://revistas.uned.ac.cr/index.php/rna/article/view/2466/3134>
- Banco Central de Costa Rica. (2019). *Sistema nacional de pagos estadísticas 2018*. <https://activos.bccr.fi.cr/sitios/bccr/sistemadepagos/DocEstadisticas/Informe-Estadisticas-Sistema-de-Pago-2018.pdf>

- Calatayud, V. (2018). *Curso de obligaciones*. Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología.
- Calatayud, V. (2015). *Las obligaciones civiles*. Litografía Morales.
- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. (1885). *Código Civil*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (1999). *Sala Primera. Resolución 00376 - 1999*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-147369>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2008a). *Sala Primera. Resolución 00212 - 2008*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-412982>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2008b). *Sala Primera. Resolución 0467-2008*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-429238>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2009a). *Sala Primera. Resolución 00094 - 2009*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-429725>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2009b). *Sala Primera. Resolución 00300-2009*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-442609>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2009c). *Sala Primera. Resolución 00516-2009*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-765047>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2010). *Sala Primera. Resolución 01251- 2010*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-766214>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2011a). *Sala Primera. Resolución 00335-2011*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-765958>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2011b). *Sala Primera. Resolución 01383-2011*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-766847>

- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2013a). *Sala Primera. Resolución 01584-2013*.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-593527>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2013b). *Sala Primera. Resolución 02-2013*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-767997>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2013c). *Sala Primera. Resolución 1584-2013*.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-593527>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2014). *Sala Primera. Resolución 00686-2014*.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-768694>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2016a). *Sala Primera. Resolución 01329-2016*.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-695281>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2016b). *Sala Primera. Resolución 00182-2016*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-770162>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2016c). *Sala Primera. Resolución 00783-2016*.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-690241>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2017a). *Sala Primera. Resolución 00460-2017*.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-950915>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2017b). *Sala Primera. Resolución 01289-2017*.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-749474>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2017c). *Sala Primera. Resolución 00460-2017*.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-950915>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2018a). *Sala Primera. Resolución 00167-2018*.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-849127>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2018b). *Sala Primera. Resolución 00658-2018*.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-898783>

- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2019). *Sala Primera. Resolución 00378 - 2019*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-934001>
- Duarte, E. (2007). Las tecnologías de información y comunicación (TIC) desde una perspectiva social. *Revista Electrónica Educare*, 12, (número extraordinario), 155-162. <https://www.redalyc.org/pdf/1941/194114584020.pdf>
- Dueñas, R. (2007). *Introducción al sistema financiero y bancario*. <https://crear.poligran.edu.co/publ/00008/SFB.pdf>
- Egaña, J. y Almandoz, A. (s. f.). *La integración y desarrollo de la banca electrónica en las entidades financieras: experiencias prácticas*. <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/congresos/14/14187195.pdf>
- Fernández, A. (2017). *La responsabilidad civil subjetiva*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4488/10.pdf>
- Flores, C. (2017). *El phishing como comportamiento penalmente relevante*. http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-4000/UCC4478_01.pdf
- Gabaldón, L. (2006). Fraude electrónico y cultura corporativa. *Revista Electrónica Educare*, 13(2), 145-153. <https://www.redalyc.org/pdf/3476/347632169004.pdf>
- García, M. (2011). *La responsabilidad civil objetiva del artículo 35 de la Ley 7472 en la jurisprudencia de casación penal* [Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <http://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/La-responsabilidad-civil-objetiva-del-articulo-35-de-la-ley-7472-en-la-jurisprudencia.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. INEC. (2018). Crece el robo y las estafas de dinero por internet. <http://www.inec.go.cr/noticia/crece-el-robo-y-las-estafas-de-dinero-por-internet>

- Larrán, J. y De los Reyes, M. (2007). La banca por internet como innovación tecnológica en el sector bancario. *Revista Electrónica Educare*, 13, (2), 145-153. <https://www.redalyc.org/pdf/2741/274120280008.pdf>
- Leguizamón, M. y Mollar, M. (s. f.). *El phishing* [Trabajo Final de Grado en Criminología, Universitat Jaume I]. http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/127507/TFG_Leguizam%C3%B3n_Mayra.pdf?sequence=1
- López, J. (2019). *Métodos y técnicas de detección temprana de casos de phishing*. <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/89225/6/jlopezsanchez012TFM-0119memoria.pdf>
- Lubomira, M. (2015). *El riesgo y la responsabilidad objetiva*. <http://dugi-doc.udg.edu:8080/bitstream/handle/10256/11812/tmlk1de1.pdf?sequence=5>
- Orrego, A. (2020). *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad extracontractual en particular: delitos y cuasidelitos civiles*. <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>
- Orrego, J. A. (2022). *Responsabilidad extracontractual*. <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>
- Salas, D. (2010). *Responsabilidad civil bancaria frente al cliente por delitos informáticos* [Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Tesis-Daniela-Salas.pdf>
- Sánchez, G. (s. f.). Delitos en internet: clases de fraudes y estafas y las medidas para prevenirlos. *Boletín de Información*, 324, 67-88. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4198948>

- Segura, J. (2012). *La fiscalidad del comercio electrónico en Costa Rica* [Tesis de Licenciatura en Derecho]. Universidad de Costa Rica. <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/10/La-Fiscalidad-del-Comercio-Electr%C3%B3nico-en-Costa-Rica.pdf>
- Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones. (2017). *Informe de divulgación Phishing*. <https://www.seguridad.andaluciaesdigital.es/documents/410971/1437699/phising+2017/01950ce7-731f-48a6-821a-79388e571bff>
- Superintendencia General de Entidades Financieras. SUGEF. (2016). *Acuerdo SUGEF 18-16 Reglamento sobre Gestión del Riesgo Operativo*. [https://www.sugef.fi.cr/normativa/normativa_vigente/SUGEF%2018-16%20\(v4%20Agosto%202016\).pdf](https://www.sugef.fi.cr/normativa/normativa_vigente/SUGEF%2018-16%20(v4%20Agosto%202016).pdf)
- Torrealba, F. (2011). *Responsabilidad civil*. Editorial Juricentro.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, del Segundo Circuito Judicial de San José. (2008). *Resolución 00802*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-460208>
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, del Segundo Circuito Judicial de San José. (2017). *Resolución 00054*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-712845>
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, del Segundo Circuito Judicial de San José. (2009). *Resolución 01112*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-460224>
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, del Segundo Circuito Judicial de San José. (2010). *Resolución 03699*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-491643>
- Universidad de Costa Rica. (2007). *Programa Sociedad de la Información y del Conocimiento. PROSIC-UCR. E - banca en Costa Rica*. <http://www.prosic.ucr.ac.cr/sites/default/files/recursos/cap10.pdf>

La regulación de la sociedad de hecho familiar: una necesidad latente en la legislación de familia de Costa Rica

*Regulation of the de facto family partnership:
A latent need in the family legislation of Costa Rica*

Jorge A. Pérez Artavia¹

Resumen

La legislación de familia regula la unión de hecho regular para aquellas parejas que cumplen con una serie de requisitos para desplegar los efectos personales y patrimoniales propios del matrimonio. No obstante, es imperativo de ley que el reconocimiento se plantee dentro de los dos años siguientes a la ruptura de la convivencia, pues, de no ser así, la acción caduca. Además, en aquellas relaciones en las que una de las partes se encuentra impedida de contraer nupcias, se considera irregular, por lo que, al ser una figura atípica, no puede ejercer el reconocimiento judicial. Ante estos dos escenarios, y en resguardo del principio constitucional de justicia pronta, cumplida, y sin denegación, la jurisdicción de familia ha acudido a la analogía de la sociedad de hecho contemplada en el Código Civil, para reconocer la sociedad de hecho de carácter familiar como un mecanismo precautorio del posible enriquecimiento sin causa que se pudiese generar a partir de la improcedencia e ineficacia del reconocimiento judicial. Empero, al no existir norma expresa que regule este tipo de sociedades, existe divergencia de criterios en cuanto a sus alcances, competencias y aplicabilidad.

Palabras clave

Matrimonio, unión de hecho, reconocimiento judicial, efectos patrimoniales, caducidad, enriquecimiento, sociedad de hecho familiar.

Abstract

Family legislation contemplates the figure of the regular de facto union for those couples who comply with a series of essential requirements to display the personal and patrimonial effects of marriage. However, it is imperative by law that the recognition be exercised within the two years following the rupture of the coexistence, because, if not, the action will

1 El autor es estudiante de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), optante al grado de Licenciatura en Derecho. Correo electrónico: jpereza503@ulacit.ed.cr

expire. Likewise, for those relationships in which one of the parties is prevented from contracting marriage, it will be considered irregular, so, being an atypical figure, it will not be able to exercise judicial recognition. Given this, in protection of the constitutional principle of prompt justice, fulfilled, and without denial, the family jurisdiction has resorted to the analogy of the de facto partnership contemplated in the Civil Law, to recognize the de facto partnership of a family nature as a mitigation mechanism of the possible enrichment without cause that could be generated from the ineffectiveness of judicial recognition, however, as there is no express rule that regulates it, there is a divergence of criteria regarding its applicability.

Keywords

Marriage, marriage in fact, judicial recognition, patrimonial effects, expiration, unjust enrichment, facto family partnership.

Introducción

El artículo 245² del Código de Familia de Costa Rica (Asamblea Legislativa, 1974) regula la unión de hecho para aquellas relaciones en las cuales las personas convivientes con aptitud legal, que han convivido de manera pública, notoria, única y estable, durante más de dos años, puedan ejercer la acción del reconocimiento judicial. Esta figura resulta de utilidad pues, una vez reconocida judicialmente, surte todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio. No obstante, para que esto suceda, es imperativo del artículo 246 que la solicitud sea planteada dentro de los dos años siguientes a la ruptura de la convivencia, o bien, de la muerte del causante. En caso de no plantearse dentro del plazo antedicho, la acción de solicitar la declaratoria de la unión caduca.

He aquí el meollo del estudio que ahora se inicia, por cuanto, una vez declarada la caducidad, o bien, la improcedencia de la demanda por la inaptitud legal para contraer matrimonio de uno de los convivientes, la parte peticionaria sufre un menoscabo patrimonial del que, por años, invirtió: vida en común, cooperación, mutuo auxilio, aporte de capital y trabajo para alcanzar los objetivos comunes. Esto último propicia un posible enriquecimiento sin causa para una de las partes.

Desde esta panorámica, no es posible obviar la unión de hecho irregular, la cual se declaró de carácter inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de

2 Código de Familia, artículo 245.- La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de dos años, entre dos personas que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente.

Costa Rica (1999). En su momento, esta figura facultaba a los convivientes impedidos de contraer matrimonio —por existir un vínculo anterior— a materializar y resguardar sus derechos patrimoniales. Actualmente, no existe una figura jurídica legalmente reconocida que regule tales uniones.

En este escenario, no podría la persona afectada acudir al sistema de justicia, por cuanto, no existe regulación positiva que respalde su reclamación, lo que evidencia, una posible violación al canon 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, el cual dispone: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes” (Asamblea Constituyente de la República de Costa Rica, 1949).

Por otra parte, por mandato del citado artículo 41, constitucional, y del ordinal 12³ del Código Civil de la República de Costa Rica (Congreso Constitucional de la República, 1885), jurisprudencialmente se optó, para hacer frente a estas uniones irregulares, por introducir la figura de la “sociedad de hecho familiar”, por la aplicación de las reglas de analogía del artículo 1198⁴ del Código Civil.

De ahí que, negarle todo efecto a la relación que interesa, además de concebirse injusto, evidencia el desconocimiento de la realidad que viven las personas en Costa Rica; es decir, la convivencia de dos individuos que lo único que los une o los unió fue la afectividad recíproca, pero sin la merecida protección del ordenamiento jurídico. ¿Lo anterior constituye fundamento suficiente para que, en atención del valor justicia que inspira el ordenamiento jurídico, se regule la sociedad de hecho familiar?

Tal como se indicó, no parece concebible que, por la ineptitud legal para contraer matrimonio de uno de los convivientes y, el instituto de la caducidad, una de las partes se enriquezca injustamente con bienes adquiridos a título oneroso y de mutuo auxilio, durante la convivencia. Precisamente, la sociedad de hecho de carácter familiar ha tomado relevancia, pues,

3 Código Civil, artículo 12.- Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie identidad de razón, salvo cuando alguna norma prohíba esa aplicación.

4 Código Civil, artículo 1198.- Si se formare de hecho una sociedad sin convenio que le dé existencia legal, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes; salvo que se trate de sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto, a las cuales se aplicará lo dispuesto por el Código Penal.

a pesar de ser una figura atípica, ello no implica que no exista o que no deba ser tutelada por el sistema de justicia. En ese sentido, los Tribunales de Justicia han reiterado su postura en cuanto a esta temática. Muestra de ello es la resolución del Tribunal de Familia del Poder Judicial de la República de Costa Rica (2008), en la que declaró lo siguiente:

Son innumerables las figuras, institutos, contratos, que, no contando con una regulación legislativa expresa, en razón de ser una realidad social han sido reconocidos por la jurisprudencia de nuestros tribunales y se ha procedido a darle solución a los conflictos que con su ocasión se suscitan, ello al amparo de la hermenéutica y de la obligación de resolver toda pretensión que se somete a su conocimiento. (Considerando IV)

En numerosas ocasiones, la atipicidad de una figura —socialmente desarrollada—, no implica su inoperatividad. En ese sentido, es común que este tipo de institutos sean desarrolladas por los Tribunales de Justicia comunes, en resguardo del derecho constitucional de obtener una justicia pronta, cumplida, y sin denegación.

La unión de hecho

La denominación del instituto jurídico, comúnmente conocida como unión de hecho, ha variado en el tiempo, y es así como han existido diversas designaciones, a saber: concubinato, familia ilegítima, familia de hecho, unión libre, entre otros. Sobre este particular, López (2008) define esta figura como el “estado entre dos personas que hacen vida marital sin estar casados” (p. 182).

Por su parte, López del Carril, 2012, como se citó en Céspedes (2012), define la unión libre como “la comunicación o trato que tienen un hombre y una mujer que habitan y viven juntos, como si fueran marido y esposa, siendo ambos solteros y estando libres de todo impedimento legal para contraer matrimonio entre ellos” (p. 31).

En la actualidad, ambas conceptualizaciones no son correctas, pues, de la lectura integral de la norma⁵ que le define —reformada en su momento—, no se hace distinción en el género de los convivientes. Dando continuidad a esta serie de definiciones, Trejos (2007) describe a este instituto de la siguiente manera:

5 Código de Familia, artículo 245.

La unión de hecho o unión libre es una forma de relaciones extramatrimoniales. En su base hay siempre una relación de hecho, pero falta siempre un vínculo jurídico. El punto común de todas estas relaciones es existir de hecho, sin haber sido, en sus orígenes, jurídicamente fundadas. Sin embargo, la unión de hecho pese a ser una situación informal, no es en sentido estricto, una situación ajurídica. A tal estado de hecho la ley y la jurisprudencia le asignan determinados efectos jurídicos. (p. 397)

En ese sentido, la Constitución Política establece un principio de protección a la familia en su artículo 51⁶, este precepto tutela a la familia como un elemento natural y fundamento de la sociedad. De esta manera, el Estado le ha otorgado una protección especial, y ha reconocido la importancia de la vida en familia como eje fundamental de la sociedad; por lo tanto, existe un deber social y moral de resguardarla.

Hay que tener presente que, al existir un elemento natural en la composición de la convivencia, los formalismos no son lo más importante, por cuanto, la existencia de la familia no implica necesariamente la presencia de vínculos jurídicos como sucede en el matrimonio. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2012) ha reiterado en sus distintas resoluciones que, en la sociedad costarricense, por medio de prácticas reiteradas y adaptadas a un entorno social cambiante, se han generado figuras como la sociedad de hecho familiar que, a lo largo del tiempo, han propiciado las personas cuyos vínculos sociales y afectivos no se materializan jurídicamente desde el inicio de la relación, sino que, cumplidos los requerimientos normativos, se plasman en los efectos deseados.

Ahora bien, en referencia al artículo 51 constitucional citado anteriormente, Hernández (1998) da una definición al término “familia” desde una óptica amplia e irrestricta, contemplando, además, otras formas de relaciones sentimentales, distintas al matrimonio:

El concepto de familia tutelado por esta norma es amplio y no restrictivo, ya que el mismo incluye tanto a la familia unida por un vínculo formal —el matrimonio— como aquella otra en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales, es decir uniones de hecho, estables. La familia de hecho encuentra, entonces, pleno fundamento en esta norma constitucional. (p. 190)

6 Constitución Política, artículo 51.- La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente, tendrán derecho a esa protección la madre, el niño y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad.

Al efecto, no sería admisible que se imponga como única forma para constituir una familia, la matrimonial, pues, como lo ha expuesto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1998): “el Estado no puede en forma alguna impedirlo u obstaculizar, de modo irrazonable el matrimonio de las personas y, por otra, que no es posible que se imponga como única forma de constitución de una familia, la matrimonial” (p. 192).

En Costa Rica, la Ley N.º 7532 (Asamblea Legislativa, 1995) adicionó al Código de Familia el Título VII compuesto de un único capítulo tendiente a regular las uniones de hecho. Este capítulo comprendía los artículos 229 al 233, no obstante, las actuales reformas corrieron su numeración, por lo que en la actualidad se uniforman en los artículos 245 hasta 248. Así entonces, la unión de hecho se encuentra definida en el numeral 245 de dicho cuerpo normativo, cuyo precepto dispone, en lo que interesa, que los efectos jurídicos de la convivencia de hecho son eficaces si y solo si se da conjunta, visible, pública y estable, sin interrupciones, que no sea esporádica u ocasional —como sucede en el noviazgo—, bajo un mismo techo, y cuyo deseo sea compartir vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, y en donde, perduren esas circunstancias por más de dos años, entre dos personas que posean aptitud legal para contraer matrimonio.

Así, de cumplirse los citados presupuestos, la unión surte todos los efectos patrimoniales y personales propios del matrimonio. En esta línea exposición, Trejos (2008) ha considerado lo siguiente:

Para que surta efectos jurídicos entre los convivientes, la unión debe ser pública y notoria, es decir, no puede estar oculta o escondida: la pareja debe hacer vida en común y presentarse así ante amigos, familiares y terceras personas. Adicionalmente “la unión ha de ser única: ninguno de los convivientes puede mantener otra relación paralela. Si tal cosa ocurriera, la unión de hecho no produce efectos patrimoniales”. Debe, además, ser estable, o sea, ininterrumpida, y esa estabilidad debe prolongarse durante al menos dos años. (pp. 403-404)

Los efectos jurídicos están restringidos a aquellas uniones que cumplan con los requisitos legales expuestos, toda vez que, como se indicó anteriormente, la Constitución Política protege a la familia como un elemento esencial de la sociedad. De manera que, se le otorga una protección especial del estado; en tanto, no sería lógico discriminar, eximir y reducir los efectos y requisitos legales.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sido un pilar fundamental en la construcción doctrinal de la unión de hecho, ya que puede resultar complejo que, en cuatro artículos —comprendidos en el Código de Familia—, se normen los alcances y limitaciones que se pudiesen generar. Amén de lo anterior, es un voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1994) el que dispuso lo siguiente:

[L]a familia de hecho es una fuente de familia, entendida esta como el conjunto de personas que, vinculadas por la unión estable, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria. Sin embargo, debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de, estabilidad, publicidad, cohabitación, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente, y singularidad. (Considerando V).

Del anterior extracto jurisprudencial, se desprende que, por disposición del antes mencionado artículo 245 del Código de Familia, se pueden enumerar distintos elementos ineludibles para constituir una unión de hecho. De este modo, resulta útil indicar que, a pesar de que este artículo es limitado en sus alcances, la doctrina y la jurisprudencia nacional han desarrollado ampliamente esta temática. Al respecto, se citan y explican los elementos antes dichos:

- (a) La relación ha de ser **notoria**. Los convivientes exhiben y exponen la relación ante terceros. La pareja debe presentarse como una unión conyugal, con esto permite distinguirla de las relaciones puramente ocasionales, pasajeras y esporádicas. González y Gutiérrez (1997) establecen que: “El reconocimiento social de los convivientes como esposa y esposo es esencial tanto en el aspecto interno como externo de la relación; o sea, deben considerarse como tales en la intimidad y demostrar esa condición a terceros” (p. 34).
- (b) La relación ha de ser **única**. Los convivientes no pueden mantener otra u otras relaciones. Sobre esto, Céspedes (2012) explica que: “en caso de infidelidad, esto no implica un menoscabo al reconocimiento de la convivencia, sino que se aplica lo dispuesto para el matrimonio” (p. 32).

- (c) La relación ha de **permanecer en el tiempo**. Perentoriamente, el Código de Familia en su artículo 245, establece un plazo mínimo de dos años de convivencia. En relación con este particular, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2008) ha explicado que el sentido del legislador al establecer este plazo, fue distinguirla de una relación pasajera, efímera; se pretende restringir lo esporádico que pudiese llegar a ser una relación de meses. Con este tiempo se puede demostrar si, en realidad, la pareja desea formar o no una familia, pues hay noviazgos de muchos años en los que no se cumplen con los supuestos en desarrollo, sin embargo, ello se debe a un deseo propio de la pareja.
- (d) Los convivientes han de **tener libertad de estado**. En ese sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema (1994) expuso lo siguiente: “el ordenamiento jurídico-matrimonial costarricense se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que, para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado” (Considerando III). Por tanto, quien no sea idóneo para contraer matrimonio, no puede de ninguna manera optar por el reconocimiento de la unión de hecho. Un claro ejemplo es el cónyuge que separado judicialmente decide iniciar una relación con otra pareja. En este supuesto, esta persona aqueja de una limitación legal que le impide dotar de efectos jurídicos una eventual unión de hecho.

En síntesis, la unión de hecho regular es una alternativa de convivencia distinta a la del matrimonio, en la que se deben de cumplir ciertas exigencias legales, ya que de ello depende la materialización de los efectos jurídicos deseados por los convivientes.

Ahora bien, anteriormente el Código de Familia contemplaba la figura de la unión de hecho irregular o imperfecta, y la definía como aquella relación de pareja en la que se tenían los mismos requisitos legales para su declaración que la unión de hecho regular —a diferencia de la duración de la convivencia, pues en la regular eran 3 años y la irregular 4 años—, pero en la cual una de las partes tenía un vínculo matrimonial previo; es decir, uno de los dos convivientes estaba impedido de contraer matrimonio por existir un vínculo marital vigente (artículo 246⁷).

7 Código de Familia, artículo 246.- La unión de hecho pública, notoria, estable y única, cuya duración sea mayor de cuatro años, en la cual uno de los convivientes esté impedido para contraer matrimonio por existir un vínculo anterior, tendría los efectos patrimoniales limitados que se estipulan en este artículo, pues los convivientes no tendrán derecho a exigirse alimentos.
De romperse esa unión, los bienes adquiridos durante la convivencia deberán repartirse en partes iguales entre los convivientes. (...).

En esta línea, el 25 de mayo de 1999, la Sala Constitucional declaró de carácter inconstitucional el aludido artículo 246 —adicionado por la ley N.º 7532 de 1995—, el cual facultaba a la pareja conviviente que vivía de forma pública, notoria, estable, única, por cuatro años, pero con la particularidad de que uno de los convivientes estaba impedido de contraer matrimonio por estar casado. Ante este escenario, la persona interesada podía acudir al reconocimiento judicial con el afán de conferir efectos patrimoniales a la convivencia, y distribuir, en partes iguales, los bienes adquiridos a título oneroso durante la relación; con la excepción de que no se podían demandar alimentos. En su momento, la inconstitucionalidad de esta norma se debió a que los magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1999), consideraron que se perdía, a saber:

la razonabilidad de protección a la unión de hecho, al otorgarse a los convivientes una mayor garantía que a los cónyuges, que no pueden constituir la familia si existe un vínculo matrimonial previo. El ordenamiento jurídico-matrimonial costarricense se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que, para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado. Si no tenemos presente este requisito fundamental, al otorgar protección a la convivencia extramatrimonial, estaríamos excediendo el propósito de equipararla a la matrimonial, para pasar a un escenario en que la oponemos a la institución matrimonial. (Considerando II)

Resulta notorio que el voto citado descansa bajo la consigna de que otorgarle efectos patrimoniales a la unión de hecho irregular, como lo hacía el párrafo segundo del artículo 246, actualmente inconstitucional, transgrede el artículo 52⁸ de la Constitución Política, al infringir el régimen jurídico del matrimonio como base esencial de la familia. Por ello, actualmente no existe normativa expresa que regule tal figura. En esta misma resolución, tres de los magistrados —Mora, Arguedas y Calzada— salvaron voto al considerar lo siguiente:

La existencia de ciertos derechos y deberes, sobre todo en cuanto a los hijos y a la repartición del patrimonio producto de uniones públicas, estables y únicas, que carecen del vínculo matrimonial, aún en el supuesto de que una de las partes esté vinculada por un matrimonio anterior, no implica desconocer el

8 Constitución Política, artículo 52.- El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

reconocimiento constitucional del matrimonio como base esencial de la familia, pues no se está colocando en una situación diversa ambas formas de convivencia y de familia, sino que lo que se hace, es regular una situación fáctica, una realidad social innegable, procurando una igualdad entre los miembros de dichas uniones, para que uno de los convivientes no se adueñe arbitrariamente del patrimonio obtenido mediante el esfuerzo común. (Voto salvado)

De tal forma que, si una pareja cohabita a título de única, pública, notoria, y estable, por el plazo legal, habiendo entre ambos cooperación y mutuo auxilio, aun cuando no sea posible legalizar su unión, se podría pensar que se está en presencia de una familia. Por ende, si el artículo 246 —inconstitucional— instituía únicamente aspectos patrimoniales, al dejarse este sin efecto, coloca en una situación de desigualdad a los convivientes de hecho irregular frente a la familia fundada en el matrimonio, o en una sociedad de hecho regular, lo que parece afectar los derechos patrimoniales de estas personas.

Reconocimiento de la unión de hecho

A lo largo de esta investigación, se ha reiterado que es posible equiparar la unión de hecho con el matrimonio —celebrado ante sacerdote católico, juez civil o notario público— en cuanto a los efectos personales y patrimoniales. Empero, esto no es así al momento de su celebración, precisamente porque el matrimonio se perfecciona en su celebración, y es en ese momento que inician los efectos jurídicos. En contraste con lo anterior, por disposición del artículo 246⁹ del Código de Familia, la unión de hecho se perfecciona cuando cualquiera de los convivientes o sus herederos, solicitan el reconocimiento judicial; a partir de ese acto, se empiezan a materializar los efectos jurídicos. En palabras de González y Gutierrez (1997):

los convivientes no pueden someterse por su propia voluntad a cierto régimen durante una época en que la ley no les otorga ese derecho, más aún, la unión como tal no es consecuente de efectos jurídicos. Lo contrario sería reconocer efectos a un vínculo que aún no existe a la vida jurídica, o lo está de manera imperfecta. (p. 271)

9 Código de Familia, artículo 246.- Para los efectos indicados en el artículo anterior, cualquiera de los convivientes o sus herederos podrá solicitar al Tribunal el reconocimiento de la unión de hecho. La acción se tramitará por la vía del proceso abreviado, regulada en el Código Procesal Civil, y caducará en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante.

Ahora bien, de la lectura integral del artículo 246 familiar, se extrae que cualquiera de los convivientes o sus herederos pueden solicitar al Tribunal el reconocimiento de la unión de hecho por la vía del proceso abreviado, regulado en el derogado Código Procesal Civil (Asamblea Legislativa, 1989) —vigente solo en ciertos procesos—, por lo que en dicho acto, la parte interesada deberá demostrar al juez que la convivencia fue pública, notoria, única, estable, durante dos años, entre dos personas con aptitud legal para contraer matrimonio.

Al tenor de lo dispuesto, la unión de hecho reconocida judicialmente, surte los efectos jurídicos del matrimonio. Por consiguiente, se retrotraen a la fecha de inicio de la unión, y se contabiliza hasta el momento en que un juez de la República competente, establezca en sentencia, el reconocimiento. Esto implica, además, que los convivientes no pueden pretender mayores beneficios que los que están estipulados para los cónyuges.

Por otro lado, el nuevo Código Procesal de Familia (Asamblea Legislativa, 2019) que, en principio rige en su integridad a partir del 1 de octubre de 2022, dispone que el trámite del reconocimiento de la unión de hecho se realiza a través del proceso resolutivo familiar, regulado a partir del artículo 222. Las pretensiones que surjan como consecuencia de dicha unión deben presentarse ante la autoridad judicial del último domicilio común de las personas que la constituyen, o del domicilio o residencia habitual del demandado (artículo 345). Es menester señalar que el ordenamiento jurídico no contemplaba un trámite no contencioso, ni establecía la posibilidad de reconocer judicialmente una unión de hecho vigente; sin embargo, recientemente la Ley No 10223 (Asamblea Legislativa, 2022), reformó el artículo 245 del Código de Familia, y eliminó la frase que establecía: “al finalizar por cualquier causa”. Previo a la reforma, dicho artículo instituía que el reconocimiento de la unión se realizaba al finalizar la convivencia por cualquier causa, ya que era en ese ínterin que se podía determinar si la convivencia cumplía a cabalidad con los requisitos legales para reconocer judicialmente la unión, y, con ello, constatar si los bienes habidos en el patrimonio eran gananciales. Parece ser que la esencia de esta reforma es otorgarles a los convivientes la posibilidad de acudir al reconocimiento judicial en cualquier tiempo, y prever que, en un futuro, no surjan conflictos patrimoniales y personales.

