

3.	El derecho y la formación de capital en sociedades comerciales	74
	A. Introducción	74
	B. La redacción de los artículos del Código	74
	C. Los objetivos de los codificadores	75
	D. Demandas, aspiraciones, expectativas y propensiones	77
	E. El comportamiento del derecho de las sociedades comerciales	79
	F. La sociedad anónima costarricense	81
4.	El crédito al consumidor y el derecho	88
	A. Introducción	88
	B. El asalariado como usuario de crédito	89
	C. Regulación del crédito. Sus objetivos y rasgos básicos	94
	D. Fuentes de crédito al consumidor	97
	E. El comportamiento de instituciones jurídicas	105
	F. Evaluación	110
	G. Conclusiones	113
5.	Los elementos de una teoría de derecho en el desarrollo económico	115
	A. El contexto económico y el prototipo de un “hombre de desarrollo económico”	115
	B. La función indispensable del sistema jurídico	119
	C. Principios económicos sobre la efectividad jurídica	122
	D. Estrategias jurídicas del desarrollo	125

ninguna norma concreta que permitiera medir la diligencia de los inversionistas y sin contraargumentación institucionalizadas, ningún progreso real se podía esperar en el desarrollo de conceptos legales claves, como “el inversionista de diligencia modelo” o conceptos auxiliares como “saturación del mercado” o “valor agregado”, conceptos que constituyen el verdadero lenguaje técnico jurídico de una ley de fomento industrial.⁴⁹

3. EL DERECHO Y LA FORMACIÓN DE CAPITAL EN SOCIEDADES COMERCIALES

A. Introducción

El estudio sobre el derecho y la formación del capital en sociedades comerciales enfoca principalmente uno de los mecanismos más comunes y tradicionales para la atracción y la inversión de ahorros en sociedades occidentales: la suscripción y compra de acciones en la sociedad anónima.⁵⁰

B. La redacción de los artículos del Código

En contraste con la LFI, las reglas del C. de C. sobre sociedades comerciales no pasaron por el estudio de comisiones de la Asamblea Legislativa o por debate en el Plenario. El C. de C. de 1964 fue esencialmente el trabajo de un pequeño grupo de abogados practicantes y un juez en quienes la Asamblea Legislativa había delegado su trabajo. Ellos consultaron otros códigos contemporáneos, tratados y revistas de derecho comercial y utilizaron las lecciones de su

⁴⁹ Durante el seminario, este autor preguntó a algunos participantes costarricenses si el sistema jurídico de Costa Rica estaba mejor equipado en la actualidad para efectuar la adjudicación judicial del fomento industrial de lo que lo que estaba en 1959. El profesor González contestó que ocho meses de sesiones del Consejo Centroamericano en 1969 fueron dedicados a la discusión del significado jurídico de “valor agregado” con el propósito de incluirlo en un futuro tratado. Su conclusión fue que aún tras este largo periodo de discusión, muchos puntos de vista demostraban una falta de conocimiento tanto de las implicaciones económicas como de las legales en el uso del término. Algunos de los participantes de Estados Unidos apuntaron las dificultades aún presentes en su país al tratar de definir términos tales como “monopolio”. El profesor González y este autor respondieron sugiriendo que había una gran diferencia entre no poder establecer el significado de un término jurídico como resultado de circunstancias cambiantes a su alrededor y no tener ninguna base de trabajo para la definición de un término a la hora de usarlo por primera vez en un contexto esencial al funcionamiento de la institución.

⁵⁰ Los principales autores del Estudio de la formación del capital en sociedades comerciales (de aquí en adelante denominado como Estudio de formación de capital) son los señores David A. Gantz; Blake T. Franklin y este autor. Parte del trabajo estadístico, entrevistas y escritos preliminares fueron hechos por el señor David A. Loring.

experiencia profesional. Cuando pensaron que tenía un producto elaborado, lo presentaron a la Asamblea y ésta, después de oír la opinión de juristas calificados sobre los méritos técnicos o jurídicos del proyecto, aprobó el Código.

El Código de 1964 sustituyó un cuerpo legal anterior que estuvo en vigencia aproximadamente durante un siglo. El campo de regulación de ambos códigos sobre la actividad comercial era bastante exhaustivo y abarcaba casi todos los aspectos de la vida de los negocios en Costa Rica, desde las reglas sobre la condición de comerciante y su contabilidad hasta las marcas de fábrica y los contratos comerciales, desde sociedades comerciales hasta títulos valores. Al adoptar el Código de 1964, la Asamblea Legislativa implícitamente sustituyó muchas de las reglas, conceptos y mecanismos existentes por otros más a tono con los presentes criterios de redacción del C. de C. y con “las necesidades comerciales presentes”.⁵¹

Reemplazar un Código viejo por uno nuevo es un trabajo bastante arduo y requiere de mucho tiempo. Solamente la comprensión del significado de las nuevas reglas y conceptos requiere enorme concentración y precisión de esfuerzo. Y una vez que el significado de las nuevas reglas se ha establecido es necesario comparar su ámbito y efectos con las reglas que están en vigencia. Si la reforma propuesta es deseable, la regla y sus implicaciones conceptuales deben ser reanalizadas para asegurar la consistencia entre lo nuevo y el remanente de lo anterior. No sorprende, por lo tanto, que en la lucha para obtener los más altos criterios técnicos y la más impecable consistencia lógica, el codificador frecuentemente deja de tomar en cuenta los hechos y problemas del acaecer comercial que lo rodea. Y al redactar, por ejemplo, el capítulo de sociedades comerciales, puede perder de vista el hecho de que el sistema de contabilidad comercial y teneduría de libros no guarda la debida relación con las prácticas mercantiles o no responde a las necesidades fiscales o de prueba mercantil. Más aún, el codificador es susceptible a perder de vista las demandas, aspiraciones, expectativas y propensiones con las que no ha tenido contacto en el curso de su profesión o actividad jurídica.

C. Los objetivos de los codificadores

En sus comentarios de introducción al C. de C. de Costa Rica de 1964, la comisión redactora expresó sus objetivos respecto a la regulación de las actividades de las sociedades comerciales en un lenguaje que puede ser sintetizado de la siguiente manera:

⁵¹ N. Valle Peralta, y H. Zurcher Acuña, Código de comercio y sus reformas, 2a. edición, San José, 1967. Introducción pp. IV y V.

- a) Las reglas de formación y funcionamiento de las sociedades comerciales deben ser suficientemente flexibles para que sus varias formas se adapten a las necesidades económicas y estén a tono con el desarrollo técnico, administrativo y financiero;
- b) La sociedad comercial debe funcionar como un instrumento de desarrollo económico;
- c) La eficiencia y el funcionamiento de las sociedades comerciales se fomentan dándole fuerza y apoyo a las funciones de dirección;
- d) La administración de las sociedades comerciales debe encaminarse a servir como vehículo de formación de capital.⁵²

En un artículo publicado durante el mismo periodo, uno de los miembros de la Comisión, el profesor Napoléon Valle Peralta, dio información más detallada sobre el tipo de sociedad comercial (sociedad anónima) tenida en mente por la Comisión:

- a) La sociedad anónima por su naturaleza no es adecuada para formar pequeños negocios; está reservada para llevar a cabo grandes empresas que requieran fuerte capital inicial y que abarque su objeto, negocios de alto vuelo, pero no es tampoco como muchos equivocadamente creen que sirve tan solo al capitalista, pues precisamente es todo lo contrario, la sociedad anónima por su organización está llamada a formar grandes capitales mediante el aporte de pequeñas sumas.
- b) Y no faltará quien diga que los dividendos que esa empresa rinda no excederán probablemente de lo que por concepto de intereses o réditos pueda obtenerse mediante la colocación del capital sin correr riesgo alguno. A eso debe observarse que la compra de acciones no la hace el inversionista halagado por el dividendo que pueda obtenerse, aun cuando si los negocios tienen buen desarrollo, tales dividendos subirán desde luego, pero como queda dicho, no es eso propiamente el atractivo de la inversión. El incentivo de esta clase de empresas está en el mayor valor que las acciones van adquiriendo a medida que el objeto de la compañía se va desarrollando y desde luego las reservas van en aumento haciendo más fuerte el patrimonio de la sociedad.⁵³

En resumen, los objetivos de los codificadores eran proporcionar tipos flexibles de sociedades comerciales que cubrieran toda la gama de las actividades del desarrollo económico. La sociedad anónima a su vez era vista como un instrumento de formación de capital, fuente de su propio crecimiento y de la

⁵² *Ibidem* pp. VIII-X.

⁵³ N. Valle Peralta, "La sociedad anónima", *Revista de Ciencias Jurídicas*, 221-222, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1963.

plusvalía de la inversión de cada accionista, más que una fuente de rentas o entradas periódicas a través de la distribución de dividendos sustanciales.

D. Demandas, aspiraciones, expectativas y propensiones

La visión predominante del derecho de sociedades respecto a las inversiones en valores mobiliarios fue obtenida por los codificadores costarricenses de su práctica profesional. La práctica de los mercantilistas en Costa Rica, incluyendo la de los codificadores, sólo excepcionalmente tiene que ver con los problemas de la sociedad anónima "abierta" o "pública" ya que éstas son virtualmente inexistentes en Costa Rica, sino con los problemas de sociedades pequeñas o de tamaño mediano, "familiar" o "amistoso".⁵⁴ El ejercicio del derecho de sociedades anónimas de tipo familiar en Costa Rica se caracteriza por una constante búsqueda de "flexibilidad" jurídica. A veces la flexibilidad buscada es para otorgarle mayor libertad de acción a los promotores y accionistas mayoritarios. En otras ocasiones, tiene el propósito de obtener métodos más fáciles para la creación y disolución de sociedades. En la mayoría de los casos, esta flexibilidad jurídica no es más que un vehículo para minimizar la responsabilidad tributaria de la sociedad.

Una demanda de mayor flexibilidad en los asuntos de la sociedad anónima familiar, como le fue planteada al codificador costarricense por los ejecutivos de empresas, lo mismo que por sus abogados y contadores,⁵⁵ bien podía ser antitética a la demanda de mayor liquidez y negociabilidad de las acciones y bonos emitidos por tales sociedades si esta demanda alguna vez fuera expresada por el público inversionista. Por ejemplo, los accionistas mayoritarios bien podrían demandar mayor flexibilidad a través del uso de sus acciones al portador así como mediante la imposición de un secreto y discreción absolutos en los libros y archivos de la sociedad, mientras que el público inversionista bien podría demandar el derecho a determinar quiénes son los principales accionistas y cuál es la situación financiera exacta de la sociedad en cuestión.

Ninguna demanda fue articulada o presentada por el público inversionista en Costa Rica. Sin embargo, era evidente la aspiración de gran parte de la clase media y alta costarricense de encontrar inversiones seguras y productivas en otras áreas que la de los bienes raíces.⁵⁶

⁵⁴ Las características de estas asociaciones serán descritas en la sección III. F.

⁵⁵ Véase el Preámbulo al Decreto Ejecutivo 48 del 20 de junio de 1955, que creó una Comisión Especial para la Revisión de Leyes Comerciales, y también véase las Actas de Debates de la Ley núm. 2797 de 4 de agosto de 1961, donde se incluye la participación de ciertos comerciantes importantes, abogados y contadores.

⁵⁶ En entrevistas conducidas por el autor con abogados de San José con clientela de las clases media y alta, apareció que 15 a 25% de su trabajo de oficina se dedicaba a localizar, colocar y supervisar inversiones de clientes. Además, varios representantes en Costa Rica de fondos mutuos de Estados Unidos y Europa reportaron un gran aumento en las ventas de sus acciones.

Igualmente importantes para el estudio fueron los resultados obtenidos por William R. Lassey.⁵⁷ Después de hacer una distinción entre las propensiones a asumir riesgos en sus negocios por parte del público inversionista costarricense, el señor Lassey concluyó que:

La información indica una sustancial receptividad al cambio de conducta de inversión entre una proporción grande de la población costarricense, accionistas y no accionistas por igual. Esta propensión al cambio es generalmente más marcada en los niveles educacionales más altos... Los valores colectivos en Costa Rica aparentemente permiten la posibilidad de innovación y desarrollo en una nueva actividad; de lo contrario, hubiese habido una aceptación mucho más limitada "de compra de acciones" como una actividad legítima.⁵⁸

Además, Lassey estableció expectativas de percepción de dividendos y éstas resultaron ser mucho más modestas que las asumidas por el profesor Valle, uno de los redactores del Código. Solamente un 8% de los accionistas esperaba un rendimiento de más de 12%; 16% esperaba un rendimiento de 8 a 12%; un 17% esperaba un rendimiento de 7% o menos.⁵⁹

Lassey no probó que una parte sustancial de las clases media y superior de Costa Rica aspirara a ser accionista en compañías costarricenses. Lo que él probó definitivamente es que había una propensión (usó el término "orientación") en gran parte de la población a invertir en valores corporativos o mobiliarios. Además, su estudio suministra información muy valiosa sobre los factores que inducen a los costarricenses a adquirir estos valores. La combinación de recomendaciones de parientes y amigos basadas en su propia experiencia (8.5% y 6.9% respectivamente) fueron de mucha mayor influencia en la adquisición que los incentivos proveídos por la información y propaganda en los medios de comunicación colectivos usados en las campañas de venta de acciones (periódicos 2.4% y radio 0.08%).⁶⁰

⁵⁷ En un estudio reciente titulado *Communication Risk and Decision Making in Costa Rica*, tesis de la Universidad del Estado de Michigan, 1967, pp. ii *et sequ.*, el señor Lassey, que estaba primordialmente interesado en la teoría de comunicaciones y desarrollo económico, obtuvo su información de dos muestras: una sacada de inversionistas de una sociedad costarricense de mucho éxito, la Industria Nacional de Cemento, S. A., y la segunda de la población total adulta de Costa Rica, contrastando sus respuestas "para poder determinar la base principal de inversión en una empresa industrial nueva".

⁵⁸ *Ibidem*, p. 118.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 87.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 89. Las conclusiones del señor Lassey podrían verse como en contradicción con los resultados de una encuesta sociológica sobre prácticas de crédito conducida por la doctora Ranete Rausch en 1968-1969, *infra* sección IV, B, en la que apareció que los deudores de Costa Rica con mayor frecuencia preferían servir como fiadores a sus compañeros de trabajo que a sus parientes o amigos, así posiblemente indicando cierta desconfianza en estos últimos. Aunque ésta sea la interpretación más válida (y existen suficientes indicios para interpretar el comportamiento del fiador como necesario en un ambiente donde los compañeros de trabajo son los fiadores más aceptables y donde el contar con

En resumen, las metas legislativas expresadas por los codificadores parecían acordes con las aspiraciones de segmentos de las clases alta y media costarricenses interesadas en encontrar inversiones locales seguras y rentables. Pero estas metas no eran necesariamente consistentes con las demandas de mayor flexibilidad societaria formuladas por ejecutivos de sociedades comerciales, abogados y contadores. Estos grupos, es importante destacar, no estaban contrapuestos ni tenían distinta composición social ya que los ejecutivos de sociedades, abogados y contadores también se encontraban entre el grupo de los presuntos o actuales inversionistas. Sin embargo, las demandas satisfechas por el C. de C. fueron las formuladas por individuos y grupos que actuaban en su condición de representantes de sociedades familiares y no en su calidad de presuntos inversionistas.

E. El comportamiento del derecho de las sociedades comerciales

El artículo 17 del C. de C. enumera las sociedades comerciales autorizadas por el derecho costarricense: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima.

Sin embargo, está ausente de esta lista una de las más importantes formas de hacer negocios en Costa Rica, la sociedad de hecho o sociedad irregular.