En todo caso, si lo que desean los convivientes es adquirir derechos patrimoniales, resulta necesario ratificar lo dicho en el apartado introductorio de esta investigación, dado que todas las personas a las que alude la Constitución Política, les asiste el derecho fundamental de obtener una solución pronta y cumplida a sus conflictos jurídicos; por lo que, ante la ausencia de un procedimiento contemplado para tales efectos, no podría excusarse la persona

juzgadora con base en esta circunstancia, pues tal como lo establecen los artículos 5¹⁰ de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Congreso de la República de Costa Rica, 1937), y 12¹¹ del Código Civil, los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma expresa, de tal suerte que, deben acudir a la analogía de otras figuras jurídicas contemplados en el ordenamiento, y resolver la petición del accionante.

Por último, mediante el artículo 3 —titulado reformas— se incluyen las disposiciones finales de la ley que aprueba el Código Procesal de Familia, misma que reforma el ordinal 246 del Código de Familia. A partir del 1 de octubre del 2022, la numeración de dicho artículo se corre al 243, y el texto normativo contemplará la posibilidad que tiene el conviviente supérstite, por medio de la sucesión del causante, de acudir al reconocimiento judicial de la unión de hecho a hacer valer sus derechos. Además, se introduce la posibilidad de que los convivientes, por mutuo consentimiento, soliciten el reconocimiento de la unión una vez finalizada la relación. Para esto, deben seguir los requisitos y la forma de trámite establecidos en el artículo 48 del Código de Familia, con la salvedad de que en la escritura pública que se otorga, deben plasmarse las declaraciones de, al menos, dos personas que manifiesten sobre la existencia de la unión y del cumplimiento de los requisitos dispuestos en el numeral 245 del mismo cuerpo normativo.

Efectos patrimoniales de la declaratoria de la unión de hecho

Tal como se indicó en este escrito investigativo, la unión de hecho regular es una alternativa de convivencia en la que se deben de cumplir con ciertas exigencias de carácter legal, con motivo de desplegar los efectos patrimoniales propios del matrimonio. Al ser una figura puramente fáctica, es necesario examinar las características que presenta la relación, para de-

10 Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 5.- Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

11 Código Civil, artículo 12.- Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie identidad de razón, salvo cuando alguna norma prohíba esa aplicación.

Código de Familia, artículo 243 (Vigente a partir del 01 de octubre del 2022).- Unión de hecho. Solicitud de reconocimiento. Para los efectos indicados en el artículo anterior, cualquiera de los convivientes o, si se trata de un conviviente fallecido, por medio de su sucesión, podrá solicitar el reconocimiento de esa unión. La acción caducará en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante conviviente. Además, los convivientes, por mutuo consentimiento, podrán solicitar el reconocimiento de la unión una vez finalizada y con el mismo plazo de caducidad, mediante el trámite establecido en el Código Procesal de Familia, para lo cual se deberán seguir los requisitos y la forma de trámite establecidos en el artículo 48 de este Código, pero en la escritura pública que se otorga deberán plasmarse las declaraciones de al menos dos personas que manifiesten sobre la existencia de la unión y los requisitos del artículo anterior.

terminar si se está en presencia de una familia o no, lo que visiblemente le diferencia de una pareja unida en matrimonio. Dado que, en este último caso, se lleva a cabo un acto jurídico solemne; de manera que, desde su celebración, se puede acreditar el estado civil y el nexo familiar que les vincula.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1994), por medio de una resolución de vieja data —aún citada en distintas sentencias judiciales—, ha considerado que los requisitos dispuestos para el reconocimiento de la unión de hecho deben de estar presentes en todas las solicitudes con ocasión de reputar la existencia de una familia fundada a través de una convivencia de hecho. Esta misma Sala se ha pronunciado en el sentido de que existen otros requisitos no esenciales que han sido dispuestos por el legislador, o por entes públicos y privados, tales como la libertad de estado, la fijación precisa de un plazo mínimo, la notoriedad, entre otros, los cuales deben analizarse de acuerdo con su razonabilidad y proporcionalidad (Considerando III). En ese sentido, el Tribunal de Familia del Poder Judicial (2021) fue enfático en establecer lo siguiente:

El reconocimiento de la unión de hecho que se solicita para que con él se produzca algún fin o efecto en particular es susceptible de realizarse en distintas sedes judiciales o en otras dependencias del Estado, según sea el objetivo que se busca con dicho reconocimiento, y en cada caso ha de ponderarse la razonabilidad y proporcionalidad de los requisitos no esenciales de la relación de convivencia. Por su propio dinamismo, no siempre es necesario acudir a la vía judicial ni siempre resulta imperativo acudir ante los Juzgados de Familia. (Considerando III)

A raíz de lo anterior, el planteamiento en el que se formula el escrito inicial de reconocimiento, resulta de especial atención para los solicitantes, puesto que, como se citó en la resolución, el propósito del reconocimiento, y sus efectos, pueden variar según sea lo pretendido. De este modo, la unión de hecho debe reunir —en todos los casos— los cuatro elementos esenciales indicados en el artículo 245 del Código de Familia. Ahora bien, como lo indicó el Tribunal de Familia del Poder Judicial (2021),

según sea el propósito buscado, es posible que se adicionen otros elementos —no esenciales—, siendo esto una prerrogativa del Estado en sus diferentes esferas, siempre que esos requisitos no sean irrazonables o desproporcionales.

Pero debe quedar claro que cuando el efecto que se persigue NO contempla elementos adicionales, NO se debe exigir el cumplimiento de la totalidad de los que establece el artículo 242 del Código de Familia, pues los que no son esenciales fueron establecidos cuando lo que se pretende es la producción de efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa. (Considerando IV)

En sentido estricto, la unión de hecho que se realiza ante un Juzgado de Familia conforme al artículo 245 del Código de Familia —artículo 242 en la citada resolución—, no implica la producción de efectos personales y sociales, sino que, dependiendo de lo que les interese a los convivientes, así será la gestión que deben promover ante el ente público o privado que corresponda. Un claro ejemplo es el aseguramiento de una persona en convivencia de hecho con un asegurado directo. En este caso, por disposición del *Manual de Adscripción y Beneficio Familiar de la Caja Costarricense de Seguro Social* (2014), el asegurado indirecto debe de cumplir con una serie de requisitos¹²—distintos a los regulados en el Código de Familia— indispensables para su aseguramiento. En este supuesto, los efectos deseados por los convivientes son los sociales.

Otro aspecto por considerar es que en Costa Rica no existe un registro de uniones de hecho, por lo tanto, el reconocimiento que se haga ante una entidad pública o privada, únicamente se gestiona para producir un efecto específico e independiente. Jurisprudencialmente, se ha desarrollado la posibilidad que tienen los convivientes de dotar de efectos patrimoniales, personales y sociales, su convivencia. En relación con esto, el Tribunal de Familia del Poder Judicial (2020) estableció los siguientes efectos:

el deber alimentario entre convivientes, derechos hereditarios, derecho al seguro social, derecho al seguro de invalidez, vejez y muerte, derecho a tramitar una adopción conjunta, derecho a gestionar la residencia en el país en caso de

12 Manual de Adscripción y Beneficio Familiar, artículo 21.- De los requisitos para el beneficio familiar al compañero(a).- Además de los requisitos establecidos para la persona asegurada directa en el artículo 19 anterior, corresponde respecto del compañero(a) presentar:

1. Certificación de estado civil de la persona asegurada directa y de su compañera(o) para acreditar la libertad de estado. Convivencia en forma estable por al menos tres años ininterrumpidos.
2. Declaración jurada de dos testigos, preferiblemente, que no tengan relación consanguínea en primer grado con la persona asegurada directa, que puedan dar fe de la convivencia bajo el mismo techo durante el tiempo indicado en la solicitud.
3. Declaración jurada de los convivientes. (...).

que uno de ellos sea extranjero, derecho a abstenerse a declarar en un proceso penal en contra del conviviente, derecho a gestionar bonos de vivienda, derecho a visita íntima cuando alguno de ellos está privado de libertad, pérdida del derecho a recibir alimentos de parte del excónyuge, entre otros. (Considerando III)

Estos ejemplos son algunos de los diversos efectos patrimoniales, personales y sociales que los convivientes de hecho pueden solicitar a las distintas entidades públicas o privadas, a efecto de desplegar los efectos jurídicos que les motivó a entablar la solicitud; siempre haciendo la salvedad de que el pronunciamiento que reconoce la unión de hecho no es extensivo a otros escenarios.

Por otro lado, por disposición del artículo 245 del Código de Familia (#), “el reconocimiento judicial de la unión de hecho surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente”. Sobre esta arista, el artículo 247¹³ del mismo Código, dispone que “se retrotraerán los efectos patrimoniales a la fecha en que se inició esa unión”. Conforme a la normativa citada, si durante la convivencia, la pareja adquirió bienes que pudiesen considerarse como gananciales —según lo dispuesto en el artículo 41¹⁴ de la ley en cuestión— y se da una separación, deben acudir, durante los dos años siguientes a dicho término, al Juzgado de Familia competente para gestionar el reconocimiento de la unión de hecho, y determinar la ganancialidad de bienes con efectos patrimoniales.

Los procesos de reconocimiento judicial de unión de hecho tienen un propósito exclusivamente patrimonial, pues, a diferencia de los procesos de divorcio, no existe la necesidad de desvincular judicialmente la relación de los convivientes, ya que, al constituirse sin formalidades ni solemnidades, tampoco se requieren formalidades ni solemnidades para su disolución. Como bien lo expone el artículo 245 del Código de Familia, en este tipo de procesos, la convivencia de hecho declarada judicialmente “surtirá todos los efectos patrimoniales

13 Código de Familia, artículo 247.- El reconocimiento judicial de la unión de hecho retrotraerá sus efectos patrimoniales a la fecha en que se inició esa unión.

14 Código de Familia, artículo 41.- Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación. Los tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes. (...)

propios del matrimonio formalizado legalmente”; es decir, este reconocimiento lo presenta uno de los convivientes con la finalidad de obtener el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio. De no existir bienes, el único sentido jurídico sería el supuesto desarrollado en el artículo 248 del Código de Familia, seguidamente expuesto.

El citado numeral 248¹⁵ finaliza el título tercero —De la unión de hecho—, estableciendo que, después de reconocida la unión de hecho, el conviviente inocente puede solicitar un monto de pensión alimentaria al conviviente que culmine por acto unilateral injustificado la convivencia. En caso de que el obligado alimentario carezca de recursos propios y suficientes para subsistir, puede ver librada su obligación.

Por último, es pertinente mencionar lo dispuesto por la jurisprudencia nacional en cuanto a las implicaciones existentes cuando uno de los convivientes de hecho fallece: ¿qué sucede? ¿Cuál es la jurisdicción competente en reconocer la unión de hecho si existiesen bienes que se adquirieron dentro de la convivencia? Al respecto, el Tribunal de Familia del Poder Judicial (2010) expone lo siguiente:

En caso de que la unión de hecho finalice por la muerte de alguno de los convivientes, si los bienes se encuentran dentro del patrimonio del causante, y lo que el o la conviviente supérstite pretenden es que se les declare como herederos legítimos del causante, el reconocimiento de la unión de hecho es para que se produzcan fines sucesorios y, en tal virtud, lo procedente es gestionar el reconocimiento ante el Juzgado Civil que conoce el proceso sucesorio. (Considerando III, Tribunal de Familia del Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2010)

15 Artículo 248, Código de Familia.- Después de reconocida la unión, los convivientes podrán solicitarse pensión alimenticia. Cuando la convivencia termine por un acto unilateral injustificado de uno de los convivientes, el otro podrá pedir para sí, una pensión alimenticia a cargo del primero, siempre que carezca de medios propios para subsistir.

En esta tesitura, si fallece uno de los convivientes y se adquirieron bienes gananciales durante la relación que no estén dentro de las excepciones contempladas en el artículo 41¹⁶ del Código de Familia, el conviviente superviviente puede acudir al proceso sucesorio a reconocer la unión de hecho, y a que se le declare heredero de los bienes del causante, juntamente con los demás herederos, si los hubiera. Este sería el proceso correcto conforme a la jurisprudencia citada, ergo, además de expedito, le permite a la persona gestionante, evitar acudir a dos procesos judiciales distintos, entendiéndolo engorroso y costoso —económicamente hablando— que pudiese llegar a ser.

La caducidad de la acción declaratoria de unión de hecho

La caducidad, doctrinariamente conocida como decadencia del derecho, es un instituto jurídico comúnmente confundido con la prescripción negativa, pues, a primera vista, los efectos jurídicos son similares. Sin embargo, Calatayud (2019) expone que la “la prescripción y la caducidad de los derechos son instituciones diferentes, tanto por la oportunidad, como por la forma en que deben hacer valer” (p. 359). En consecuencia, este destacado civilista define el instituto de la caducidad de la siguiente manera: “La caducidad es la pérdida de una facultad -de un derecho o de una acción- resultante de la expiración de un término extintivo concedido por la ley o convenido por los interesados para el ejercicio de ese derecho, de esa acción o de esa facultad” (pp. 359-360).

Por su parte, Pérez (1994) afirma que para que pueda hablarse de caducidad “es preciso que con anterioridad se haya producido un determinado efecto jurídico, es preciso que haya surgido una determinada situación jurídica de posibilidad axiológica, cuya falta de ejercicio en una forma determinada produzca su extinción” (p. 203). En esta línea, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2009) apuntó:

16 Código de Familia, artículo 41.- (...) Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de este corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte o por actos que amenacen burlarlo. Únicamente, no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación:

- 1) Los que fueran introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria.
- 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales.
- 3) Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio.
- 4) Los muebles o inmuebles que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges.
- 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

Se permite renunciar en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá hacerse en escritura pública, a las ventajas de la distribución final.

Tradicionalmente se ha entendido la caducidad como un medio de extinción del derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por ley, el cual opera automáticamente, por lo que como la caducidad es declarable de oficio. (...) La caducidad limita en el tiempo el derecho de acceso a la jurisdicción en aras de la seguridad jurídica atendiendo al interés de que ciertos derechos sean ejercidos específicamente en un término breve. Debido a su naturaleza pública, se trata de un término rígido que tiene eficacia extintiva por lo que no puede ser objeto de suspensión, interrupción o renuncia, so pena de que el derecho, o la acción, se extinga de modo irrevocable. (Considerando V)

La caducidad estriba en la extinción o pérdida de un derecho, que de no llegarse a ejecutar en razón de la inercia o inacción del sujeto activo, dentro del lapso predispuesto por la norma, tendrá como efecto su extinción. Dicho de otra manera, en este instituto, existe la necesidad de que el sujeto activo ejercite el derecho —cual sea el derecho que tenga como sanción su caducidad— dentro de un periodo determinado por la norma que le regula, y en cuyo caso, si no se ejercita dentro del plazo perentorio de ley, tiene como consecuencia jurídica la extinción del derecho, como se citó en Calatayud (2019), expone que la caducidad:

emana de un acto jurídico, un contrato o la ley; fija de antemano el tiempo durante el cual un derecho puede ejercerse útilmente; se atiende solamente al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término fijado; opera de manera directa y automática; el plazo de caducidad debe tomarse en cuenta por el juez de oficio; el efecto extintivo es radical y automático. (pp. 360-361)

En lo concerniente al instituto jurídico de la prescripción negativa, como se citó en Calatayud (2019), explica, de manera sucinta, que la prescripción negativa —doctrinariamente denominada como prescripción extintiva o liberatoria— se distingue de la caducidad por las razones seguidamente detalladas:

emana siempre de la ley; da por extinguido un derecho supuestamente abandonado por su titular, al no haber sido ejercido; se toma en consideración la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, la inactividad o negligencia real o supuesta del titular; extingue las acciones y derechos a través de una excepción; será apreciada por el juez solamente a instancia de parte; y se admiten causas de suspensión y de interrupción. (p. 361)

En esta línea, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2009) estableció que la prescripción negativa opera cuando se cumplen con tres aspectos elementales, siendo estos: “el transcurso del tiempo previsto por la ley, la falta de ejercicio por parte del titular del derecho y la voluntad del favorecido por la prescripción de hacerla valer ya sea a través de una acción o de una excepción” (Considerando IV). En ese sentido, la prescripción negativa no puede declararse de oficio por el juez; además, es posible su renuncia tácita o expresa, pero, por disposición del artículo 850 del Código Civil¹⁷, no es posible renunciar anticipadamente. Aunado a lo anterior, este instituto busca prescindir de las situaciones de incerteza jurídica producidas por el transcurso del tiempo, y la postergación indefinida que ejerce el sujeto activo en las relaciones jurídicas. De ahí que, la caducidad y la prescripción sean institutos jurídicos relativamente semejantes, puesto que, por el trascurso del tiempo, se pierde la facultad de exigir el cumplimiento de un derecho. Empero, preliminarmente se denotó que, lejos de esa similitud, son dos institutos indubitablemente distintos en su aplicabilidad y efectos.

En otro orden de ideas, a lo largo de este escrito se ha reiterado que se deben de cumplir con una serie de supuestos y exigencias imprescindibles para que la convivencia de hecho surta los efectos patrimoniales propios del matrimonio. Uno de estos requisitos versa en el plazo perentorio de ley para solicitar el reconocimiento de la convivencia, el cual es dentro de los dos años siguientes a la terminación de la convivencia. De no hacerse en este plazo, se caduca el derecho al gestionante. Normativamente, dicha caducidad se encuentra regulada en el artículo 246 del Código de Familia, el cual establece que dicho reconocimiento “se tramitará por la vía del proceso abreviado, regulada en el Código Procesal Civil, y caducará en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante”.

Tal parece que el propósito del legislador al establecer un plazo de caducidad de dos años —computados a partir de la finalización de la convivencia—, es otorgar seguridad jurídica respecto a la patrimonialidad de bienes habidos —a título oneroso— en una relación de hecho, y establecer una rigurosa sanción de caducidad bajo el escenario de que la demanda se presente extemporáneamente. Esto último implica, preliminarmente, la inviabilidad de su pretensión, y, por consiguiente, la imposibilidad de incoar otro proceso judicial con la misma finalidad. No obstante, como se observa más adelante, este tema ha sido abordado por los Tribunales de Familia, debido a que la sanción pareciera ser gravosa e injusta.

17 Código Civil, artículo 850.- La prescripción no puede renunciarse anticipadamente, pero se puede renunciar la cumplida.

A pesar de lo severo e injusto que pudiese percibirse la sanción de caducidad, lo cierto es que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2011) —cuya jurisprudencia es vinculante *erga omnes*—, analizó en dos ocasiones la constitucionalidad de la norma y dispuso que el referido plazo de caducidad no resulta contrario a los principios y normas constitucionales. Además, el establecimiento de un plazo de caducidad para hacer efectivo el respectivo reconocimiento de la unión no es contrario al principio de igualdad (Considerando IV).

En estos términos, quien interponga una demanda fuera del plazo debe comprender que su pretensión es improcedente. Si esto se detecta desde el inicio, la autoridad judicial, oficiosamente, debe rechazar de plano la demanda; si la parte actora afirma que la fecha de finalización se produjo en una fecha determinada, y existe oposición de la parte demandada, lo procedente es dar curso a la demanda y determinar fehacientemente la fecha de inicio y terminación de dicha unión.

La sociedad de hecho familiar

En Costa Rica, no existe una figura legalmente reconocida que normalice la unión de hecho irregular. Asimismo, no se ha promulgado una norma que solucione el enriquecimiento sin causa que se genera a partir de la declaratoria de caducidad del reconocimiento judicial de unión de hecho, para uno de los convivientes. Ante esto, la jurisdicción de familia ha acudido a la analogía de la sociedad de hecho contemplada en el artículo 1198¹⁸ del Código Civil, para tutelar la sociedad de hecho familiar como una forma de mitigar y otorgar seguridad jurídica a las convivencias irregulares o caducas. Este artículo 1198 protege a las sociedades que se han formado sin convenio legal que establezca su existencia; de tal suerte que, cada socio de hecho tiene la facultad de pedir la liquidación de sus aportes, con excepción de las sociedades que son nulas por lo ilícito de su causa u objeto, en cuyo caso, no nacen a la vida jurídica (Artículo 1198). A partir de esto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2007), al referirse a la sociedad de hecho familiar estableció que:

el negarle todo efecto a la relación que interesa, además de injusto, significa desconocer una realidad no extraña en nuestro entorno, cual es la convivencia de dos personas que lo único que los une o los unió fueron lazos afectivos, sin

18 Código Civil, artículo 1198.- Si se formare de hecho una sociedad sin convenio que le dé existencia legal, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes; salvo que se trate de sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto, a las cuales se aplicará lo dispuesto por el Código Penal.

protección por parte del ordenamiento jurídico. Lo anterior, constituye fundamento suficiente para, en atención del valor justicia que inspira el ordenamiento jurídico, disponer la liquidación de los bienes adquiridos y producidos durante la relación. Atendiendo a lo expuesto, se puede brindar una respuesta a la situación planteada, recurriendo “mutatis mutandis”, a las regulaciones dadas por la ley a instituciones similares. Así las cosas, el mero hecho de la convivencia, por más estable, prolongada, notoria y pública que haya sido, no puede por sí misma, generar los efectos patrimoniales pretendidos. De ahí que, debemos recurrir a una figura similar en aras de no causar indefensión y desprotección a la parte. (Considerando IV)

No es posible obviar lo dispuesto en el voto No 3858-1999 de la Sala Constitucional, el cual impide aplicar las regulaciones del matrimonio. Así pues, la sociedad aludida en el voto citado debe entenderse desde la óptica de una sociedad de hecho familiar, en razón de que esta última tiene como fundamento la convivencia y el mutuo auxilio entre una pareja que los une, o los unió, lazos afectivos sin amparo del ordenamiento jurídico: ya sea por la inexistencia de libertad de estado de uno de los convivientes, o bien, por la ineficacia jurídica de la unión de hecho regular que no pudo desplegar efectos patrimoniales por haberse planteado el proceso abreviado de reconocimiento judicial de forma extemporáneamente —extinción o pérdida del derecho—.

Ahora, en lo que se refiere a la forma de liquidar las sociedades de hecho familiar, en atención a la analogía citada, dispone el ordinal 1201¹⁹ del Código Civil, que las sociedades de hecho se liquidan proporcionalmente a las ganancias de lo que respectivamente haya aportado cada socio. A pesar de esto, la sociedad de hecho familiar, al tener su origen en la unión de hecho regular o irregular —caduca—, tiene como fundamento la creación de la familia. Ante esto, no es posible obviar el esfuerzo y mutuo auxilio de ambos convivientes, en tanto, al limitarse y restringirse a los aportes económicos que realiza cada socio —como se hace en la sociedad de hecho—, desvirtúa el instituto del matrimonio como cimiento de la unión de hecho.

19 Código Civil, artículo 1201.- Las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado. Si sólo se hubiere pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas. A falta de pacto, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas deber ser proporcionada a lo que respectivamente haya aportado. Para este efecto, el socio de industria se reputa tener un capital igual al del socio que menos hubiere aportado.

En suma, los bienes adquiridos a título oneroso con motivo de la convivencia —previa demostración en la etapa de ejecución de sentencia—, se consideran adquiridos y producidos por el trabajo de ambos convivientes, razón por la cual, deben liquidarse en partes iguales entre los dos “socios”. Sobre esto, el Tribunal de Familia del Poder Judicial (2015) indicó que “no es necesario que la actora demuestre un aporte económico durante la convivencia, pues el esfuerzo diario que conlleva la misma convivencia de pareja es el aporte necesario” (Considerando III). Ante este escenario, pareciera incorrecto invocar una ambigua aplicación de la sociedad de hecho en relación con la sociedad de hecho familiar dada por los Tribunales de Justicia, pues, a pesar de acudir a la analogía de la norma, no puede obviarse la razón de ser de la unión de hecho, la cual es equiparar los efectos jurídicos con el matrimonio.

En cuanto a la competencia jurisdiccional, al no existir regulación legislativa expresa de la sociedad de hecho familiar, existe una divergencia de criterios: hay juzgadores que consideran que al acudirse a la analogía de la sociedad de hecho, la competencia le corresponde a la jurisdicción civil y mercantil; hay quienes aducen que no es posible acudir a la jurisdicción de familia por la única circunstancia de que esta sociedad está conformada por integrantes de una familia mediante una convivencia irregular que no está regulada en el Derecho de Familia, o sea, existe un impedimento legal de aplicar las regulaciones del matrimonio en razón del voto de la Sala Constitucional No 3858-1999, y, finalmente, hay quienes alegan que se deben de contrastar tanto los hechos referidos en la demanda como la prueba que los respalde para determinar la naturaleza del asunto, pues podría tratarse de una unión de hecho regular que no se reconoció en razón de que la persona gestionante solicitó el reconocimiento judicial de forma extemporánea (Tribunal de Familia del Poder Judicial, 2021). Precisamente, en un proceso en el cual se discutió si el asunto era competencia de la jurisdicción de familia o civil, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2008) se refirió en los siguientes términos:

En la liquidación pretendida, se deberán contrastar tanto los hechos referidos en la demanda en cuanto la prueba que los respalde, con los lineamientos propios que exige la legislación Civil para constatar la existencia de la sociedad de hecho y su liquidación. Y ello es así, por cuanto, de considerar el asunto como de naturaleza familiar, encontrarían las partes como obstáculo para dilucidar sus pretensiones, el no tener aptitud legal para casarse lo que subyace es la posibilidad de que, una vez concluida su relación supuestamente societaria, tratar de demostrar, en sede civil, la existencia de una relación societaria de

hecho, para así tener la facultad de pedir que se liquiden los bienes adquiridos dentro de esa sociedad. (Considerando II)

Al tenor de lo dispuesto, al ser la unión de hecho irregular una figura de carácter inconstitucional, no pueden los Tribunales de Familia —en teoría— conocer de estos asuntos, en tanto, las partes, al no tener aptitud legal para casarse, encontrarían este obstáculo para dilucidar sus pretensiones en dicha jurisdicción. En consonancia con lo anterior, ¿qué sucede con las uniones de hecho regular que por la inercia o inacción del gestionante, solicitan el reconocimiento judicial fuera del plazo legal? La dinámica jurisprudencial parece haber establecido una postura, determinando que lo que caduca en los términos del artículo 246 del Código de Familia, son los derechos personales y no los patrimoniales pues estos “una vez nacidos a la vida jurídica, por la naturaleza de los derechos que implican, no pueden depender, para el reconocimiento e incorporación en el patrimonio personal de cada uno, de que no haya caducado la acción de reconocimiento” (Tribunal de Familia del Poder Judicial, 2008). Lo anterior implica que, a efecto de resolver sobre la procedencia o improcedencia de la jurisdicción, se debe determinar:

- (1) Si existió una sociedad de hecho familiar, 2) Cuáles de los bienes del patrimonio de los convivientes, o de terceros califican como adquiridos por la sociedad y, 3) Si se ha verificado alguna de las causales para ordenar la liquidación de la misma, todo ello a la luz de las normas y principios que informan el derecho de familia. (Considerando II)

De todo lo expuesto en este título, parece evidente que la sociedad de hecho y la sociedad de hecho familiar, a pesar de emplearse analógicamente, son figuras cuya naturaleza, objeto y fines, divergen considerablemente. Del mismo modo, divergen los aspectos a considerar para demostrar la existencia y competencia jurisdiccional. Por tanto, el no adecuar las pretensiones de las personas usuarias a la realidad social vivida en Costa Rica, implica una posible denegación de justicia.

Conclusiones

El refrendado artículo 245 del Código de Familia normatiza la unión de hecho regular para aquellas relaciones en las cuales la pareja conviviente con aptitud legal, que ha convivido de manera pública, notoria, única y estable, durante más de dos años, pueda resguardar sus intereses personales y patrimoniales. De tal suerte que, si la acción de reconocimiento se realiza

en tiempo y forma, la relación surte todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio, pero, si se realiza de forma extemporánea, o bien, una de las partes no posee aptitud legal para contraer nupcias, el juez, de oficio, declarará improcedente la acción, generándose con esto la ineficacia jurídica de la unión de hecho.

A partir de esta declaratoria, la parte solicitante sufrirá un menoscabo patrimonial, por cuanto, aquellos bienes —considerados gananciales— cuyo propietario registral es distinto al del accionante, se considera dueño —a título único—, lo que genera un evidente enriquecimiento sin causa en favor de la parte accionada. En este punto, Gamboa (1996) explica que “se produce un enriquecimiento sin causa cuando un patrimonio recibe un aumento a costa de otro sin que exista una causa justificada para ello” (p. 55). Es decir, este principio prohíbe enriquecerse a costa de otra, pues con ello se ocasiona un aumento patrimonial —sin justa causa— para uno de los convivientes, y una pérdida patrimonial para la otra parte.