La sociedad de hecho puede constituirse por accidente o intencionalmente debido a que el criterio para otorgar el *status de jure* a la sociedad mercantil en el derecho costarricense es básicamente formal. *Mutatis mutandi* si la sociedad no ha llenado los requerimientos de 1) redactar sus estatutos, 2) registrarlos y 3) publicarlos de la manera prescrita, no se considera regularmente constituida.⁶¹ Por lo tanto, un simple olvido o descuido provocará la irregularidad de la compañía.⁶² En contraste, el *status* de la sociedad de hecho es frecuentemente el producto de la intención de las partes y de su calificación judicial.⁶³

fiadores aceptables es muy importante en la obtención del crédito), las conclusiones de Lassey y Rausch aún serían compatibles porque los amigos y parientes son una influencia efectiva, especialmente cuando el presunto inversionista sabe o tiene motivo para saber que su amigo o pariente había invertido en acciones de cemento o hubiese invertido si tuviese el dinero. Para una discusión de la encuesta de Rausch véase *infra* sección IV, C.

⁶¹ Artículos 22, 23 del C. de C.

⁶² Los autores de derecho comercial latinoamericano frecuentemente distinguen entre la sociedad irregular que se configura cuando una sociedad regularmente constituida en muchos de sus aspectos, carece de alguna formalidad especial requerida para su constitución, y la *sociedad de hecho* (*de facto*), donde la naturaleza social se deriva simplemente del hecho de que varias personas, generalmente sin escritura ni acto o contrato de constitución y funcionamiento, llevan a cabo una o más negociaciones de tipo permanente juntos, dividiéndose ganancias y pérdidas. Véase, entre otros, Malagarriga, *Derecho comercial*, 675, Buenos Aires, 1963.

⁶³ Las siguientes son ilustraciones típicas de la categorización *de-hecho* por los tribunales de Costa Rica:

La importancia económica de las sociedades comerciales de hecho en Costa Rica puede ilustrarse con la siguiente información extraída de un censo de industrias finalizado en el año 1964:⁶⁴

De 899 sociedades comerciales manufactureras, 256 (23%) eran sociedades de hecho. Las sociedades de hecho excedieron en gran número a las sociedades colectivas (19) y a las sociedades anónimas (95). La única clase de sociedad comercial "regular" que sobrepasaba el número de compañías de hecho era la sociedad de responsabilidad limitada (527). Y en otras actividades no manufactureras, tales como la crianza de ganado y exportación, la sociedad de hecho resultó ser la forma predominante.⁶⁵

Así, el tipo de sociedad comercial de hecho ha estado llenando la necesidad económica de un tipo menos formal que el configurado en el C. de C. como la sociedad en nombre colectivo. Las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple han decrecido drásticamente en número mientras que las sociedades comerciales de hecho han ido en aumento.⁶⁶ Sin embargo, ni los tribunales ni el C. de C. han proveído reglas de tipo general que ayuden a resolver las múltiples disputas en torno al nacimiento, funcionamiento y disolución de las compañías irregulares y de hecho. Tácitamente los tribunales han seguido un cierto criterio en su aplicación de reglas: una sociedad de hecho o irregular será regida, en aspectos jurídicos que no se desprendan directamente de su irregularidad, por reglas aplicables a la sociedad regular a la que más se

a) Un farmacéutico profesional es empleado por una pareja no profesional que compra una botica, pero necesita el grado profesional del farmacéutico (licenciado en Farmacia) más de lo que necesita sus conocimientos o su inversión de capital. Para el propósito de obtener la licencia o permiso municipal, el farmacéutico debe aparecer como uno de los dueños, mientras que para propósitos de ganancias y pérdidas, aparece solamente como trabajador de medio tiempo. Véase *Montero Gómez v. Nigro Borbón*, Sentencia de la Sala de Casación del 2 de diciembre de 1949, segundo semestre, p. 939.

b) Varios productores de banano compran un tranvía de carga en el cual pueden transportar sus bananos y los de los otros productores, repartiendo los gastos, ganancias y pérdidas sobre las operaciones del tranvía (carro de línea). Véase *James Price, Otros v. Cleland*, Sentencia de la Sala de Casación del 24 de agosto de 1932, segundo semestre, p. 374.

c) Un marido le transfiere bienes de su propiedad a su esposa para evitar un embargo por acreedores (en el derecho de familia de Costa Rica, la sociedad legal de ganancia les aparece en el momento de la disolución del matrimonio por anulación, divorcio o muerte y no antes, excepto cuando esté claramente estipulado por los cónyuges). La Corte Suprema de Costa Rica impone la categorización "socio de hecho" sobre la propiedad matrimonial y así permite la vinculación. Véase *Reimers y Cia. v. Sajem Sacre*, Sentencia de la Sala de Casación del 9 de marzo de 1932; primera sesión, p. 287.

⁶⁴ Esta información se tomó del Censo de industrias manufactureras de Costa Rica de 1964.

⁶⁵ La razón de este predominio es que las regulaciones de exportación requieren que los productores llenen ciertas cuotas por lo que para ellos es conveniente asociarse en una base más o menos permanente con otros productores para llenar la cuota de exportación requerida. Dirección General de Estadísticas y Censo, III Censos de industrias manufactureras, 1964, Ministerio de Industrias y Comercio, San José, 1967.

⁶⁶ Esta información fue suministrada por la Oficina de Tributación Directa sobre el número absoluto de sociedades comerciales que pagan impuestos para el periodo 1963-1967.

asemeje.⁶⁷ Consecuentemente emerge una paradoja significativa: las reglas establecidas en el C. de C. para aplicarse a la operación de sociedades en nombre colectivo constituidas regularmente (no más de 30 en las listas de contribuyentes en 1967) ganan su efectividad al aplicarse a las operaciones de las 600 o más sociedades de hecho irregulares.⁶⁸

Cabe concluir entonces que los pequeños comerciantes que utilizan variantes o *de facto* de la sociedad en nombre colectivo no llegaron a articular demandas de flexibilidad jurídica comparables a las que formularon los empresarios, abogados y contadores conectados con la sociedad anónima familiar. Las expectativas de los pequeños comerciantes, reflejadas en sus usos y costumbres mercantiles tampoco fueron satisfechas por el legislador.

F. La sociedad anónima costarricense

a) Propiedad y control

La sociedad anónima costarricense es predominantemente de tipo familiar o cerrado. De más de 700 sociedades anónimas en la lista de contribuyentes de 1967, sólo una veintena tenía más de 50 accionistas.⁶⁹ Más del 93% de todas las sociedades tenía menos de 5 accionistas cada una.⁷⁰ Las compañías de múltiples accionistas en Costa Rica podían ser divididas en dos subgrupos: uno, que podía ser descrito como "amistoso" y el otro, como "semipúblico".⁷¹ Las sociedades anónimas amistosas tienen desde 25 a 200 accionistas, "pero todos, o casi todos los accionistas son los amigos, parientes o contactos comerciales del grupo promotor y controlador".⁷²

Las sociedades anónimas semipúblicas pueden ser descritas como aquéllas en las que un número grande de accionistas "no tienen relación familiar o social con la mayoría de los accionistas y no tienen interés financiero en el negocio más allá de la expectativa de dividendos o ganancia de capital."⁷³ La gran mayoría de las sociedades anónimas costarricenses, sin embargo, todavía está

⁶⁷ Véase sentencias citadas *supra* nota 63.

⁶⁸ *Supra* nota 66.

⁶⁹ Las investigaciones estadísticas conducidas por el señor David A. Loring ayudaron a refinar la información arriba mencionada como sigue: los haberes combinados del mayor accionista en cada una de las 175 sociedades de la muestra a la hora de su formación representaron 59% del capital de la compañía; 77% de las sociedades de la muestra a la hora de su formación solamente tenía dos accionistas (el mínimo legal); 10% tenía 3; 6% tenía cuatro; 7% tenía 5 o más accionistas.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Véase Estudio de formación de capital, p. 20.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, p. 22 y también la tabla III donde están enumeradas las 14 compañías semipúblicas más importantes en Costa Rica.

en la etapa que describió el profesor A. A. Berle Jr. como inicial o de propiedad y control familiar. Casi todas las demás pertenecen a la segunda etapa que, según Berle, es de control efectivo bien por un individuo o por un grupo. Muy pocas, si acaso existen, han llegado a la tercera etapa de control administrativo o gerencial.⁷⁴

b) Tributación y formación de capital

Los libros de las sociedades anónimas en Costa Rica se cierran el 30 de septiembre, el final del año fiscal. Poco después de esta fecha, tan pronto como los accionistas mayoritarios o sus gerentes terminan de examinar el balance social o el estado de ganancias y pérdidas de sus compañías, los abogados de sociedades anónimas en San José se enfrascan en la tarea de crear nuevas sociedades anónimas y reorganizar las viejas. El motivo de la febril actividad jurídica yace en el carácter progresivo de los impuestos sobre la renta.⁷⁵ Los impuestos sobre la renta oscilan desde 10% sobre los primeros ₡3 000 (US\$ 480) hasta un porcentaje de 30% sobre todas las entradas tributarias mayores de ₡500 000 (US\$ 75 000).⁷⁶ Aunque la tasa progresiva es gradual en un principio, aumenta considerablemente a cierto nivel y una entrada de ₡95 000 (US\$ 13.500), por ejemplo, está sujeta a un porcentaje de 20% del impuesto. Por lo tanto, es posible que una sociedad anónima pueda reducir la obligación fiscal de manera sustancial dividiendo sus ganancias entre varias entidades satélites. Los gastos de incorporación, a su vez, son bastante bajos en Costa Rica, las formalidades para la creación de compañías, incluyendo sus requerimientos mínimos de capital, como hemos visto se flexibilizaron en respuesta a las demandas de los grupos de hombres de negocios. De la misma manera, es posible construir una sociedad en el término de un día o dos al costo de no más de \$30. Cómo pueden estas sociedades anónimas atribuirse retroactivamente ganancias y pérdidas realizadas con anterioridad a su existencia es un asunto que pertenece al reino de la magia notarial.

La marcada influencia del impuesto sobre la renta sobre el volumen y la velocidad de la formación de la sociedad anónima está ilustrada por el hecho de que en un periodo mayor de 5 años, de 1963 a 1967, apareció que octubre era el mes favorito para constituir sociedades, con 403 registradas, una cifra que era casi el doble de la del mes de septiembre (264), el mes que le seguía en popularidad.⁷⁷

⁷⁴ A. A. Berle, y G. G. Means, *The Modern Corporation & Private Property*, 69 et seq., 1933.

⁷⁵ Ley núm. 837 del 20 de diciembre de 1946 y sus reformas. Un recargo se puso en efecto en 1967-1968 por la ley núm. 3860 del 23 de abril de 1967, pero no cambió básicamente la estructura del impuesto.

⁷⁶ *Ídem* y los artículos 14 y 17 de la ley núm. 837 del 20 de diciembre de 1946.

⁷⁷ Véase Estudio de formación de capital, pp. 17 y ss. que resumen la investigación estadística de David A. Loring.

Como pasa con el impuesto sobre herencia y donaciones, son progresivos empezando con 1% de impuesto sobre los primeros ₡5 000 (US\$ 740) y subiendo en 12 escalones hasta 9% que es el tipo para sumas mayores de ₡1 000 000 (US\$ 143 000).⁷⁸ Además, la ley es muy amplia en su alcance e impone una pena sobre un número casi ilimitado de transacciones supuestamente realizadas con la intención de evadir los impuestos a través de donaciones *intervivos*.

Así, casi todas las transacciones simuladas o transacciones cuya intención expresa sea inconsistente con su verdadero motivo de evadir o evitar el pago del impuesto tienen una pena por medio de un impuesto sobre donaciones.⁷⁹ Pero la prueba de la simulación es muy difícil. Aun la determinación preliminar de la titularidad puede verse frustrada por la naturaleza de las acciones al portador, cuya propiedad no aparece registrada a no ser en la suscripción original. A la luz de las ventajas inherentes a esta práctica, los abogados costarricenses de sociedades anónimas admiten que un número muy sustancial de las que se crean cada año responde a los propósitos de evadir los impuestos sobre donaciones o herencias.

Por otra parte, las reglas sobre tributación no han sido muy alentadoras respecto a la formación de capital de sociedades anónimas por medio de la reinversión de sus ganancias. En primer lugar, los dividendos hasta hace poco tiempo no eran gravables *per se* a quien los recibe, lo cual fomenta la práctica del pago de dividendos altos cuando el accionista individual puede pagar menos impuestos que la sociedad, al pasar las ganancias de un nivel tributable más alto aplicable a las ganancias totales de la sociedad anónima, a un nivel más bajo aplicable a la ganancia individual del accionista.⁸⁰ De acuerdo con la Ley de Reforma Tributaria número 4961 del 10 de marzo de 1972, los dividendos distribuidos a los socios están gravados con una tasa fija independientemente del impuesto sobre la utilidad declarada por la sociedad respectiva, que soporta una diferente tasa. En segundo lugar, las leyes y reglamentos respecto a la depreciación de bienes definitivamente desalientan el reemplazo de bienes de capital y la reinversión resultante al permitir sólo el método de depreciación en línea recta sujeto a una amortización lenta y antieconómica.⁸¹

Las leyes tributarias, por lo tanto, actúan como un contraincentivo a la formación de capital de la sociedad anónima, fomentando altas tasas de distribución de dividendos y pagos de aguinaldos exagerados en lugar de la

⁷⁸ Véase artículo 5º de la Ley núm. 10 del 23 de diciembre de 1937.

⁷⁹ *Ídem*.

⁸⁰ Véase artículo primero del impuesto de tributación, *supra* nota 75.

⁸¹ Véase tabla de depreciación emitida por la Oficina de Tributación Directa de 1952 (todavía en vigencia en 1969), en Quesada, *Leyes usuales sobre impuestos directos*, 67, San José, 1969.

De acuerdo con esta tabla, las tasas de depreciación anual varían, en el caso de maquinaria, de 5 a 10%. El único método de depreciación permitido por la ley es el de la línea recta, *supra* nota 75, artículo 837.

reinversión de capital que indudablemente podría haber ayudado a financiar el mayor crecimiento de la sociedad anónima.⁸² Las sociedades comerciales, por lo tanto, atraen sólo una pequeña porción de los ahorros privados en Costa Rica.⁸³

c) Dirección, derechos de minorías y formación de capital

Tradicionalmente, la dirección de empresas ha sido regulada en Costa Rica, como en casi todas las leyes sobre sociedades comerciales en Latinoamérica, con base en un principio expreso o tácito, de acuerdo con el cual los poderes no expresamente conferidos son retenidos por los accionistas.⁸⁴ Además, los poderes de los accionistas de elegir y reemplazar a los directores y gerentes son considerados por muchos de los autores y legisladores de la misma manera dogmática.⁸⁵ Aunque el C. de C. no se adhiere de manera expresa a este

⁸² Las distribuciones en efectivo sobre base de pagos de dividendos como porcentaje de las ganancias netas (después de pagado el impuesto), se encontraban entre 25% y 85%, y cuando los promedios generales se tomaron sobre un periodo de cinco años, se distribuía 57% de todas las ganancias, después de que todos los impuestos habían sido pagados. Un pago de dividendo de 70% era muy usual en la sociedad anónima promedio costarricense. El señor Loring trató de establecer una correlación entre el control de la junta directiva y el pago de dividendos al contado en las sociedades costarricenses. En entrevistas conducidas con 11 directores de sociedades encontró que entre más alto era el porcentaje de acciones controladas por miembros de la junta, más alto el pago al contado de dividendos. Si hubiera confirmación de esta tendencia entre un número mayor de compañías ello apuntaría hacia un serio problema orgánico del crecimiento de la sociedad anónima costarricense, porque indicaría que entre menor el número de socios con control, menos oportunidad de crecimiento a través de reinversión de ganancias. Véase Estudio de formación de capital, p. 3 y ss.

⁸³ Las figuras comparativas usadas por el señor Gantz fueron las siguientes: mientras que las sociedades comerciales eran las responsables por 77% de todos los ahorros no gubernamentales en Estados Unidos en 1965, durante el periodo de 10 años que terminaba ese año, las sociedades comerciales costarricenses nunca representaron más de 42% de los ahorros anuales no gubernamentales y muy a menudo podían ahorrar no más de 15% de los ahorros no gubernamentales. Los datos de ahorros costarricenses fueron obtenidos por el señor Gantz de un documento no publicado del Banco Central de Costa Rica. Las cifras comparativas de Estados Unidos se tomaron de Galbraith. *El estado industrial*, 37, 1967.

⁸⁴ La forma en la cual muchos miembros de la comunidad mercantil y jurídica de Costa Rica perciben el papel de los administradores de sociedades comerciales está claramente reflejada en el caso de Rodríguez Carazo v. Ferreteria Rodríguez, S. A., Sentencia de la Sala de Casación del 23 de mayo de 1945, primer semestre, 297, 305 en el que la Corte Suprema de Costa Rica tuvo que aclarar que: "Es indudable que la acción conjunta de los gerentes que requiere la escritura de constitución de la Sociedad, es para los actos que puedan comprometerla o que impliquen responsabilidad para ella, pero es ilógico que los actos corrientes administrativos que se originan en el desempeño del cargo de gerente, como el escribir una carta a nombre de la sociedad para aceptar un beneficio hecho a ésta, se fuera a estimar que rebasan los límites del mandato...".

⁸⁵ Sobre este punto, véase generalmente Gómez, *Survey of the latin american, Business, Institute Private Investments Abroad*, 410, 1959. Véase más específicamente sobre el derecho Costarricense, Kozolchik y Torrealba, *Curso de derecho mercantil. La sociedad anónima*, t. IV, San José, 1969, pp. 98 y ss.

principio, los tribunales costarricenses probablemente seguirán las reglas propuestas en los artículos 186 y 268 del C. de C. de Honduras, que prevén que una asamblea general de accionistas, presumiblemente con o sin causa justa, en cualquier momento puede remover directores y gerentes. Este principio se defiende por la doctrina predominante con base en su congruencia con la naturaleza plenipotenciaria de la asamblea de accionistas.⁸⁶ Quienes así piensan pierden de vista, sin embargo, el hecho de que la dirección profesional y eficiente de empresas no será atraída hacia aquellas sociedades anónimas donde su poder esté orgánicamente maniatado y donde puede ser suprimida en forma arbitraria en cualquier momento.

En comparación con la situación de la dirección profesional de empresas, la de los accionistas en minoría parece ser todavía peor bajo el C. de C. Por ejemplo, para poder convocar una asamblea de accionistas en la que pueda ser oída, la minoría de los accionistas debe estar representada por lo menos por 25% de las acciones.⁸⁷ No se ha regulado el voto acumulativo y la vigilancia de los asuntos internos de las sociedades anónimas se deposita en un "comité de vigilancia" por lo general inexistente e inefectivo. Similarmente, el recurso de la minoría de accionistas contra las decisiones de la junta directiva está severamente limitado por reglas en exceso flexibles respecto a las convocatorias y por la falta de acción directa en nombre de la sociedad, al igual que por la ausencia de derechos efectivos de retiro y de un mercado viable de valores.

Con frecuencia la situación precaria del accionista minoritario ha sido responsable de una decisión contraria a una inversión, cuando, desde un punto de vista estrictamente financiero, la inversión parecía atractiva.⁸⁸

d) Intermediarios y formación de capital

Debe tomarse en cuenta que uno de los factores de más influencia "externa" sobre los costarricenses adquirentes de acciones de sociedad anónima⁸⁹ es el incentivo suministrado por la compra o recomendación de los amigos y parientes del inversionista. Estos "intermediarios" pueden actuar desde un punto de vista jurídico en una escala descendente de responsabilidad personal como

⁸⁶ Véase, entre otros, Malagarriga, *op. cit.*, *supra*, nota 62, en 481-82; Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, pp. 408-417, 18a. edición, México, 1966.

⁸⁷ Artículo 159 del C. de C.

⁸⁸ En entrevistas con inversionistas costarricense y de países centroamericanos, apareció que había una aprehensión generalizada con respecto a la falta de participación de las minorías de accionistas en las decisiones de la sociedad, particularmente en las de la sociedad anónima en la declaración de dividendos. Muchos accionistas minoritarios, especialmente de Guatemala, se quejaron de una política deliberada de no declarar dividendos para obligar a la minoría de los accionistas a vender sus acciones. Para estas entrevistas, véase Estudio de formación de capital, pp. 29 y ss.

⁸⁹ Véase *supra*, sección III, D.

comisionistas, corredores o como meros gestores o intermediarios informales. Probablemente mucha de la persuasión realizada por parte de amigos y parientes de los inversionistas de la Industria Nacional de Cemento, S.A. se realizó de manera informal.⁹⁰ Sin embargo, es clara la conclusión de que el proceso de formación de capital de sociedades anónimas en Costa Rica puede beneficiarse mucho de la institucionalización de la función de los “amigos” o “parientes” en el negocio de la “persuasión” para la adquisición de valores.

El C. de C., por una parte, ha facilitado la intermediación en ventas de acciones y bonos al no requerir formalidades especiales de un comisionista y corredor, ya que solamente el corredor “jurado” debe probar que tiene una cierta cantidad de entrenamiento y educación comercial, además de integridad moral, para que se le permita ejercer su profesión.⁹¹ Pero, por otro lado, a los corredores que no sean jurados no se les otorga una base jurídica adecuada para el cobro de sus comisiones.⁹² Además, el C. de C. prohíbe de manera específica la participación de los corredores jurados en sociedades anónimas, con lo que se dificulta enormemente incluso la creación de firmas de corredores con esa forma.⁹³

Las reglas desalentadoras no provienen solamente de las fuentes legislativas. En fecha reciente la propia Corte Suprema formuló una de las reglas más disuasivas para el futuro de las actividades de los corredores en Costa Rica. En el importante caso *Picado Guerrero versus Rojas Días*,⁹⁴ la Corte Suprema responsabilizó a un corredor de los daños sufridos por un comprador de un grupo de bonos falsificados muy hábilmente, tanto así que ni los mismos expertos bancarios a quienes tanto el corredor como el cliente preguntaron si podían determinar la validez de los bonos, pudieron hacerlo. Al darle la razón al actor, quien era el comprador de los bonos y al propio tiempo uno de los abogados de más sagacidad y pericia del país, la Corte Suprema sostuvo que el corredor había actuado como “un agente comisionista” en la venta de bonos, garantizando así su legitimidad.

e) La suscripción pública de acciones

Para obtener un cuadro más completo de los factores que produjeron el éxito o el fracaso de la venta de acciones por medio de suscripciones públicas en Costa Rica, se examinó la historia de ocho suscripciones que constituyen más o menos

⁹⁰ Para una distinción en torno a la naturaleza de los incentivos de adquisición véase *supra* nota 60.

⁹¹ Artículos 273, 274, 296 y 297 del C. de C.

⁹² Artículo 298 del C. de C.

⁹³ Artículo 312 del C. de C. que también prohíbe al corredor jurado adquirir por su propia cuenta los objetos o mercancías involucradas en sus transacciones de corredor.

⁹⁴ Sentencia de la Sala de Casación, Corte Suprema de Justicia, 10 de junio, 1965, primer semestre, pp. 1050, 1090-1092.

la mitad del total de las ventas públicas intentadas desde la promulgación del C. de C. hasta 1969. Se encontró que ninguna suscripción pública fue enteramente exitosa y que, con una o dos excepciones, ninguna sociedad anónima cuyas acciones fueran suscritas en gran parte públicamente tuvo una historia financiera exitosa después de la colocación de sus acciones.⁹⁵

En general, los resultados de la investigación se pueden resumir como sigue:

- En los casos en que el público ha sido garantizado de una rentabilidad segura por una entidad suficientemente responsable (en un caso, una agencia gubernamental y, en otro, una compañía financiera privada muy solvente), parece haber habido un número suficiente de compradores de las acciones o títulos de crédito, incluyendo entre los inversionistas a miembros de la clase media como los empleados gubernamentales de nivel intermedio y trabajadores de “cuello blanco”.⁹⁶
- Los temores de los accionistas minoritarios (expresados en la Sección III, F, *supra*) resultaron justificados en algunos casos de maniobras claramente fraudulentas por promotores e intereses mayoritarios.⁹⁷
- Por el deseo de atraer capital de inversión y allanar temores de una política de no distribución de dividendos, los promotores frecuentemente comprometen a la naciente sociedad anónima a una política de dividendos que muy rápido puede destruir la estabilidad de la estructura de su capital. En efecto, el señor Gantz encontró varios casos de descapitalización inicial paralizante.⁹⁸
- Dado el fracaso general de las suscripciones de acciones, la confianza pública en la adquisición de valores societarios, con la excepción de muy pocas compañías, está en un nivel muy bajo. De hecho, en Costa Rica, como en Nicaragua, los miembros de la clase media con medios para adquirir acciones, muy frecuentemente se refieren a sociedades anónimas “semipúblicas” o “amistosas” como trampas para el inversionista incauto ya que “... si la oportunidad de inversión fuese tan buena como la describen los promotores-accionistas ellos se la hubieran dejado para sí...”⁹⁹

El cuadro final, por lo tanto, es uno en el cual el factor clave de la liquidez de los títulos en venta, producto de la confianza que siente el adquirente respecto a su rentabilidad y a la posibilidad de su disposición o reventa en forma rápida

⁹⁵ Véase Estudio de Formación de capital, pp. 50-72.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 52 y 70.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 58-59.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 57 y 62.

⁹⁹ *Ibidem*, entrevistas.

y económica, no existe. Esto es, por supuesto, un mal augurio para el futuro de las suscripciones públicas en Costa Rica, porque a medida que pasa el tiempo y la aprehensión del presunto inversionista aumenta el influjo de fracasos sucesivos, las expectativas de liquidez también aumentarán, haciendo más y más difícil acudir al público inversionista.

f) Evaluación

Es evidente que el derecho de sociedades comerciales costarricense no ha podido regularizar la formación de sociedades comerciales *de facto* o irregulares, ni tampoco ha podido cumplir con el objetivo de canalizar inversiones hacia valores líquidos y rentables. Lo que ha logrado el derecho de sociedades es flexibilizar aún más la creación y manejo de sociedades anónimas de tipo familiar, tal como fue demandado por ejecutivos de empresas, sus abogados y contadores. Estas demandas de acción jurídica han resultado antitéticas con el propósito de fomentar la mayor circulación de títulos mobiliarios, puesto que debido a la generalizada desconfianza en la gestión privada se requiere un grado más alto de supervisión estatal que la que normalmente estarían dispuestos a tolerar los accionistas mayoritarios en la sociedad anónima familiar.

De ahí que al no exigir, por ejemplo, una capitalización más efectiva y sólida, lo mismo que al no proteger debidamente los derechos de los accionistas minoritarios y no reforzar la posición de administradores profesionales e intermediarios en el proceso de colocación de acciones, el codificador mercantil y los tribunales costarricenses han contribuido a la falta de liquidez que caracteriza actualmente la tenencia de la mayoría de los títulos mobiliarios en Costa Rica. Por otra parte, el legislador fiscal en vez de alentar el crecimiento de la sociedad anónima ha promovido su uso como vehículo de evasión fiscal influyendo además en su periódica descapitalización.

En resumen, el derecho de sociedades comerciales costarricense no sólo ha incumplido su cometido expreso, también ha permanecido insensible a las legítimas aspiraciones de muchos pequeños comerciantes, así como a actuales y presuntos inversionistas de títulos mobiliarios. Al igual que sucedió con la redacción de la LFI, ni los pequeños comerciantes ni los presuntos inversionistas intervinieron en el proceso de redacción de reglas jurídicas. De la misma manera, sus derechos no fueron protegidos de forma adecuada por organismos administrativos ni por los tribunales.

4. EL CRÉDITO AL CONSUMIDOR Y EL DERECHO

A. Introducción

El estudio sobre el crédito al consumidor se centra en los factores socioeconómicos y jurídicos que influyen en la disponibilidad, costo y utilización del

crédito al consumidor en San José.¹⁰⁰ Con el propósito de resumir un conjunto de materiales muy exhaustivos, la presente sección se dividirá en tres partes. La primera resumirá los resultados de la investigación sociológica en torno a las actitudes respecto al crédito de un grupo representativo de trabajadores asalariados de San José.¹⁰¹ La segunda, reseñará los objetivos legislativos en la regulación de las operaciones relacionadas con el crédito al consumidor. La tercera describirá las prácticas de varias fuentes de crédito al consumidor y evaluará el funcionamiento de las instituciones jurídicas usadas por estas fuentes.¹⁰²

B. El asalariado como usuario de crédito

a) Descripción

Como se mencionó antes,¹⁰³ la presencia del crédito al consumidor en San José se hace patente incluso a quien visita la ciudad por vez primera. Muchas tiendas anuncian sus precios mencionando los pagos iniciales, primas o enganches y no la totalidad del precio. Las compañías financieras de tipo familiar y comercial aparecen como por arte de magia por toda la ciudad, ofreciendo crédito rápido y accesible. Los prestamistas usureros pueden verse en los días de pago, muy atareados, cobrando los intereses de deudores, que con gran frecuencia son sus propios compañeros de trabajo. No debe causar ninguna sorpresa, por tanto, el hecho de que un estudio de mercado reciente encontró que 76% de los

¹⁰⁰ El principal autor del Estudio del crédito al consumidor, señor Charles Foster Knight, describió la operación de las varias fuentes de crédito al consumidor, desde la tienda de empeño de crédito de "último recurso", hasta aquellas que financian directa o indirectamente la adquisición de artículos de consumo y la operación de instituciones jurídicas usadas por estas fuentes en cada tipo de transacción. (Esbozo preliminar publicado en julio de 1969 en forma mimeografiada. De aquí en adelante referido como Estudio de crédito). Para facilitar la evaluación del papel de estas instituciones, se llevaron a cabo estudios adicionales. Uno de ellos lo constituyó una encuesta sociológica de las actitudes con respecto al crédito de un grupo representativo de trabajadores asalariados en el área metropolitana de San José, bajo la supervisión de la doctora Renate Rausch del Departamento de Sociología de la Universidad de Costa Rica (esbozo preliminar publicado en julio de 1969 como parte del Estudio de crédito). Los estudios restantes analizaron el funcionamiento de instituciones jurídicas seleccionadas, como el Registro de Prendas y el Apremio Corporal. Estos estudios realizados inicialmente por el señor John M. Finch son parte del texto preliminar del Estudio de crédito.

¹⁰¹ Véase *supra* nota 100.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ Véase introducción de este artículo.

350 000 habitantes de San José, gastaba aproximadamente un 20% más de lo que ganaba cada mes.¹⁰⁴

Debido a que el estudio de las características de la utilización del crédito por parte de toda la sociedad costarricense urbana estaba más allá de los recursos del Proyecto Jurídico, se decidió concentrar la investigación en un grupo representativo de los beneficiarios del crédito al consumidor, el deudor asalariado urbano.¹⁰⁵ De más de 50 000 trabajadores asalariados inscritos en el Registro de la Administración del Seguro Social de Costa Rica, fueron seleccionados 400 al azar para formar una muestra estratificada de acuerdo con cinco grupos de asalariados.¹⁰⁶ El nivel educacional de los entrevistados probó ser muy alto: sólo una persona en todo el grupo no había tenido educación escolar; cerca de 40% había estado en segunda enseñanza y aproximadamente 10% había realizado estudios universitarios. Similarmente parecía haber un alto grado de estabilidad de empleo. De la muestra total, más de 70% había permanecido en el mismo puesto por más de un año.¹⁰⁷ Mano a mano con la estabilidad del empleo estaba la residencia: 58% de la muestra había vivido en el mismo lugar por un periodo de más de 5 años.¹⁰⁸

Los entrevistados contemplaban el futuro de sus empleos con un optimismo grande pero, al mismo tiempo, infundado. Menos del 5% de la muestra no esperaba un aumento de más de 10% en sus sueldos durante los dos a cinco años siguientes.¹⁰⁹

Aproximadamente un tercio de los entrevistados esperaba recibir aumentos en los sueldos hasta de un 60% sobre sus salarios actuales durante el mismo periodo.¹¹⁰ A pesar del optimismo expresado, era bastante evidente que un gran número de los entrevistados tenía que pedir dinero prestado, trabajar tiempo extra o tomar otros empleos para poder satisfacer sus necesidades básicas, como alimentación, techo, educación, cuidado personal y salud. Por ejemplo, 57 de 87 entrevistados (aproximadamente 15% de la muestra total), respondieron que ya sea "ocasionalmente" o "frecuentemente" los gastos de alimentación no se cubrían con las sumas disponibles para los gastos mensuales, y 34 de los 87 entrevistados (aproximadamente 9% de la muestra total) dijeron que con

¹⁰⁴ M. Romero, *Estudio del mercado de seguros en el Área de San José*, p. 11, estudio no publicado de la Sección de Econometría de la Universidad de Costa Rica, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (1963).