Desde esta panorámica, no es posible pasar por alto la inexistencia de una figura jurídica expresamente regulada en el Código de Familia u otras leyes, que prevea una solución justa a los supuestos fácticos esbozados. No obstante, en resguardo del principio constitucional de justicia pronta, cumplida, y sin denegación, nuestros tribunales de justicia han acudido a la analogía de la sociedad de hecho contemplada en el Código Civil, para reconocer la sociedad de hecho de carácter familiar, como un mecanismo precautorio del citado enriquecimiento injusto y sin causa.

Recordemos que la sociedad de hecho familiar surgió en procura de igualdad entre los miembros de dichas uniones; por lo tanto, es manifiesto que evita que uno de los convivientes se adueñe arbitrariamente del patrimonio obtenido mediante el esfuerzo común de ambas partes. Así, si una pareja cohabita de forma singular, pública y estable, habiendo entre ambos cooperación y mutuo auxilio, aun cuando no sea posible legalizar su unión, lo cierto es que estamos en presencia de una familia; mal hiciera el sistema de justicia en ignorar la realidad social que se vive en el país, la cual es cientos de parejas que unen sus lazos afectivos en la informalidad, ignorando, muchas veces, las repercusiones jurídicas que se generan a partir de la disolución de la relación.

En vista de lo anterior, se trae nuevamente a colación la interrogante planteada en el apartado introductorio, la cual debate si, ¿en atención del valor de justicia que inspira el ordenamiento jurídico, resulta necesario regular la sociedad de hecho familiar? A título de quién redacta, la respuesta es afirmativa. No es aceptable que, por la ineptitud legal para contraer matrimonio de uno de los convivientes, y la inercia o inacción del proceso de reconocimiento judicial

dentro de los dos años siguientes a la finalización de la relación, una de las partes se enriquezca injustamente con bienes adquiridos a título de esfuerzo y cooperación de ambos.

Por lo tanto, resulta necesario impulsar un proyecto de ley que permita delimitar los alcances sustantivos y procesales de la sociedad de hecho familiar, pues existe heterogeneidad en los fallos judiciales, e incerteza jurídica en la aplicabilidad y en la competencia jurisdiccional. Por último, de no impulsarse la creación formal de esta figura, se recomienda optar por reformar el artículo 246 del Código de Familia, sustituyendo la institución de la caducidad por el de prescripción negativa, de forma tal que se enumeren una serie de supuestos que interrumpan o suspendan el plazo de prescripción, evitando con ello la rigidez de la caducidad, la oficiosidad del juez, y la procura de un plazo mayor. En suma, el no regular armoniosamente la sociedad de hecho familiar, a pesar de las injusticias que se viven en este tipo de convivencias —jurídicamente ineficaces—, implica una flagrante denegación de justicia.

Referencias

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1974). *Código de Familia. Ley N. ª 5476*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=FN
- Asamblea Legislativa. (1989). *Código Procesal Civil. Ley N. ª 7130*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=12443&nValor3=0&strTipM=FN
- Asamblea Legislativa. (2019). *Código Procesal de Familia. Ley No. 9747*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90569&nValor3=122725&strTipM=TC
- Asamblea Nacional Constituyente. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=FN
- Caja Costarricense de Seguro Social (2014). *Manual de Adscripción y Beneficio Familiar*. <http://www.coopesain.sa.cr/inicio/images/documentos/institucionales/manualadscripcionbeneficiofamiliar.pdf>
- Calatayud, V. (2019). *Curso de derecho privado*. (1.ª ed.). Editorial Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología.
- Céspedes, M. (2012). *El contrato patrimonial en la unión de hecho en Costa Rica*. [Tesis de licenciatura en Derecho]. Universidad de Costa Rica. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/08/TESIS-FINAL-Mar%C3%ADa-Amalia.pdf>
- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. (1885). *Código Civil. Ley N. ª 30* http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=0&strTipM=F

- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. (1937). *Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley N.º 8*. http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635&nValor3=79299&strTipM=TC
- Corte Suprema de Justicia. (1994). *Sala Constitucional: Resolución N° 03693-1994*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-83693>
- Corte Suprema de Justicia. (1999). *Sala Constitucional: Resolución N° 03858-1999*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-193715>
- Corte Suprema de Justicia. (2008). *Sala Segunda: N.º 00764-2008*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0005-814623>
- Corte Suprema de Justicia. (2009). *Sala Primera: Resolución N° 00840-2009*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-451776>
- Corte Suprema de Justicia. (2009). *Sala Segunda: Resolución N° 00880-2009*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-451119>
- Corte Suprema de Justicia. (2011). *Sala Constitucional: Resolución N° 07442-2011*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-643885>
- Gamboa. R. (1996). *El enriquecimiento sin causa y la declaración unilateral de voluntad como nuevas fuentes del derecho*. [Tesis de licenciatura en Derecho]. Universidad de Costa Rica. file:///C:/Users/costarica69/Downloads/analisis_doctrinal_de_enriquecimiento_sin_causa.pdf
- González. J y Gutiérrez. R. (1997). *Los derechos que nacen con el reconocimiento legal de la unión de hecho, en materia de: régimen patrimonial, pensión alimentaria y derechos sucesorios; a la luz de la adición al título sétimo del código de familia costarricense*. [Tesis de licenciatura en Derecho]. Universidad de Costa Rica. <https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/08/TESIS-FINAL-Mar%C3%ADa-Amalia.pdf>

- Hernández, R. (1998). *Constitución Política de la República de Costa Rica comentada y anotada*. Editorial Juricentro.
- López, M. (2008). *La (s) noción (es) de matrimonio de la Sala Constitucional*. [Tesis de licenciatura en Derecho]. Universidad de Costa Rica. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-nocion-de-matrimonio-de-la-sala-constitucional.pdf>
- Pérez, V. (1994). *Derecho Privado*. (3.^a ed.). Editorial Litografía e Imprenta LIL, S.A.
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2008). *Tribunal de Familia: Resolución N.º 00527-2008*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-418569>
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2010). *Tribunal de Familia: Resolución N.º 00750-2010*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-488732>
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2015). *Tribunal de Familia. Resolución N.º 75-2015*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-6981995>
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2020). *Tribunal de Familia. N.º 00455-2020*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-979928>
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2021). *Tribunal de Familia: Resolución N.º 00759-2021*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1051286>
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2021). *Tribunal de Familia: Resolución N.º 00905-2021*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1060674>
- Real Academia Española. (2019). Erga Omnes. *En Diccionario de la lengua española* Recuperado el 26 de julio del 2022 de <https://dpej.rae.es/lema/erga-omnes>
- Trejos, G. (2008). *Derecho de familia costarricense*. Tomo I. (5.^a ed.). Editorial Juricentro.

El contrato de transporte aéreo de pasajeros y la responsabilidad del transportista

The air passenger transport contract and the liability of the carrier

Stephanie Morales Durán¹

Resumen

El presente artículo tiene como fin realizar un análisis moderno, actualizado y jurídico sobre el tema del contrato de transporte aéreo de pasajeros, así como del régimen legal de responsabilidad civil que deriva para el porteador aéreo, en su doble vertiente: nacional e internacional. La intención es crear con ello un panorama más completo y detallado acerca de la relación que existe o que podría llegar a existir entre un operador del servicio de transporte aéreo —las aerolíneas, transportistas y demás— y quienes contratan y hacen uso de este —los pasajeros, consumidores o usuarios—.

Para ello, se estudia primero, el desarrollo de los contratos en general, los elementos constitutivos de estos y, posteriormente, se interrelaciona el tema con el de los contratos de transporte aéreo de pasajeros, así como el específico régimen de responsabilidad por incumplimiento contractual o por causas ajenas a las partes (caso fortuito, fuerza mayor) de la que se derivan daños. Hasta entonces, se parte del hecho de que, en los tiempos modernos, se han comenzado a presentar una serie de factores importantes que han desencadenado en la aparición de un nuevo paradigma en la legislación existente en el transporte aéreo de pasajeros, que debe versar sobre la reparación integral de los daños.

Palabras claves

Responsabilidad civil, contrato de transporte aéreo, pasajeros, transportista, derecho nacional costarricense y derecho comparado.

Abstract

The purpose of this article is to make a modern, updated and legal analysis on the subject of the contract of carriage of passengers by air, as well as the legal regime of civil liability

1 Bachiller en Derecho. Candidata a Licenciatura en Derecho, ULACIT.
Correo electrónico: stephmoralesd7@gmail.com

derived for the air carrier, in its double aspect: national and international. The intention is to create with it a complete and more detailed panorama about the relationship that exists or that could exist between an operator of the air transport service -the airlines, carriers and others- and those who contract and make use of it -the passengers, consumers or users-.

To this end, we will first study the development of contracts in general, their constituent elements and, subsequently, we will interrelate the subject with that of passenger air transportation contracts, as well as the specific liability regime for breach of contract or for causes beyond the parties' control (fortuitous event, force majeure) from which damages are derived. Until then, we start from the fact that, in modern times, a series of important factors have begun to appear that have triggered the emergence of a new paradigm in the existing legislation on air transport of passengers, which must deal with the integral reparation of damages.

Keywords

Civil liability, air transport contract, passengers, carrier, Costa Rican national law, and comparative law.

Introducción

El transporte aéreo de pasajeros, mercancías o equipaje, se ha constituido en una práctica habitual y más que eficiente entre las personas del mundo. Su nivel de importancia radica, principalmente, en que este es uno de los mecanismos comerciales que más aporta o influye a la economía de los países, por medio de la generación de empleos y riqueza, así como también porque facilita “la conexión e inclusión social y la promoción del intercambio de conocimientos e ideas” (Comisión Económica para América Latina, 2017). Para abarcar de forma más completa y detallada este escenario, hay que referirse, por ejemplo, a los datos.

De acuerdo con un estudio realizado por la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (en adelante, por sus siglas, IATA) y Oxford Economics (2018) la industria de transporte aéreo, únicamente en el periodo de 2017, generó un total de \$1.400 millones en términos de valor agregado al producto interno bruto (en adelante, PIB) costarricense. Para algunos expertos solo este aporte significaba la cancelación absoluta del déficit fiscal de la época, sin embargo, cabe mencionar que más allá de esto, existía otro rubro por “gastos de personas extranjeras” que también hacía elevar la cifra inicial, llegando a un total del 9 % del PIB, solo en cuestiones de transporte aéreo y turistas (Cubero, 2018).

Actualmente, se han construido diversas estadísticas y se han presentado algunas otras estimaciones: la teoría de que si en el país se implementan mayores y mejores políticas en infraestructura aeroportuaria, uso de tecnología y, además, se refuerza la parte del consumidor entonces el tráfico de pasajeros podría llegar a desarrollar hasta más de mil millones de pasajeros al año en 2036, lo cual se traduce en un total de 11, 9 millones de puestos de trabajo y una contribución al PIB regional de hasta 500 mil millones de dólares (Oxford Economics, 2018 como se citó en Damazzio Fernández, 2021). Por todo lo anterior, es posible identificar que el transporte aéreo se ha mantenido en el tiempo no solo por el movimiento masivo de personas que ha alcanzado, sino también por el gran esfuerzo que se ha hecho en la incorporación de tecnologías en áreas como infraestructura y aeronaves.

En suma, hay quienes asocian este crecimiento exponencial del transporte aéreo a factores como la alta seguridad que representa, el tema de los precios accesibles, el dinamismo del comercio mundial, entre otros (Ferrer, 2013). No obstante, y como recién se acaba de mencionar, aunque la proyección de este medio de transporte y sus contribuciones para el país son muy buenas, sucede que todavía existen algunos aspectos jurídicos de los contratos de transporte aéreo de pasajeros que aún no están lo suficientemente equilibrados como para que un pasajero-consumidor se sienta realmente protegido respecto a cualquier cometido que le corresponda al transportista, en especial si se trata de un incumplimiento contractual y, por consecuencia, de responsabilidad (Ferrer, 2013).

Por este motivo, el presente trabajo busca realizar un análisis de la manera más sencilla para los lectores acerca del tema de la responsabilidad civil que deriva del contrato de transporte aéreo de pasajeros, para el transportista. Dicho en otros términos, se trata a lo largo de estas páginas de establecer cuáles son las implicaciones legales que conlleva una omisión contractual, qué puede hacer o cómo puede sobrellevar un pasajero este tipo de situaciones —entiéndase esto desde el lado de sus derechos como consumidor del servicio—, y finalmente determinar si la responsabilidad que deriva para el transportista es lo suficientemente completa o integral como para ajustarse a los tiempos actuales y así garantizar una efectiva protección para los usuarios. Sin embargo, previo a ello, se reflexiona sobre las disposiciones generales de los contratos y, en específico, las del contrato de transporte aéreo de pasajeros.

Metodología

La Universidad Naval de México (s. f.) expone que la metodología es una declaración del plan o estrategia ideada para llevar adelante una investigación. En este aspecto, la metodología ha logrado también definir, por ejemplo, y para efectos de esta investigación, los sistemas

básicos para contemplar tanto la literatura, como la normativa, jurisprudencia costarricense y el Derecho Comparado aplicable a la esfera del transporte aéreo de pasajeros y su vínculo con el régimen de responsabilidad civil.

Su enfoque encaja en el tipo cualitativo, el cual, para Hernández, Fernández y Baptista (2014), se enfoca más en “una lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas)” (p. 8). Por estas condiciones, se llevó a cabo una exhaustiva revisión bibliográfica de lo que otros autores, con mayor experiencia y conocimiento, han aportado sobre la materia. Una vez que se precisaron los aspectos teórico-conceptuales más importantes, se realizó un examen del tipo comparado sobre el ordenamiento jurídico costarricense aplicable al tema de la responsabilidad por incumplimiento contractual en el transporte aéreo de personas y la regulación existente en otros países.

La naturaleza de la investigación es descriptiva y analítica. Hernández, Fernández y Baptista (2014) desarrollan sobre el primero que “busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno” (p. 92). Mientras que el segundo, se trata de “la identificación y separación de los componentes de un todo, para ser estudiados por separado y examinar las relaciones entre las partes; considerando que la particularidad es parte de la totalidad y viceversa” (Campos y Sosa, 2011 como se citó en la Universidad Naval de México, s. f.). Entretanto, esto permite construir una serie de conclusiones y recomendaciones que van ligadas al régimen de responsabilidad civil, y la protección integral del pasajero en el sector aeroespacial costarricense.

Concepto de *contrato* en general

El origen de la palabra contrato, proviene del latín *contractus*, derivado de *contrahere*, que significa celebrar, lograr o, gestionar algo con otro. Se trata de un acuerdo voluntario, entre dos o más personas, que estipula la obligación del cumplimiento de ciertas cláusulas, al mismo tiempo que, se producen una serie de consecuencias jurídicas debido al reconocimiento de una norma de derecho; por su parte, es digno de indicar también que, esta figura posee una doble naturaleza, pues, también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada (Enciclopedia jurídica mexicana, 1983). Para la Real Academia de la Lengua Española (2022), el contrato es un “pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”. Conforme al criterio de Borda (2018), como se citó en Calatayud Ponce de León (2018), el contrato es un “acuerdo de voluntades de dos o más personas, destinado a reglar sus derechos, es decir a crear, modificar o extinguir obligaciones” (p. 28).

Actualmente, y gracias a la posición que han adquirido las relaciones comerciales a nivel mundial, social y cultural, el término *contrato* ha dado un leve giro y se enfoca ahora más en determinarse como “toda una estructura de regulación, con el fin de enmarcar la interrelación económica” (Zaglul Fiatt, 2010, p. 8). En términos generales, esto es que, por los actos económicos que se suscitan día a día, entre las partes, es decir, el fabricante, el comerciante de bienes y servicios y el usuario o consumidor necesariamente estos requieren de un control especializado, pero siempre de la mano con lo jurídico para que ello les permita concretar los vínculos de una manera hábil y segura. De ahí que nace imperantemente a la vida la figura del contrato (Zaglul Fiatt, 2010).

En lo que respecta a la normativa costarricense, el Código Civil (Congreso Constitucional de la República, 1885), en el Libro III denominado “De las obligaciones”, capítulo I, Disposiciones generales, artículo 627, reconoce que para que un contrato sea legítimo, este debe cumplir con las siguientes condiciones: capacidad, objeto y causa. Más adelante, el artículo 1007 del ya citado código ha estimado que el consentimiento también es una de las exigencias que deben concurrir. Ante este breve, pero muy contundente planteamiento normativo, el autor Lino Rodríguez (1999), como se citó en Montero Piña (1999), presenta la idea de que para que una obligación de esta índole se pueda configurar, primero se debe diseñar en diversos elementos, ellos son: el subjetivo, objetivo y vinculatorio.

Consecuentemente, otros autores han presentados sus tesis en el tema para llegar a la muy similar pero no igual conclusión de que para que el acto jurídico sea perfecto, primero este debe conformarse en diversos elementos y requisitos, a saber: los sujetos de derecho y el objeto del acto jurídico; mientras que los elementos, se refieren a aspectos como la voluntad, la forma y la causa (Baudrit, 2000). En este punto, es importante señalar que, por una cuestión de espacio no se detalla con exhaustividad en qué consisten y cómo se regulan cada uno de los condicionantes internos, que además derivan de los elementos y requisitos expuestos con anterioridad; sin embargo, sí se insta al lector para que con posterioridad profundice sobre ellos y así pueda comprender mejor los siguientes apartados de esta investigación.

El contrato de transporte aéreo de pasajeros

El transporte aéreo tuvo sus inicios con el traslado de pasajeros. Su nivel de eficacia fue tan significativo para las personas del mundo que rápidamente contribuyó a determinar que se debían implementar nuevos y mejorados métodos de transporte que facilitarían las actividades comerciales y personales de los demás; es así como más adelante se crearía el transporte aéreo de mercancías y equipajes (Monge, 2013). Actualmente, el transporte aéreo representa

uno de los factores más importantes de crecimiento para las naciones. Por ejemplo, en Costa Rica, ha permitido que se desarrollen nuevas fuentes de empleo y riqueza. Asimismo, se sabe por diversos estudios realizados que ha facilitado las exportaciones, inversiones directas, el turismo y también la conectividad entre las personas (IATA y Oxford Economics, 2018).

Para tener una idea más amplia y detallada de lo que esto significa: “Costa Rica es el país en la región Centroamericana que recibe mayores beneficios del transporte aéreo” (Bonilla, 2019). Sin embargo, aún faltan ciertas cuestiones por potenciar, entre ellas, aeropuertos de mayor calidad y soporte para el nivel de crecimiento del tráfico aéreo de pasajeros, implementación de tecnología aeronáutica para aviones más eficientes y limpios en cuanto a la emisión de gases, así como para comodidad de los pasajeros y demás; sucede que el país ya cuenta con su propia regulación aérea y parte de ello es lo que se expone a lo largo de las siguientes páginas (Comisión Económica para América Latina, 2017).

Así las cosas, para construir una definición precisa sobre cualquier contrato, primero se debe partir de la base de lo que establecen los artículos 627 y 1007 del Código Civil costarricense, ya que, como se sabe, estos recopilan las condiciones esenciales que deben estar presentes en un contrato para que este sea válido: capacidad, objeto, causa y consentimiento.

Un contrato es un acuerdo de voluntades (entre dos o más sujetos), que produce efectos jurídicos. Por consecuencia, el contrato de transporte aéreo puede partir del hecho de que se trata de un acuerdo que se promueve entre el transportista o porteador y la persona usuaria del transporte (Ferrer, 2013, p. 27). Seguidamente, por el consenso que de ahí se genera, se puede asumir el consentimiento y este se va a asociar directamente con el objeto del contrato que es el traslado de personas o de cosas a cambio de un precio (Monge, 2013).

La doctrina costarricense, de manera muy específica, identifica a este tipo de contrato como “aquel acto a través del cual un porteador se obliga a trasladar, vía aérea, a personas, carga y correo, de un lugar a otro, en un tiempo determinado, a cambio de un precio previamente pactado” (Ramírez, 2010). Para Castillo (2014), el contrato de transporte aéreo de pasajeros representa la obligación, de trasladar por vía aérea a uno o más sujetos; y a cambio la persona en función puede y debe recibir una remuneración por parte del pasajero. Como un adicional, esta autora agrega además que la condición de pasajero puede obtenerse personalmente o por actuación de otra persona, que lo represente. Sobre este último particular, se hace la debida aclaración, pues, la determinación de los sujetos corresponde a uno de los elementos esenciales que componen este tipo de contratos, pero no es hasta más adelante que se estará profundizando en ello.

En derecho comparado, ocurre una cuestión prácticamente similar, aunque no la misma. Es decir, igualmente se define al contrato de transporte aéreo de pasajeros, como aquel contrato por medio del cual una persona, denominada transportista o transportador, asume el compromiso de trasladar a un pasajero y su equipaje a un destino distinto del que se haya, en fecha y horario concreto. No obstante, es justo en este punto cuando surge la cuestión diferenciadora que es que, expresamente se reconoce y se acepta la obligación de asistencia y de velar por la integridad personal del pasajero y la de su equipaje mientras estén a cargo del primero (Bercovitz, 2015 como se explicó en Sánchez, 2015).

En lo que respecta al ámbito jurídico, hay que señalar que, no existe a nivel internacional la norma legal que entre a detallar este tipo de contratación; sin embargo, a nivel nacional sí aparece una excepción, y es que, la Ley General de Aviación Civil de Costa Rica (Ley N.º 5150, 1973) en su numeral 188 establece que “Por contrato de transporte aéreo el porteador se obliga, por cierto precio, a conducir de un lugar a otro, por vía aérea, pasajeros o cosas y a entregar éstas al consignatario”.

Por todo lo anterior, es posible concretar entre otras cosas que el contrato de transporte aéreo de pasajeros constituye una de las tantas ramas que derivan del contrato de transporte aéreo en general (Viquez, 2007). De hecho, por esta razón, es que ambos contratos comparten las mismas características, elementos y naturaleza jurídica que son ser un contrato consensual, sinalagmático o bilateral, de carácter adhesivo y oneroso (Villavicencio, 1975). Otros autores, en cambio, suman a la lista que se trata de contrato típico, no formal, de colaboración y fungible (Monge, 2013). Incluso, si el tema se analiza desde una óptica aparte, se observa cómo esta misma naturaleza se llega a transformar en otras partes del mundo.

Por ejemplo, en España, se suele clasificar el contrato de transporte aéreo de pasajeros dentro de la categoría de los contratos de arrendamiento de obra; básicamente, porque se trata de una obligación que tiene como un resultado: el transporte de personas, la llegada segura a destino y no únicamente la mera prestación de un servicio (Sánchez, 2015). En Chile, la situación es la misma. Se suele encasillar al contrato de transporte aéreo como un contrato de arrendamiento de obra; no obstante, por las discrepancias que existen entre conceptos (arrendamiento de obra y transporte) la doctrina ha optado por entender y definir su naturaleza jurídica como la de un contrato *sui generis* (Escobar, s. f.). Por el elevado nivel de importancia y relevancia que tiene la actividad transportista para nuestro país, especialmente con el sector económico y financiero, es que se puede advertir también un fuerte y muy contundente intervencionismo del Estado tendiente a proteger la regulación de la actividad en todas sus modalidades (Jiménez, 2009).

Elementos que conforman el contrato de transporte aéreo de pasajeros

A) Elementos personales

Se trata de los sujetos que, generalmente, intervienen en el contrato. Ellos pueden ser: el transportador, transportista o porteador aéreo, que es la persona física o jurídica, la cual asume la obligación de trasladar de un destino a otro al usuario y a su equipaje, según las condiciones previamente pactadas en el contrato; y el pasajero, cliente, usuario o consumidor, quien es aquel que requiere, contrata y hace uso del servicio de transporte aéreo (Ramírez, 2010). Por los tiempos actuales, el ajetreo de las personas y el dinamismo que representa la actividad de transporte aéreo, es que recientemente se ha admitido la posibilidad de que la persona que adquiere y formaliza el servicio no necesariamente sea la misma que realiza el viaje. Para Viquez (2007), “tal es el caso típico en donde interviene un agente de viajes o bien cualquier otra persona que haga el contrato a favor de otra persona” (p. 67).

En el marco del transporte aéreo de personas, como ya se sabe, resulta especialmente relevante poder determinar de forma clara e íntegra los sujetos que hacen parte en el contrato, así como su identidad, derechos y obligaciones, ya que estos ayudan a conformar el estatuto básico por medio del cual se va a trazar el programa en el que se incluyen los compromisos entre las partes, previstos dentro del contrato (Sánchez, 2014). Así las cosas, en la doctrina comparada, también se han generado algunas reflexiones significativas sobre el tema. A saber, Tapia Salinas (2014), como se citó en Castillo (2014), considera que no es un contrato de transporte aéreo de personas, en el que formen parte sujetos indeterminados, sino aquel en el que sí se pueda disponer de la identidad del pasajero; puesto que, si se llegase a presentar alguna inconformidad con este último y previo al viaje, el transportista, perfectamente, podría negar el transporte para la seguridad del vuelo y de todos los demás concurrentes.

Desde un punto de vista más permisivo, Videla Escalada, 2007, como se citó en Saavedra (s. f.), estima que el contrato de transporte aéreo de pasajeros “no se trata de un contrato *intuitu personae*, aunque nada obsta a que las partes le den esa condición, sobre la base de su libre voluntad” (p. 33). Con arreglo a dejar más claro este asunto, este mismo autor cita por ejemplo, los casos de los vuelos comerciales internacionales en donde las empresas de transporte aéreo, habitualmente, están emitiendo boletos nominativos e intransferibles y como consecuencia, esto les concede un cierto respaldo de poder demostrar que sí se han ajustado a los requisitos mínimos legales de admisión de pasajeros, según el país hacia donde se dirijan y, por eso, es por lo que deciden hacerlo de esta manera (Escalada, 2007 como se citó en Saavedra, s. f.).

Evidentemente, la discusión doctrinaria que se podría continuar presentando con respecto a este tema es muy amplia, y ciertamente, sin miras a conseguir un consenso rápido, pues, esto también depende de la legislación que cada país tenga. Por ende, hay que cerrar este asunto indicando que, actualmente, en la práctica, las condiciones generales de los contratos de transporte aéreo de pasajeros, expresamente disponen entre sus líneas la negativa de transferir el billete de pasaje a otra persona, por lo que esto haría concluir que el contrato sí posee un carácter personal necesario (Saavedra, s. f.).

Finalmente, interesa saber que, dado el nivel de trascendencia que estos sujetos poseen para la elaboración y perfeccionamiento del contrato, el ordenamiento jurídico costarricense ha fijado para ellos la obligatoriedad de contar con capacidad de actuar, al momento de contratar (artículo 36 del Código Civil). En otros términos, esto es que ambos sujetos deben ser plenamente capaces de ejercer los derechos y las obligaciones que las normas les conceden como sujetos de derechos.

B) Elementos reales

El primero de los elementos reales lo conforma el objeto del contrato. Desde el principio, este va a implicar dos obligaciones distintas pero recíprocas entre sí. Es decir, son esenciales la participación y la colaboración de ambas partes —pasajero y transportista aéreo— para que se pueda seguir adelante con el contrato (Ramírez, 2010). En lo que respecta a los deberes, el transportista tiene la obligación principal de trasladar una persona, su equipaje o una cosa de un punto a otro, y entregarlos en destino en las mismas condiciones que cuando inició el transporte; mientras que, el pasajero, tiene que dar un pago a cambio del servicio que se le está brindando (Ferrer, 2013).

Como segundo elemento, se presenta el consentimiento de las partes. Por su parte, este se va a moldear por los mismos requisitos y características que la “Teoría General de los Contratos” establece para los actos jurídicos en general. De ahí que, para el perfeccionamiento del contrato se exige la libre manifestación de la voluntad, así como también que esta última se encuentre libre de error, intimidación o dolo (Baudrit, 2000). En la actualidad, los sujetos que hacen parte del contrato de transporte aéreo de personas pueden expresar su consentimiento de forma verbal, escrita o por medio de un “click” cuando se confirma la reserva (Ramírez, 2010).

El tercer elemento real es la causa del contrato. En este sentido, y por todo el análisis anteriormente expuesto, es posible determinar que, la causa o el punto central de este contrato,

más bien, es el transporte de personas o clientes, por vía aérea, de manera segura, según los puntos previamente convenidos. Por lo demás, no debe olvidarse que el Código Civil dispone en el artículo 627 que la causa imprescindiblemente debe ser justa.

C) Elementos formales

Una vez pactado el transporte, se debe estudiar otro tipo de elementos adicionales, por ejemplo: el boleto o billete de pasaje aéreo. En lo general, se suele contemplar este elemento como un medio de prueba de las obligaciones asumidas entre el usuario y el transportista (Ramírez, 2010). Más específicamente, Ponce de León Castañeda (2015) sugiere que este se trata de “instrumento que simplemente perfecciona el acto y le sirve de prueba, pero que no lo constituye” (p. 68). Aunque ambas percepciones son muy válidas, sucede que aún quedan un poco reducidas para comprender la verdadera importancia del boleto para los contratos de transporte aéreo. En su lugar, Uribe (2011) ofrece la idea de que el boleto de pasaje es un “documento, expedido por el transportista en cumplimiento del contrato, que habilita al pasajero para utilizar un transporte aéreo entre los lugares y con las condiciones en él expresados” (p. 37).