¹⁰⁵ La investigación clasificó al deudor asalariado de San José de acuerdo con su nivel de ingresos y describió, entre otras características, su educación, hábitos de gasto, estabilidad de empleo, clases de residencia, expectativas de salario y sueldo, y preferencias por las diferentes fuentes del crédito. Véase Investigación pp. 1-3.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 7, 9.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 12, 13 y 23.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Ninguna razón económica fue alegada con respaldo a este optimismo, *Ibidem* pp. 15.

¹¹⁰ *Ibidem*.

frecuencia sus necesidades de alimentación excedían sus entradas mensuales y tenían que dejarlas insatisfechas.¹¹¹ Para estos entrevistados, por lo tanto, el crédito se convertía en un vehículo vital en la satisfacción de sus necesidades básicas.¹¹²

El porcentaje más alto de deudores se encontró en el grupo con entradas de 250 a 300 dólares mensuales, con un 90% de las familias catalogadas en este grupo obligado al pago de abonos mensuales.¹¹³ El acreditamiento regularizado o a plazos, sin embargo, parecía empezar por el nivel de entradas de 100 dólares al mes: el porcentaje más bajo de los deudores que pagaban cuotas mensuales se encontró entre el grupo de familias con entradas de menos de 100 dólares por mes.¹¹⁴

Las preferencias respecto a las fuentes de crédito reflejaban la influencia de consideraciones de tipo económico. Los bancos oficiales y las cooperativas de crédito que, por regla general, cobran intereses bajos sobre préstamos personales y no acostumbran ejercer mucha presión para el cobro, se encontraban entre las fuentes preferidas, seguidas por “compañeros de trabajo”, “parientes”, “tiendas de ropa”, “amigos”, “compañías financieras”, “pulperías”, “casas de empeño y compra venta” y “prestamistas”.¹¹⁵ Como demuestra más adelante el estudio de las transacciones de crédito al consumidor, estas preferencias de los deudores muy acertadamente reflejaban los costos actuales para obtener crédito, lo mismo que la presión en métodos de cobro.¹¹⁶

Es significativo, además, en un país donde las relaciones familiares son todavía muy estrechas y donde la amistad, como regla general, implica todavía un profundo lazo emocional, encontrar que los usuarios del crédito estaban más anuentes a firmar pagarés como fiadores para sus “compañeros de trabajo” que para sus “amigos” y “parientes”.¹¹⁷ Una explicación de este comportamiento podría ser que los entrevistados se encontraban en una mejor posición para evaluar la capacidad de pago de sus compañeros de trabajo, por trabajar juntos, que la de familiares que trabajaban para otro patrono.

Sin embargo, esta explicación le atribuye cierta posibilidad de escoger al fiador o codeudor asalariado de la que él normalmente carece. La explicación, quizá más exacta, es que dado que el tipo de fianza “del compañero de trabajo” es una de las formas de garantía más usadas en Costa Rica, los entrevistados al

¹¹¹ *Ídem*, tablas 31-34.

¹¹² De toda la muestra, 23% de los encuestados utilizó el dinero prestado para compras de comestibles, 25% para ropa y 42% para seguros y necesidades médicas. *Ibidem*, tabla 34.

¹¹³ La categorización de grupos de ingresos usada en el texto se debe al hecho de que, según un cálculo bruto, sólo 15% de todos los trabajadores asalariados gana más de 100 dólares al mes. *Ibidem*, pp. 13 y 14.

¹¹⁴ *Ídem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, tablas 22-27.

¹¹⁶ Véase *infra* sección IV, D.

¹¹⁷ Véase tabla de Investigación 23.

garantizar a sus colegas simplemente estaban tratando de asegurarse de que si ellos necesitaban la fianza de su compañero de trabajo en un futuro ésta no le sería negada en cumplimiento de un deber de reciprocidad.

La percepción de los deudores de los factores inspiradores de confianza y por tanto generadores del crédito con los diversos prestamistas igualmente indicaba una aguda conciencia del papel desempeñado por factores económicos. Las recomendaciones de amigos o aun la amistad con el prestamista mismo estaban catalogadas en un plano inferior en cuanto a su influencia frente al récord de cumplimiento en los pagos y la entrada mensual y su excedente presupuestal.¹¹⁸ En respuesta a preguntas tales como “si usted de repente entrase en posesión de una suma grande de dinero que le permita pagar o cancelar sus obligaciones X, Y y Z. (contrastando los gastos en una escala declinante de sensualidad), ¿cuál pagaría primero?”, las respuestas fueron, en la mayoría de acuerdo con los casos, racionales en el sentido económico del término. Alimentación, techo y obligaciones educacionales serían pagadas primero y sólo después de haber pagado esas obligaciones se aplicaría el dinero restante a otras cosas de naturaleza más sensual, como gastos en licor y fiestas.¹¹⁹ La recreación apareció enumerada como un gasto mensual sólo por una cuarta parte de los entrevistados y nada más entre aquellos que reportaron un alto porcentaje de sus gastos como empleados en actividades de diversión (10% o más de sus gastos) aparecieron actividades tales como “tragos con los amigos” como financiadas con la ayuda de crédito.¹²⁰

La imagen proveída por el deudor asalariado en Costa Rica como la de un consumidor prudente y responsable, un hombre “económico”, que contempla la transacción crediticia en una forma racional y calculadora de costos, al parecer contradecía dos hipótesis sostenidas por este autor. La primera mantenía que el sector sustancial de la población masculina costarricense cuya propensión hacia actividades sensuales, tales como consumo de licor y aventuras sexuales, era patente, probablemente ignoraría o descartaría las consideraciones de tipo económico cuando se tratase de satisfacer su sensualismo.¹²¹ La segunda hipótesis postulaba que este segmento de la población de deudores trataría de preservar su acceso al financiamiento de su sensualidad por encima de todas sus otras obligaciones de crédito. La primera hipótesis por tanto pretendía describir el comportamiento de un hombre no económico, mientras que la segunda describía el comportamiento de un hombre cuyo proceder era económico solamente en cuanto soporte a su sensualismo.

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 20-22.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ Esta hipótesis fue respaldada por el hecho de que las esposas de deudores asalariados a menudo acudían al lugar de empleo el día de pago para tratar de prevenir que se gastara el sueldo en algún bar cercano. En una de las más tradicionales y populares canciones folklóricas costarricenses se invita al interlocutor a que disfrute de su guaro “hasta que amanezca el día”.

La segunda hipótesis también sugería que una clase dada de obligaciones de crédito, por ejemplo, aquéllas con un cociente de sensualidad más alto, era probable que fueran más fácilmente cobrables que otras obligaciones con un cociente de sensualidad más bajo.

Sin embargo, ninguna de las hipótesis resultó contradicha por los resultados de la investigación y por la imagen resultante de un deudor acorde con las características de un hombre económico. Las dos hipótesis y la investigación contenían descripciones totalmente válidas del comportamiento de muchos deudores josefinos, pero este comportamiento variaba en las diversas fases o etapas de la transacción crediticia.

Los datos obtenidos del estudio de crédito al consumidor confirmaron que los acreedores ciertamente guiaban sus criterios de crédito por el mismo tipo de consideraciones económicas percibidas como cruciales por los deudores en la encuesta sobre el crédito, obligando de esta manera a los presuntos deudores a presentar, por lo menos, la apariencia de un comportamiento económico racional.¹²² Apareció también que, en lugar de considerar las obligaciones de crédito con un alto cociente de sensualidad como fáciles de cobrar, los acreedores les atribuían un riesgo mucho mayor que al financiamiento de obligaciones de tipo alimenticio y de techo.¹²³ No obstante, también era cierto que entrevistas a fondo con muchos de los propios deudores de la encuesta revelaron que ellos dedicaban una cantidad sustancial de su presupuesto familiar, incluso dinero proveniente del crédito, a actividades sensuales.

La apariencia de racionalidad económica brindada en la encuesta no era necesariamente engañosa o contradictoria respecto a los gastos económicamente irracionales incurridos debido a que cada imagen era el resultado del contexto en que se llevaba a cabo la actividad. Si el contexto era el de una búsqueda o evaluación de fuentes de crédito, pensando los términos y condiciones del mismo, tal como estaba implícito en la encuesta, la actividad descrita no podía menos que reflejar un contenido económico. En consecuencia, el mismo deudor podía perfectamente haber actuado de manera irracional en un sentido económico en uno o más puntos de la transacción de crédito, por ejemplo, cuando tomó la decisión de incurrir en un gasto sensual costoso y dar la apariencia de racionalidad económica cuando buscaba la fuente de crédito que financiaría ese gasto.

b) Conclusiones

Es importante subrayar que el comportamiento aparente en los diferentes contextos de utilización del crédito no tiene las mismas consecuencias econó-

¹²² Véase, por ejemplo, los resultados respecto al crédito de pulperías. *Ibidem*, pp. 5-6.

¹²³ *Idem*.

micas. La decisión de realizar gastos económicamente irracionales, motivados por consideraciones sensuales, es de mayor importancia económica que la decisión de buscar el crédito que financie este gasto en una forma económica racional. Esta última es solamente un medio de implementar la decisión anterior. Una decisión económica irracional, a su vez, es, por su propia naturaleza, no susceptible de ser influenciada o desalentada por consideraciones económicas racionales, tales como contraincentivos de costos elevados.

Cuando estos hechos se consideran en conjunto con los resultados de la encuesta sobre las propensiones de los deudores, se puede predecir que cualquier regla jurídica cuyo propósito sea desalentar a los deudores urbanos de Costa Rica en usar el crédito en una forma no económica o alentar sus ahorros, se enfrentará con una tarea muy difícil. En primer lugar, si los gastos contemplados son para actividades sensualmente atractivos al consumidor, no será fácil disuadirlo por medio de contraincentivos económicos. En segundo lugar, puesto que el deudor asalariado urbano es demasiado optimista respecto a su potencial de ingresos, tiende a asumir más obligaciones de las que puede atender. Estas obligaciones se respaldan no por un nivel de ingresos más alto, sino por la estabilidad de empleo y de residencia. Pero la propia estabilidad de empleo y residencia fomenta el uso más generalizado por los acreedores del embargo como un vehículo de consecución del pago periódico, lo que a su vez tiende a perturbar el ciclo de endeudamiento mediante perennes novaciones o "adecuaciones" de deudas.

Aparecería, entonces, que para lograr llevar a cabo cambios sustanciales en el uso del crédito del consumidor en San José es necesario un serio reordenamiento de los valores sociales y de las correspondientes actitudes frente al consumo. De considerarse deseable tal reordenamiento, se impone el uso del proceso educacional como principal método de cambio de conducta social y el derecho no podría rendir otra función que la de coadyuvante.

C. Regulación del crédito. Sus objetivos y rasgos básicos

Por otra parte, si al derecho se le deparase la función de implantar condiciones equitativas en cuanto al uso del crédito, los juristas enfrascados en tal tarea no podrían contar con la expresión de demandas o aún expectativas por parte de los deudores josefinos que sirviesen de guías para la nueva normativa. Como indica la encuesta, los deudores asalariados de San José apenas si han expresado lo que no es más que una aspiración de acceso más fácil al crédito bajo las mismas condiciones y términos existentes.

Durante los últimos veinte años la Asamblea Legislativa de Costa Rica ha tratado de proveer una mayor disponibilidad de crédito para ciertos sectores de la economía. La nacionalización de los depósitos bancarios de 1948, por ejemplo, se llevó a cabo primordialmente debido a que "el propósito de

ganancia de la banca privada estaba impidiendo el flujo del crédito que tenía prioridad para el desarrollo, tal como el destinado para actividades agrícolas e industriales.”¹²⁴ De forma similar, al suprimir la tasa de interés máximo del Código anterior, los redactores del C. de C. de 1964 argumentaron que con el establecimiento de un sistema de libertad de tipos de interés, una gran cantidad de capital encontraría su camino hacia el mercado crediticio de Costa Rica y este suministro actuaría como un “regulador” de tipos de interés. Además, el codificador asumió que la competencia refrenaría las prácticas abusivas en los préstamos y cobros, reduciría los tipos hasta un nivel razonable y eliminaría a muchos usureros del mercado.¹²⁵ Más recientemente, en 1969, una ley que creó un banco obrero (Banco Popular y de Desarrollo Comunal) fue específicamente promulgada para facilitar préstamos de bajo costo para las clases media y de entradas más bajas.¹²⁶

Como podía esperarse de políticas tan contradictorias, la implementación legislativa se llevó a cabo por distintos cauces. Por un lado, se sujetó el Sistema Bancario Nacional a un método de regulación muy detallado, de “topes”, que hacía distinción entre créditos preferenciales y no preferenciales.¹²⁷ Los créditos preferenciales, o los considerados más productivos para la economía, se dividieron en tres categorías: agricultura, ganadería e industria. Los créditos no preferenciales, en dos categorías: comercial y otros (incluyendo actividades como electrificación, servicios, inversiones, construcción de viviendas y crédito personal al consumidor). Cada año, el Banco Central determina la asignación de crédito en cada una de las categorías. La asignación se reparte proporcionalmente entre los cuatro bancos que operan como bancos comerciales y cada uno puede dar crédito hasta el límite permitido en cada categoría. Las tarifas de interés que cobran por estos bancos también son reguladas por ley, lo mismo que el límite de préstamo por prestamista individual.¹²⁸

Por otro lado, al crédito otorgado por organismos privados se le permitió operar prácticamente sin restricciones de cantidad o calidad; no se impuso ningún límite sobre préstamos agregados o por cliente, ni regulaciones sobre los tipos de préstamos o garantías admisibles. Al igual que con respecto a las reglas sobre la formación de capital de sociedades anónimas,¹²⁹ las que regulan las transacciones de crédito fueron fuertemente influenciadas por la demanda de mayor flexibilidad de operación formulada por los grupos de prestamistas privados. La flexibilidad que demandaron estos intereses comerciales también

¹²⁴ Decreto Ley núm. 71 de 21 de junio de 1948.

¹²⁵ C. de C., p. XII y ss.

¹²⁶ Decreto legislativo núm. 4351 de junio de 1969 que creó el Banco Popular.

¹²⁷ Véase Ley núm. 1130 del 28 de enero de 1950 y Ley núm. 1552 del 23 de abril de 1953 que creó el Banco Central y la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional núm. 1644 del 26 de septiembre de 1953.

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ Véase *supra* sección III, D.

se reflejó en las reglas del C. de C. encaminadas a otorgarle mayor efectividad y liquidez a ciertos contratos y títulos de crédito.

De esta forma, la factura comercial, cuando estaba debidamente firmada por un comprador de mercancías, se convertía en título ejecutivo que permitía utilizar un juicio sumario de cobro, sujeto únicamente a un número limitado de defensas perentorias.¹³⁰ De manera similar, las reglas referentes a la circulación de títulos de crédito, como la letra de cambio, el pagaré y el cheque, fueron revisadas para darle mayor vigor a los derechos de los tenedores legítimos o de buena fe.¹³¹

El más claro ejemplo de protección al acreedor se encuentra en la regulación del contrato de prenda mercantil. Si el deudor prendario no puede pagar la suma adecuada o consignar la prenda en debida forma ante el tribunal, queda sujeto a apremio corporal y puede ser enviado a prisión por un periodo de hasta dos años.¹³² Como era de esperarse, con tales medidas el legislador no le dedicó mucha atención a la protección de los derechos del deudor.¹³³

Al concluir esta sección, es importante notar un efecto sorprendente de la regulación de las transacciones de crédito en Costa Rica. Por un lado, es indudable que el derecho sobre transacciones de crédito en este país ha sido tradicionalmente un derecho favorable a los intereses del acreedor. Por el otro, hasta muy recientemente no existían instituciones jurídicas para la financiación

¹³⁰ Véase artículo 460 del C. de C.

¹³¹ *Ibidem*, artículos 741, 743 y 811 especialmente sobre los derechos del endosatario de un título valor.

¹³² *Ibidem*, artículo 568 y artículos 1002 y 1003 del Código Civil de 1888, San José, 1966 (en adelante CC).

¹³³ En especial, la inembargabilidad de ciertas mercancías y porciones de salario. *Ibidem*, artículo 984 del CC, Ley núm. 4418 del 22 de septiembre de 1969 y artículos 38 y 39 de la Constitución que prohíben el encarcelamiento por deuda civil, pero véase *infra* sección IV, E. 4 en el texto de este artículo. El artículo 289 del Código Penal del Costa Rica del 21 de agosto de 1941, San José, 1950 (en adelante denominado como CP) permite a los tribunales establecer cuáles tipos de interés son exorbitantes en relación con el poder de negociación de las partes. Además, el artículo 289 del CP sujeta al prestamista a juicio si ha ocultado al verdadero tipo de interés. Una investigación de las sentencias dictadas en apelación revela, sin embargo, que en un periodo de más de 30 años no se ha invocado estas normas más de seis veces y no con mucho éxito contra los acreedores. Véase Sentencias de la Sala de Casación. Corte Suprema de Justicia, Andrade Blanco, 1 de octubre de 1935, segundo semestre, p. 690, Aumard y Massoullet v. Royo Gólcher, 19 de diciembre de 1935, segundo semestre, p. 1427; Prado Blanco, 24 de marzo de 1937, segundo semestre, p. 618; Bertsch Lessing, 26 de diciembre de 1941, segundo semestre, p. 1238; Barrantes Herrera, 21 de mayo de 1937, primer semestre p. 958; Balmaceda Zamora v. López Piedra núm. 59 de 26 de mayo de 1953, primer semestre, p. 1274. El estudio del señor Knight concluyó que una razón por la cual no se invoca esta disposición es que los prestamistas generalmente piden a sus prestatarios que firmen cheques posdatados o certificados de prenda en blanco como garantía de los préstamos y se teme que los instrumentos puedan usarse para establecer acciones de índole penal contra el prestatario. Así, si el prestatario denuncia la usura podría exponerse a una acusación más seria que la de usura. Véase estudio sobre crédito, p. 10.

del inventario del comerciante;¹³⁴ no había prenda flotante ni negociación de facturas comerciales sin recurso (o sin acción de regreso) contra el vendedor endosante.

Así, mientras los derechos de los comerciantes contra sus clientes recibían una evidente protección jurídica, aquellos que financian la adquisición del inventario comercial por el comerciante aparentemente no confiaban en esta protección para salvaguardar sus derechos sobre la mercadería almacenada o vendida o sobre el producto de tales ventas incorporado a facturas o a pagarés, letras o cheques. Además, el sistema de Banco Central no ha hecho depender, como en Estados Unidos de Norteamérica y en otros países Latinoamericanos, la creación de dinero privado por los bancos de la naturaleza autoliquidante de la transacción subyacente. En otras palabras, la banca central en Costa Rica todavía no ha tratado de regular la creación de dinero "privado" (sobre todo por bancos privados y financieras) tomando en cuenta la cantidad y la calidad o liquidez (cobrabilidad) de la emisión.

D. Fuentes de crédito al consumidor

a) Casas de préstamo o empeño oficial y privada

El Monte Nacional de Piedad, en adelante denominado MNP, fue la primera fuente de crédito al consumidor examinada en este estudio. Esta casa de empeño oficial, creada en 1901, fue esencialmente concebida como una institución filantrópica con el propósito de otorgar préstamos pequeños a las clases trabajadoras.¹³⁵ Se estableció como una sociedad de capital mixto (público y privado), y se estimuló a los trabajadores para que compraran acciones para beneficiarse del ingreso de dividendos y de los bajos intereses cobrados sobre préstamos a los accionistas.¹³⁶

El MNP se dedica a dos tipos de transacciones de crédito garantizado. La primera está garantizada con objetos muebles propiedad del prestatario, cuya posesión se transfiere por la duración del préstamo y cuya propiedad se pierde, en caso de incumplimiento. La segunda clase de garantía es provista por el

¹³⁴ No fue sino hasta 1969 que algunos bancos y compañías financieras empezaron a financiar la adquisición del inventario del comerciante mediante la negociación de títulos sin recurso o sin acción de regreso contra el endosante.

¹³⁵ Decreto legislativo núm. 4 del 15 de enero de 1901.

¹³⁶ *Ídem*.

suelo del deudor, que se sujeta a deducciones y a la posibilidad de embargo a favor del Monte Nacional de Piedad.¹³⁷

La prueba de la existencia del préstamo para el prestatario es una boleta que especifica la cantidad prestada y el número de la prenda. La mera posesión de la boleta da derecho al tenedor a pedir la devolución de la prenda previo el pago del principal y de los intereses adeudados. En caso de incumplimiento, la garantía es vendida en subasta pública y el precio de venta se destina a cubrir la deuda pendiente. El excedente, en caso de que exista, se le devuelve al deudor, o si no puede ser hallado, se mantiene en un fondo aparte que, si no se reclama en un cierto periodo, pasa a ser propiedad del Monte Nacional de Piedad.

Si el préstamo se garantiza con el sueldo del prestatario, el procedimiento es más complicado. En primer lugar, sólo los empleados públicos pueden disponer de esta garantía y ciertos grupos de estos empleados están excluidos. Por ejemplo, a los empleados de nombramiento puramente político automáticamente se les niega préstamos sobre su sueldo durante el año de elecciones, dada la posibilidad de la pérdida de sus puestos. En segundo lugar, el prestatario manifiesta su acuerdo en que el gobierno le retenga, en cada pago de sueldo, la cantidad específica y, por lo tanto, debe obtener la necesaria autorización, así como las firmas de cuatro fiadores. Al MNP se le permite también deducir de la suma convenida los cargos por intereses, generalmente el 2% de interés simple por mes o 20% sobre un préstamo de diez meses. Además del préstamo y la autorización de retención, el prestatario y sus fiadores firman conjuntamente un pagaré asumiendo responsabilidad solidaria por la cantidad y los intereses adeudados en el préstamo.

La tasa de 2% por mes hace que el MNP sea una de las fuentes institucionales de crédito más baratas en Costa Rica, lo que motiva su popularidad, en especial para los prestatarios de sumas no mayores de 150 dólares, que es en el presente el límite de préstamo establecido.

Así, la suma de 200 000 dólares que es el volumen anual de actividades del MNP no es indicativa de la demanda de crédito, sino de los recursos muy limitados del MNP. La limitación de recursos es, en gran parte, el resultado del predominio de accionistas privados en la junta directiva del MNP. Ellos han dictado la práctica de pagar dividendos sustanciales, una práctica que, como se discutió anteriormente, era característica de muchas sociedades anónimas familiares en Costa Rica.¹³⁸

¹³⁷ Véase Decreto Ejecutivo núm. 686 del 24 de agosto de 1946. este decreto y el decreto citado *supra*, nota 135 constituyen la base normativa principal para operaciones del Monte Nacional de Piedad.

¹³⁸ Véase *supra* sección III, F. En 2 de enero de 1969, el MNP tenía 413 accionistas. Un reporte de la auditoría realizada por la Oficina de Contraloría terminado en enero de 1967 (Informe de la intervención practicada en el Monte Nacional de Piedad, enero, 1967, Departamento de Auditoría e Inspecciones, Contraloría General de San José, 1967) determinó que los pagos de dividendos del MNP promediaron 21.6% del valor nominal de acciones durante el año 1966. Sobre este punto, véase Estudio de crédito y notas 5, 7 y 22.

Las casas de empeño privadas, que operan ya sea como casas de empeño propiamente dichas o como casas de compra y venta, manejan un volumen combinado de negocios que es más de cinco veces el del MNP.¹³⁹ La casa de empeño propiamente dicha opera bajo licencia y supervisión del gobierno. Esta circunstancia es responsable de su pequeño número así como de la existencia de más de 90 casas de compraventa que, en afecto, no son más que casas de empeño disfrazadas.¹⁴⁰

Los préstamos en casas de empeño propiamente dichas se dan por sumas que frecuentemente llegan a 50% del valor del mercado estimado de la garantía, a un costo de 10 a 15% mensual, y, como en el MNP, los intereses se descuentan por adelantado. La boleta y el procedimiento de cobro también es bastante similar al del Monte Nacional de Piedad.

Sin embargo, en las casas de compra y venta el instrumento en el cual se incorpora el préstamo es apenas vagamente reminiscente de la boleta del MNP debido al deseo de disfrazar lo que verdaderamente es un préstamo, haciéndolo aparecer como una compra del tendero con subsecuente reventa al cliente prestatario.¹⁴¹ El cliente recibe un talón o "tique" con un número impreso, talón que el prestatario debe presentar para poder reclamar su prenda. En efecto, como no hay ninguna promesa expresa de reventa, este talón sólo hace constar la existencia de una obligación moral del tendero hacia el prestatario, permitiéndole a este último la compra de la prenda al precio acordado. El costo del crédito en casas de compraventa refleja la gran necesidad de crédito inmediato que tiene el prestatario y se ha estimado que muchas veces tiene un costo de 20% mensual.¹⁴²

b) Prestamistas

En Costa Rica el término "prestamista" puede aplicarse a un pariente, vecino, amigo, compañero de trabajo, extraño o hasta a "la viejilla de la esquina", como resultado de sus actividades ocasionales o permanentes. Aproximadamente 75 000 de los 350 000 habitantes que hay en San José deben dinero continuamente a uno u otro tipo de prestamista.¹⁴³ Estimados globales del volumen de transacciones hechas por prestamistas en 1969 lo sitúan entre 3 y 7 millones de dólares, que es más de 10 veces lo prestado por el MNP y casi igual a lo prestado por el Sistema Bancario Nacional bajo el rubro de préstamos personales.¹⁴⁴

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 36 y ss.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 38-41, con fórmulas anexas.

¹⁴² *Idem*,

¹⁴³ *Ibidem*, p. 48.

¹⁴⁴ *Idem*.

Como regla general, un prestamista que no esté familiarizado con el estado financiero del prestatario pedirá a éste que le dé una constancia de su patrono indicando el sueldo, estado de empleo y autorizaciones de deducción y embargos. Además, los prestamistas profesionales requieren no solamente la firma del prestatario, sino también la de varios fiadores. Por lo tanto, la garantía de un prestamista depende por lo tanto, de su habilidad de embargar los bienes del prestatario y de los fiadores y, aún más que de los bienes, del embargo de sus salarios. El límite superior del préstamo es, por consiguiente, determinado por el resultado de sumar las porciones de los salarios del prestatario y de los fiadores que no están sujetas a deducciones o embargos.¹⁴⁵

Los instrumentos jurídicos usados por los prestamistas son los pagarés y los contratos de prenda. Sin embargo, cada uno de estos instrumentos sufre ciertas "adaptaciones" en la práctica crediticia, destinadas a aumentar la efectividad del proceso de cobro. Por ejemplo, algunos pagarés no muestran fecha de vencimiento o se hacen por una suma mucho mayor que la cantidad verdaderamente adeudada (con frecuencia una y media veces la suma adeudada). A menudo la prenda es ejecutada describiendo bienes ficticios, para que en el caso de incumplimiento, el prestatario pueda verse sujeto a una orden de apremio, enfrentado así un posible encarcelamiento.¹⁴⁶ De manera similar, a los prestatarios suele pedírseles que emitan cheques contra cuentas inexistentes para que en caso de falta de pago el acreedor pueda amenazar con una acción de estafa o fraude. Los intereses cobrados sobre préstamos por los prestamistas callejeros llegan a veces hasta 650% por año, pero más a menudo oscilan entre 60% y 120% por año.

c) Pulperías (tiendas de abarrotes)

El procedimiento para otorgar crédito en las pulperías de San José en gran medida refleja su origen rural. Por ejemplo, cuando se extiende el crédito, el instrumento en el cual se registra la transacción es frecuentemente una libreta que guarda el dueño de la pulpería. La utilización de los apuntes del pulpero

¹⁴⁵ Puesto que la parte del sueldo que puede ser embargada está limitada a todos los efectos prácticos a 12.5% del sueldo mensual del prestatario, el prestamista debe poder embargar varios sueldos simultáneamente para obtener una garantía equivalente a la totalidad de la deuda. Sobre esto véase *supra*, nota, 133 *Ibidem*, en 50 y ss.

¹⁴⁶ Knight describe el uso de prendas regulares, lo mismo que de prendas ficticias (en blanco), pero encuentra que el de estas últimas ha ido aumentando como resultado de los riesgos jurídicos relacionados con un sistema incierto de registro y de determinación de prioridades (véase *infra* sección IV, E, 4). Véase *Ibidem*, pp. 52. Concluye que la amenaza de sanciones criminales no se deriva solamente del desacato a la autoridad que se cree cometido por el deudor que no puede presentar el bien dado en prenda en los juicios prendarios, sino también de una acción de fraude contra el deudor por haber ofrecido bienes ficticios en garantía en violación del artículo 282, inciso 4 del CR de Costa Rica.

como prueba de la deuda parece haber sido el resultado no tanto de la confianza depositada en el mismo por su cliente sino de conveniencia, ya que hasta muy recientemente el pulpero era uno de los pocos hombres de pueblo capaces de llevar una contabilidad rudimentaria. Los clientes que aún usan las libretas en la Costa Rica rural son típicamente trabajadores pagados en una base diaria o semanal y que han vivido cerca de la pulpería por un largo periodo. Sin embargo, la libreta está muy lejos de ser un medio efectivo de cobro en un procedimiento judicial. A lo más, es una prueba documental refutable de la existencia de una deuda y sólo da lugar a un juicio ordinario con múltiples excepciones perentorias y dilatorias.¹⁴⁷ De las 1 000 pulperías urbanas que hay aproximadamente en San José, sólo aquéllas en las áreas donde hay un nivel relativamente bajo de movilidad de población o donde existe una fuerte competencia entre pulperos extienden crédito permanente con base en una "libreta"; conforme aumenta la movilidad de la población o decrece el poder de negociación de los clientes, el crédito de libreta se vuelve más escaso.

De acuerdo con un cálculo del Consejo Nacional de Producción, el crédito de pulperías en San José se ha reducido de 50% de las ventas brutas a menos de 25% durante los últimos 15 años.¹⁴⁸

Virtualmente, cada una de las pulperías entrevistadas indicó que la mayoría de sus clientes al crédito estaba atrasada en sus pagos y, en efecto, describieron la práctica crediticia como un sistema rotatorio: los clientes hacen pagos relativamente regulares cada semana o cada 15 días, pero, en vista de las compras subsiguientes, el saldo pendiente queda más o menos igual. Los esfuerzos para que los clientes firmen algún documento legal que pudiera permitir un procedimiento de cobro más efectivo que el respaldo por la libreta han encontrado una fuerte oposición por parte de los clientes. Sin embargo, a consecuencia del decreciente poder de negociación de los clientes, el uso de la factura firmada ahora es mucho más evidente que antes de la promulgación del Código de Comercio.

d) Ventas al por menor a plazos

De acuerdo con las entrevistas con dueños de tiendas de departamentos, casi las dos terceras partes de todas las ventas al detalle se hacen a crédito.¹⁴⁹ Las ventas a plazos de muy alto valor por unidad están garantizadas primordialmente en San José por la prenda mercantil o prenda sin desposesión. Durante

¹⁴⁷ El artículo 267 del C. de C. establece el principio general de que los libros de contabilidad hacen prueba contra sus dueños. Pero cabe preguntarse, quién es el dueño de la libreta cuando ésta queda en posesión del cliente que ocasionalmente es quien también hace las anotaciones.

¹⁴⁸ Véase Estudio de crédito, capítulo de pulperías, p. 2 y particularmente, nota 3.

¹⁴⁹ *Ibidem*, capítulo de tiendas al menudeo, pp. 14 y ss.

las épocas de mayor actividad comercial, es corriente que una tienda de venta de artículos eléctricos envíe docenas de certificados de prenda mercantil para ser inscritos en el Registro de Prendas.