A partir de esta información, es posible precisar que se trata de un documento o registro electrónico por medio del cual se formaliza el contrato de transporte aéreo entre el pasajero y la empresa de transporte, al mismo tiempo que, se confirma que una persona tiene el derecho de un asiento en un vuelo, en una aeronave, según las condiciones contractuales convenidas (Sánchez, 2015). En este punto, no se debe olvidar que el billete de pasaje es nominativo e intransferible, por ende, solo puede ser empleado por el titular de este.

En el campo normativo internacional, este elemento se encuentra regulado por el Convenio de Varsovia, así como por el Protocolo de La Haya y Guatemala, y el Convenio de Montreal (Castillo, 2014). Particularmente, es en los dos primeros donde se dispone la obligación, para el transportista, de expedir un billete de pasaje pues, de no hacerlo o de hacerlo incorrectamente, este se podría ver perjudicado a la hora de perder el beneficio de la limitación de la responsabilidad (artículo 3 del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional, Varsovia, 12 de octubre de 1929).

Con la entrada en vigor del Convenio de Montreal (1999), esta exigencia específica, para el transportista, ya no se sumó más. Inclusive, la información que debía contener el boleto de pasaje cambió significativamente con esta normativa, ahora lo que se requiere mínimamente que contenga es:

- (a) la indicación de los puntos de partida y destino;
- (b) si los puntos de partida y destino están situados en el territorio de un solo Estado Parte y se han previsto una o más escalas en el territorio de otro Estado; la indicación de por lo menos una de esas escalas.

En lo que respecta a nuestro país, la Ley General de Aviación Civil (Ley No 5150, 1973), en su artículo 192, reconoce que es obligación del transportista entregar al pasajero un tiquete aéreo de abordaje con las siguientes especificaciones: “número de orden, lugar y fecha de emisión, punto de partida y destino, nombre y domicilio del porteador”. Adicionalmente, en su artículo 193, reconoce que “El boleto de pasaje hace fe, salvo prueba en contrario, de la celebración y de las condiciones del contrato de transporte”.

De los derechos y las obligaciones en el transporte aéreo de personas

Para abordar el tema de los derechos y las obligaciones en el transporte aéreo de personas, lo primero que se debe hacer es clarificar que estos van a variar hasta cierto punto, según el sujeto a que corresponda y, lo segundo, es ser conscientes de que, en esta materia existen algunos derechos y obligaciones que son más principales que otras, es decir, algunas surgen de manera accesoria, pero aun así son necesarias para la efectiva realización del contrato. En estas condiciones, es obligación principal del transportista aéreo, trasladar de forma rápida, eficaz y segura, a los pasajeros, hasta el punto de destino donde se dirijan.

En un modo complementario, el transportista debe expedir el boleto y un talón del equipaje facturado (artículo 3.3 del Convenio de Montreal, 1999), llevar el itinerario de vuelos conforme al tiempo y las condiciones pactadas en el contrato, reservar el espacio en el avión —actualmente, ya se sabe que esto se puede realizar de manera física o electrónica— (art. 3.1. y 3.2 Convenio de Montreal), velar por la seguridad de los pasajeros y demás miembros de la tripulación; para ello debe garantizar las certificaciones vigentes de aeronavegabilidad y seguros de los aviones (Ramírez, 2010).

En lo que concierne al pasajero, este debe pagar (como una obligación principal) un debido importe por el servicio que le brinda la aerolínea. Adicionalmente, debe proporcionar información, datos personales y otros medios alternativos de contacto veraces a la aerolínea, apersonarse en el lugar y la hora que el transportista le indicó para prestar el servicio, pagar un cierto rubro por exceso de equipaje —si es que lo requiere—, ocupar el asiento asignado, respetar a la tripulación de vuelo y a las normas impuestas (de seguridad y operación) por la compañía aérea y las demás que se establezcan en la Ley y demás ordenamientos jurídicos (Monge, 2013).

Ahora bien, con respecto a los derechos, las partes —transportador aéreo y pasajero—, además de recibir la contraprestación de su contraparte pueden, en el caso del transportista, no admitir a bordo del avión a una persona por motivos legales de admisión en un país, de seguridad, integridad física de los demás usuarios o por salud —pongamos por caso, una persona que no pueda valerse por sí misma para caminar, ni resolver sus necesidades más básicas—. Eso sí, para que esto sea procedente, la persona debe comunicar a los demás pasajeros y miembros de la tripulación la situación (Viquez, 2007).

Sobre esta misma línea, también es un derecho del transportista ajustar ligeramente las condiciones del transporte (ruta, horario, escalas, etc.), o del todo no ejecutarlo en los casos en que se presenten motivos lo suficientemente válidos para esto: “IATA considera causales aptas para justificar la decisión de suspender el vuelo, por juzgarlo peligroso, a los siguientes hechos: condiciones meteorológicas, fenómenos naturales, fuerza mayor, huelgas, levantamientos, revueltas, guerras, hostilidades, disturbios, condiciones internacionales inciertas, etcétera” (Escalada, 2007 como se citó en Viquez, 2007, p. 74).

Por último, desde la esfera del pasajero este podrá exigir que se le garantice su seguridad para culminar el viaje en las mismas condiciones físicas que al momento de iniciarlo; así como, ser indemnizado por los siguientes motivos: en caso de avería total o parcial del equipaje, pérdida o retraso en la entrega del equipaje, o por sufrir lesión. Lo anterior así lo confirma el artículo 17 del ya supra citado Convenio de Montreal (1999). Si se llegase a presentar la muerte del pasajero, sus sucesores perfectamente podrían solicitar la indemnización correspondiente.

Concepto de *responsabilidad civil* en general

Con alta frecuencia, se utiliza, en el Derecho, el término de responsabilidad. Sin embargo, lo cierto es que, este concepto no se suele emplear por igual para todos los casos o las situaciones que se puedan originar. Corresponde, entonces, a este apartado descubrir en qué consiste la responsabilidad civil, cuáles son sus componentes o disposiciones más emblemáticas, para posteriormente comprender cómo se podría aplicar a casos de contratos de transporte aéreo de pasajeros; específicamente, cómo se podría representar o manifestar esta para el transportador aéreo. Así las cosas, en un primer acercamiento, Cabanellas, 2010, como se citó en Ramírez (2010), define a la responsabilidad civil como “aquella obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales por otro la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado” (p. 31). De forma semejante, Viquez Quirós (2007) explica que se trata de:

(...) la atribución que se hace a un sujeto como actor de una conducta que ha afectado la esfera jurídica de otra persona en forma negativa produciendo un daño, por lo cual nace la obligación para el sujeto al cual se le imputó la conducta dañosa, de reparar el daño causado, ya sea en su naturaleza, o bien por medio del pago de su equivalente monetario, conocido como indemnización. (p. 28)

Para Pascual Estevill, 2000, como se citó en Campos Díaz (2000), la responsabilidad civil es “el efecto que el ordenamiento jurídico hace recaer sobre el patrimonio de un sujeto que está correlacionado con la infracción de un deber prestatario, ya sea éste de naturaleza positiva o negativa” (p. 22). Sin perjuicio de la tesis que mayormente se prefiera, la responsabilidad civil siempre va a constituir un intento-obligación por reparar un daño que se ha causado a otra persona o a su patrimonio. Su forma más común de reparación es por medio de una indemnización y está por su parte va ligada al concepto de daños y lesiones, aunque, en este punto, nada impide también para que se resuelva por un mandato de dar, hacer o no hacer (Ramírez, 2010).

En lo que concierne al campo jurídico regulatorio, la Constitución Política de Costa Rica (Asamblea Nacional Constituyente, 1949) en su Título IV denominado “Derechos y garantías individuales”, capítulo único, artículo 41, ha consagrado el derecho a que, sin importar la persona que sea (empresario, consumidor, un civil normal, cualquiera), se pueda acudir al Sistema de Justicia para encontrar reparación por las injurias o daños que haya recibido personalmente, o bien, en su propiedad o intereses morales. En lo sucesivo, cabe citar también al Código Civil, en el artículo 981, ya que este, dispone entre otras cosas que “Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas”.

Por lo demás, hay que indicar que, la doctrina tradicional ha prefijado una especial distinción sobre el concepto, y, por ende, ha clasificado la responsabilidad civil en dos tipos, a saber: la primera es responsabilidad civil contractual y, la segunda, es la responsabilidad civil extracontractual (Viquez, 2007). Como ya su nombre lo indica, la primera de estas responsabilidades surge de una relación previa y concreta entre las partes, pero que, por un motivo u otro, uno de los sujetos no logra cumplir con su obligación contraída y, por ende, debe entonces arreglar, corregir o reparar esa falta (Alvarado y Quiel, 2010). Acerca de estos supuestos, el Código Civil, en su artículo 692, ha dispuesto dos soluciones importantes, aunque, de primera mano, hay que saber que estas son excluyentes entre sí, ellas son: la ejecución forzosa de la obligación incumplida, o bien, la resolución del contrato que pretende la extinción del vínculo y la responsabilidad por daños y perjuicios causados.

Más allá de estos, no existe una disposición jurídica específica que permita perfilar como tal a la responsabilidad civil contractual; en su lugar y para poder abordar con diligencia un caso de estos por incumplimiento contractual, hay que aguardar a los efectos que emanen del mismo contrato para luego, ahora sí, proceder a realizar un estudio según sea el caso en concreto (Alvarado y Quiel, 2010). Para que exista la responsabilidad contractual es necesario que en el suceso concurren, de manera conjunta, los siguientes elementos: un nexo de causalidad o relación de causalidad, la culpa, el dolo, el daño o perjuicio, o relación de causalidad (Harbottle, 1995). De no estar presentes algunos de los anteriores, no podría surgir la responsabilidad que aquí se estudia. Por ende, “tampoco se podría generar una verdadera responsabilidad civil por cuanto no cabría ni la ejecución forzosa del contrato, ni la resolución de este” (Viquez, 2007, p. 32).

Ahora bien, cuando esta responsabilidad provenga de la acción u omisión ilícita de una persona, que tiene como resultado un daño, sin que medie entre las potenciales partes un vínculo obligatorio previo, entonces es ahí cuando se puede intuir que se está ante la denominada responsabilidad civil extracontractual o “culpa aquiliana” como también se le denomina en la rama del Derecho Civil (Calatayud Ponce de León, 2018). La base jurídica de este tipo de responsabilidad se establece por medio del artículo 1045 del Código Civil y siguientes, aunque para los efectos, hay que saber que estas no son las únicas disposiciones que se asignan. Según el autor supra citado, existen otros artículos como, por ejemplo, el 324 y siguientes que también configuran algunas consecuencias de daños y perjuicios sobre bienes y derechos ajenos. Sobre esta misma base, el autor Víctor Pérez, 2010, como se citó en Alvarado y Quiel (2010), explica que el tipo de responsabilidad extracontractual se ajusta al principio general contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Magna, con lo cual este también es uno de sus sustentos legales más importantes.

Por lo que se refiere a sus elementos constitutivos, debe mediar de forma simultánea, lo que es un comportamiento ilícito, el cual perfectamente podría resultar de la culpa, dolo, negligencia o imprudencia; el daño, que puede ser patrimonial, moral o social, y el nexo de causalidad entre los elementos anteriores, es decir, entre el hecho de quien produjo un daño y el resultado lesivo que sufrió la otra parte (Calatayud Ponce de León, 2018). Al respecto de este asunto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en resolución N.º 00460 del 30 de julio del 2003, ha señalado que:

[...] la responsabilidad extracontractual agrupa toda la doctrina de la reparación por daños causados en virtud del incumplimiento de un deber general de

conducta, que establece abstenerse de causar daño a otro. Tratándose de un deber genérico, la responsabilidad surge a partir de su inobservancia.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, y para poder llevar a buen término el tema de la responsabilidad civil, vale la pena detenerse un momento para reconocer que existe una muy marcada diferencia entre las dos subespecies de responsabilidad civil —contractual y extracontractual—, y las funciones a las que están orientadas. En este aspecto, el autor Víctor Pérez, 2007, como se citó en Víquez (2007), sintetiza, por ejemplo, que la responsabilidad contractual tiene la tarea de garantizar al sujeto el mismo importe económico de una prestación, de una actividad o de cooperación de otro sujeto; y, en su lugar, la responsabilidad extracontractual tiende a la tutela de la esfera jurídica subjetiva, frente a las injerencias de otros.

A partir de entonces, podemos decir que resulta complejo el análisis de la responsabilidad civil extracontractual, ya que, como se acaba de introducir, esta se divide en dos formas distintas: subjetiva y objetiva. La responsabilidad subjetiva se basa en criterios de imputación subjetivos, como lo son el dolo y la culpa (Muñoz, 2018). Mientras que, la responsabilidad objetiva o “sin culpa” es aquella que la ley costarricense se encarga de definir como tal para los diversos casos específicos (artículo 1048 del Código Civil costarricense). Un ejemplo de ello es la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley N.º 7472, 1994) que, en su artículo 35, entre otras cosas impone una responsabilidad de igual tipo al comerciante de un bien en mal estado o que causa un daño (Víquez, 2007). Lo mismo que la Ley General de Aviación Civil costarricense (Ley N.º 5150, 1973) la cual, en su artículo 270, dispone que: “El operador de cualquier aeronave civil que vuele sobre territorio costarricense, responderá por los daños y perjuicios que causare a las personas o propiedades de terceros en la superficie territorial”.

Llama la atención que, los criterios de imputación en los que se sustenta este tipo de responsabilidad son menos rígidos que los de la responsabilidad extracontractual subjetiva, pues, ellos ya no están dirigidos a tener que justificarse en un elemento, como lo es la culpabilidad, sino que más bien van encaminados a otros aspectos como el riesgo creado por una actividad lícita (Muñoz, 2018). Para la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución N.º 00578 del 17 de septiembre del 2003, como se citó en Víquez (2007), existen tres elementos constituyentes de la responsabilidad objetiva, a saber: “a) la producción efectiva de un daño de carácter patrimonial; b) una actividad determinada por el ordenamiento jurídico como riesgosa; y c) un nexo causal entre el daño producido y la actividad riesgosa”.

Desde esta perspectiva, se puede interpretar que la responsabilidad objetiva y la teoría del riesgo a la cual se encuentra sujeta, se fundamenta en una amplia idea de justicia social, donde si un sujeto procura un provecho sobre una actividad y esta inevitablemente causa un perjuicio a otro, entonces es ahí, cuando se considera justo que la persona última que obtuvo el beneficio sobre la actividad repare los daños causados por medio de una indemnización (Acosta, 2014). El ordenamiento jurídico costarricense, indistintamente prevé para estos supuestos que la reparación recaiga sobre las personas que puedan y deban reparar tal daño, es decir, “sobre quienes sean los dueños de las actividades riesgosas que normalmente tienen los medios económicos para la reparación de estos, pues han obtenido provecho de la actividad riesgosa” (Viquez, 2007, p. 42).

Régimen legal aplicable al contrato de transporte aéreo internacional y su paralelo con la legislación nacional costarricense

El marco jurídico regulatorio del transporte aéreo internacional se encuentra compuesto por una serie de tratados y convenios internacionales, los cuales tienen como fin principal atender el conflicto de leyes que se suscitaron cuando el transporte aéreo se consolidaba como uno de los mecanismos de transporte más importantes entre las personas del mundo, así como también para fomentar prácticas sanas de mercado en el sector aéreo, y velar por la protección, seguridad e integridad de los pasajeros y su patrimonio (Galicía Pérez, 2019). Bajo estas condiciones, surge de primero —en 1929—, el “Sistema de Varsovia”: un instrumento legal compuesto, encargado de delimitar el tema de la responsabilidad civil que pudiera derivar del contrato de transporte aéreo internacional para transportistas y el régimen de reparación de daños causados a ciertos sujetos, entre ellos, los pasajeros (Navas, 2011).

El gran mérito de este Sistema radica en que el mismo pudo alcanzar la unificación y armonía de los intereses contrapuestos entre los operadores del servicio de transporte aéreo y los pasajeros, así como los sistemas jurídicos anglosajones y romanista. Esto se tradujo en el primer gran paso hacia la internacionalización y uniformidad del Derecho Aeronáutico de aquellos tiempos (Monge, 2013). Aunque claro, también es importante mencionar que el “Sistema de Varsovia” conformado, principalmente, por el Convenio de Varsovia de 1929 y el Protocolo de la Haya de 1955, entre otros, también estuvo cerca de convertirse en el mayor de los perjuicios para las empresas porteadoras y todo lo que esto involucra, ya que, la protección que de allí se derivaba iba encaminada hacia una sola dirección, la cual era la de resguardar al transportador y su patrimonio de las altas indemnizaciones por daños a otros (Monge, 2013).

No obstante, por lo novedoso del transporte aéreo, los riesgos de accidentes con consecuencias fatales eran muy altos, las demandas por daños y perjuicios también lo eran, lo que

lamentablemente implicaría la quiebra de las empresas y el desencanto hacia el transporte aéreo (Monge, 2013). Por este y otros motivos, como el aseguramiento integral de los intereses de los usuarios del transporte aéreo internacional, o bien la inclusión de nuevas causales de responsabilidad, cancelación o suspensión del vuelo, es que tuvieron que redireccionarse las disposiciones del Convenio de Varsovia de 1929 a un instrumento más actualizado y con mayor alcance como, por ejemplo, el Convenio de Montreal de 1999 (Galicia Pérez, 2019).

Actualmente, este cuerpo normativo —Convenio de Varsovia de 1929— constituye una de las principales fuentes del derecho aéreo internacional privado, por no decir que, es la base de las relaciones contractuales entre el porteador y el usuario (Galicia Pérez, 2019). Además, es importante saber que la responsabilidad del transportista aéreo —en el ámbito internacional— se ha prefijado en el tipo de responsabilidad contractual, pues, esta se motiva en un acuerdo celebrado entre el transportista y el pasajero, donde se establece la necesidad-obligación de trasladar vía aérea, al pasajero, de un lugar a otro (Ramírez, 2010). Lo anterior así lo confirma el artículo 17, inciso 1), del Convenio de Varsovia, el cual indica:

El transportista será responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal del pasajero por la sola razón de que el hecho que las haya causado se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque.

Más adelante, en el artículo 19, se dispone de una nueva causal de responsabilidad civil, imputable al porteador aéreo, que es el retraso en transporte de pasajeros, mercancías o equipaje. En este aspecto, hay que advertir nuevamente al lector que, de los artículos antes transcritos, se deriva la idea de que el Convenio de Varsovia se funda en un sistema de responsabilidad subjetiva, o sea, de una responsabilidad que está orientada en la culpa del transportista por el incumplimiento de sus obligaciones; es la prueba de debida diligencia la única forma para que la responsabilidad no recaiga sobre el transportista, o en su lugar, que el porteador aéreo logre probar que el pasajero en cuestión tuvo participación en el daño que a él mismo se le produjo, o que la acción tendiente a cobrar la respectiva indemnización no se interponga en el plazo —de dos años— que la ley establece (Ramírez, 2010).

Otras de las disposiciones tendientes a llamar la atención son, por ejemplo, las que tienen que ver con el tema de los límites al monto de las indemnizaciones, los montos diferenciados a los establecidos por el convenio y la acción propia de responsabilidad. En el caso

concreto de los límites al monto de indemnización, lo que se ha establecido es que, cuando un determinado daño sí se ajusta a alguno de los supuestos por medio de los cuales se atribuye la debida responsabilidad al porteador, entonces este deberá indemnizar el daño causado (Navas, 2011). Los montos de dicha indemnización rondan los 125 000 francos oro Poincaré, aproximadamente 8 300 dólares de los Estados Unidos de América (en adelante, por sus siglas, USD) por pasajero muerto o herido y de 250 francos oro, aproximadamente 20 USD, por kilogramo de carga o equipaje (Castillo, 2014). En este punto, cabe aclarar que “los montos expresados en francos hacen referencia a la moneda hipotética llamada Franco Oro Poincaré, llamada así en honor a su inventor y que no tiene curso legal en ningún país” (Viquez, 2007, p. 98).

Retomando el tema de las indemnizaciones, hay que poner de manifiesto el hecho de que los montos indemnizatorios no contemplan entre sus líneas el objeto por retraso en el transporte aéreo, únicamente, lo plantean para temas de daños al pasajero y al equipaje o mercancías, lo que hace pensar que, quizás, los legisladores de aquel tiempo lo dejaron previsto dentro del espacio en donde se establece que la responsabilidad civil del porteador se limita a la cifra de 125 000 francos, pues, de lo contrario no existiría una razón congruente para justificar que no lo expusieran explícitamente (Viquez, 2007). Referente a los montos indemnizatorios diferenciados, interesa saber que, si logra tener noticias de que el transportista actuó de forma dolosa o culposa, entonces las cifras antes dichas, podrán exceder su límite máximo (artículo 25). Lo mismo sucede si dentro de la relación contractual, el porteador aéreo decide unilateralmente levantar su límite indemnizatorio por uno mucho más elevado que beneficie al usuario; lo que, si debe quedar completamente claro, es que dicho límite nunca podrá ser menor al acuerdo entre partes (artículo 23).

Finalmente, la acción de responsabilidad solo puede llevarse a cabo de acuerdo con lo estipulado por el Convenio de Varsovia en el artículo 24, inciso 2), el cual, entre otras cosas dispone que:

[...] cualquier acción por daños, ya se funde en el presente Convenio, ya en un contrato, ya en un acto ilícito, ya en cualquier otra causa, solamente podrá ejercitarse de acuerdo con las condiciones y límites de responsabilidad previstos en el presente Convenio.

Por lo demás, este mismo artículo sugiere que no se va a prejuzgar sobre la cuestión de qué personas tienen o no el derecho accionar a favor de la persona dañada ni de sus respectivos derechos.

Una vez clarificado todo este panorama, es posible darse cuenta por qué es que, con el pasar de los años, se hizo tan necesario el hecho de crear un nuevo ordenamiento jurídico internacional que permitiera sustituir a las normas que integraban el Sistema de Varsovia [recordemos que son el Convenio de Varsovia, Protocolo de la Haya, y demás], pues, estas ya no estaban respondiendo correcta ni integralmente a las situaciones o requerimientos más importantes de las personas usuarias del transporte aéreo. Al mismo tiempo que, por “el hecho de que el transporte aéreo fuera de carácter universal, él mismo urgía de una armonización de regímenes jurídicos, sociales y económicos que para el momento del presente convenio, eran muy diferentes entre sí” (Navas, 2010, p. 617). Por ello, surge el 28 de mayo de 1999, en la ciudad de Montreal, el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional también conocido como Convenio de Montreal de 1999.

Entre las reformas que incluye este texto, hay que citar que el mismo se estructura sobre la base del contrato de transporte aéreo. Esto es que el Convenio de Montreal tiene su ámbito de aplicación entre partes, es decir, pasajeros y transportistas o expedidores y transportistas; sin embargo, se vuelve a recordar que a efectos de esta investigación solo se toman en cuenta los primeros (Castillo, 2014). El tema de la responsabilidad entre partes surge principalmente del incumplimiento contractual de las obligaciones, por lo que acá también se puede afirmar que corresponde a la responsabilidad del tipo contractual como sucedía con el Convenio de Varsovia (Castillo, 2014). Los supuestos de responsabilidad se dividen en tres vertientes distintas: la primera es por retraso en el transporte (artículo 19); la segunda, por demora en la entrega, pérdida o daños en el equipaje —que no corresponde al tema, pero igual es importante conocerla— (artículo 18); y la tercera, por lesiones o muerte en caso de accidente (artículo 17).

Como punto de partida, el Convenio de Montreal de 1999 también se inspiró en el deseo de poder garantizar una mayor protección de los derechos a los usuarios, por lo cual, tomó como base los principios generales de responsabilidad objetiva, pero con ello se establece una cierta cantidad determinada y, en el tanto de que sea el transportista quien deba cancelarla; aplicación del principio de culpabilidad basado en la responsabilidad subjetiva ilimitada, para aquellas cantidades que excedan de la suma establecida para la responsabilidad objetiva; posibilidad de exoneración, total o parcial, de responsabilidad por parte del trans-

portista, en montos que excedan la cantidad de la responsabilidad objetiva si prueba que la negligencia u otra acción u omisión de la persona que pide la indemnización es la causante del daño; se determinó la obligación de un pago anticipado para el transportista, en los casos de accidentes que causen muerte o lesiones, para cubrir las necesidades más inmediatas de las víctimas (Sánchez, 2015). Dicho pago solo se realiza si la ley nacional del país así lo establece (Mapelli, 2010 como se citó en Ramírez, 2010).

En este sentido, solo resta acotar que la gran virtud del Convenio de Montreal es la uniformidad del régimen de responsabilidad aplicable a las compañías aéreas. Dicho, en otros términos, esto es que, gracias al Convenio ya antes citado, se pudo superar la dispersión y obsolescencia normativa que se había creado con el Sistema de Varsovia. Aunque, sí es de reconocer que el artículo 55 dejó entreabierto un acceso para que se pueda recurrir a una especie de sistema mixto en el que conviva el antiguo régimen con el nuevo (Castillo, 2014).

En la legislación costarricense, el tema de la responsabilidad civil que deriva del contrato de transporte aéreo para el transportista, sea por incumplimiento contractual, retrasos, daños o muerte de personas, se encuentra expresamente regulado por la Ley General de Aviación Civil de Costa Rica (Ley N.º 5150, 1973) y el Código Civil como norma general (Jiménez, 2015). Los casos en donde deba existir una indemnización están regulados por el artículo 256 de la Ley, pues, allí establece un límite mínimo de doscientos cincuenta salarios mínimos. En caso de confirmarse la muerte de la persona, lo procedente es depositar la suma de dinero en el juzgado civil correspondiente, para que sea el juez quien lo distribuya entre los acreedores del fallecido, sin necesidad de trámite sucesorio.

Cuando se tenga noticia o se compruebe que el daño fue causado por dolo o culpa de un tercero entonces el juez puede considerar si eleva el monto de los 250 salarios mínimos o si los mantiene (artículo 258). En lo que respecta, las partes pueden pactar si elevar o no la cifra por límite indemnizatorio. Un aspecto importante, es que, también se da paso a la exoneración del transportista, si es el pasajero quien se auto lastima por falta de un deber de cuidado o imprudencia (Jiménez, 2015). Finalmente, cabe agregar que, la empresa está obligada a reparar cualquier daño que se produzca por concepto de retraso en el transporte; no obstante, si la razón de ser de ello es por un tema de protección a la vida humana, seguridad, condiciones meteorológicas, caso fortuito o fuerza mayor, entonces estos no van a ser considerados como una causal violatoria del contrato de transporte, y, por ende, tampoco van a generar ningún tipo de responsabilidad (artículo 267). La responsabilidad por retraso está limitada, a una suma equivalente al 50 % del precio del boleto aéreo (artículo 268). Cualquier reclamo

con motivo de un retraso debe hacerse dentro de los ocho días siguientes, al momento en que ocurrió el hecho, que provocó el retraso (artículo 269).

Conclusiones

Luego de haber realizado una exhaustiva exposición sobre el tema del contrato de transporte aéreo de pasajeros y su régimen de responsabilidad, es posible concluir, entre otras cosas que el contrato de transporte aéreo es un instrumento legal por medio del cual queda plasmada la voluntad de las partes de responder a una obligación a cambio de otra. Por su parte, el servicio de transporte aéreo se presta en un régimen de libre competencia, siendo la función principal de los transportistas el traslado vía aérea de los pasajeros, sus equipajes, a un lugar distinto del que se encuentran y de acuerdo con los términos pactados al momento de la contratación.

Actualmente, existen diversos cuerpos normativos que se encargan de regular la materia. Por ejemplo, en Costa Rica, el transporte aéreo se encuentra regulado por la Constitución Política, los Convenios Internacionales, las leyes y por último los reglamentos. En el ámbito internacional, también se ha trabajado por ajustarse al principio de internacionalización y unificación del derecho aeronáutico, lo cual, ha dejado como resultado una serie de convenios y tratados internacionales importantes. Aunque, la lucha sigue, es imperante que los estados del mundo sigan construyendo conjuntamente en pro de una reforma de protección más integral que se adapte a las nuevas necesidades de las personas. Pues, como es evidente, aún siguen existiendo irregularidades o vacíos legales que tienden a incrementar el descontento de la población sobre la calidad del servicio y los riesgos susceptibles de dañar a las personas con motivo de sus operaciones.