El contrato de prenda mercantil en Costa Rica, como su contraparte en Estados Unidos de Norteamérica, a la par que asegura al vendedor o al prestamista un derecho de privilegio para hacerse pago con el valor de las mercancías, permite al comprador adquirir titularidad sobre las mercancías compradas.¹⁵⁰ Sin embargo, a diferencia del *Uniform Commercial Code* (UCC) (Código Uniforme de Comercio) de Estados Unidos, el C. de C. costarricense requiere que el contrato o el certificado de prenda mismo, en vez de su escueto resumen (*financing statement*, en la terminología del UCC), sea inscrito en el Registro de Prendas para prevalecer contra terceros adquirentes, acreedores, o síndicos en la quiebra.¹⁵¹

Como la inscripción, de acuerdo con el reglamento vigente, consiste en realizar una transcripción literal del contrato de prenda y éste generalmente consta en un documento largo, no es extraño que el proceso de inscripción dure varios meses. Es cierto que mientras se lleva a cabo la inscripción permanente funciona un registro temporal por medio de un índice de archivo ordenado con los nombres de los deudores. Estos índices, que por la naturaleza muy rápida de las transacciones crediticias sobre bienes muebles son los más frecuentemente consultados por los acreedores, han demostrado ser muy inciertos. No resulta raro, por ejemplo, encontrar prendas mercantiles ejecutadas por partes que ya no tienen titularidad sobre los objetos o las mercancías.¹⁵² Además, las prioridades de derechos, aun entre prendas de primero y segundo grados, no pueden determinarse fácilmente debido a las inseguridades de un sistema de registro múltiple.¹⁵³ Éstas son las razones por las cuales los comerciantes no confían en el registro de prendas como una fuente adecuada de garantía y los financistas de negocios al por menor raras veces descuentan facturas o títulos

¹⁵⁰ Véase artículos 537-539 del C. de C. de Costa Rica y compárese con el UCC de Estados Unidos, sección 9.102 (2).

¹⁵¹ *Ibidem*, compárese el artículo 554 del C. de C. de Costa Rica, que requiere que el contrato se inscriba cuando permanece el bien dado en prenda en posesión del deudor, con el UCC SS 9-302 (1) y 9-303.

¹⁵² La inadecuada publicidad registral se determinó a través de una serie de pruebas de funcionamiento de las inscripciones en el índice de deudores. En muchos casos, las inscripciones no aparecieron en el índice sino hasta después de que se habían celebrado las transacciones subsiguientes.

¹⁵³ Además de las inscripciones temporales y permanentes en el Registro Central, las partes también pueden inscribir sus derechos en registros subsidiarios de la provincia de San José. El registro cantonal está sujeto a la inscripción definitiva en el Registro Central, pero también puede ayudar a perfeccionar una garantía prendaria de rango inferior a la inscrita con posterioridad en el Registro Central, haciendo posible así remates que pueden impedir que el acreedor de primer grado haga efectivo su crédito. sobre este punto, véase Kozolchik y Torrealba, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 28-53 y sentencia 747 por el Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, San José, 23 de octubre de 1967, lo mismo que la sentencia núm. 216 del Juzgado Primero Civil de 7 de marzo de 1968. *Ibidem*, pp. 92-95.

valores cuya principal garantía es de índole prendaria. La función de garantía correspondiente al registro de prendas en el sistema crediticio costarricense ha sido en parte reemplazada por la amenaza de una prisión por deudas.

Además de las prendas, a los deudores se les pide que firmen pagarés, avalados por uno o más fiadores y más recientemente también se ha comenzado a usar la factura comercial. Sin embargo, el mayor número de mecanismos de cobro no parece haber fomentado los pagos a tiempo de las obligaciones. Más de 2 000 cobradores se emplean a diario en San José con el propósito de hacer "recordatorios" periódicos a los deudores.¹⁵⁴ De acuerdo con el gerente de una de las agencias crediticias más grandes de Costa Rica, sólo una tercera parte de los compradores al por menor paga sus obligaciones de crédito a tiempo. Otra tercera parte, "al estilo tico", paga en un periodo de siete a noventa días después de la fecha debida. De la restante tercera parte morosa él estima que un 30% paga después de recibir cartas amenazantes o visitas, mientras que el otro 70% tiene que ser demandado para poder obtener el pago.¹⁵⁵

Relacionada con la práctica de pagos lentos está la tendencia a renovar o adecuar plazos casi automáticamente al solicitarlo el prestatario. El retraso y la novación están tan ampliamente extendidos en el mercado crediticio que mientras la duración fijada de un contrato a plazo promedio está en la vecindad de 30 meses, la duración real es de 40 o más meses.¹⁵⁶

e) Bancos, cooperativas y compañías financieras

Como un tipo de crédito "no-preferencial", el crédito al consumidor es más caro en el Sistema Bancario Nacional que los créditos "preferenciales" como los préstamos agrícolas o industriales. El crédito "personal", una categoría que incluye préstamos al consumidor, cuesta aproximadamente 13% incluyendo comisiones, comparado con 9% a 12% de costo de los créditos preferenciales. Tomando en cuenta lo que cuesta obtener crédito de otras fuentes, estas tasas son muy razonables; sin embargo, el crédito al consumidor del Sistema Bancario Nacional es poco accesible, como lo demuestra el hecho de que, a pesar de la creciente demanda de crédito en 1965-1969, la asignación de crédito "personal" durante los dos últimos años permaneció invariable.¹⁵⁷

El crédito comercial para el comerciante al detalle es todavía más difícil de obtener en el Sistema Bancario Nacional. Durante los años recientes, los

¹⁵⁴ Estudio de crédito, *supra*, nota 149, p. 28.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ 55.2 millones de colones en 1965 contra 55 millones de colones en 1969; sobre esto véase Tabla 2, Memoria Anual, Banco Central de Costa Rica 1968. *Ibidem*, p. 5, sección del Sistema Bancario Nacional.

bancos comerciales oficiales han dejado virtualmente de efectuar descuentos sobre efectos comerciales. La poca accesibilidad y la lentitud en el financiamiento del consumidor y pequeño comerciante del Sistema Bancario Nacional han hecho que esa función sea asumida por compañías financieras y por cooperativas. Las compañías financieras tuvieron su comienzo a principios de 1950, cuando estaba en vigor una ley contra la usura que imponía un impuesto de 100% sobre entradas por intereses en exceso de 8% anual. Este impuesto obligó a las compañías financieras a simular sus préstamos para evitar el pago del impuesto. Con la abolición del impuesto sobre el interés y el establecimiento de un sistema de tipo libre, el número de las compañías financieras se triplicó y su volumen de préstamos creció en proporciones geométricas.¹⁵⁸ Aproximadamente 60% del capital financiero de estas compañías se invierte en crédito para el consumidor, principalmente en préstamos de menos de 700 dólares.¹⁵⁹

Los préstamos de las compañías financieras tienen un monto promedio entre 200 y 300 dólares, y a diferencia de las casas de empeño y prestamistas callejeros exigen pagos en abonos quincenales o mensuales. Los tipos de intereses sobre estos préstamos fluctúan entre 1.5% y 3% por mes, sin incluir cargos de gastos y comisiones, pero el verdadero costo del crédito en dichas compañías durante 1969 tuvo un promedio de 70% por año.¹⁶⁰

En contraste, las cooperativas de ahorro y préstamos cobran 12% anual, pero la demanda de préstamos es tal que un creciente número de miembros de tales cooperativas de ahorro y préstamo se ven forzados a buscar crédito en otras fuentes.

Tres formas de garantía son las más usadas por las compañías financieras. Los préstamos por sumas entre 70 y 400 dólares se garantizan con pagarés avalados, al menos, por dos fiadores. Los préstamos intermedios, entre 400 y 1 200 dólares, se garantizan con un pagaré con los fiadores necesarios y por una prenda sobre propiedad del deudor. Los préstamos por sumas mayores a 1 200 dólares se garantizan con pagarés y fianzas, y con hipoteca sobre bienes raíces. El elemento de la fianza es esencial en el crédito otorgado por las compañías financieras porque el préstamo se garantiza, casi invariablemente, con los sueldos de los solicitantes y de sus fiadores, para que en caso de morosidad la compañía pueda seguir un juicio sumario simultáneamente contra su cliente y sus fiadores.¹⁶¹

¹⁵⁸ En 1956, un total de cinco compañías financieras tenían un capital de préstamo combinado de menos de 700 000 dólares. En 1969, en la fecha de conclusión del Estudio de crédito, había 45 compañías financieras con un capital estimado de más de 25 millones de dólares. Una gran parte de este capital ha venido de inversionistas norteamericanos y europeos que buscaban el beneficio de una ganancia anual de más de 20% en su inversión. Véase *Ibidem*, sección de Compañía Financiera, pp. 59 y ss.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 63.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ Véase *supra* nota 145.

La gran demanda de crédito permite una selección muy cuidadosa de sus solicitantes, un hecho reflejado en los altos porcentajes de pago y recuperación.¹⁶² El setenta por ciento de sus prestatarios hace sus abonos a tiempo y aproximadamente un 28% paga después de ser amenazado con una demanda. Así, sólo un 2% del crédito extendido es considerado como deuda incobrable.

Las ganancias de este negocio se han hecho tan notorias que un grupo de financieras ha creado una asociación con el propósito de mejorar su imagen pública y de defender sus intereses ante la amenaza de la regulación por entidades gubernamentales.

E. El comportamiento de instituciones jurídicas

a) Introducción

El gran aumento en el suministro de crédito por compañías financieras fue sin duda el resultado de abolir las reglas contra la usura por el C. de C. en 1964. En contra de las expectativas de los codificadores, sin embargo, los tipos de interés en vez de bajar a niveles más razonables de los que estaban en vigor en 1964 permanecieron más o menos iguales o subieron un poco.¹⁶³

Durante el seminario de la Universidad de Arizona se les preguntó a los economistas por qué motivo la gran afluencia de capital de préstamos no bajó el tipo de interés dado que el costo de la vida había permanecido estable durante el periodo 1964-1968 y que la entrada *per cápita* del josefino había subido moderadamente. Casi todos los economistas estuvieron de acuerdo en que una razón importante fue el exceso de demanda sin satisfacer que se puso de manifiesto una vez que fue posible disponer de la nueva y amplia fuente de crédito.¹⁶⁴

Este punto de vista fue confirmado por las estadísticas de la balanza comercial que mostraron un aumento grande en la importación de bienes durables para el consumidor durante ese periodo. Una parte sustancial de esta demanda, como sugirió uno de los participantes, fue creada por el propio suministro de crédito.¹⁶⁵ Además, como también se ha hecho evidente en el

¹⁶² Las compañías financieras juzgan a los empleados del sistema judicial y a las maestras y profesores de escuelas públicas entre los solicitantes menos dignos de crédito. A los anteriores se les temía como deudores debido a su aparente propensión a redactar e incoar demanda y embargos ficticios de manera de quedar inmunes al cobro. A los últimos se les achacaba una propensión a "sobreextenderse en sus obligaciones". Véase Estudio de crédito, capítulo de Compañías financieras, p. 63.

¹⁶³ Para estadísticas comparativas, véase USAID, Hoja de Información, Costa Rica, Revisión núm. 228, Tabla 5 (abril 1968).

¹⁶⁴ Particularmente, el embajador Clarence E. Boonstra y los profesores Donald Wells, John Beuhler y James Wert de la Universidad de Arizona, Departamento de Economía.

¹⁶⁵ Profesor Donald Wells.

proceder de los prestamistas norteamericanos, los prestamistas costarricenses a todos niveles no compiten reduciendo sus tipos de interés, sino dando condiciones de pago más favorables.¹⁶⁶ Interactuando con estos factores económicos, el comportamiento de las instituciones jurídicas también ha contribuido al alto costo del crédito al fomentar el uso de métodos de garantía riesgosos y por lo tanto ineficientes. Esto se ilustrará describiendo algunos de los rasgos más típicos del comportamiento de las instituciones jurídicas.

b) Dualismo institucional

Las fuentes crediticias no oficiales tales como compraventas, prestamistas callejeros y compañías financieras tienden a usar instrumentos jurídicos "extraoficiales". El formato de estos instrumentos generalmente refleja la influencia del prototipo oficial. Así, las boletas del MNP han sido el prototipo de las usadas por las casas de empeño privadas y por las compraventas, de la misma forma que los pagarés, cheques y certificados de prendas usados en la calle y por las compañías financieras se asemejan a los instrumentos usados en los préstamos de los bancos oficiales.

Sin embargo, el contenido obligacional de estos instrumentos difiere marcadamente en una escala descendente de oficialidad. Entre menos aprobada o regulada oficialmente la fuente de crédito, mayor la probabilidad de que se altere la estructura obligacional del prototipo para cobrar interés más alto y obtener mayor garantía de tipo personal sobre el prestatario. Por lo tanto, existe una semejanza mucho menor entre la boleta usada en el MNP y las compraventas, que entre la boleta usada en casas de empeño propiamente dichas y en el MNP. Por el mismo motivo, el uso del cheque con fecha adelantada (posdatado) y del cheque en blanco, así como certificados de prenda en blanco, aumenta a medida que uno se acerca al nivel de operaciones de los prestamistas callejeros.

La transformación o desnaturalización del instrumento generalmente priva al prestatario de algunos de los derechos sustantivos (esenciales) proporciona-

¹⁶⁶ Sobre este punto, véase Nugent, "The Loan Shark Problem". (El problema de los "tiburones" del préstamo) 8 *Law and Contemporary Problems*, 12, 13, 1941. (El derecho y sus Problemas Contemporáneos) y para una discusión del problema de consumidor para financiar tarifas, véase Juster y Shay, *Consumer Sensitivity to Finance Rates: An Empirical and Analytical Investigation* (National Bureau of Economic Research, 1964). (Sensibilidad del consumidor a los tipos de interés: una investigación empírica y analítica —Oficina Nacional de Investigación Económica 1964). Estos autores sugieren que el consumidor que sólo tenga acceso a un crédito racionado es insensible a los tipos de interés en Estados Unidos. Los consumidores "racionados" se definen como aquéllos cuyas deudas promedio pendientes son por cantidad menores que las que ellos preferirían deber. Véase también Curran, *Legislative Controls as a Response to Consumer Credit Problems*, American Bar Foundation, pp. 18 y ss., 1968. (Controles legislativos como respuesta a los problemas de crédito al consumidor).

dos por el prototipo oficial.¹⁶⁷ Una boleta emitida por una casa de compraventa, por ejemplo, no es como una boleta del MNP, prueba del derecho de liberación de la prenda, previo pago del monto debido. La boleta del compraventista elimina la prueba escrita de tal derecho al tratar de disfrazar o simular la naturaleza de la transacción.

De igual forma, un contrato de prenda en blanco o un cheque contra una cuenta no existente expone al deudor a la posibilidad de encarcelamiento. Así la balanza de derechos y obligaciones, acciones y excepciones entre el acreedor y el deudor se inclina mucho más hacia el lado del acreedor.

Esta inclinación es el resultado claro de la gran desigualdad entre el poder de negociación de las dos partes, como lo prueba el hecho que los deudores más necesitados son los más susceptibles a firmar los instrumentos “adaptados”, y que en transacciones con pulperías donde el prestatario todavía retiene algún poder de negociación se continúe usando la libreta y no la factura firmada.

c) Desplazamiento de instituciones oficiales

El dualismo, o la coexistencia de instrumentos oficiales o prototipos con los extraoficiales, frecuentemente lleva al desplazamiento de los anteriores por los últimos. Este fenómeno de desplazamiento no sólo afecta a variantes del mismo instrumento, sino que a menudo envuelve a instrumentos diversos, como pasa con el cheque posdatado y la letra de cambio. El C. de C., al igual que sus modelos y predecesores, diseñó el cheque como un medio de pago y la letra de cambio como un título de obtención de crédito.¹⁶⁸ Sin embargo, el hecho de que la falta de pago de un cheque pueda traer consigo una acusación penal¹⁶⁹ es responsable por el uso extendido del cheque en forma posdatada precisamente como instrumento para la obtención de crédito.

d) Personalización de la obligación

El tercer rasgo observado en el comportamiento de las instituciones jurídicas es la preferencia creciente de los acreedores por garantías de tipo personal

¹⁶⁷ En su estudio sobre controles legislativos sobre crédito al consumidor, *Ibidem*, p. 19, Bárbara Curran presenta una aguda y necesaria distinción en el sistema jurídico de Estados Unidos entre la inequidad en el contrato de crédito original y en los recursos procesales de los acreedores por incumplimiento del contrato. Sin disputar sus bases para hacer esta distinción en el sistema jurídico de Estados Unidos, debería notarse que las prácticas costarricenses descritas en el texto definitivamente apuntan hacia la presencia de una área intermedia (sustantivo-adjetiva) entre los derechos contractuales y los recursos de incumplimiento. en el supuesto contrato se hace parecer a los deudores como adquiriendo menos derechos sustantivos que los que verdaderamente negociaron, perdiendo de esta forma el derecho sustantivo y procesal de liberar el bien prendado. Concomitantemente quedan sujetos a recursos procesales muy favorables al acreedor.