Referencias

- Acosta, S. (2014). *Responsabilidad objetiva: Una propuesta de modernización legislativa al régimen de responsabilidad civil por actividades peligrosas*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de los Andes, Colombia]. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/16457/u686761.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Alvarado, M., Quiel, J. (2010). *Responsabilidad civil en las relaciones precontractuales, contractuales y post contractuales según la ley de la promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/RESPONSABILIDAD-CIVIL-RELACIONES-PRECONTRACTUALES-CONTRACTUALES-Y-POST-CONTRACTUALES.pdf>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1969). *Convenio sobre Transporte Aéreo Internacional (Ley N° 4462)*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=34320&nValor3=36185&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1973). *Ley General de Aviación Civil*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=13332
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1973). *Ley General de Aviación Civil (Ley N° 5150)*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=13332
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1994). *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley N° 7472)*. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2011). *Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional (Convenio de Montreal 1999)*. (Ley N° 8928). http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69952&nValor3=84232&strTipM=TC
- Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica. (1949). *Constitución Política*. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871
- Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA) y Oxford Economics. (2018). *Beneficios Económicos del Transporte Aéreo en Costa Rica*. <https://www.iata.org/contentassets/bc041f5b6b96476a80db109f220f8904/costa20rica20-20sp.pdf>
- Baudrit, D. (2000). *Teoría general del contrato*. (3ª. ed.). San José. Editorial Juricentro.
- Bonilla, C. (2019). *La importancia del transporte aéreo para Centroamérica*. LinkedIn.com. <https://www.linkedin.com/pulse/la-importancia-del-transporte-a%C3%A9reo-para-carlos-bonilla/>
- Calatayud Ponce de León, V. (2018). *Curso de obligaciones*. (2ª. ed.). Editorial Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología.
- Campos Díaz, M. (2000). *Concepto de Responsabilidad*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/5.pdf>
- Castillo, Y. (2014). *Tipologías contractuales en el derecho aeronáutico régimen de responsabilidad del transportista*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/TESIS_DE_YAMI_CASTILLO_UCR_lista_92.pdf

- Comisión Económica para América Latina, CEPAL. (2017). Transporte aéreo como motor del desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe: retos y propuestas de política. *Boletín Fal*, No. (7)359, p. 1-11. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43411/1/S1800006_es.pdf
- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. (1885). *Código Civil, Ley N.º 30*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437
- Cubero, A. (2018). Aviación aporta cerca de \$1.400 millones a economía nacional. *La República.net*. <https://www.larepublica.net/noticia/aviacion-aporta-cerca-de-1400-millones-a-economia-nacional>
- Damazio, D. (2021). Súplicas de la aviación tica al próximo gobierno. *Delfino.cr*. <https://delfino.cr/2021/06/suplicas-de-la-aviacion-tica-al-proximo-gobierno>
- Escobar, M. (s.f.). *La contratación electrónica como instrumento jurídico de facilitación en el contrato de transporte aéreo de pasajeros y mercaderías*. [Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho, Universidad Pablo de Olavide]. <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2882/escobar-saavedra-tesis16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ferrer, B. (2013). *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad. Un análisis de la jurisprudencia española*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid. https://books.google.co.cr/books?hl=es&lr=&id=AupzCwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA20&dq=responsabilidad+del+transportista+en+los+contratos+de+transporte+aereo+de+pasajeros&ots=kJyro2aEy3&sig=dmPDxS1mSwAxccrGK0EzRqjKV-DI&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

- Galicia Pérez, J. (2019). *La responsabilidad civil del transportista aéreo y la protección de los pasajeros en México*. Universidad de Juárez Autónoma de Tabasco. file:///C:/Users/STEPHANIE/Downloads/La_responsabilidad_civil_del_transportis.pdf
- Harbottle, R. (1995). *La posibilidad de acumular responsabilidad civil contractual y extracontractual*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. file:///C:/Users/STEPHANIE/Downloads/responsabilidad_civil_contractual.pdf
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*. McGrawHill. <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1983). *Enciclopedia jurídica mexicana*. México-Porrúa. Universidad Autónoma de México, t. II, p. 291. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1169/11.pdf>
- Jiménez, A. (2009). *El contrato de transporte aéreo de pasajeros ¿Quién es la parte débil?* [Tesis para optar por el grado de Especialista en Derecho Comercial, Universidad de la Sabana.] https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/34954436/122303-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1658357116&Signature=eTS0oCmmhvt126WG-bqPIMFETsB6eIHpUJ~qdm-Bqbjb6o2~t8l-qUVsQorMdSobtdyae9cGi8W42MfKv9t0TU9jEiRp6Vx~sREjjRLJg~-B6WozOaY-W3Xn3FtnE9sgCT~rSLiCYBE88OjKp-anlkFD9MNRuVKtX1J7AVu-BKR3adlqrGixWtAegKnJ9IKsPMQCdteMFqrbFSJH3j0rAJvOnY5WrKt0lunbdmT-QUkwqz0blkrCwWM-KZ6MdMn1t7-dyUeEW5S3ts3X-nRWtY4zraFfkawBb2F4Sv47Gd-VaeJU12RjnlQJIN2jIBcChHmDMMQHgzZHTtKJzn793MXQ__&Key-Pair-Id=APKA-JLOHF5GGSLRBV4ZA

- Jiménez, J. (2015). La responsabilidad civil en el transporte aéreo. *Revista de Ciencias Jurídicas* N° (141), p. 31-62. file:///C:/Users/STEPHANIE/Downloads/27817-Texto%20del%20art%C3%ADculo-75671-1-10-20170126.pdf
- Monge, R. (2013). Responsabilidad en el contrato de transporte aéreo internacional. *Revista Judicial*, No. 110, 129-153. file:///C:/Users/STEPHANIE/Downloads/responsabilidad%20en%20el%20contrato%20de%20transporte%20aereo%20(1).pdf
- Montero Piña, F. (1999). *Obligaciones*. Premiá Editores.
- Muñoz, C. (2018). *Análisis jurídico de la jurisprudencia de la sala primera en materia de responsabilidad civil objetiva frente al consumidor: alcances, límites y fundamentación*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2019/05/TE-SIS-Carolina-Mu%C3%B1oz-Gonz%C3%A1lez.pdf>
- Navas, M. (2011). La responsabilidad civil del transportador aéreo: un análisis paralelo del régimen legal internacional con la ley colombiana. *Vniversitas* (122), p. 603-636. <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n122/n122a19.pdf>
- Ponce de León Castañeda, J. (2015). *El contrato de transporte aéreo y marítimo, su regulación internacional*. [Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid]. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/53996/1/5322940752.pdf>
- Ramírez, F. (2010). *Los derechos de los pasajeros en el contrato de Transporte aéreo. Tendencias y perspectivas actuales*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Los-Derechos-de-los-Pasajeros-en-el-Contrato-de-Transporte-A%C3%A9reo.pdf>
- Real Academia Española, RAE. (2022). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/contrato>

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2003). *Resolución N° 00460 - 2003*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-243256>
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2014). *Resolución N° 00412 - 2014*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-606192>
- Sánchez, J. (2015). *Revisión actualizada del contrato de transporte aéreo de pasajeros*. [Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid]. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/33076/1/T36375.pdf>
- Universidad Naval de México. (s. f.). *Metodología de la investigación*. Secretaría de Marina. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/133491/METODOLOGIA_DE_INVESTIGACION.pdf
- Villavicencio, P. (1975). *El contrato de transporte aéreo internacional y nacional*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. [file:///C:/Users/STEPHANIE/Downloads/transporte_aereo_en_el_comercio_internacional%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/STEPHANIE/Downloads/transporte_aereo_en_el_comercio_internacional%20(2).pdf)
- Viquez, C. (2007). *Análisis de la responsabilidad civil del transportista aéreo por daños causados a los pasajeros: críticas y propuestas al Convenio de Montreal de 1999*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/Analisis-de-la-responsabilidad-civil-del-transportista-aereo-por-danos-causados-a-los-pasajeros.pdf>
- Zaglul Fiatt, S. (2010). *La aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente en los contratos de suministro*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/EXCESIVA-ONEROSIDAD-SOBREVINIENTE-CONTRATOS-SUMINISTROS.pdf>

El impacto del *blockchain* en el sistema financiero costarricense

The impact of the Blockchain on the Costa Rican financial system

Natalia Ulloa Arias¹

Resumen

Ante un mundo en constante innovación tecnológica, el país debe encontrar maneras de adaptarse a estos cambios; y, por consiguiente, regular los virajes que afectan la economía. La modernización de los sistemas financieros recae en sistemas como el del *blockchain*, que se define como “el libro contable donde se registra cada una de las transacciones”. Por este medio se otorgan beneficios como la transparencia, que afectaría tanto al sector público como al privado, brindando un mejor control y seguridad sobre los usuarios y sobre las transacciones realizadas, pudiendo, de este modo, impedir la evasión fiscal y obtener una mejora en la finanza estatal. Otro beneficio es que se pueden prevenir delitos organizados como el lavado de dinero, que se origina por medio del actual “secreto bancario”, figura que será eliminada al implementar instrumentos de seguridad en línea dentro de las empresas reguladas por internet, como lo son las Fintech. Por esta razón, Costa Rica cuenta con la particular necesidad de consolidar una regulación adaptada a este tipo de servicios de pago electrónico, como sucede en países con derechos similares al nuestro; por ejemplo, en México, Panamá y España, países que regulan las empresas Fintech para que no tengan una condición de banca descentralizada irregular.

Palabras clave

Sistema financiero, ente fiscalizador, economía, CONASSIF, SUGESE, secreto bancario, *blockchain*, criptomoneda, FinTech, evasión fiscal.

Abstract

Given a world that is innovating towards technology, Costa Rica must find ways to adapt to it and, therefore, regulate the changes that affect the economy. The modernization of financial systems falls through systems such as Blockchain, which is defined as “the accounting book

1 La autora es abogada incorporada al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.
Correo electrónico: nulloaa666@gmail.com

where each of the accounting book where each of the transactions is recorded”, thereby granting benefits such as transparency that would affect both the public and private sectors; providing better control and security over users and transactions made, thus being able to prevent tax evasion and obtain an improvement in state financing. In addition, to prevent organized crimes such as money laundering that originates through the current “bank secrecy”, figure that will be eliminated when implementing online security instruments, within companies regulated by the internet such as Fintech. Reason why Costa Rica has the particular need to consolidate a regulation adapted to this type of electronic payment services, as in the case of countries with similar rights to ours, such as Mexico, Panama and Spain, which regulated Fintech companies so they did not have irregular decentralized banking status.

Keywords

Financial law, Tax Law, financial system, financial entity, economy, CONASSIF, SUGESE, Bank secret, blockchain, cryptocurrency, FinTech, tax evasion, principle of transparency.

Introducción

La estructura del sistema financiero nacional ha sido producto de constantes evoluciones que parten desde el siglo XIX, a modo de funcionamiento de la rentabilidad bajo un control monetario ante un país que se moldeaba como figura agroexportadora. Su objetivo se basaba en expandir su desarrollo y, por ende, tener una institución central administradora-fiscalizadora, para no ser una nación dependiente de la economía internacional (Brenes, 1990.).

Durante los últimos treinta años, Costa Rica ha cambiado constantemente la “estructura, conducta y desempeño del sistema financiero costarricense” (Loría, 2013, p. XIII), con el fin de obtener avances en la economía nacional con conductas enfocadas en estrategias políticas y económicas tanto nacionales como internacionales. No obstante, Castro (1984) menciona que, a partir de la crisis económica mundial de 1929, se repercute sobre la necesidad de “reformular nuestro sistema bancario mediante una legislación que unifique a todos los bancos, ordenando las funciones recargadas sobre el banco internacional de Costa Rica, y lograr entonces afrontar futuras crisis económicas” (Castro, 1984, p.3).

José Figueres (como se citó en Castro, 1984, p. 5) argumenta que “la administración del dinero y del crédito no debe estar en manos particulares. Es el Estado órgano político de la nación, a quien corresponden esas funciones vitales de la economía”. Consecuente a ello, se promulga la Ley de Consolidación Jurídica y Financiera de Nacionalización de la Banca (Junta Fundadora de la Segunda República, 1948), que manda en su artículo primero: “Nacionalíce-

se la banca particular. Sólo el Estado podrá movilizar, a través de sus instituciones bancarias propias, los depósitos del público”.

Brenes (1990) expone que el propósito inicial de la nacionalización “fue ponerlo al servicio de la producción nacional, con miras a promover el desarrollo” (p.13); sin embargo, realmente desde el comienzo de la formación del sistema financiero costarricense, existen teorías que afirman que no se cumple con la función planteada, sino con una versión capitalista criticada por su errónea administración.

A modo de aclarar, Ureña (1992) menciona que “algunos no concuerdan con que el Estado sea necesariamente el ente más capacitado para servir al público” (p.23), ya que la nacionalización bancaria impedía que aquellos bancos que aún trabajasen como privados recibieran depósitos de la población, realizando trabas en la generación de garantías bancarias.

A partir de 1972, con la promulgación de la Ley de Regulación de Sociedades Financieras de Inversión y de Crédito Especial (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1972) de carácter no bancario, se inicia un renacimiento en la actividad bancaria de orden privado. De esta manera, se crean entidades bancarias de manera acelerada, especialmente a partir de 1982, año en que la AID, por medio de CODESA, facilitaba dinero a la banca no estatal (Castro, 1984).

Entonces, experimentando la economía costarricense, y según Loría (2013), un cambio estructural de un “monopolio estatal de mercado a estructuras de naturaleza oligopólica” (p. XIII), basado en un exceso de normativa que resulta contraproducente, genera incentivos para buscar formas de evadir la regulación.

Se entiende el objeto de la nacionalización bancaria como justificación a la necesidad de un control central; asimismo, se refutaba en contra de la pérdida, no solo de comercialización, sino del principio de transparencia, al ser el Estado administrador único de la economía nacional.

Posteriormente, se crea la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Asamblea Legislativa, 1953), la cual define las funciones esenciales de los bancos del país y en su numeral segundo dispone: “y por formar tales instituciones parte de la Administración Pública están obligados a actuar conforme al ordenamiento jurídico (...) se encuentran sujetos al principio de legalidad”.

Contrario a lo previamente establecido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia destaca la sentencia número 00822, del 22 de setiembre de 2003, sobre un recurso de Casación a causa de un peculado en modalidad de “sustracción y distracción de dineros o bienes públicos, conforme a nuestra legislación, no exige necesariamente ya sea como elemento subjetivo del injusto, o bien como elemento objetivo del tipo, el aprovechamiento propio o a favor de terceros de esos dineros o bienes públicos”.

De lo anterior, lo primordial debe ser la mejora de la eficiencia del sistema financiero bajo el control y la supervisión de esta, ya que, aunque se creyera que el Estado era la mejor tutela del financiamiento público, las responsabilidades recayeron sobre los funcionarios involucrados.

El objeto de esta investigación no es definir un sistema financiero fortalecido como aquel libre de cualquier delito corruptivo o de enriquecimiento ilícito, sino entender que, en años pasados, Costa Rica entendía que el sistema financiero era mejor si se manejaba solo en manos estatales. Lo anterior era precisamente la debilidad del país, como Brenes (1990) mencionó: “William Hayde en 1982 analizó el funcionamiento del sistema, mostró sus límites, rebasados por la ineficiencia e hizo hincapié en la necesidad de modificarlos” (Brenes, 1990, p.12).

El análisis del sistema bancario nacional ha atraído la atención de muchos investigadores y ha sido objeto de estudio desde muchas perspectivas, que, en forma general, podrían dividirse en dos vertientes; los que se han dedicado a su defensa, en un ejercicio de historia apologética y la corriente técnica, de los economistas que han explorado el campo desde puntos de vista muy específicos (Brenes, 1990, p. 12).

Por otra parte, al Costa Rica encontrarse dentro de la sincronía económica, es decir, al estar dentro de una interconexión entre las economías de todos los países, el país resulta dependiente de las situaciones financieras internacionales, por lo cual, se denota un riesgo a la estructura económica del país. Barria (2018) menciona que “esto quiere decir que aún con mayor razón se debe contar con un sistema financiero independiente y fuerte, el cual no se derrumbe ante crisis mundiales” (p. 5). Más adelante, el mismo autor concluye que “lo difícil es diseñar políticas óptimas que amplifiquen los **efectos positivos de la apertura comercial** y, al mismo tiempo, prevengan los efectos negativos de mercados altamente interrelacionados” (Barria, 2018, p.5).

A partir de 1985, Costa Rica logra reformar el modelo de sistema financiero por medio de un sistema de regulación y supervisión adecuado, ante la liberación económica del país, atacando el comercio exterior, rompiendo el monopolio estatal, creando la banca comercial privada, fortaleciendo el mercado de valores, entre otros. (Loría, 2013)

Aspectos conceptuales y funciones del sistema financiero

Ahora bien, respecto al análisis de la historia evolutiva del sistema financiero costarricense, resulta necesario plantearse la siguiente interrogante: ¿qué es un sistema financiero? Loría (2013) lo define como “una red de mercados en donde se crean, intercambian y destruyen activos y pasivos financieros y se prestan servicios financieros (...) tiene sus propias instituciones, insumos, marcos jurídicos para llevar a cabo una serie de servicios” (p. 2). El sistema financiero se ve fraccionado en dos mercados: el mercado de dinero y mercado de capitales.

En el primero se realizan transacciones de corto plazo, como el financiamiento del capital de trabajo de las empresas o las necesidades de consumo de los ciudadanos. En el segundo se lleva a cabo operaciones de mediano y largo plazo, como el financiamiento de obras de infraestructura. Estos dos componen un sistema bancario, por medio de la captación y movilización del ahorro financiero (Loría, 2013, p. 2).

Es necesario entender las funciones de un sistema financiero para así poder evaluar los procedimientos que recaen como responsabilidad de la banca costarricense y cuales no son delegaciones destinadas a la misma.

a) Monetización de la economía: la monetización de la economía es un procedimiento mundialmente aceptado, ya que, como lo explica Fallo (2011), es un instrumento utilizado para generar dinero por medio del Banco Central, en que el Estado obtiene de forma directa o indirecta un préstamo.

Es un préstamo directo cuando los fondos van directamente al gobierno; por ejemplo: el pago de una deuda pública. Por otra parte, el préstamo indirecto consiste en una relación de tres partes, que comienza cuando el gobierno solicita un préstamo a un agente privado y luego este, posteriormente, acude al Banco Central. En otras palabras, el crédito del banco lo recibe un agente privado que previamente le había prestado dinero al gobierno.

Por ende, se entiende que la función del sistema financiero de monetización es la generación de dinero y el movimiento que se le da al mismo por medio de intermediación financiera.

b) Intermediación financiera: relacionada con el punto previo, la intermediación financiera consiste en la relación de tres partes, en que “el intermediario es quien se encarga de poner en relación al que tiene oferta de algún bien con el que tiene demanda de este bien” (Medina y Pacheco, 2010, p. 173).

La Procuraduría General de la República ha dicho lo siguiente en relación con la intermediación financiera: “En términos amplios la intermediación financiera es la canalización del dinero captado de los entes superavitarios a los entes deficitarios mediante el crédito.”

Loría (2013) comenta que en “ausencia de un sistema financiero (autofinanciamiento) ahorrantes e inversionistas incurrirían en altos costos si tuvieran que contactarse unos con otros por su propia cuenta, o eventualmente podrían no entrar en contacto con lo cual tanto ahorrantes como inversionistas perderían” (p.3).

Dentro de la jurisdicción costarricense, y ante este caso de procedimientos de intervención financiera, el sistema aporta una distinción bancaria a favor de los involucrados. Este diferencial recae sobre “la tasa pasiva y activa deje un margen que les permita no solo cubrir el costo de captación sino los gastos e impuestos, de la manera que el intermediario obtenga una ganancia real” (Medina y Pacheco, 2010, p. 173), en que el intermediario el Estado costarricense.

c) Administración de riesgos: la rentabilidad de la economía estatal está relacionada de forma directa o indirecta con los movimientos de los mercados tanto nacionales como internacionales. Por ende, Marino *et. al.* (2002) explican que se ha tornado cada vez más relevante poder anticipar las posibles variaciones de las tasas de interés, las cotizaciones de las acciones, tipos de cambio, entre otras.

Cuando se habla de riesgos o siniestros se refiere a sucesos inesperados, empero, en el tema económico específico, se puede hacer referencia de riesgos de mercado, de crédito, de liquidez, riesgos de operaciones y riesgos legales. Además, Marino *et al.* (2002) citan a Jorion (1999), quien define un riesgo legal como “cuando una contraparte no tiene la autoridad legal o regulatoria para realizar una transacción” (p. 89). Por ello, depende de un sistema financiero poder construir un instrumento integral sobre riesgos y evitar de antemano que los riesgos controlables, como el de operaciones y el legal, sucedan.

d) Servicios de apoyo fiscal: bajo la tesis que Loría (2013), se expone que estos servicios tienen como función de los sistemas tributarios presentar vulnerabilidades y dificultades de acceso a los mercados financieros internacionales.

El sistema tributario costarricense, derivado del sistema financiero, rige su relación internacional por medio del principio de doble imposición, prohibiendo gravar por el mismo objeto a otros países. El Ministerio de Hacienda pública los convenios que existen con varios países para poder intervenir sobre los gravámenes realizados entre los relacionados. Igualmente, existen los conocidos internacionalmente como Núcleos de Apoyo contable y fiscal, “por parte de la administración tributaria (...) a los contribuyentes para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales” (Gutiérrez, 2010, p. 1).

Resulta de gran relevancia mencionar las funciones del sistema financiero para poder así aclarar que este no solo está relacionado con el crecimiento económico del país, sino que es uno de sus determinantes. Se analiza que, un país cuya economía deba ser reactivada, tiene la necesidad de generar con urgencia mecanismos de fiscalización, de control y de eficacia como posible solución al nivel de endeudamiento que existe actualmente en la nación (Loría, 2010).

El sistema de fiscalización de Costa Rica se centra en la rendición de cuentas sobre la distribución de los impuestos que la ciudadanía paga constantemente. En su publicación del 2002, se afirma que: “se pretende que la Contraloría General de la República sea más efectiva en la tarea de suministrar a la sociedad costarricense información confiable y actualizada sobre la forma en que el estado obtiene y distribuye sus ingresos”.

El Sistema Financiero Costarricense se ve avalado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (en adelante, y por sus siglas, CONASSIF) “cuyo fin es dotar de uniformidad e integración a las actividades de regulación y supervisión del sistema financiero”. Este fin se logra por medio de distintas superintendencias, entre las cuales, la más importante a mencionar es la SUGEF (Superintendencia General de Entidades Financieras), institución que vela por la estabilidad, la solidez y el funcionamiento eficiente del sistema financiero nacional; además, fiscaliza las operaciones y actividades de las entidades bajo su control.

Costa Rica, por medio de la SUGEF, tiene la posibilidad de controlar y supervisar las empresas comerciales; sin embargo, previamente se mencionaron aquellas que carecen de regulación, es decir, aquellas que no están sujetas a la normativa de la Superintendencia. Por esto,

la SUGESE plantea la necesidad de regular a los mercados “con los mismos requisitos que los bancos, cooperativas y demás entidades del sistema financiero nacional” (Cisneros, 2016).

Cabe destacar que CONASSIF, a inicios de este año, comenzó un proceso de reformas normativas a favor de la mejora de condiciones crediticias “con el fin de determinar los ajustes necesarios para mantener la estabilidad del sistema financiero en medio de la realidad económica, crediticia y financiera del país” (CONASSIF, 2019) expresado de la siguiente manera

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) aprobó en setiembre pasado el Reglamento de Información Financiera (RIF), el cual entrará en vigencia el 1° de enero de 2020 y actualizará la base contable regulatoria con el propósito de avanzar en la adopción de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) con sus textos más recientes, y favorecer la comparabilidad y lectura de la información financiera de las entidades, grupos y conglomerados financieros nacionales, tanto para interesados nacionales como extranjeros. La transparencia financiera que permiten las NIIF ha convertido su adopción en una prioridad para múltiples organismos internacionales, incluyendo la OCDE, a la cual el país busca adherirse. (CONASSIF, 2019)

La responsabilidad de identificar la problemática que el país está viviendo actualmente referente a la economía, y así poder destacar como posibles soluciones normativas actualizadas que regulen debidamente las finanzas nacionales, es un gran paso para poder tener el sistema financiero indicado.

Tipos de sistema financiero

Loría (2013) resalta la existencia de un mercado fraccionado en mercado de dinero y de capitales, y también destaca la posible división del mercado económico en sistema financiero informal (también conocido como descentralizado) y el formal. Este mismo autor indica que el sistema financiero formal es el sistema de banca tradicional. Por otra parte, y en sus palabras, “existe un mercado de valores, un sistema financiero informal no regulado, cooperativas de ahorro, prestamistas individuales” (Loría, 2013, p.41) entre otros, que pese a su sistema no regulado influyen en el crecimiento de la banca formal.

Adjunto a ello, Loría (2013) expone que “de un total de setenta y seis intermediarios informales existentes, solo treinta y uno están bajo la supervisión de la Superintendencia General

de Entidades Financieras (SUGEF)” (p.41), cuantificando, por ende, una mayoría notoria que no solo se encuentra como intermediario no regulado, sino que se presume una afectación al crédito de la economía.

Ahora bien, Frey (2019) menciona que uno de los modelos financieros no tradicionales o descentralizados (de los cuales, se habló previamente) es el *Blockchain*, siendo aspecto negativo dentro de esta investigación, decir que este instrumento se encuentra “fuera del control de intermediarios como las empresas y los gobiernos”. Verbigracia, continúa Frey (2019): “llega un nuevo jugador a una industria innovando con alta tecnología y termina tomando control disruptivamente de esta, mientras los jugadores legales no responden a tiempo” (p.16). En relación con lo anterior, la Secretaría de Gobierno de los Estados Unidos de México menciona que “las tecnologías que fomentan la descentralización como el *Blockchain*, modificaran aún más el panorama respecto a la forma en que se prestan los servicios financieros en los años venideros”.

Secreto bancario

En la actualidad, se ha escuchado hablar a las entidades financieras sobre el llamado secreto bancario. Mata y Peña (2011) explican que el secreto bancario es el que: “Prohíbe a las entidades bancarias revelar información a terceros sobre los contratos que a los que han llegado a acuerdo con sus clientes” (p.87). Por su parte, Rubí (2010) define lo siguiente:

El secreto bancario es el instituto garante de la privacidad en la información financiera, al cual deben adscribirse las entidades bancarias con respecto a las transacciones realizadas por los individuos en tales instituciones, y el cual, al ser contrapuesto al derecho a la información, origina muchas veces un conflicto de intereses. (Rubí, 2010, p.1)

Asimismo, Arias y Bartels (2010) comentan:

Se aduce que al igual que ciertas profesiones requieren del ejercicio de la confidencialidad por parte de quien ofrece el servicio, el secreto bancario es un factor constitutivo de la actividad bancaria; se enfatiza en que se trata de un deber jurídico (para el banco) que se deriva de la relación contractual.

También, se considera como el secreto profesional que debe tener una entidad financiera con sus clientes; es decir, la forma en que la información de los clientes es protegida contra terceros al ser sensible, y que, debido a la confianza entre cliente-banco, se deriva de tal relación contractual. Además, esto influye en la manera en que el personal maneja y utiliza estos datos. Por otra parte, se considera que el secreto bancario se origina del derecho de la intimidad, inclusopreciado como derecho fundamental, cuyo derecho tiene un rango constitucional en varias partes del mundo (Arias y Bartels, 2010). De la misma manera, Rubí (2010) expresa que

el secreto bancario también conocido como deber de reserva financiera, deber de sigilo o confidencialidad es una modalidad del secreto profesional que se define, de manera general, como el deber de los funcionarios de guardar el secreto acerca del contenido de la información financiera de los clientes, al cual acceden en razón de sus funciones laborales, deber que a su vez se constituye como un derecho para de los servicios ofrecidos por las entidades financieras. (p. VII)

Ahora bien, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en establecer políticas internas que propicien la protección de los datos personales en compañías bancarias como se cita a continuación:

Sobre el secreto bancario.- En cuanto a este extremo, la Sala ha indicado que la obligación impuesta a los bancos, sean públicos o privados, de no revelar a terceros los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan, es un deber de silencio respecto de hechos vinculados a las personas con quienes las instituciones bancarias mantienen relaciones comerciales, así como una obligación profesional de no revelar informaciones y datos que lleguen a su conocimiento en virtud de la actividad a que están dedicados. (Resolución N° 03144 - 2014)

En definitiva, el secreto bancario figura meramente como una obligación inherente a los pactos que celebre una entidad financiera con un particular gracias al acuerdo recíproco de las partes de mantener una relación contractual en el momento de adquirir servicios o productos financieros (Mata y Peña, 2011).

Actos ilícitos amparados al secreto bancario

Concordando con lo anteriormente mencionado, se entiende el secreto bancario como un instrumento para evitar que las entidades bancarias revelasen información confidencial, que es entregada de forma individual por medio de los usuarios. No obstante, tal figura puede verse tergiversada por aquellos que infringen la ley (Arias y Bartels, p. 73).

Al ser la información intercambiada entre el usuario y la entidad estrictamente privada, el usuario puede, por medio de la inteligencia tecnológica y a través de una laguna o vacío existente en la legalidad del secreto bancario, cometer de cierta forma delitos mercantiles. Justo como menciona Rubí (2010): “Análisis teórico y político criminal de las implicaciones jurídico-penales del delito de legitimación de capitales provenientes de actividades ilícitas, con énfasis en narcotráfico” (p.126).

De ser así, por medio de los vínculos existentes entre el secreto bancario y su utilización en los procesos de comisión de delitos, como la legitimación de capitales y la evasión fiscal, deben analizarse estos de forma individual y a su vez conjunta como causales de la falta de credibilidad a la figura del secreto bancario (Arias y Bartels, p. 74).

Es decir, el secreto bancario consiste en otorgar un ámbito de confidencialidad, pero esto puede llevar a que las personas cometan delitos por la misma privacidad que se les confiere. Por consiguiente, se abre una puerta a la acción de delitos de carácter económico, también llamados delitos de cuello blanco para que estos puedan llevarse a cabo y de la misma manera pasar por acciones sumamente legales (Spinelli, 2011).

Legitimación de capitales

Legitimación de capitales (también conocido como lavado de dinero) es un proceso que “se lleva a cabo por una serie de hechos tales como cambio de divisas, transferencias bancarias, adquisición de títulos, constitución de sociedades y demás” Blanco (s. f.) En otras palabras, el dinero que proviene de actividades ilícitas es transformado en capital apto para ser gastado e invertido de manera legítima. Costa Rica, en su caso, pasa por una dificultad de distinguir este tipo de delitos por la debida y precavida investigación que se debe hacer ante la prueba de los siguientes supuestos:

- 1) El patrimonio emergente se origina en un delito grave, cometido en el territorio nacional o en el exterior.

- 2) El autor de la legitimación sabía de dicho origen y actuó dolosamente. Estos dos puntos hacen que la investigación penal para la declaratoria de culpabilidad sea muy complicada, lenta y costosa y el costo supera en mucho lo que se recupera. (Blanco, s. f.)

Explica también el Instituto Costarricense sobre Drogas (2015) que consiste en un

desvío de los fondos, de inversiones sólidas hacia inversiones de baja calidad, a fin de ocultar las ganancias. (Ej. Financiamiento de industrias completas: la construcción u hoteleras.) Concentra la riqueza en pocas personas ahondando en las desigualdades sociales y genera efectos inflacionarios para la economía del país, en aspectos tan trascendentales como el precio de la tierra y la vivienda rural y urbana.

Por ejemplo, en el proceso de pagar el salario a los empleados habrá una serie de pasos a seguir, que, si alguno se altera fraudulentamente, incidirá en el resto del proceso. El usuario aparece al final de ese proceso, y en términos generales, no lo puede modificar. Para hacerlo, requiere el ingreso al sistema, y usualmente debe poseer ciertos conocimientos... Por estos aspectos son considerados “delitos de cuello blanco.

A modo de sanción como consecuencia a este tipo de delitos, la Ley contra la Delincuencia Organizada (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2009) aplica los artículos 9 (prisión preventiva), 16 (intervención de las comunicaciones) y 18 (levantamiento del secreto bancario), además de la responsabilidad civil de los daños y perjuicios cometidos.

Pese a que ciertos juristas costarricenses sostienen el pensamiento de que el secreto bancario se ve reconocido dentro del derecho a la intimidad, este no se ve como una garantía absoluta per se. Por consiguiente, “la ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad, y documentos relacionados” (Sáenz, s. f.).

Dado que la política financiera costarricense avala la figura del secreto bancario, como se explicó anteriormente, y que, dado a ello, el porcentaje de causas ingresadas al Ministerio Público en cuanto a las infracciones a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica resulta alarmante, con un promedio de “129 271 para el año 2006 según el anuario estadístico del

Poder Judicial” (Gómez, 2008, p. 337), existe una teoría de que “los servicios financieros se basan en la desconfianza” (Mainelli. s. f.).

Pese a que el Estado se encuentra anuente a la necesidad de disminuir la afectación económica por la cual Costa Rica está pasando actualmente, existe variedad de elementos que influyen en esta problemática que se enfrenta mundialmente. Barría (2018) menciona la falta de legislación preventiva de delitos financieros, además de la evasión y elusión fiscal y la mala recolección de capitales estatales.

Aguilar (2018) considera los siguientes elementos que tienen causa y efecto sobre la financiación de un país:

- La eficiencia general del gobierno en la forma en la que gasta los impuestos recolectados.
- La eficiencia en la prestación de servicios equitativos a los que fueron retribuidos, por ejemplo, carreteras en buen estado, servicio de transporte público amplio, debida recolección de desechos, entre otros.
- Y la corrupción por parte de quienes tienen alguna relación con dinero administrativo, sean funcionarios de entes públicos centralizados y/ o descentralizados.

Por tanto, ¿Costa Rica realmente trabaja la crisis económica de una forma interiorizada? Es decir, se crea como solución una ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal (Ley 9417) (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2016), empero, ¿es esto un acto subjetivo u objetivo?, en otras palabras ¿es realmente la sociedad la mayor falla dentro de la recolección tributaria o es el método de recaudación? ¿sobre cuál entidad recae la responsabilidad ante una mala administración tributaria?

En una encuesta realizada por la Contraloría General de la República (2002) para evaluar la percepción sobre la corrupción en el gobierno, se emplearon las siguientes tres opciones de respuesta a la interrogante sobre las causas de la evasión: mucho dinero que se recoge se lo roban los políticos, la calidad y cantidad de los servicios no corresponden a lo que se paga y la gente no siente que se usen bien los impuestos. Cerca de un 40 % de los entrevistados respondió afirmativamente a la primera opción y alrededor de un 20 % estuvo de acuerdo con respecto a las otras dos. Es decir, un porcentaje considerable de los ciudadanos opina que la corrupción en el gobierno estimula la evasión fiscal.

De acuerdo con la legislación costarricense, el compromiso recae sobre el Ministerio de Hacienda “para redoblar sus esfuerzos en la lucha contra la evasión, elusión, contrabando y

fraude fiscal. Fortalecemos la aplicación de los instrumentos en las áreas de inteligencia, tales como factura electrónica, el modelo predictivo” (Aguilar, 2018), entre otras. Desde el punto de vista en el cual los impuestos se ven como un tipo de deuda que debe ser pagado de forma solidaria, se insiste en la teoría de que el Ministerio de Hacienda no solo debe implementar instrumentos de inteligencia electrónica para un mayor control a los retribuyentes, sino también, un instrumento para un mejor control dentro de la administración gubernamental, que no solo traería consigo orden, sino que garantizaría a la población su principio de transparencia (Ministerio de Hacienda de Costa Rica, 2012).

Con base en lo mencionado por Mainelli y el Ministerio de Hacienda de Costa Rica, queda claro que la economía nacional presenta una gran problemática en su estabilidad y sostenibilidad; por consiguiente, y bajo el avance de la tecnología dentro del ámbito financiero, Gutiérrez y Schneider (2019) juzgan que la industria debe actualizarse a nuevos modelos económicos como lo son las Fintech y acoplarse a todas las características que estas conllevan. Por su parte, González-Páramo (2018) añade que

existen cuatro elementos del nuevo mundo digital que han permitido el desarrollo de las divisas digitales: la **hiperconectividad** y, concretamente, la capacidad de transmisión de datos a gran velocidad; la **gran capacidad de computación**, es decir, la descentralización del proceso de almacenamiento y verificación de datos; la **reducción en el coste de las operaciones** y la **criptografía** como elemento de protección y seguridad de los datos.

Todo lo anterior puede ser cumplido por medio del sistema de *blockchain* (cadena de bloques), empero, para una mejor explicación del mismo se debe comenzar por conceptualizar ciertos puntos.

- a. Criptomonedas: “son un tipo de moneda digital basadas en la criptografía, ya que emplean técnicas de cifrado para reglamentar la generación de unidades de moneda y verificar la transferencia de fondos” (Pastorino, 2017).
- b. Bitcoin: “es una monera descentralizada, es decir que no depende de ningún gobierno o entidad financiera, en tener un valor en el mercado” (Pastorino, 2017).

A su vez, Pastorino (2017) afirma que se puede ejemplificar la importancia de manejar información acerca de las criptomonedas del siguiente modo

el saldo de la cuenta es información pública, y si un individuo quiere transferir fondos a quien está sentado enfrente de él, debe anunciar esa transacción a todos los que están sentados en la mesa. Una vez anunciada la transacción, todo el grupo añade al registro, para lo cual es necesario que todos verifiquen la autenticidad de dicha transacción

De lo anterior se deduce el grado de importancia de esta investigación. Al implementar un sistema similar al de la criptomoneda en la administración pública, se tendrá un nivel máximo de seguridad ante corrupciones internas. Es decir, ante el caso de que algún funcionario público quiera cometer un delito de enriquecimiento ilícito, traspasar dinero público o alguna situación de estilo similar, este debe ser validado por varias personas que se encuentren dentro de la misma cadena antes de poder realizarse la transacción.

Este sistema no solo traerá consigo disminución del déficit fiscal, disminución de corrupción y control sobre la economía, sino que se verán avalados los principios de legalidad, transparencia, publicidad, igualdad, estabilidad económica, etc.

Ahora bien, ¿qué es el *blockchain*? En palabras sencillas, Pastorino (2017) lo define como “el libro contable donde se registra cada una de las transacciones” que se realizan con las criptomonedas. Según la página oficial de *Bitcoin*, el *blockchain* es “una contabilidad pública compartida”. El proceso de esta cadena de bloques se lleva a cabo mediante criptografía, por medio de las *bitcoins* o criptomonedas. En ellas, se encuentra toda la información de quien hace la transferencia, además de su saldo gastable, para asegurar que el cobro que se realiza se pueda cancelar.

Proceso

Transacciones:

Los monederos Bitcoin disponen de un fragmento secreto llamado clave privada, utilizada para firmar las operaciones, proporcionando una prueba matemática de que la transacción está hecha por el propietario del monedero. La firma también evita que la transacción no sea alterada por alguien una vez ésta ha sido emitida. (Bitcoin Project, 2009)

Minería:

La minería es un sistema de consenso distribuido que se utiliza para confirmar las transacciones pendientes a ser incluidas en la cadena de bloques. Hace cumplir un orden cronológico en la cadena de bloques, protege la neutralidad de la red y permite un acuerdo entre todos los equipos sobre el estado del sistema. Para confirmar las transacciones, deberán ser empacadas en un bloque que se ajuste a estrictas normas de cifrado y que será verificado por la red. Estas normas impiden que cualquier bloque anterior se modifique, ya que hacerlo invalidaría todos los bloques siguientes. De esta manera, ninguna persona puede controlar lo que está incluido en la cadena de bloques o reemplazar partes de la cadena de bloques para revertir sus propios gastos. (Bitcoin Project, 2009)

Con todo lo anterior, se puede deducir que bajo tan estricto procedimiento de control monetario, además de las ventajas ya mencionadas, como lo es el hecho de evitar la corrupción interna del país, otra posible solución que traería consigo implementar el sistema de las criptomonedas y el *blockchain*, es un control sobre los gastos de los contribuyentes; es decir, de la población que ese encuentre dentro de este sistema de simplificación económica (Blockchain support center, 2019).

Además del mal gasto sobre los impuestos, la evasión y la elusión tributaria son una problemática que debe ser transformadas. Parte de la población declara sobre sus ganancias a montos menores de los reales, para un obvio resultado de depreciación en el monto a pagar sobre los impuestos. Sin embargo, el Ministerio de Hacienda, o como en otros casos de países que ya incluyeron la herramienta, los bancos centrales deben de tener cierto control sobre este libro contable en línea, en que se pueden realizar estudios sobre los gastos de las personas y así poder determinar el monto adecuado correspondiente a la capacidad económica.

‘Blockchain’ también puede ser útil, y estamos empezando a verlo ahora, para mantener el control al intercambiar datos. Por ejemplo, las modalidades ‘conocimiento cero’ de intercambio de datos (*‘zero knowledge proof’*), en las que se transmite una ‘prueba’ de los datos sensibles, sin compartir los datos sensibles en sí mismos. Esto podría significar un enorme refuerzo a la lucha contra el fraude y minimizar el riesgo para las empresas, puesto que ya no tendrían que almacenar información sensible. (Martín, 2019)

Fintech

Martín (2015), define la tendencia del Fintech bajo la unión de *financiamiento* y *tecnología*, que define a “grosso modo como el desarrollo de servicios financieros basados en innovación tecnológica”, con funciones de banca en línea, como pagos y transacciones con beneficios como el desarrollo de sistemas de seguridad financiera. Así pues, existen veinticinco empresas Fintech en Costa Rica, pese a falta de ecosistema para su desarrollo (Vargas, 2019). Esta autora menciona que el Banco Interamericano de Desarrollo afirma que el país es tierra fértil para el desarrollo de ese tipo de empresas. Costa Rica “aún cuenta con un número de startups (empresas emergentes) todavía reducido y sin un caso de éxito que sirva de ejemplo y con ello de fuerza a su propia consolidación”.

Vargas (2019) identifica a las empresas Fintech nacionales como “empresas de tecnologías para instituciones financieras, soluciones de pagos, plataformas de financiación alternativa, gestión de finanzas empresariales y puntaje alternativo” dando a entender que Costa Rica está emergiendo en la industria de comercialización y economía en busca de mejoras que involucren la tecnología internacional para fortalecer el sistema actual.

Por otra parte, Frey (2019) muestra desventajas relacionadas a la figura del *blockchain* y específicamente a las Fintech, dentro de las cuales se pueden mencionar las siguientes:

- Baja liquidez: pocos de los proyectos o “startups” como se llaman en la industria de la tecnología económica, no tienen suficiente liquidez para respaldar inversionistas institucionales, además de como menciona Vargas (2019) uno de las principales limitantes en Costa Rica para el surgimiento de las Fintechs es la falta de solvencia.
- Inmadurez: las tecnologías son nuevas, es decir que para que puedan surgir de forma legal en el país, y funcionar con éxito se debe esperar un periodo prolongado; además de la complejidad que traen consigo, contratos inteligentes en línea, llaves privadas y públicas, entre otras tecnologías que deben ir al lado del funcionamiento de la criptomoneda para su debida función.
- Poca protección al regulador: exponiendo un caso en donde una persona invierta en las criptomonedas, ¿a quién recurre si existe un problema?

Por otro lado, una desventaja es la falta de privacidad del consumidor “a razón de las leyes antilavado y otros temas relacionados, no es que quieran necesariamente invadir la privacidad

financiera de ciudadanos decentes sino es el costo de poder detener criminales financieros” (Frey, 2019).

Por último, se debe hablar sobre la falta de respaldo jurídico; es decir, la falta de regulaciones. Frey (2019) expone el caso de la figura de Airbnb. Las empresas internacionales llegan a los países y ofertan por medio de la tecnología, llamando la atención de los usuarios reduciendo la cantidad de clientes en hoteles y hostales tradicionales, los cuales deben de cumplir requisitos y pagos de impuestos a la institución encargada.

Derecho comparado

Bajo decreto de la Secretaría de Gobernación de México, para el año 2017, los Estados Unidos Mexicanos expiden la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, reformando y derogando –por consecuente– disposiciones de la Constitución Política, la Ley de Instituciones de Crédito, Ley de Mercado de Valores, Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, Ley de Protección y Defensa al usuario de servicios financieros, entre otras relacionadas. Dicha ley dispone lo siguiente:

El impacto de la tecnología ha transformado la prestación de servicios tradicionales de banca y crédito, mediante innovaciones que han generado una reducción importante del uso de sucursales para la prestación de servicios financieros.

Este tipo de tecnologías se han desarrollado en los últimos años en armonía con la legislación que le es aplicable a las entidades financieras reguladas y supervisadas, pero de igual forma en este lapso han surgido otras innovaciones tecnológicas y modelos de negocio que no cuentan con una regulación y supervisión por las autoridades sobre las operaciones que llevan a cabo con sus clientes, por lo que hace necesario incluirlas dentro del sector regulado y supervisado del sistema financiero

Esta ley, a partir de su título segundo, establece requisitos esenciales para poder operar como Instituciones de Tecnología Financiera. Permiso que será otorgado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV por sus siglas), previo acuerdo del Comité Interinstitucional, además de cumplir con reglas de transparencia al ser obligatorio para ellas difundir información que “permita a los clientes identificar los riesgos de las operaciones que celebren”.

Una estricta regulación ante los servicios realizados en administración, redención y transmisión de fondos de pago electrónico, debe de mantener un registro actualizado de las cuentas, ingresos y modificaciones realizadas. Dando, consigo, una debida atención al cliente, como respuesta a las preocupaciones de los usuarios al disponer en su artículo 31 que “las ITF que operen con activos virtuales deberán estar en posibilidad de entregar al cliente respectivo, cuando lo solicite, la cantidad de activos virtuales de que este sea titular”.

El análisis que realizó el Equipo Legal de México se basa en los impactos que tiene la aprobación de la Ley Fintech para los negocios en México, estipulando como consecuencias “resolver los problemas de muchos mexicanos al dar servicios financieros prácticos, asequibles y accesibles para sus ciudadanos”, además de la apertura de nuevas oportunidades para las medianas y pequeñas empresas y la disminución de la corrupción financiera.

Por otra parte, “Panamá está en desarrollo de una nueva propuesta para la modernización y competitividad internacional de su sistema financiero, que plantea regular la figura de las entidades financieras especializadas que prestaran servicios de pago digitales” (Ramírez, 2018, p. 5). Existe, también, el real decreto 19/2018 de España (Jefatura del Estado, 2018) el cual, preliminarmente delimita el ámbito de aplicación a los servicios de pago y el acceso a la información sobre las cuentas de los usuarios.

En el caso de Costa Rica, Ramírez (2018) explica que la normativa que regule el *blockchain* debería aplicarse dentro de las disposiciones del código civil, el código de comercio y la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, ya que “para promover la innovación de nuestro sistema financiero se debe contar con desarrollos normativos más modernos que permitan masticar la desmaterialización de la firma y de los documentos”.

Conclusión

La paulatina incorporación de la tecnología dentro de los servicios financieros ha traído consigo la modificación, no solo de la conducta económica, sino también de la reforma de normativa de los países que internan en su sistema lo estratégico y competitivo que es la renovación de la banca y el sistema financiero del cual se basa su economía (Martín, s. f). Bajo la evolución estructural que ha ocurrido en Costa Rica en los últimos 25 años, particularmente la apertura comercial y las reformas financieras, Loría (2013) evidencia su poca profundidad, insuficiente nivel de competencia y eficiencia, evidenciando que el sistema adolece de una serie de limitaciones que no permiten explotar todo su potencial como elemento dinamizador de la actividad económica. Por lo que una de las visiones y misiones den-

tro de las generaciones modernas enfocadas en la economía estatal es digitalizar sus modelos de negocio, ya que la evolución del *blockchain* representa la posibilidad de contar con una oferta de productos y servicios financieros más rápidos, eficientes e incluyentes, pero, sobre todo, más seguros.

Como se evidenció a lo largo de la investigación, implementar un sistema de monetización en línea conlleva a consecuencias tanto negativas como positivas. No todo cambio resulta positivo ante las expectativas, y menos si se trata de una afectación a la economía y al sistema costarricense que se encuentra débil. No obstante, si se utiliza el ejemplo de México, país que al regular las empresas Fintech eliminó varias de las desventajas presentadas, como el bajo respaldo al consumidor, la falta de regulación y la inmadurez que presentan las instituciones electrónicas, se puede enfatizar que la cadena de bloques continúa siendo la mejor opción de cambio ante el antiguo sistema costarricense.

Entender la realidad del *blockchain* como posible solución a la debilidad del sistema financiero costarricense, establecería un control sobre la personería jurídica tanto privada como pública, abarcando una solución a la corrupción interna del estado y la evasión del fisco de las empresas grandes del país.

Referencias

- Aguilar, R. (2018) *Sostenibilidad fiscal por el bienestar de Costa Rica*. Ministerio de Hacienda, San José, Costa Rica. https://presidencia.go.cr/wp-content/uploads/2018/05/2.-Discurso_Sostenibilidad-Fiscal-por-el-Bienestar-de-Costa-Rica.pdf
- Arias, L. y Bartels, J. (2010). *El secreto bancario aspectos históricos y problemática actual*. <https://www.redalyc.org/pdf/439/43922144004.pdf>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1953). *Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional*. <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan034066.pdf>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1988). *Ley Contra la Delincuencia Organizada*. https://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-delin-orga.pdf
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2009). *Ley Contra la Delincuencia Organizada*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=65903
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2016). *Reforma Ley Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83214&nValor3=106741&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1972). *Ley de Regulación de Sociedades Financieras de Inversión y de Crédito Especial*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38328&nValor3=40407&strTipM=TC
- Barría, C. (2018). Los riesgos que enfrenta la economía mundial en 2018. *BBC mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-42739720>

- Barría, C. (2018). Por qué la próxima recesión económica mundial puede ser peor que la de 2008. *BBC mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43261223>
- Bitcoin Project. (2009). ¿Cómo funciona Bitcoin? <https://bitcoin.org/es/como-funciona>
- Blanco. (s. f.) *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/La-legitimacion-de-capitales-en-el-crimen-organizado..-los-capitales-emergentes.pdf>
- Blockchain Support Center. (2019). *What is blockchain technology?* <https://support.blockchain.com/hc/en-us/articles/211160223-What-is-blockchain-technology->
- Brenes, L (1990). *La nacionalización bancaria en Costa Rica / un juicio histórico*. (1ª. ed.). FLACSO. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=46313>
- Castro, G. (1986). *La banca mixta en Costa Rica*. [Tesis de licenciatura en derecho, Universidad de Costa]. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/servicios/#1522968262129-b9586ec8-6daf?content=condicion.htm>
- Castro, S. (1984). *Establecimiento de una banca internacional en Costa Rica*. [Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/servicios/#1522968262129-b9586ec8-6daf?content=condicion.htm>
- Cisneros, M. (2016). SUGEF quiere supervisor más sistemas de financiamiento. *El Financiero. Costa Rica*. <https://www.elfinancierocr.com/finanzas/sugef-quiere-supervisar-mas-sistemas-de-financiamiento/KFOYQTNXPJBFZFD6SD2EEFQU3I/story/>
- Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. (2019). *CONASSIF toma medidas para mejorar la regulación financiera en la coyuntura económica actual*. http://www.conassif.fi.cr/prensa/2019/96_Comunicado%20de%20Prensa%20CONASSIF-SUGEF%2013-jun-2019.pdf

- Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. (2019). *Regulación financiera y contable moderna*. http://www.conassif.fi.cr/prensa/2019/99_Articulo%20REGULACION%20FINANCIERA%20Y%20CONTABLE%20MODERNA%20-%20copia%20-%20copia.pdf
- Contraloría General de la República. (2002). *División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Área de Ingresos Públicos. El sistema tributario costarricense: contribuciones al debate nacional*. <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/otras-publicaciones/sistema-tributario.pdf>
- Fallo, J. (2011). ¿En qué consiste la monetización de la deuda pública? <https://www.libremercado.com/2011-12-09/juan-ramon-rallo-en-que-consiste-la-monetizacion-de-deuda-publica-62329/>
- Frey, I. (2019). Por qué la Ley Fintech será un fracaso. *Periódico Medium, México*. <https://medium.com/ingmar-frey/por-qu%C3%A9-la-ley-fintech-ser%C3%A1-un-fracaso-221840935143>
- Gómez, Y. (2008). *El delito de intermediación financiera no autorizada y la importancia de su regulación en la legislación penal costarricense*. [Tesis de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica]. <http://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/El-delito-intermediacion-financiera-no-atorizada.pdf>
- González-Páramo, J. (2019). *Qué papel deben jugar los bancos centrales ante el auge de las criptomonedas*. <https://www.bbva.com/es/las-criptomonedas-estan-aqui-para-que-darse/>
- Gutiérrez, P. (2010). *Los núcleos de apoyo fiscal y su contribución social*. https://www.academia.edu/30962615/LOS_N%C3%9ACLEOS_DE_APOYO_FISCAL_Y_SU_CONTRIBUCI%C3%93N_SOCIAL

- Gutiérrez, P. y Schneider C. (2019). *FINTECH en Costa Rica: Hacia una evolución de los servicios financieros*. <https://publications.iadb.org/es/fintech-en-costa-rica-hacia-una-evolucion-de-los-servicios-financieros>
- Junta Fundadora de la Segunda República. (1948). *Ley Consolidación Jurídica y Financiera de Nacionalización de la Banca*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=34113&nValor3=35970&strTipM=TC
- Instituto Costarricense sobre Drogas. (2015) *Lavado de activos*. <https://www.icd.go.cr/portalicd/index.php/lavado-uif/lavado-uif>
- Jefatura del Estado de España. (2018). *Real Decreto-ley 19/2018 de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera*. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/11/24/pdfs/BOE-A-2018-16036.pdf>
- Loría, M. (2013). *El sistema financiero en los últimos 25 años*. Academia de Centroamérica.
- Mainelli, M. (s. f.). *Transferencias transfronterizas con Blockchain*. FINTECH. <https://fintechspain.com/2016/11/10/transferencias-transfronterizas-con-blockchain/>
- Marino, J., Frías, S., Souquet, G. y Marino, R. (2002). *Administración de riesgos financieros: un requisito necesario en la actualidad para ser competitivo*. <https://biblat.unam.mx/es/revista/anales-de-la-universidad-metropolitana/articulo/administracion-de-riesgos-financieros-un-requisito-necesario-en-la-actualidad-para-ser-competitivo>
- Martín, A. (2015). *¿Qué es FINTECH? Innovación en servicios financieros*. <https://www.bbva.com/es/bbva-ofrece-ya-a-sus-clientes-particulares-contratos-financieros-sostenibles/>
- Martín, R. (2019). *El éxito es que los datos se integren completamente en todo el tejido del negocio*, BBVA <https://www.bbva.com/es/el-exito-es-que-los-datos-se-integren-completamente-en-todo-el-tejido-del-negocio/>

- Mata, A. y Peña, (2011). *Responsabilidad civil de los intermediarios financieros en el caso de desmejora o pérdida de la garantía, conforme a la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor*. [Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Responsabilidad-civil-de-los-intermediarios-financieros-en-el-caso-de-desmejora-o-perdida-de-la-garantia.pdf>
- Medina, A. y Pacheco, J. (2010). *La intermediación financiera y de valores en el sistema jurídico costarricense*. [Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica].
- Ministerio de Hacienda. (2019). *Convenios para evitar la doble imposición*. <https://www.hacienda.go.cr/contenido/13855-convenios-para-evitar-la-doble-imposicion>
- Procuraduría General de la República. (2009). *Dictamen 236 del 27 de junio de 2005*. http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro_repartidor.asp?Param1=PRD¶m2=1&Param6=1&nDictamen=13259&lResultado=5&strSelect=sel&strTipM=T
- Ramírez, E. (2018) *Urge actualizar regulación Fintech*. <https://www.larepublica.net/noticia/urge-actualizar-regulacion-fintech>
- Romero, J. (1980). *Consideraciones sobre la descentralización y la centralización administrativas, (reflexiones a propósito de la normativa jurídica del Banco Central de Costa Rica)*. Imprenta Nacional.
- Rubí, J. (2010). *Tutela jurídica del secreto bancario contrapuesto al derecho a la información y la necesidad de una efectiva regulación en la legislación costarricense*. [Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Secreto-bancario.pdf>
- Sáenz, M. (s. f.). *El secreto bancario y el lavado de dinero en Costa Rica*. <http://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r16985.pdf>

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2014). *Resolución N° 03144 - 2014*.
<https://vlex.co.cr/vid/540878634>
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2003) *Resolución N° 00822*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-243219>
- Spinelli, L. (2011). *La legitimación de capitales en el crimen organizado: los capitales emergentes*. <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/handle/123456789/3313>
- Superintendencia General de Entidades Financieras. (2019). *Objetivos y funciones*. https://www.sugef.fi.cr/sugef/objetivos_funciones.aspx
- Ureña, B. (1992). *Implicaciones jurídicas de la progresiva liberalización de la banca nacionalizada*. [Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica]. <https://ci-julenlinea.ucr.ac.cr/servicios/#1522968262129-b9586ec8-6daf?content=condicion.htm>
- Vargas, M. (2019). *25 empresas FinTech crecen en Costa Rica pese a falta de ecosistema para su desarrollo*. Ed. La Nación. <https://www.nacion.com/tecnologia/innovaciones/25-empresas-fintech-crecen-en-costarica-pese-a/FXEYPLCNUNCWNMMETSD-NSX2FYU/story/>

El nuevo régimen regulatorio del trabajador independiente

The new regulatory regime for the independent worker

Melissa María Martínez Soto¹

Resumen

Es indiscutible que la Caja Costarricense de Seguro Social ha tenido fines altruistas que han sido de gran beneficio para el país. Sin embargo, no ha logrado generalizar la formalidad de todos los trabajadores para garantizar sus ingresos; por ende, se ve en una situación en la que no puede negar ciertos servicios, pero no todas las personas están en la capacidad de afiliarse. Otro problema que tiene es que, en el caso de los trabajadores independientes que se formalizaron, empezó un esquema de cobro o de impago de esas obligaciones que fueron teniendo un “efecto de bola de nieve” con el transcurso del tiempo, por la suma de intereses y los plazos que cobrados en el exceso en más allá de los cuatro años establecidos en el Código Tributario, incluyendo las obligaciones parafiscales como en este caso, sin que la institución pudiese dar una solución efectiva.

Palabras clave

Autonomía, amnistía, obligaciones, trabajador independiente, cobro.