¹⁶⁸ Compárese el artículo 803 con los artículos 729 y 731 del C. de C.

¹⁶⁹ Véase artículo 282 (17) del CP y *supra* nota 133.

sobre las garantías reales brindadas por los bienes o mercaderías objeto de la prenda.

La declinación de la garantía real mobiliaria se pone de manifiesto en relación con el número decreciente de ejecutivos prendarios¹⁷⁰ en un estudio detallado de cobros de deudas en dos tribunales de primera instancia josefinos (uno con jurisdicción para reclamos menores de 450 dólares y el otro con jurisdicción para reclamos sobre 450 dólares). En el periodo de cinco años desde 1964 a 1969, los procedimientos de cobro basados en juicios prendarios se redujeron de 27 a 17% y de 35 al 25% respectivamente en estos tribunales.¹⁷¹ En contraste, los juicios basados en pagarés, cheques y facturas comerciales y de cuya ejecución resultaba el embargo de salarios mostraron aumentos de importancia.¹⁷²

Pero a medida que la obligación crediticia se personaliza más, el cobro, en contra de las expectativas de los acreedores, se hace más incierto. Muchos patronos rehúsan emplear y en algunos casos llegan hasta despedir a un empleado que tiene uno o más embargos de salarios pendientes contra él.¹⁷³ Con ello, la productividad del deudor se reduce y se paraliza su habilidad de hacer pagos. Más aún, muchos deudores, para quienes la carga del embargo es demasiado pesada, logran neutralizar su imposición ideando que sus cónyuges presenten reclamos de prioridad ficticia como pensiones alimenticias, alcanzando la inmunidad de lo que comúnmente se conoce en San José como el "autoembargo".

Por último, la más personalizada de las instituciones de cobro, la de prisión por deudas a través del apremio corporal, ha probado ser a menudo una amenaza ilusoria.¹⁷⁴

¹⁷⁰ El término ejecutivo prendario se usa en el texto en la misma forma como se usa el procedimiento de remate prendario en el ucc, SS 9-505. Es importante distinguir entre este método de disponer de bien dado en prenda y otros métodos de cobros de la garantía prendaria, como el apremio corporal prendario por desacato a la autoridad del tribunal en Costa Rica, que se utiliza precisamente por la supuesta incapacidad del deudor de presentar el bien dado en prenda al tribunal.

¹⁷¹ Véase Estudio de crédito, capítulo sobre comportamiento de los instrumentos jurídicos, Tablas 1 y 2, pp. 48-49.

¹⁷² Este dato no indica que existe menos confianza en el contrato de prenda porque, de hecho, los acreedores confían cada día más en los contratos de prenda, en blanco. Lo que sugiere es que el procedimiento del juicio ejecutivo prendario, dependiendo como depende de la disponibilidad de la garantía para su venta judicial, se está usando menos que los otros tipos de procedimiento de cobro relacionado con la prenda, véase *supra*, nota 170.

¹⁷³ Carlos Carro, profesor de derecho laboral de la Universidad de Costa Rica, es autor de un excelente artículo sobre la ilegalidad de las prácticas de despido con motivo de embargo por el Sistema Bancario Nacional. Véase Carlos Carro, "Embargo del salario y despido del empleado bancario", 10 *Revista de Ciencias Jurídicas* 103, Universidad de Costa Rica, 1967.

¹⁷⁴ El estudio de John M. Fich sobre el apremio corporal prendario reveló que durante 1967 la Guardia Civil de San José (la oficina que se encarga de los arrestos) expidió 626 órdenes de captura o "apremio" afectando a los deudores. Sólo 215 deudores, o 34% del total enumerado, fue arrestado y de éste sólo 15 fueron encarcelados. Hay varias razones para este número comparativamente bajo de

Por lo tanto, los efectos netos de la personalización de la garantía en las transacciones de crédito pueden ser resumidos como sigue:

1. Ha creado más riesgos en el proceso de cobro como resultado de la probabilidad de que el deudor pierda su empleo productivo o del uso de evasiones encaminadas a neutralizar los mecanismos de cobro.
2. Ha erigido una barrera a la negociación de títulos valores prendarios puesto que estos documentos requieren una garantía autoliquidante (bien por reposición de la prenda por el acreedor o por remate). Esta barrera también se enfrenta al planeamiento de una utilización más eficiente de los recursos crediticios al nivel del Banco Central. Porque, si se fijasen disponibilidades de créditos para préstamos comerciales en Costa Rica de acuerdo con la calidad autoliquidante de la transacción, la ausencia de liquidez a la par que de patrones válidos para medir los diversos grados de liquidez en las diversas transacciones, impediría el diseño de medidas realistas.¹⁷⁵ Por eso, el carácter personal de la garantía ha retardado la aparición de importantes intermediarios del crédito comercial, tales como los “factores” del derecho anglosajón, cuya función consiste en descontar y negociar, generalmente sin acción de regreso, los títulos de crédito del comercio al detalle y al por mayor. De igual manera la personalización ha contribuido al más alto costo de muchas de las técnicas presentes.

e) Ejecución postergada

En cierta ocasión un economista costarricense describió el comportamiento de los deudores de San José cuando trataban de pagar sus obligaciones de crédito como similar al de una corriente eléctrica atrapada en una telaraña de circuitos.

arrestos y encarcelamientos. Una causa es el proverbial “arreglo” costarricense (*arreglo o adecuación de pago*) por medio del cual el acreedor permite al deudor que siga haciéndole pagos más pequeños durante un periodo largo. Otra causa es el disgusto de los funcionarios costarricenses judiciales y de policía con esta institución dada la posibilidad de que, como deudores perennes, ellos pueden encontrarse en situación parecida a la del encarcelado. Este disgusto se refleja en el hecho de que, funcionarios que normalmente han sido incorruptibles, sean fácilmente disuadidos por los deudores para que desobedezcan la orden de encarcelamiento. Estos hechos se han dado a conocer entre los deudores de más experiencia y posiblemente de mayor capacidad económica como lo ilustran estadísticas de las acciones de los tribunales que demuestran que el apremio corporal es empleado dos veces con más frecuencia para cobrar cuentas pequeñas (hasta 450 dólares) que para el cobro de sumas más grandes. Sobre esto, véase Estudio de crédito, capítulo de apremio corporal, tabla 1, p. 34.

¹⁷⁵ Después de completar los Estudios de Proyecto de Derecho, se promulgó una Ley de reforma bancaria, la Ley de Reforma Bancaria del 20 de octubre de 1970. Esta ley extendió el poder regulatorio del Banco Central a las compañías financieras, pero solamente impuso *topes* sobre préstamos. No se trató de distinguir entre los varios tipos de garantía ni de condicionar la autorización de más o menos crédito a la liquidez propia de las distintas deudas.

La analogía es muy apropiada. Mientras las declaraciones de concurso o insolvencia¹⁷⁶ son un fenómeno comparativamente raro, arreglos judiciales y extrajudiciales, aplazamientos, novaciones y moratorias caracterizan el fenómeno del pago en todos los niveles de préstamo. Antes que declararse en quiebra (que bajo una ley inspirada preponderantemente en beneficio de los acreedores implica una *capitis diminutio* en la que el deudor puede perder su trabajo, no puede ser empleado por el Estado, ni puede acudir a fuentes oficiales de crédito), el deudor prefiere continuar sus pagos por periodos indefinidos. Al nivel de casas de empeño, es probable que tenga que pagar intereses en cantidades que frecuentemente exceden en mucho el monto de la deuda principal. En establecimientos al detalle, pagará 12 o 15 meses extra después del periodo de 4 meses acordado en el contrato de plaza original. Un dato muy revelador es que, aun al nivel de los bancos oficiales, 25% de todos los préstamos pendientes en el Sistema Bancario Nacional está constituido por extensiones, adecuaciones y refinanciamientos de deudas.¹⁷⁷

El efecto de estas prácticas sobre el sistema de crédito y sobre la economía entera es extraordinario, tanto en lo previsible como en lo imprevisible. Era previsible, por ejemplo, que la carga de intereses sobre intereses y la necesidad de refinanciamiento contribuyeran al exceso de demanda de crédito que, a su vez, impidió que los tipos de interés fueran más razonables después de 1964. Era también evidente que el ciclo de dependencia del deudor de las fuentes de crédito aumentaría. Lo que la Asamblea Legislativa de Costa Rica no sospechaba era que un impuesto sobre ventas y consumo de 5%, decretado en 1967 y destinado a disuadir la compra y consumo de ciertos artículos, no pudiera producir la reducción esperada porque el pago del impuesto sería financiado por las adecuaciones del crédito al consumidor. En otras palabras, el consumidor estaba tan acostumbrado al pago lento y postergado de sus obligaciones crediticias que precios más elevados no afectaron sus adquisiciones ya que él sólo estaba interesado en la cantidad correspondiente a cada abono.

F. Evaluación

La descripción anterior del comportamiento de las instituciones jurídicas revela que ha sido tan ineficiente como poco justa. La ineficacia se demostró claramente en casos tales como los del Registro de Prendas y del apremio corporal, en los que las instituciones actuaron en forma contraria a lo esperado o planeado por el legislador. Podría decirse que existe abuso cuando hay una desproporción

¹⁷⁶ De acuerdo con datos no publicados de la Corte Suprema, 10 quiebras de tipo personal y 51 comerciales fueron declaradas en los tribunales de San José en 1968.

¹⁷⁷ Banco Central de Costa Rica, *Memoria Anual*, 1968. Estadísticas recopiladas por el Departamento de Estudios Económicos, Banco Central.

grande entre la cantidad obtenida por el prestatario y lo pagado por él, en comparación con los porcentajes de ganancia y prevalecientes en otras ramas del comercio. Este criterio, sin embargo, adolece del vicio de la circularidad, puesto que bien podría argüirse que debido a factores de incertidumbre jurídica, al igual que el exceso de demanda, la norma del mercado crediticio costarricense es que el crédito sea más caro que otras actividades mercantiles.

La inequidad en las reglas que rigen el crédito al consumidor costarricense, entonces, es más que una alta ganancia para el acreedor: es la inhabilidad del deudor de confiar en los verdaderos términos de su contratación y su injustificable pérdida de acciones o excepciones. Es, por lo tanto, un abuso tanto contractual o sustantivo como procesal.¹⁷⁸ Considérese, por ejemplo, la situación del cliente prestatario de una compraventa. Con el fin de evadir la prohibición que pesa contra el empeño en casas no autorizadas al afecto, el dueño de la tienda le hace simular un contrato de compraventa que encubre un préstamo con garantía prendaria, sujeto a un pacto comisorio tácito. Dada la inocuidad de la boleta de compraventa, el deudor prendario está a merced del acreedor en el ejercicio del derecho de liberación de la prenda. De igual manera, quien le pide dinero a prestamistas frecuentemente se obliga a firmar una prenda en blanco cuando en realidad es sólo deudor de un préstamo sin garantía prendaria. Su responsabilidad de deudor prendario llega al extremo de poder ser encarcelado por su incapacidad de pago o de presentar el bien dado en prenda ficticia sin, por supuesto, jamás haber disfrutado del uso de tal bien.

Podría argumentarse que al haber aceptado la boleta de una compraventa en lugar de un documento verdaderamente protector de sus derechos o al firmar un contrato de prenda en blanco, el deudor ha consentido la transacción. Pero si se ignora la enorme presión económica que forzó el pacto, todavía habría que tomar en cuenta que a lo que el prestatario verdaderamente se comprometió fue a una obligación muy distinta de la que aparece en el respectivo instrumento de crédito. Los acreedores probablemente refutarán esta aseveración diciendo que, a pesar de la unilateralidad de estos instrumentos, se usan sólo cuando existe un verdadero incumplimiento. Sin embargo, aquí es precisamente donde radica la inequidad. Porque al permitir el cobro del certificado de prenda firmado en blanco, por ejemplo, el sistema jurídico da al acreedor acceso a una coercibilidad totalmente desproporcionada con los términos de la transacción.

En otras palabras, puede ser difícil catalogar de inicuo un préstamo a un cierto tipo de interés si, a pesar del contraste con los niveles más bajos de rentabilidad que prevalecen en otras actividades comerciales, el tipo de interés refleja un mínimo de acuerdo respecto al precio del crédito en la comunidad. Pero no es nada difícil calificar de injusta una práctica por la que el acreedor obtiene la capacidad de cobrar una deuda con el uso de sanciones de índole penal cuando de hecho no se ha cometido ningún acto delictivo; o cuando un

¹⁷⁸ Véase *supra* nota 167.

deudor es privado de su derecho de liberación de uno de sus bienes sin acuerdo ni compensación al respecto. Uno debiera preguntarse por qué tal comportamiento del sistema se describe como aleatorio o inicuo y no simplemente como ilícito. La contestación es que estas prácticas extraoficiales, también conocidas en países de derecho civil como "simulaciones", no siempre entrañan violaciones de la ley, ya que a veces la propia ley hasta las alienta.¹⁷⁹ Por tanto, lo que más frecuentemente representa la simulación en el campo crediticio no es una violación de un precepto en cuestión, sino un abuso del derecho del acreedor a planear y ejercer su reclamo.¹⁸⁰ Sin embargo, también quedó claro que el abuso de derechos del acreedor no conducía a mayor seguridad de cobro ya que los

¹⁷⁹ La simulación ha tenido una larga y, hasta la fecha, inexplorada historia sociológica en los sistemas jurídicos latinoamericanos. Hay casos registrados de simulación oficial y no oficial desde el principio de la colonización de América Latina. Lo que le da impulso más a menudo es una prohibición, pero si la prohibición se va a evadir por los que la decretan, lo mismo que por aquellos que están supuestos a ser sus destinatarios directos, ¿por qué decretarla? Esta curiosa situación posiblemente estuvo en la mente de don Quijote cuando le prohibió a Sancho Panza "promulgar leyes que no pudiera poner en ejecución". La propensión peculiar hacia la desobediencia de una regla oficial bien pudiera reflejar una rebeldía histórica hacia un poder central tal y como se encuentra en el subdito foral español o podría reflejar una actitud de que todo negocio, y particularmente aquel que es sancionado oficialmente, para poderse llevar a cabo con éxito debe ser conducido en forma "pícaro". El comercio sería visto como un área de actividad donde los pícaros son los más exitosos. Por eso es que el profesor Herman Iventosch del Departamento de Lenguas Modernas de la Universidad de Arizona, una autoridad en literatura picaresca española, sugiere en un ensayo no publicado que el pícaro español tal y como aparece en la famosa novela anónima *El Lazarillo de Tormes*, bien puede haber sido uno de los primeros prototipos del hombre mercantil o económico del hemisferio occidental. Para un ensayo ilustrado sobre las diferencias entre simulación y disimulación como actividades políticas, véase Bacon, *Ensayos*, Wahtely Anot Ed. 1879, pp. 11 y ss., donde Bacon llega a la conclusión de que el disimulo es una "forma de discreción" a menudo aconsejable, pero que la simulación, o una forma deliberada de engaño, priva al hombre de uno de los instrumentos principales para actuar, que es "su confianza y credibilidad...". Estas palabras son particularmente aplicables al sistema jurídico en Costa Rica. Por ejemplo, una prohibición constitucional es evadida por el propio legislador mediante el uso de lo que parece ser una inocente ficción jurídica. Sin embargo, una vez que la ficción empieza a usarse por las partes, la simulación autorizada se convierte gradualmente en una práctica muy distinta a la autorizada. Por ejemplo, el artículo 38 de la Constitución de Costa Rica prohíbe la prisión por deudas civiles con excepción con los casos especificados en el artículo 39, entre los cuales está el del depositario judicial. Los redactores del C. de C. intentaron usar la ficción de considerar al deudor prendario de buena fe como depositario judicial con el propósito de proteger la garantía prendaria ante una venta o disposición secreta del deudor (por un descuido del codificador, sólo la palabra "depositario" aparece en el artículo 537). Sin embargo, una vez que los acreedores se dieron cuenta de que la legislación aprobada el uso de la ficción de considerar al deudor como depositario judicial para el propósito de lograr el apremio en contra suya, su mayor poder de contratación hizo posible el siguiente paso que fue la simulación de contratos de prendas. Para describir los varios usos de la simulación en prácticas crediticias en América Latina, véase Kozolchik, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 33-35, 49-53, respectivamente.