Abstract

It is indisputable that the Costa Rican Social Security Fund has had altruistic purposes and has been of great benefit to the country. However, it has not managed to generalize the formality of all workers to guarantee their income; therefore, it finds itself in a situation in which it cannot deny certain services, but not all people are able to join. Another problem it has is that in the case of the independent workers who were formalized, a collection or non-payment scheme began for those obligations that had a snowball effect over time, due to the sum of interest and the terms that are charged in excess beyond the four years established in the Tax Code, including parafiscal obligations as in this case, without the institution being able to provide an effective solution.

1 La autora cursa la licenciatura en Derecho en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, ULACIT. Correo: mmartinezs953@ulacit.ed.cr

Key words

Autonomy, amnesty, obligations, independent worker, payment.

Introducción

La Caja Costarricense del Seguro Social (en adelante, por sus siglas, CCSS), institución que ha beneficiado a los y las costarricenses durante ochenta y un años consecutivos, tiene su nacimiento en la administración del presidente Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, mediante la Ley n° 17 (Congreso Constitucional de la República, 1941). Soto (2022), en su artículo acerca la CCSS, indica que el objetivo principal bajo el cual fue creada dicha institución costarricense fue desde el primer “momento (...) la idea de levantar una estructura socioeconómica capaz de proteger integralmente, a la totalidad de la población costarricense con servicios médicos-hospitalarios iguales para todos los habitantes” (párr. 3). A estos efectos, cabe citar el artículo 73 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1949) que declara lo siguiente:

Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

El artículo anterior es importante, ya que, según el criterio de la Procuraduría General de la República (en adelante, por sus siglas PGR), se establece que la CCSS es una institución autónoma y, por tanto, es una institución independiente y descentralizada con autonomía presupuestal y funcional, como se menciona a continuación:

un grado de autonomía distinto y superior -de segundo grado- al que ostentan la mayoría de los entes autárquicos descentralizados, porque tiene no sólo la administración sino también el “gobierno” de los seguros sociales a su cargo - lo cual le otorga capacidad suficiente para definir sus propias metas y autodirigirse en aquella materia 1 -, lo cierto es que creemos que esa sola circunstancia primigenia. (párr.4)

A pesar de los esfuerzos que se han dan dado para que haya formalidad en la identificación de actividades laborales, en el registro, el pago y la cobertura, y que los y las trabajadores

sean inscritos debidamente para que la entidad tenga sostenibilidad económica, esto no ha sido logrado por múltiples factores evidenciados en el artículo de Pérez (2022), quien señala que “solo el 6.7% del total de trabajadores independientes se consideran formales en el país. Es decir, el 93.3% mantienen condiciones laborales lejanas a lo que se denomina un empleo formal”.

La institución se ha resistido y ha establecido medidas en el artículo 5º, de la sesión N° 9190, aprobada el 30 de junio del año 2022, en las cuales demuestra “la aplicación de las medidas transitorias al Reglamento que regula la formalización de acuerdos de pago por deudas por patronos y trabajadores independientes con la Caja Costarricense de Seguro Social, e igualmente dispuso su publicación” lo cual no resuelve el problema de la informalidad ni tampoco la situación de irregularidad de los trabajadores independientes.

En este tema, también conviene, por un lado, analizar el aspecto jurídico que regula al trabajador independiente, y por otro lado, preguntarse cuál es su régimen como tal, cuál es la prescripción que le aplica, cuáles son sus posibilidades de arreglo de pago realmente y de fracaso legislativo para buscar un cambio y una forma de otorgar una amnistía al pago de obligaciones, basado en un criterio constitucional sobre la autonomía que le otorga las facultades totales a la entidad que tampoco quiere ejercerlas.

Es de conocimiento público, gracias a lo expuesto por medios de comunicación como el Semanario Universidad, periódico en el que se evidenció que la CCSS ha tenido problemas financieros a través de los años, como se mencionó específicamente en su artículo del 2018 titulado “Crisis y sostenibilidad financiera del seguro de salud de la CCSS”. Además, uno de los momentos de crisis más notorios fue en el 2011, momento crítico para la entidad autónoma ya que tuvo un gran incremento de gastos crecientes, esto evidenciado en el artículo de Sauma (2018) “muchas decisiones que implican compromisos de gastos crecientes a mediano plazo se ha tomado considerando únicamente la situación presupuestaria del año específico de la toma de decisión, y como consecuencia se ha comprometido la sostenibilidad financiera futura”(párr.1).

Mediante el “Informe del equipo de especialistas nacionales nombrado para el análisis de la situación del seguro social de la CCSS” (Carrillo *et al.*, 2011), se realizaron 81 recomendaciones que la CCSS debía seguir y acatar para no tener una decaída financiera. Se mostró que, en el 2009, e inicios del 2010, la CCSS tuvo un atraso prolongado más allá de lo normal en cuanto al pago a los proveedores, lo cual fue alarmante e hizo que se dudara de la capacidad

de administración inmediata y la administración futura, pues se dudaba si podía cumplir con sus fines. La Junta Directiva de la CCSS le solicitó a la Organización Panamericana de Salud un estudio financiero del seguro de salud acerca la condición que tenían, así como que les brindaran una proyección por cada año hasta el 2015. En el informe del equipo de especialistas nacionales nombrado para el análisis de la situación del seguro de salud de la CCSS: recomendaciones para restablecer la sostenibilidad financiera del seguro de salud, se emitió el siguiente criterio (2011):

Detrás de los problemas de sostenibilidad financiera encontramos serios problemas de gestión, que se refleja tanto en una menor recaudación de ingresos y en la cantidad y calidad de los gastos, los cuales deben ser corregidos en el muy corto plazo para contar con un seguro de salud sostenible. Pero, además, la recuperación de la sostenibilidad financiera constituye una oportunidad para mejorar la equidad, calidad y oportunidad de los servicios que recibe la población asegurada (p. 2).

A partir de este análisis, los notables realizaron las 81 recomendaciones financieras para brindarle un soporte financiero a la CCSS; entre ellas se encontraban recomendaciones como: cumplir con un registro de asegurados por cuenta del Estado, ejecutar acciones en contra la evasión, la morosidad y la deuda del sector privado, contención del incremento en las remuneraciones, reorganizar al reducir, reasignar y eliminar el gasto en tiempo extraordinario, maximizar el uso del tiempo ordinario y aumentar la productividad, y más recomendaciones orientadas en el mejor uso de gastos, de tiempo y de calidad de servicio.

Sauma (2018) expuso que la institución hizo “caso omiso de las recomendaciones que tendrían mayor impacto sobre esa sostenibilidad financiera -y por lo tanto, de más compleja implementación-, como se desprende del informe “Atención del Informe del equipo de especialistas nacionales”, de mayo de 2015.”

Por alguna razón, todas las recomendaciones brindadas fueron desoídas, y más bien se utilizaron métodos prácticamente obsoletos, así como en el recorte de gastos, generando un presagio inevitable de mala administración financiera que cobró su factura en el 2018, año en el que se tuvo que volver a hacer un estudio financiero, ya que, al no tomar en cuenta las recomendaciones, no se tuvo un impacto favorable que persistiera a través de los años.

Por su parte, en el plano jurídico, uno de los aspectos que puede interesar para comprender el actual marco legal de las normas aplicables, guarda relación con la aprobación, en segundo debate, del proyecto de “Ley Autorización de condonación para la formalización y Recaudación de las Cargas Sociales” (autores, año) según expediente N°. 21.522 tramitado por la Comisión de Asuntos Económicos. En ese expediente, los diputados proponentes consideraron en su exposición de motivos, los cuales se expondrán más adelante, varios aspectos de carácter social y económico que parecieron ser consecuentes con la situación real de la institución.

Así, se menciona en aquella exposición de motivos la existencia de 15.553 patronos activos que adeudan a la institución 71.445 millones de colones que no incluyen ni los intereses, ni las multas ni las sanciones. Es importante enfatizar el hecho de que la objetiva situación de fragilidad de la economía costarricense ha incrementado la falta de pago de las cargas sociales de lo cual tampoco escapa el cierre de micro, pequeñas y medianas empresas que han cerrado sus operaciones, sin poder cancelar sus deudas tributarias.

Se reconoce en el citado expediente N°. 21.522 que en muchos casos los cobros por mora, intereses, sanciones y multas son tan elevados que en la práctica impide la aplicación de los mecanismos para un arreglo de pago, lo que da lugar a que la CCSS no llegue a recuperar el Seguro de Enfermedad y Maternidad y el Régimen de Invalidez Vejez y Muerte, ni aquellas deudas de la Ley de Protección al Trabajador. Dentro de estas consideraciones, que atienden a un sentido práctico y social, más que a aspectos jurídicos propiamente, se hace hincapié en que las deudas a la CCSS, conforme lo ha indicado la propia Sala Constitucional, son de naturaleza parafiscal, siendo tributos que recauda el gobierno para financiar fines específicos, por lo que, conforme al Código Tributario, no solo es posible aplicar una amnistía tributaria, sino que además hacen notar que las deudas tributarias deben de prescribir a los 4 años, aspecto que también será objeto de este estudio.

En el artículo 2º del proyecto de los anteriores comentarios, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Ley N° 21.522 (2020), se concede una amnistía a los trabajadores independientes, asegurados voluntarios y patronos, que consiste en la condonación de mora, multas, sanciones e intereses, regularizando su situación a través de un convenio o arreglo de pago con la institución. Por otra parte, se establecía una disposición fundamental, como que las deudas del principal, por motivo de las cuotas impagas, correspondían a deudas de 4 años anteriores contados a partir de la entrada en vigor de la ley, restableciendo de esta forma el plazo de prescripción que corresponde a una deuda parafiscal.

Dicha ley ha sido objeto de cuestionamientos, comenzando estos desde la propia dirección jurídica de la institución, alegando omisiones en la capacidad de pago del deudor y la ausencia de un costo beneficio para sustentar una decisión para aprobar. Si acotar que aparte de estas justificaciones más bien administrativas, si señalaron la violación constitucional de dejar de aplicar los instrumentos para la gestión de cobro. No deja de llamar la atención que, la Junta Directiva, con un razonamiento lógico social y económico, no haya objetado el proyecto y, por el contrario, manifestara que el proyecto era consecuente con los esfuerzos de la Caja tendientes a disminuir la morosidad e informalidad de trabajadores independientes, así como facilitar el pago de lo adeudado por parte de los patronos.

Como parte de esta investigación, se analizará el voto N° 2021-023611 del 20 de octubre de 2021, en que la Sala Constitucional evacuó la consulta preceptiva que le formulara la Asamblea Legislativa. En este voto, una mayoría de componentes de la Sala fijaron el criterio de que la decisión legislativa es contraria a la Constitución Política. Solamente los magistrados Castillo Víquez, Salazar Alvarado y Araya García salvaron el voto y declaran que sí es constitucional la autorización a la Caja Costarricense de Seguro Social para que condonen las deudas en el tanto exista una justificación objetiva razonable.

Trabajador independiente: concepto y obligaciones

1. Concepto

El “Diccionario Usual” del Poder Judicial (2020) define a la persona trabajadora independiente como aquella que realiza su trabajo como titular de su negocio, y remarca que debe asumir sus propios riesgos financieros, recibiendo beneficios pecuniarios por su actividad. Puede contratar personal ejecutar trabajos y servicios para más de una persona, brindar los materiales necesarios y equipo para desarrollar las labores correspondientes, y puede laborar desde un local en donde se calcule sus costos y precios, contratar los seguros respectivos y laborar según la jornada que se proponga. También, lo define como trabajador manual o intelectual que desarrolla algún tipo de actividad que genere ingresos.

2. Obligaciones del trabajador independiente ante la CCSS

Conviene demostrar el Reglamento para la afiliación de los trabajadores independientes, ya que se deben establecer los requisitos formales que estos deben de entregar para su debida afiliación. Mediante el artículo primero, se evidencia la necesidad del trabajador indepen-

diente de contar con la cobertura y cumplir con una cuota necesaria, indicando que las coberturas del seguro social y su ingreso “son obligatorias para todos los trabajadores independientes manuales o intelectuales que desarrollen por cuenta propia algún tipo de trabajo o actividad generadora de ingresos”(párr.1).

En el mismo artículo, se demuestra que el monto de las cuotas se basa en el artículo 3° de la Ley Constitutiva, el cual se calcula sobre el ingreso de referencia que dicte la Junta Directiva, en el tanto la Caja no determine que el ingreso del trabajador independiente es superior a dicho ingreso que demostró, en cuyo caso las cuotas se pagarán sobre el ingreso finalmente determinado por la Caja, el cual en no será inferior al porcentaje sobre los salarios mínimos que determine la Junta Directiva. El ingreso de referencia también lo establece la Junta Directiva.

A su vez, en el artículo 2 del Reglamento para la afiliación de los trabajadores independientes y los asegurados voluntarios, se obliga a cada persona a que califique como trabajador independiente y que cotice para los regímenes de Enfermedad y Maternidad e invalidez, Vejez y Muerte.

La siguiente tabla expone el porcentaje que los trabajadores independientes deben pagar ante la CCSS actualmente.

Tabla 1.

Porcentajes que deben de pagar los trabajadores independientes ante la CCSS actualmente.

Ingresos por mes	Salud	IVM	Total a pagar
Menos de ₡297.044	2.89%	3.83%	6.72%
₡297.045 a ₡639.149	4.33%	5.32%	9.65%
₡639.150 a ₡1.278.298	6.24%	7.20%	13.44%
₡1.278.299 a ₡1.917.447	8.02%	7.65%	15.67%
Más de ₡1.917.448	10.69%	8.09%	18.78%

Nota. Fuente: tabla elaborada por Pérez (2022). Tabla número 2 del artículo “¿Qué debe hacer un trabajador independiente para formalizarse?”

Las obligaciones que deben cumplir los trabajadores independientes se explican en el artículo 3 del reglamento anteriormente mencionado, las cuales son las siguientes:

1. Inscribirse como trabajador independiente ante la Caja en los ocho días hábiles posteriores al inicio de la actividad o adquisición de la empresa o negocio.
2. Suministrar a la administración la información que permita establecer los ingresos, sobre los que se debe calcular la cuota respectiva.

En la determinación de los ingresos se tomará en cuenta que los gastos a deducir, propios de la(s) actividad (es) o negocio(s), sean normales de acuerdo con el giro de estos, necesarios, estrictamente imprescindibles y que mantengan proporcionalidad con el volumen de operaciones.

Los ingresos reportados podrán ser modificados por la Administración cuando se determine que el verdadero ingreso es diferente al que sirve de base para la cotización del asegurado. El nuevo ingreso que resultare, en ningún caso podrá ser inferior al mínimo establecido en la escala contributiva aplicable a los trabajadores independientes.

3. Variaciones que se produzcan referentes a cambios en el nombre, actividad o domicilio.
4. Presentar dentro de los plazos programados y en la forma que disponga la administración la planilla correspondiente al mes inmediato anterior con los datos requeridos.
5. Pagar en los plazos establecidos y en la forma que disponga la administración, las cuotas correspondientes.

Pasada la fecha máxima de pago, el trabajador independiente deberá cancelar los intereses legalmente establecidos en el artículo 49 de la Ley Constitutiva de la Caja (interés legal establecido en el artículo 1163 del Código Civil).

El incumplimiento en el pago conlleva el trámite de cobro administrativo y de cobro judicial, según corresponda, conforme los procedimientos establecidos por la Institución.

6. Para recibir las prestaciones del Seguro de Salud, el asegurado debe presentar su documento de identificación, carné del Seguro Social y comprobación de derechos vigente al momento en que demanda los servicios.

El trabajador independiente responderá íntegramente por el pago de las prestaciones otorgadas, cuando haya incumplido con la obligación de asegurarse oportunamente o cuando se encuentre en condición de moroso.

Es conveniente comprender las consecuencias que se pueden tener en caso de que se presente un dato falso o una omisión cuando se presente la inscripción ante la Caja, y que, induzca a la Caja a otorgar prestaciones a las que no se tenga derecho de conformidad con las prescripciones de los Reglamentos anteriormente mencionados, pues los obligará a pagar esas prestaciones y a la aplicación, en lo que corresponda, de las sanciones establecidas en la Sección VI de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.

El proyecto de Ley N°. 21.522 “Amnistía para la formalización y recaudación de las cargas sociales”

En un año preelectoral, como lo fue 2021, una propuesta de siete diputados de la Unidad Social Cristiana y una diputada independiente logró ser votada en primer debate el 24 de agosto de aquel año, denominada “Amnistía para la formalización y recaudación de las cargas sociales”. El proyecto establecía la posibilidad de condonar las deudas a los trabajadores independientes y patronos de cuotas obrero-patronales de los regímenes de invalidez, vejez y muerte, así como del régimen de enfermedad y maternidad a la Caja Costarricense del Seguro Social.

Específicamente, el proyecto condonaba, por un lado y para el trabajador independiente, el monto principal, sus multas, sanciones e intereses; por otro lado, y para los patronos, únicamente se les beneficiaba con la condonación de las multas, sanciones e intereses. En cambio, se les condonaba a los patronos con aquellos adeudos que mantuvieran ante el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Instituto Nacional de Aprendizaje, el Banco Popular y Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (FODESAF), todas entidades de clara vocación social.

Para su efectiva aplicación, el beneficiario debía de apersonarse ante la CCSS para solicitar la condonación, siendo que aquellos que tuviesen procedimientos administrativos pendientes de resolución, debían de suscribir un acuerdo de transacción aprobado por la entidad y, quienes sí tuviesen un proceso de cobro judicial, además del mencionado acuerdo, estaban obligados a pagar los gastos por honorarios profesionales.

Como se puede deducir, el proyecto pretendía favorecer a los deudores para reactivar la economía, y de paso lograr una mayor formalidad o inscripción de contribuyentes a los regímenes administrados por la CCSS, a través del acuerdo de transacción previsto.

En general el fundamento del proyecto se sustentaba en los siguientes aspectos:

1. La existencia, al 31 de mayo de 2019, de 15.553 patronos activos que adeudan a la entidad ¢71,445 millones de monto principal, sin estimar los intereses, multas y sanciones.
2. El incumplimiento de las cargas sociales de empresas como consecuencia de la difícil situación económica.
3. El cierre de empresas medianas, micro y pequeñas que han cerrado sus actividades, pero que continúan con sus deudas ante la CCSS.
4. Los elevados montos por mora, intereses, multas y sanciones evitan las posibilidades de arreglos de pago, lo que finalmente impide que la CCSS recupere el pago de sus prestaciones.
5. Por la misma razón, no se logra recuperar los pagos correspondientes a la Ley de Protección al trabajador y aquellas otros cobros de cuotas obrero-patronales de obligaciones que efectúa la CCSS para otras entidades.
6. La aplicación del artículo 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios que establece el plazo de 4 años para el término de prescripción de los tributos, ello en clara referencia a las obligaciones parafiscales de las cargas sociales. Este criterio se sustenta además en lo señalado por la Sala Constitucional, que ha señalado que las cuotas de la seguridad social tienen una naturaleza tributaria. Igualmente, este criterio se abona para posibilitar como acontece con cualquier tributo, la condonación o amnistía de esa clase de obligaciones.

Como se puede apreciar, el proyecto contiene aspectos que evidencian, a través de la realidad económica que se refleja en las finanzas de la CCSS en relación con los niveles de morosidad, una solución que se ajusta a criterios jurídicos conforme a las normas tributarias. Cabe notar que la norma es genérica en cuanto a los contribuyentes, sin permitir una valoración o criterio para el otorgamiento del beneficio por parte de la propia entidad a la que se dirige la norma.

Específicamente, la Junta Directiva de la CCSS alegó un criterio de su Dirección Jurídica que, fundándose en opiniones de la Procuraduría General de la República, así como en oficios de la Contraloría General de la República, dispone la imposibilidad de que se pueda legislar o

reglamentar por la propia CCSS sin que existan roces constitucionales y legales. Con base en un criterio de la Contraloría General de la República, la condonación podría limitar la recaudación de recursos que sustentan el régimen de seguridad social, además que representaría un desincentivo para quienes pagan sus obligaciones, así como una violación al principio de autonomía de la entidad. También, se manifiesta la duda de si la misma entidad podría tomar esas decisiones.

Efectivamente, mediante un escrito presentado el 3 de setiembre de 2021, un grupo de diputados formulan ante la Sala Constitucional la consulta facultativa del proyecto, la cual se evacuó mediante la res. 2021-023611, del 20 de octubre de 2021.

Los magistrados resolvieron por mayoría que el expediente legislativo N° 21.522 contenía vicios de inconstitucionalidad en relación con:

1. Artículo 2 inciso a) “al principal por cuotas” y en la frase de ese mismo numeral: “la condonación no podrá ser menor a la totalidad de los rubros indicados en el artículo, salvo una manifestación expresa de parte del deudor”.
2. La frase del numeral 5 que dispone: “*Las cuotas del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte que sean condonadas no generarán derechos ni beneficios individuales relacionados con estas*”. El colegiado concluye que la norma es inconstitucional en cuanto establece la condonación a favor de los trabajadores independientes, por concepto de cuotas principales del seguro social, lo que resuelven que resulta contrataría a la Constitución Política.

Los magistrados Castillo Víquez, Salazar Alvarado y Araya García resolvieron salvar el voto parcialmente, declarando que sí es constitucional la autorización a la Caja Costarricense del Seguro Social para que condone las multas, recargos e intereses y el principal, siempre y cuando haya una justificación objetiva y razonable.

En cuanto a propiamente el fondo, los magistrados y magistradas Fernando Castillo, Fernando Cruz, Paul Rueda, Nancy Hernández y Anamari Garro resolvieron la inconstitucionalidad del proyecto en atención a los siguientes aspectos de fondo:

- a) La consulta facultativa es admisible si es planteada por al menos por diez diputadas o diputados y, si se formula luego del primer debate en memorial razonado con expresión de

los aspectos cuestionados, y los motivos por los cuales se generaron dudas u objeciones sobre la constitucionalidad, específicamente en referente a los artículos 2 y 5 del proyecto con respecto a lo preceptuado por los artículos 73 y 74 de la Constitución Política.

- b) En segundo término, la Sala estima que los señores diputados, a través de una serie de consultas en las que aportan y refutan distintos criterios de órganos consultativos de la propia CCSS y la Procuraduría General de la República, no logran plantear dudas concretas de la constitucionalidad del proyecto y, pretenden que el Tribunal les evacúe las consultas de la constitucionalidad de la totalidad del proyecto de ley (por así haberlo solicitado la CCSS).

Sin embargo, en el proceso de la consulta de constitucionalidad, la Sala no debe fungir como una especie de asesoría legal con un espectro indefinido de acción, sino específicamente como una instancia que, con carácter preventivo en cuanto al fondo y vinculante respecto de la forma, coadyuva en el proceso de formación de las leyes, pero solo despejando las dudas u objeciones de constitucionalidad que se someten a su conocimiento de manera concreta y razonada (Sala Constitucional, res. 2021-023611).

Por lo anteriormente mencionado, se declara la inadmisibilidad de esta consulta, lo que implicó a que no corresponda la evacuación de las consultas.

Adicionalmente, los consultantes indicaron que el numeral 2 podría contener una violación a la competencia exclusiva otorgada a la CCSS sobre su gobernanza, y la norma supondría un desvío de los recursos a fines distintos a su propósito social. El artículo 2 del proyecto consultado determinaba una autorización a la CCSS para la condonación de los siguientes supuestos:

- a) En el caso de los trabajadores independientes, los adeudos al principal por cuotas, así como de multas, recargos e intereses.
 - b) En el caso de los patronos, los adeudos por multas, recargos e intereses.
- La condonación no podrá ser menor a la totalidad de los rubros indicados en este artículo, salvo una manifestación expresa por parte del deudor.

Alegan los diputados consultantes que el primer párrafo solo busca otorgar una autorización legal a la junta directiva de la CCSS para la condonación, pero en el último párrafo le definen

cómo y qué debe condonar, así como que ordenan lo que se debe perdonar. En su criterio, solo la CCSS debe determinar qué se debe hacer con los montos adeudados, en su mayoría incobrables, reiterando que estos recursos forman parte del fondo y la reserva de la seguridad social.

Artículo 5- Reglas para condonación a los trabajadores independientes

Se autoriza a la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) para que condone los adeudos, de conformidad con los términos de esta ley.

Las cuotas del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte que sean condonadas no generarán derechos ni beneficios individuales relacionados con estas.

En este caso, los diputados consultantes estiman que este texto se incorporó en razón que la propia CCSS lo solicitó con el fin de proteger a la institución de posibles reclamos futuros y de aquellos que desearan abusar de la condonación del principal. Ese aspecto no está contemplado para los patronos en razón que a estos no se les condona, dado que una parte ya fue objeto de retención en el propio salario del trabajador. A la dispuesto, indican que están en la “disyuntiva” sobre si este enunciado deviene ser contrario al artículo 74 de la Constitución, dado que se estaría invitando a los trabajadores a renunciar a su derecho de pensión. Por lo demás, manifiestan sus dudas de si se estaría violando el principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, los textos constitucionales disponen:

Artículo 73. - Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social. No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se registrarán por disposiciones especiales.

Artículo 74. - Los derechos y beneficios a que este Capítulo 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.

Se declararon inadmisibles escritos de más de treinta y cinco personas que solicitaron que se les tuviera como coadyuvantes, ello en razón que la intervención coadyuvante sea activa o pasiva, indica la Sala, está prevista para los procesos de amparo y no para mecanismos de consulta. Igualmente, se declaró la inadmisibilidad de los escritos presentados por nueve colegios profesionales y la Asociación Cámara de Industria y Comercio Costa Rica-México cuya participación no es admitida de intervención voluntaria, y ni siquiera está prevista en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como tuvo que aclarar la Sala.

En relación con el fondo, la Sala Constitucional se avoca a tratar los siguientes aspectos para fundamentar su sentencia:

Aspectos Generales:

1. Sobre la autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social

Conforme a lo anterior, ello implica que no se encuentra sujeta a límites en materia de gobierno, entendiéndose como “la capacidad para realizar su cometido legal sin sujeción a otro ente, de autodirigirse, autogobernarse y dictar sus propios objetivos y organizarse en la forma en que lo estima conveniente para el cumplimiento de la finalidad para la cual fue creada”. Le reconoce la Sala una autonomía organizativa, que la es la capacidad de autoorganizarse con exclusión de toda potestad legislativa.

2. Sobre la naturaleza de la carga obrero patronal

Si bien la Sala reconoce que se trata de contribuciones parafiscales y como tales tributos plantea que, al crearse a nivel constitucional, sea el artículo 73 de la Carga Magna, sí tiene la particularidad que la administración y el gobierno de esos seguros sociales corresponde a una institución autónoma, permitiendo incluso la determinación de la carga fiscal por vía reglamentaria, sin que se tenga por violentada el principio de reserva de ley.

Aspectos de fondo en relación con la transgresión constitucional de los artículos cuestionados:

3. Sobre la naturaleza de los seguros

La Sala sustenta la transgresión constitucional en razón que la Carta Magna configuró los seguros “como un beneficio irrenunciable de las personas trabajadoras ante enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y otras contingencias determinadas por ley, cuyo financiamiento se regula por el sistema de contribución forzosa tripartito del Estado, patronos y trabajadores”.

Lo que ordena la Constitución para la CCSS es la administración y el gobierno de los seguros sociales siendo además que los fondos y las reservas de aquellos “no pueden ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación”.

Adicionalmente, consideran que los seguros sociales fueron establecidos en beneficio de todos los trabajadores, lo cual lo acreditan de la voluntad del constituyente originario y del legislador derivado, lo que les permite concluir que esas normas como la jurisprudencia:

Han reconocido la protección constitucional de los seguros sociales para todas las personas trabajadoras. Precisamente, la universalización de los seguros sociales es la que permea con carácter extensivo los seguros sociales que se encuentran a cargo de la CCSS y, por ello, tienen protección constitucional.

4. Sobre la condonación de cuotas

La Sala concluye que es improcedente que se establezca en la ley la condonación de las cuotas referidas, en razón que estas tienen como finalidad, por así indicarlo la propia Constitución:

El establecimiento y la universalización de los seguros sociales, de modo que están fuera de la acción de la ley. Precisamente, la garantía de que los fondos y reservas de la seguridad social no puedan ser empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, impide cualquier tipo de disposición que no sea afín al propósito expresamente contemplado en la Ley Fundamental.

Efectivamente, conforme a su naturaleza, las cuotas se sustentan en un principio de solidaridad en función de su universalidad y sostenibilidad del régimen, lo que deriva en inconstitucional la condonación del adeudo principal.

Dos aspectos son relevantes con la conclusión del Colegiado: en primer lugar, si bien se reconoce el carácter fiscal de las contribuciones, evitan pronunciarse sobre el plazo de prescripción que resulte aplicable; en segundo lugar, se estima que es inconstitucional ya que se señala que la condonación no podrá ser menor a la totalidad de rubros contemplados en el artículo 2, sea principal por cuotas, multas, recargos o intereses.

En suma, la condonación del principal se estima inconstitucional, pero además se cuestiona que se le esté imponiendo a la CCSS una forma de actuar, ya que, si bien es una autorización, no se señala justificación alguna sin tomar en cuenta el carácter autónomo de la entidad.

Por lo tanto, una autorización será constitucional tratándose de multas, intereses y recargos, y deberá basarse en “parámetros razonables y objetivos en atención al principio de igualdad, siempre tomando en consideración la autonomía constitucional de la CCSS, por ser la encargada de la administración y el gobierno de los seguros sociales”. Desde este ángulo, la entidad no puede ser objeto de “intromisiones arbitrarias e injustificadas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en estos temas”.

Por su parte, sobre la frase final del artículo 5 del proyecto: “las cuotas del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte que sean condonadas no generarán derechos ni beneficios individuales relacionados con estas”, la Sala consideró que igualmente es una norma inconstitucional, tal y como se resolvió en relación con el numeral 2, en que se condona el monto principal del adeudo. Por ello, la Sala no considera necesario pronunciarse sobre otros aspectos como la frase final del artículo, en el cual se menciona que las cuotas condonadas no generan derechos ni beneficios iniciales, la duda sobre si se está incitando a los trabajadores a renunciar a su derecho de pensión y la alegación sobre la violación al principio de igualdad entre trabajadores independientes y patrones por resultar innecesario como consecuencia de la inconstitucionalidad declarada.

5. Segundo proyecto de Ley N° 21.522: Autorización de condonación para la formalización y recaudación de las cargas sociales

El 25 de abril de 2022, la Asamblea Legislativa aprobó en segundo debate el proyecto de Ley denominado actualmente “Autorización de condonación para la formalización y recaudación

de las Cargas Sociales”, Ley 10232 publicada en el Diario Oficial La Gaceta del 2 de mayo de 2022. En un comunicado de Casa Presidencial, de 29 de abril de 2022, se informa que el presidente Alvarado firmó la Ley que condona deudas de patronos y trabajadores independientes con la CCSS. Según la ministra de la Presidencia Geannina Dinarte de ese periodo, la ley garantiza que “muchas personas puedan desarrollar sus actividades en la formalidad, y también para que sus negocios puedan crecer. Creemos que esto favorecerá la ruta de la recuperación económica y potenciará la generación de empleo”.

Conforme a la norma finalmente dictada, se faculta a la CCSS para proceder con la condonación de adeudos de patronos y trabajadores independientes a esta entidad por el Seguro de enfermedad y maternidad y al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, en punto a los adeudos por multas, recargos e intereses. Se prevé también que otras entidades públicas podrán condonar las deudas a los patronos por concepto de multas, sanciones e intereses, como el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, el Instituto Nacional de Aprendizaje, el Instituto de Ayuda Social y el Banco Popular.

Para tramitar la condonación de los adeudos, los interesados deberán de cumplir reglas comunes previstas en el artículo 4 para tramitar ante la CCSS, tales como:

1. Presentar solicitud expresa del patrono o trabajador independiente para acogerse a la condonación.
2. Se fija un plazo de doce meses a partir de la entrada en vigencia de esta ley para que los interesados a través de un solo tracto o bien, mediante un acuerdo de pago con la institución.

Por su parte, el artículo 5 establece las reglas para el caso de los trabajadores independientes. Al respecto, exige que los trabajadores independientes que no estuviesen inscritos procedan con su registro y, los que estuviesen inscritos adeuden cuotas. Distingue los casos en que el trabajador esté en un procedimiento administrativo para el cobro de periodos retroactivos, en cuyo caso efectuará un acuerdo de transacción de aquellos en que se ha iniciado un proceso judicial en el que el trabajador deberá de cancelar los honorarios calculados sobre el monto pagado de conformidad con la transacción. Se entiende que, formalizada la transacción, se considerará extinta cualquier obligación anterior a ese plazo.

6. Otros proyectos relacionados con el tema de la prescripción

El tema de la prescripción es otro de los aspectos que han tomado relevancia en este tema. Esencialmente, la propia Sala Constitucional ha reconocido el carácter fiscal de las contri-

buciones, lo que provoca como consecuencia la interpretación de la norma aplicable para definir el plazo, como lo es el Código de Normas y Procedimientos Tributarios. En tanto, las sentencias dictadas por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia han estimado que el plazo de prescripción aplicable es de diez años, contenido en el artículo 56 en relación con del 30 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, y no el numeral 44 ibidem. El artículo 56 de la Ley Constitutiva de la CCSS establece:

La acción penal y la pena en cuanto a las faltas contempladas en esta Ley, prescribirán en el término de dos años contados a partir del momento en que la institución tenga conocimiento de la falta. El derecho a reclamar el monto de los daños y perjuicios irrogados a la Caja, sea que se ejercite en la vía de ejecución de sentencia penal o directamente la vía civil prescribirá en el término de diez años.

7. Proyecto 21.423 Ley del Trabajador Independiente

Este proyecto cuenta con Dictamen Afirmativo de Mayoría de fecha 22 de marzo de 2022, y de acuerdo con ese Dictamen, tiene como objetivo establecer una legislación clara y transparente en relación con la cotización de los trabajadores independientes.

Dentro de los cambios propuestos se establece:

1. Se ajustan las definiciones de trabajador independiente, la base de la cotización y la cuota contributiva.
2. La declaración de los trabajadores independientes se pretende que sea auto liquidativa y mensual de los ingresos netos.
3. Se establece la prescripción en un plazo de cuatro años, la que se otorgará a solicitud del interesado.
4. Se otorga un espacio de representación en la Junta Directiva de la CCSS.

El proyecto, a la fecha de este artículo, cuenta con un texto actualizado con las mociones aprobadas el 27 de julio de 2022 y se encuentra en el Departamento de Redacción, es decir, para su futura discusión en el plenario.

8. Proyecto 23.107 Ley para la Prescripción de Deudas con la CCSS

Este proyecto fue presentado el 11 de mayo del presente año. Fue propuesto por el Partido Liberal Progresista. El proyecto reforma el artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, adicionando como parte de los tributos a la contribución parafiscal, entendida como “el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de su servicio para la satisfacción y cumplimiento de fines sociales o económicos”.

Cabe acotar que este proyecto cuenta con una exposición de motivos con suficientes criterios emanados por la Procuraduría General de la República, las sentencias de la Sala Constitucional y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, así como un análisis de políticas fiscales de la OCDE de Costa Rica, 2017, que fundamentan que, de acuerdo con la evolución normativa, se ha adicionado una cuarta categoría de tributo, la contribución parafiscal, vía jurisprudencia.

Adiciona un párrafo tercero al artículo 56 de la Ley Constitutiva de la CCSS, con el propósito de establecer que la acción de esa entidad para determinar las cuotas de la seguridad social prescribe a los 4 años.

Conclusiones

A) Aspectos políticos

1. El análisis del proyecto de condonación o amnistía de las deudas de los trabajadores, así como de los independientes y de los patronos, da la sensación de demostrar las características del funcionamiento del país frente a los grandes problemas. Ya sea por razones de carácter jurídico o político, existe la sensación de que los altos tribunales no desean resolver o dictar decisiones de fondo.

El país demuestra, en un caso como el que se analiza, la imposibilidad de resolver esos problemas de manera frontal. Se observa en este caso, en que un grupo de diputados que representan una posición o ideología socialcristiana que dio a vez su origen en la década de los cuarenta la reforma de los seguros universales para Costa Rica, y que ha sido de hecho un bastión en esa democracia, presenta una propuesta dirigida para resolver una situación real de morosidad y de incapacidad de la institución. Lo anterior con el fin de recuperar esa suma y de resolver la misma sostenibilidad del programa a futuro, a través de la incorporación de los informales y a través

de la facilitación del pago para que las personas logren hacer un arreglo adecuado o un arreglo futuro para generar ingresos a la institución.

2. El proyecto contiene otro rasgo político, ya que, a pesar de que el primer proyecto tuvo una votación bastante amplia, no deja de llamar la atención que los diputados consultantes de la Sala Constitucional no solamente se limitan a hacer la consulta sobre si existe o no un roce con la norma fundamental, sino que además argumentan profusamente por qué la reforma es inconstitucional y además le deja la mesa servida a la Sala Constitucional, haciéndole múltiples preguntas. Lo anterior como si fuera la Sala la institución que tendría que resolver esas dudas a través de la consulta de constitucionalidad, simplemente pretendiendo con ello un litigante más, y buscando una respuesta negativa de la Sala Constitucional, como efectivamente se presentó.

Se denotó que el proyecto efectivamente pudo también haberse afectado por haberse aprobado en un periodo preelectoral.

Es normal observar, en el quehacer de la Asamblea Legislativa, la dificultad de llegar a consensos, siendo lo usual la oposición a los proyectos para no permitir que una posición oficial (o en este caso de un partido tradicional) genere un proyecto que beneficia a una cantidad grande de costarricenses. Lamentablemente, no se demuestra al electorado que la fracción ofrece las mejores soluciones y vota a favor de propuestas beneficios. La oposición normalmente trata de minar la función del gobierno.

La votación de aprobación del primer debate sugiere que se había llegado a un importante consenso. Sin embargo, es posible observar la politización del proyecto con la forma en que se planteó la consulta preceptiva, en la que, a través de consultas improcedentes y muchos argumentos fundados en criterios de la Sala Constitucional, evidenciaron una oposición fiera contra el proyecto votado por mayoría. Se pretendía, como si fuesen litigantes extraños a la función legislativa, traerse abajo el proyecto utilizando la fuerza de los criterios vinculantes de la Sala.

En ese sentido, es inexplicable el papel del servicio legal de la Asamblea Legislativa al no evidenciar que la viabilidad de la ley estaba muy cuestionada. En otros términos: ¿por qué estos temas no fueron debatidos en la Comisión que conoció el proyecto? Pareciera que la decisión era esperar que la Sala Constitucional avalara los cuestionamientos de un tema controversial y de importancia política. Pasadas las eleccio-

nes, se procedió a aprobar una segunda versión de la ley, con un menor impacto, permitiendo que sea la CCSS la que defina si va a conceder la amnistía para los casos concretos y sin que se haya podido incluir el principal; es decir, un poco más de lo mismo.

No es inusual que ante graves problemas no se adopten medidas contundentes, ya que, en nuestra visión “a la tica”, no se ahonda en las modificaciones estructurales, sino que dan soluciones parciales que mantienen un “clima social”, retardando la solución que corresponde a la realidad social y jurídica.

3. La existencia del concepto de autonomía no puede llevar a la idea equivocada que no es posible analizar su situación financiera interna y se planteen por la vía legal modificaciones a su esquema de funcionamiento y sostenibilidad. Surgen por supuesto preguntas sobre la efectividad del gasto en contrataciones de personal y gastos asociados a las compras de su calidad y pertinencia. Todos ellos aspectos que pueden afectar las arcas de la propia entidad. En suma, la fiscalización y revisión de la institución no puede ampararse a la autonomía. En materia de educación, no es posible en las universidades públicas determinar el contenido de los cursos o los criterios de aprobación, pero ello no quiere decir que se debe de tratar como si estuviera fuera de la jurisdicción del país para los efectos de definir objetivos y el cómo se debe de ajustar esas entidades a la realidad económica y social.

B) Aspectos normativos

1. La consulta preceptiva considerando el proyecto inconstitucional, sin embargo, no fue unánime. Tres magistrados señalaron que la creación de la condonación no es en sí misma inconstitucional. Esta no se presenta en tanto el proyecto hubiere sido acompañado de criterios de razonabilidad para la aplicación de la condonación o amnistía. Se colige de lo anterior que, la redacción de una norma, más en el caso que establezca un cambio importante, debe de estar acompañada de una técnica que acredite su conveniencia y necesidad bajo criterios de razonabilidad.

En el presente caso era necesario denotar un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que forman la relación jurídica. La norma, por lo tanto, debía de tener una lógica en su contenido y demostrar que en su aplicación iba a imperar el sentido común.

La complejidad del problema lo transformaba en un tema país, agobiado por una situación económica débil, y, por ende, con contribuyentes y no contribuyentes con menos capacidad de pago de esas obligaciones. Entonces, se requería que la solución tuviera un mayor grado de integralidad y consenso.

El problema por resolver arrastra durante años múltiples aristas:

- a) La sostenibilidad misma del sistema de seguridad.
 - b) La morosidad de patronos y trabajadores, sea por razones objetivas de imposibilidad para cumplir con su obligación, o bien, el simple incumplimiento sin justificación se incluye en la misma morosidad del propio Estado, valorado por el anterior Presidente Ejecutivo de la institución en 2.5 billones de colones.
 - c) La capacidad de la entidad para la recuperación de las sumas adeudadas pudiese reflejar una ineficiente tarea para la recuperación de las sumas a pesar de que cuenta con una prescripción a su favor y con un plazo decenal para el ejercicio de la investigación, determinación y cobro de la obligación, siendo los principales deudores los trabajadores independientes.
 - d) El problema de la informalidad está estimada en Costa Rica en un 46 % de la fuerza laboral; es decir, en cerca de un millón de personas. Aparte de las políticas que se deben de aplicar, en materia tributaria se deben de establecer incentivos para que las personas y las empresas dejen de permanecer en la informalidad, lo que incluye tarifas más bajas y razonables. Costa Rica mantiene cargas patronales del 26.3 %, lo que se considera un porcentaje muy alto, inclusive para los países que pertenecen a la OCDE.
2. La razonabilidad de una ley que acometa las aristas indicadas requiere considerar que los morosos contribuyentes al sistema tengan posibilidades reales de cancelar las deudas sin que se vea el detrimento de su misma subsistencia, permitiéndole, además, continuar aportando con sus cuotas al mantenimiento del sistema. El principio de igualdad en materia tributaria se logra cuando la contribución se hace en proporción a la capacidad económica, permitiéndose la creación de categorías especiales, en el tanto estas no sean antojadizas o discriminatorias.

Si no se consideraba prudente un porcentaje de condonación o amnistía de un 100 %, se pudieron haber ideado otros mecanismos bajo criterios matemáticos financieros para establecer si lo justo era establecer categorías especiales para el pago de porcentajes menores o no pagar nada; o bien, establecer facilidades mayores para los pagos a futuro. Nadie va a acercarse a la CCSS para satisfacer sus obligaciones conociendo que le van a pedir una suma inicial alta que va a atentar contra el mantenimiento de su familia. Eso no resulta realista.

Lo que resulta real, en este momento, es que hay una situación económica comprometida, que hay una gran necesidad de recursos por parte del ente que provee la salud pública y que es necesario buscar esos mecanismos racionales que permitan a las partes, a través de una condonación y formas de pago racionales, lograr efectivamente el acercamiento de las personas que tienen deudas o mantienen deudas con la CCSS, incluyendo por supuesto a la parte patronal y a la parte trabajadora.

3. La ley aprobada adolece de un elemento esencial para la aplicación justa de la norma: la prescripción decenal. La prescripción debe de establecer que corresponde no solo a la deuda principal, sino que debe de incluir a los intereses, sanciones y recargas que procedieran.

El plazo actual de diez años de prescripción no es consecuente con la naturaleza de la contribución parafiscal que estableció la Procuraduría General de la República y la misma Sala Constitucional, y que por lo tanto tiene las características de cualquier tributo regulado por el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, por lo que -por lógica- debe de tener plazos que otorguen mayor seguridad jurídica como el previsto de cuatro años en este Código.

Como se indicó supra, no se puede descartar que este plazo haya dado lugar a la ineficiencia de la institución para la recuperación de las sumas adeudadas.

De hecho, este criterio se reafirma en el reglamento emitido por la CCSS para la regulación de la actividad del trabajador independiente, en la que se reitera que el plazo es de diez años. Es claro que la omisión de esta regulación esencial en la ley le va a permitir a la entidad ampararse al plazo previsto sin que se haga ninguna interpretación vía reglamentaria para solucionar este aspecto. Para esta solución, la entidad

deja de ser autónoma y no puede reconocer por sí misma que corresponde a una obligación tributaria sujeta a las reglas comunes del Código Tributario.

Bajo esta óptica va a ser necesario que para modificar la situación actual se apruebe una norma que defina el plazo de prescripción y resuelva todos los temas pendientes en relación con la incorporación de los informales, la aplicación justa de la disminución de las cargas sociales para ciertos sectores, la posibilidad de pago de los deudores conforme a su situación económica particular y el acceso al crédito blando para solventar estas deudas sin que se vea comprometida la subsistencia de la persona y su familia.

Se deberá de cambiar el modelo de convenios para el pago de las deudas hasta ahora utilizado, pues constituye un desestímulo para buscar una solución a la moratoria.

La solución jurídica debe de ser profunda y consensuada por el país y sus distintas fuerzas políticas. El tema requiere de soluciones profundas, pues no es posible poner un curita para una situación que requiere una cirugía.

Se debe buscar una solución a largo plazo para los asegurados y para la misma sostenibilidad financiera de la institución. El monto existente de morosidad tanto de los patronos y trabajadores y la del mismo Estado no se va a solucionar si se dan soluciones parciales.

4. A manera de reflexión final, se observa en este artículo, el debate de siempre entre la realidad que se presenta en la social y las soluciones jurídicas siempre atrasadas a esa realidad.

En este caso, esta dicotomía entre realidad y derecho se nota en el sentido de que se espera que los tribunales o las salas de los tribunales lleguen a representar con sus interpretaciones al derecho vivo para que sus sentencias respondan a la realidad económica del país.

No se ve correcto que los máximos tribunales que crean la jurisprudencia y principalmente la Sala Constitucional se mantenga, como se observa en la consulta preceptiva, reiterando todos los criterios expresados en sus votos sobre la materia. Como se indica en su propia ley constitutiva, sus votos no la vinculan encontrándose facultada

para ajustar el derecho a la solución que se adecúe más a su realidad económica y social.

Parece que el letrado que preparó la sentencia, así como los magistrados del voto de mayoría, se ampararon en los criterios existentes sin pretender hacer una renovación de los conceptos.

Se supone que los votos de las Salas de la Corte Suprema de Justicia deben de representar al derecho vivo; es decir, el derecho que se adapta a la realidad. Si bien nuestro sistema se basa en el derecho escrito, ello no inhibe a las interpretaciones para que esa norma se innove y concuerde con la realidad social, así como con las condiciones reales económicas y sociales que tiene el país en un momento dado.

En ese sentido, no es suficiente con emitir una sentencia voluminosa que transcribe muchas resoluciones y criterios para sustentar eficientemente la consulta, más si se toma en consideración que no se trataba de un asunto litigioso, sino que se abría una oportunidad valiosa para indicar cómo la norma se debería de interpretar para lograr el cometido de ese ajuste a la realidad, y sobre todo al criterio mayoritario del primer poder de la República.

La oportunidad sí pudo ser vista por los tres magistrados, que en minoría pudieron apreciar -en una forma lógica- la posibilidad de que la autonomía de la institución aplicara, junto con la autorización legal, formas racionales para atribuir la condonación parcial o total sobre la base de una justicia tributaria. Al menos fue meritorio que esos magistrados no se quedaran en los criterios emitidos años atrás, sino que observaron la posibilidad de la innovación y adaptación del derecho a un proyecto de impacto para el país.

Referencias

- Asamblea Legislativa de la República. (2021). *Consulta facultativa Expediente 21.522 Autorización de condonación para la formalización y recaudación de las cargas sociales*. <http://www.asamblea.go.cr/glcp/Votos%20de%20la%20Sala%20Constitucional/Consultas/21.522/21.522%20Consulta%20facultativa%20Sala%20Constitucional%202-9-2021.pdf>
- Asamblea Legislativa de la República. (2021). *Proyecto de ley “Amnistía para la formalización y recaudación de las cargas sociales, 21.522”*. <https://www.analiticaconsultores.net/wp-content/uploads/2020/03/21522.pdf>
- Asamblea Legislativa de la República. (2022). *Reglamento para la afiliación de los trabajadores independientes*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=53846&strTipM=TC
- Asamblea Nacional Constituyente. (1949). *Constitución Política de la República*. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871 .
- Carrillo, R., Martínez, J., Naranjo, F. y Sauma, P. (2011). *Informe del equipo de especialistas nacionales nombrado para el análisis de la situación del seguro de salud de la CCSS: recomendaciones para restablecer la sostenibilidad financiera del seguro de salud*. Editorial IIS-UCR.
- Díaz, N. (2022). *Patronos podrán pedir amnistía de deudas principales con Fodesaf, IMAS, INA y Banco Popular*. Semanario Universidad. <https://semanariouniversidad.com/pais/patronos-podran-pedir-amnistia-de-deudas-principales-con-fodesaf-imas-ina-y-banco-popular/#:~:text=Buscar%3A,honorarios%E2%80%9D%20del%20tr%C3%A1mite>.

Normas de publicación

La revista *Derecho en Sociedad* es una publicación electrónica semestral de la Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) de San José, Costa Rica. Puede ser accedida en la página de ULACIT <http://www.ulacit.ac.cr/>

Los artículos e investigaciones están relacionados con el campo de las ciencias jurídicas, aun buscando, igualmente, un carácter interdisciplinar. En la revista pueden publicar estudiantes, profesores y graduados de ULACIT, así como especialistas en cualquier área del Derecho, aunque no formen parte de esa comunidad universitaria.

Contenido de la revista

La revista prevé la publicación de artículos de fondo que sean resultado de investigaciones realizadas de forma individual o colaborativa en materias relacionadas con el campo de las ciencias jurídicas.

Normas de publicación

1. Los artículos remitidos para su publicación deberán escritos en idioma español y ser originales e inéditos, y que no hayan sido entregados a otros medios con el mismo fin. El envío de un artículo implica que es inédito y que no ha sido publicado, ni que se encuentra en consideración en otra revista o publicación. Excepcionalmente, a criterio del Consejo Editorial y de la Dirección de la revista, se podrán admitir artículos, ponencias o conferencias de otras publicaciones en consideración a su relevancia. En este último caso, deberán indicarse, de modo expreso, los datos de la publicación previa, siempre y cuando el autor releve de toda responsabilidad a ULACIT frente a terceros.
2. El autor cede los derechos de publicación o copia de sus artículos con los efectos y alcances que figuran en la parte de la revista dedicada a la cesión de derechos patrimoniales y otros extremos. A tal fin, deberá suscribir el correspondiente documento de cesión de derecho que le será facilitado antes de la publicación del trabajo.

Si el autor con posterioridad desea publicar su artículo en otro medio, deberá hacerlo indicando en este último, de modo expreso, los datos de su publicación previa en la revista *Derecho en Sociedad* de la Escuela de Derecho, ULACIT.

3. Los contenidos y opiniones que se puedan verter en cada artículo son responsabilidad exclusiva del autor, no de la revista, de su Dirección, de su Consejo Editorial ni de la Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología.
4. La solicitud, junto con el artículo, han de enviarse al editor de la revista, Lic. Osvaldo Madrigal Méndez, correo electrónico omadrigalm194@ulacit.ed.cr.
No se recibirán artículos impresos.
5. En la petición, el autor habrá de consignar los siguientes datos, que serán incluidos a pie de página en la publicación:
 - ✓ nombre y apellidos
 - ✓ actividad profesional
 - ✓ calidades profesionales y académicas entidad y país en el que labora
6. Además, se deberá indicar la información que figura a continuación respecto de la cual se guardará confidencialidad:
 - ✓ número de documento de identidad con indicación del país
 - ✓ teléfono con prefijo del país
 - ✓ resumen del currículum vitae
 - ✓ dirección de correo electrónico
7. La revista tiene una periodicidad semestral. Cada número aparece en los meses de marzo y setiembre, salvo que la Dirección y el Consejo Editorial dispongan otras fechas.
8. La solicitud de publicación de un artículo para el volumen de marzo debe presentarse antes del 1º de diciembre previo. La solicitud de publicación de un artículo para el volumen de setiembre debe presentarse antes del 1º de julio previo.
9. La selección de los artículos por publicar estará a cargo del Consejo Editorial de la revista y el documento sometido a su consideración deberá cumplir con los siguientes requisitos:
 - ✓ márgenes justificados de 3 cm
 - ✓ tipo letra Times New Roman, tamaño 12
 - ✓ párrafos sin sangría
 - ✓ espaciado sencillo, con un espacio entre párrafos
 - ✓ extensión de los artículos: de 6.500 a 7.000 palabras como máximo
 - ✓ formato APA de referenciación, con carácter obligatorio (no se computa a estos efectos la lista de referencias)

10. Los trabajos comenzarán con título del artículo, además, un título resumido del mismo, en ambos casos con traducción al idioma inglés, nombre y apellidos del autor, indicación a pie de página de los datos personales del autor (o autores), necesarios: afiliación institucional, calidades, ciudad, país y correo electrónico. Seguidamente en el texto se incluirán dos resúmenes del trabajo, uno en español y otro en inglés, los cuales deberán ser un compendio de las ideas esenciales y los resultados del trabajo. La extensión de cada resumen no excederá las 150 palabras y estará constituido por un solo párrafo. Se incluirá un máximo de seis palabras claves (tres en inglés y tres en español), con las que se identifiquen los trabajos. A continuación, iniciará el texto del trabajo de acuerdo con las normas generales de un artículo científico/académico.
11. Si el artículo contiene cuadros, gráficos, mapas o ilustraciones, estos deben estar numerados de forma secuencial y adicionar la fuente de los datos. Estos anexos deben estar en el formato JPG.
12. Las referencias se incluirán al final del trabajo, de acuerdo con los parámetros establecidos por la APA (7a. edición). No se debe utilizar el estilo APA generado automáticamente por el Word; es obligatorio confeccionar la lista de referencias en forma manual.
13. Las notas se relacionarán numeradas al pie de página. Si dichas notas incluyesen referencias bibliográficas o virtuales, se citarán también según el formato establecido por la APA para estos casos.
14. Los artículos serán enviados a revisión filológica, por lo que los autores deberán aceptar los cambios recomendados por el profesional contratado por ULACIT.
15. El rechazo de los trabajos o cualquier discrepancia sobre ellos se resolverá por el Consejo Editorial sin posibilidad de reclamo contra la decisión de dicho órgano.
16. La entrega de los artículos o investigaciones supone la aceptación de las anteriores normas y de lo previsto en el documento de cesión derechos mencionado en la norma 2, una vez aceptada la obra para su inserción en la revista.
17. La Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, en conjunto con la Dirección y el Consejo Editorial de la revista, podrán modificar, parcial o totalmente, las presentes normas cuando lo estimen oportuno.

Consejo Editorial

El Consejo Editorial de la Revista será el encargado de revisar y dictaminar sobre los artículos entregados, así como de velar por la línea editorial de la Revista.

El Consejo está compuesto por las siguientes personas:

- MA. Luana Valeria Nieto Méndez, decana de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de ULACIT; directora de la Revista Derecho en Sociedad.
- Lic. Vicente Calatayud Ponce de León, profesor-investigador de la Escuela de Derecho de ULACIT; editor de la Revista Derecho en Sociedad.

Revisión filológica

Lic. Roberto André Acuña Vargas

Cesión derechos de autor

Revista Derecho en Sociedad - Escuela de Derecho de ULACIT

DOCUMENTO DE ACEPTACIÓN DE CONDICIONES Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

El envío del documento a la dirección de la revista, con los campos rellenables cumplimentados, es un requisito indispensable para la postulación de los artículos en la revista *Derecho en Sociedad* y debe ser firmado los/las autores/as del manuscrito postulante. El formato de este documento es PDF con campos rellenables para la incorporación de los datos básicos del manuscrito y los/las autores/as.



Cesión derechos de autor

Revista "Derecho en Sociedad" de la Escuela de Derecho (ISSN: 2215-2490)
Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) , San José, Costa Rica

Yo _____, en mi calidad de
(estudiante, docente, investigador (a)) _____, de la carrera de
_____ y autor (a) del artículo intitulado

manifiesto que cedo a título gratuito y sin limitación alguna la totalidad de los derechos patrimoniales de autor derivados del artículo de mi autoría, incluyendo los de edición y publicación, a favor de la Revista "Derecho en Sociedad" y de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), declarando que el artículo es original y que es de mi creación exclusiva, no existiendo impedimento de ninguna naturaleza para la cesión de derechos que estoy efectuando, respondiendo además por cualquier acción de reivindicación, plagio u otra clase de reclamación que al respecto pudiera sobrevenir, y exonerando de cualquier responsabilidad a las entidades cesionarias.

En virtud de lo anterior, la revista "Derecho en Sociedad" y la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) adquieren el derecho de reproducción en todas sus modalidades, incluso para inclusión audiovisual, el derecho de transformación o adaptación, traducción, compilación, comunicación pública, distribución y, en general, cualquier tipo de explotación con fines académicos o comerciales por sí, o por terceros que los citados cesionarios designen, pudiendo crear o modificar resúmenes o extractos de la obra, en español u otros idiomas, editándolos y publicándolos en la forma que se describe anteriormente, y licenciar todos los derechos de los cesionarios aquí señalados a terceras partes

Por tanto, como consecuencia de la presente cesión, autorizo expresamente a la revista "Derecho en Sociedad" para copiar, reproducir, distribuir, publicar, comercializar el artículo objeto de la cesión, por cualquier medio digital, electrónico o reprográfico, conservando la obligación de respetar en todo caso los derechos morales de autor contenidos en la vigente legislación aplicable, no pudiendo el cedente divulgar ni reproducir por ningún medio la obra objeto de esta cesión a no ser que cuenta con la previa autorización expresa de los cesionarios.

Firma conforme en San José, Costa Rica, a los ____ días del mes de _____ del 20__

Firma

Número de cédula