¹⁸⁰ Que la indignación contra estos abusos está creciendo es evidente en el texto de los artículos 236 a 238 del Proyecto de C.P. de Costa Rica que amplía la definición del delito de usura para incluir el uso de tácticas extorsionistas para obligar a los prestatarios a firmar documentos que pueden sujetarlos a acusaciones penales. Véase G. Padilla *Proyecto de Código Penal*, San José, 1969. El doctor Padilla es presidente de la Comisión Redactora de la Ley.

deudores a menudo reaccionaban recurriendo al soborno, al autoembargo o cualquier otra táctica dirigida a neutralizar la coercibilidad del procedimiento. Y como estas tácticas, de acuerdo con el estudio sobre el apremio corporal, son vistas con simpatía por muchos funcionarios encargados de aplicar leyes de las que bien pueden resultar ellos víctimas, su cooperación con el acreedor, si se obtiene, puede llegar a ser muy costosa.

Así, la injusticia presente en las simulaciones crediticias contribuye al alto costo del crédito deformando más aún un mercado que por la propia naturaleza vital del crédito en Costa Rica tiende a ser inelástico respecto al precio del crédito. Una operación ineficiente de una institución como el Registro de Prendas, trae más altos e innecesarios costos de cobro para el acreedor y con ello tipos de interés más altos para el deudor. Los acreedores, a su vez, tratan de corregir la ineficiencia recurriendo a la personalización de la obligación, proceso que culmina con el uso de sanciones criminales, pero esto sólo produce costos más altos cuando la amenaza de prisión se enfrenta con las prácticas neutralizantes de los deudores.

G. Conclusiones

Se recordará que los resultados de la encuesta sociológica nos llevaron a la conclusión de que si el crédito al consumidor se iba a usar más económicamente en San José, se requería una modificación y reorganización serias de los patrones de consumo. La encuesta también sugería que tal cambio social se tendría que llevar a cabo por medio del proceso educacional y no mediante la ley sobre transacciones de crédito. Lo que esta ley podría hacer mejor sería eliminar las ineficiencias del sistema jurídico, como las presentes en el Registro de Prendas, y ayudar a corregir la injusticia que gobierna la relación acreedor-deudor. La primera de estas tareas requiere esencialmente un uso cuidadoso y hábil del instrumental jurídico. Sin embargo, corregir la inigualdad, requiere ajustes culturales e institucionales serios en los que el derecho juega un papel importante, pero no único.

La Asamblea Legislativa de Costa Rica, por ejemplo, tendrá que hacerse más sensible a los problemas de los deudores. Tal y como ocurrió con la promulgación de la LFI y las reglas sobre formación de capital corporativo, el proceso legislativo sobre transacciones de crédito no gozó las ventajas de una confrontación entre las demandas de los grupos de acreedores y las contrademandas o expectativas de los deudores. Es cierto que la calidad de deudor y de acreedor son tan fácilmente intercambiables en cada nivel de la escala social josefina que ningún grupo puede ser identificado exclusivamente con las demandas de los deudores. También es cierto que los prestatarios de prestamistas profesionales (tal vez la única categoría netamente definida de deudores en San José) carecen de expectativas con respecto a términos y condiciones más

justas y por ello no les es posible formular demandas. No obstante, tampoco hay duda de que existe un resentimiento muy esparcido contra los numerosos acreedores que utilizan el derecho en forma abusiva.

En consecuencia, la Asamblea Legislativa debe afinar su sensibilidad y tomar en consideración la situación de alguien que, a falta de un término mejor, sería descrito como un "deudor responsable", es decir, un deudor que desea cumplir los términos verdaderos de su acuerdo sin sufrir, por ello los abusos del acreedor o un deudor deseoso de protección jurídica, pero no de parcialidad.¹⁸¹ En este sentido, es función esencial y privativa del derecho (incluyendo la del que rige el marco de promulgación de la ley crediticia) proveer las condiciones bajo las cuales se pueda llevar a cabo una determinación justa y comprensiva de lo que deben ser los derechos y obligaciones de las partes, especialmente a la luz de principios de equidad inherentes al uso de la institución crediticia en cuestión.¹⁸²

Por su parte, los tribunales están llamados a hacer un uso más cabal y efectivo de doctrinas equitativas como las que exigen la buena fe en la ejecución de las obligaciones contractuales o imponen el deber de abstenerse de abusar de un derecho, aunque haya sido válidamente adquirido, a la par que también están llamados a ser menos literales o estrictos en su interpretación de la ley.¹⁸³

¹⁸¹ Una instancia típica de la parcialidad del deudor referida en el texto parece encontrarse en la Moneylender's Act. (ley de prestamistas británica) que, de acuerdo con R.M. Goode, una autoridad británica en la materia:

1.1 Se aplica sin tomar en cuenta el tamaño del préstamo, el tipo de interés cobrado o la situación del prestatario. si 1c1 (una gran industria química británica) fuera a pedir dinero prestado de una pequeña compañía financiera que no tuviese licencia del banco de acuerdo con la ley bancaria y esta financiera le cobrase un 1% por encima del tipo bancario en vigor, la 1c1 tendría tanto derecho invocar la ley (Moneylender's Act) rechazando el pago del tipo de interés acordado como un ama de casa que por inexperiencia y necesidad hubiese acordado pagar un tipo de 80% por encima del tipo bancario sobre un préstamo de apenas 50 libras esterlinas...". Al respecto véase R. M. Goode. "The Legal Regulation of Lending", (La regulación jurídica del préstamo) en *Instalment Credit* (Crédito a plazos) Londres, A. L. Diamond, 1970, p. 57.

¹⁸² Los principios de equidad varían de acuerdo con las prácticas crediticias. Así, por ejemplo, respecto al crédito obtenido de empresas o instituciones con gran volumen de operaciones y por tanto con estereotipación contractual que resulta en un clausulado extenso y complejo, un principio de equidad (aceptado como derecho positivo en varios estados de la Federación norteamericana) es en el que existe una completa y clara explicación de los términos del préstamo al prestatario. de lo contrario se violaría la equidad que existe "no aprovecharse de la ignorancia". sin embargo, bien podría suceder que a pesar de la explicación se siga perpetrando una inequidad, ya que la necesidad del deudor es tal que, aun sabiendo cuán leonina es la transacción, no le queda más remedio que aceptar el clausulado. En tal situación cabría un principio equitativo como el enunciado en el artículo 17 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales de México según el cual quien se aprovecha del estado de necesidad queda sujeto a una acción rescisoria y a una reducción del monto de la obligación.

¹⁸³ No solamente se ha dado poco uso por los tribunales de Costa Rica a las doctrinas equitativas mencionadas en el texto, sino que hasta una disposición expresa del CP que castiga el cobro de tipos de interés exorbitantes no ha sido invocada por las partes o los tribunales. Véase *supra*, nota 133.

Finalmente, los maestros del derecho y la doctrina mercantil tendrán que abandonar su preocupación puramente conceptual por cuestiones tales como “cuál es la naturaleza jurídica del préstamo comercial o del civil”, o “qué constituye un préstamo regular y qué uno irregular”, o “cuál es el préstamo perfecto y cuál el imperfecto”, en favor de una orientación hacia los verdaderos problemas socioeconómicos y jurídicos implícitos en la actividad crediticia. De esta manera, la naturaleza jurídica del préstamo y su validez, regularidad o perfección serán estudiados a la luz de sus antecedentes y de sus consecuencias, o del verdadero acaecer jurídico y económico y no sólo de su simetría conceptual.¹⁸⁴

Se debe enfatizar que los ajustes y reenfoques anteriores por sí mismos no traerán como consecuencia un comportamiento diferente del deudor. Incluso habrá que correr el riesgo de que, por lo menos temporalmente, un trato más equitativo a los deudores resulte en un uso creciente de crédito antieconómico. Sin embargo, en conjunto con otros medios de acción social, como medidas educacionales, la equidad proveniente del sector jurídico contribuirá a una utilización más eficiente del crédito en Costa Rica.

5. LOS ELEMENTOS DE UNA TEORÍA DE DERECHO EN EL DESARROLLO ECONÓMICO

A. El contexto económico y el prototipo de un “hombre de desarrollo económico”

El comportamiento de las instituciones jurídicas descrito en los estudios anteriores tuvo lugar en el contexto de la actividad económica. El funcionamiento de las instituciones fue valorado de acuerdo con su contribución a ciertas metas económicas. Así, la conformidad con las demandas de los promotores de la industrialización fue analizada en términos de la estructura económica industrial resultante y no a la vista de otras consecuencias sociales posibles de la industrialización, tales como la redistribución del poder político o la movilidad social. De igual manera, el comportamiento de la sociedad anónima en relación con la distribución de las ganancias se examinó en términos del crecimiento y estabilidad del capital social o de la liquidez de títulos y evasión de impuestos y, no en sus implicaciones sobre las relaciones de grupo o familiares. Finalmente, el estudio de crédito al consumidor urbano se enfocó en la utilización

¹⁸⁴ Véase III Kozolchik y Torrealba, *op. cit.*, *supra*, nota 3, pp. 14 y ss, donde la determinación de la naturaleza jurídica del préstamo se discute en función de algunos de los problemas básicos del contrato en el medio costarricense y centroamericano.

ineficiente del crédito disponible y no en las implicaciones de la eliminación de un endeudamiento ampliamente esparcido.

Cualquier actividad que sea económica tiende a resultar institucionalizada de una manera predecible, dado que es influenciada universalmente por consideraciones de costos, ganancias y pérdidas. Una economía de mercado, en especial, tiende a producir el uso de instituciones jurídicas similares en diferentes naciones y culturas. Un debate legislativo sobre los méritos de un proyecto de ley de industrialización, una acción en una sociedad anónima con muchos accionistas o un título valor documentando, un préstamo, son respuestas jurídicas uniformes a actividades económicas que bien pueden estar ocurriendo en puntos opuestos del globo terráqueo. Sin embargo, como se ilustró en el estudio del crédito, el comportamiento económico fácilmente puede no ser nada más que un vehículo para implementar decisiones no económicas o antieconómicas.

Darse cuenta de las características de los varios contextos de actividad y en especial de aquellas que son predominantemente económicas, permite un empleo más efectivo del derecho. Por ejemplo, si se determina que la razón para que se usen con amplitud acciones al portador —una actividad económica indeseable en el proceso de la formación de capital corporativo— es evitar el pago de impuesto sobre sucesiones, el contexto económico del problema sugeriría su vulnerabilidad a las consideraciones de incentivos o contraincentivos del costo. Tanto los incentivos, tales como un trato fiscal favorable a los tenedores de acciones nominativas, como los contraincentivos, como multas o impuestos sobre las acciones al portador, tenderían a eliminar esta práctica. La elección entre incentivos y contraincentivos, cuyas implicaciones se discutirán más adelante, es dictada por varias consideraciones, entre las cuales está el nivel de efectividad del sistema jurídico en cuestión. En contraste, si el problema fuera cómo desalentar los préstamos y la creación de títulos de crédito provenientes del crédito al consumidor, una actividad cuyo contexto es en muchos casos no económico, sería necesario adoptar un enfoque diferente.

El comportamiento económico de las instituciones jurídicas no fue examinado en abstracto, sino en el contexto específico del desarrollo económico. Esto significó que el funcionamiento de las instituciones fue evaluado de acuerdo con lo que se presumía eran los objetivos más deseables económicamente para la nación costarricense, tal como la industrialización del tipo descrito en los objetivos de la LFI, la formación de capital corporativo contemplada por los redactores del C. de C. y la utilización eficiente de los recursos de crédito. Tal evaluación requería el uso de un cierto modelo de hombre económico, un prototipo cuyas actividades fueran acordes con las metas del desarrollo nacional. Un modelo franciscano de hombre bueno y amante de la pobreza es tan ajeno a las metas del desarrollo económico, como incongruente con las mismas es la visión de un hombre hobbesiano practicante del *homo homini lupus est*.

Y es que el prototipo deber ser no solamente un hombre económico sino también quien lleva a cabo una actividad de contenido “desarrollista”.¹⁸⁵

Por eso, la efectividad de la LFI fue evaluada en función de lo que ella hizo para atraer a un inversionista industrial que usara cantidades importantes de materias primas y trabajo costarricense en lugar de usar sólo dicha ley como un medio para establecer operaciones de alta ganancia a través de ensamblajes con muy pequeño valor agregado local. Igualmente, el derecho de formación de capital corporativo se evaluó con base en su estímulo a la actividad de los promotores de sociedades anónimas abiertas al público, y la ley de crédito al consumidor por su grado de protección a “acreedores equitativos” y a “deudores responsables”.

Estos patrones de conducta se hallan en vivo contraste con los que aceptaron el legislador, el administrador y el intérprete de la ley de Costa Rica. Podrá recordarse que, para quienes moldearon y administraron la LFI, el prototipo de inversionista industrial aceptable era quien no tenía que probar más que la rentabilidad de su propuesta con base en un nivel insignificante de utilización de materia prima nacional. De igual manera, los prototipos de socios fundadores de sociedades anónimas y de prestamistas eran los de comerciantes duchos en el uso de la simulación para evadir el pago de los impuestos o para poner en práctica métodos de cobro draconianos, como el apremio corporal.

Los sistemas jurídicos han usado tradicionalmente el concepto de un prototipo jurídico como la base expresa o tácita para medir la diligencia debida, forjando en torno a ella el lenguaje “obligacional” peculiar de la institución o rama del derecho en cuestión. Por ejemplo el término “culpa” en el derecho romano así como el término “negligencia” con el derecho angloamericano adquirieron su significado vinculatorio al contrastar la conducta social en cuestión el comportamiento ideal de un “buen padre de familia” o de un “hombre prudente y razonable”. Por otra parte, el legislador o juez ha tenido que concretar la vaguedad de tales patrones refiriéndolos a modelos de conducta más identificables. De esta forma el derecho romano clásico fijó el grado de resistencia a la fuerza o coacción ejercida por una de las partes en la contratación refiriendo la tolerancia requerida al modelo estoico de un hombre “constante” (el hombre “de hierro” al que se refirió el derecho anglosajón más tarde) cuya voluntad sólo llegaba a doblegarse ante una presión física muy

¹⁸⁵ Compárese, por ejemplo, la actividad económica de un comerciante que se enfrenta a sus negocios con una actitud de que “el ganador lo debe ganar todo y el perdedor no debe ganar nada” predicando sus ganancias sobre las pérdidas sufridas por la otra parte, con la de un comerciante que contempla el mismo negocio como una fuente de ganancia tanto para sí mismo como para la otra parte del contrato. De los dos, este último comportamiento es el más compatible con lo que se espera del prototipo de desarrollo económico. Véase *supra*, nota 179 respecto a la posible relación entre la “picardía” comercial y la simulación jurídica. Véase también, Kozolchik, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 52, notas 46 y 35 y 58.

severa y quien, por ello, sólo tenía derecho a la rescisión por violencia o coerción en casos muy excepcionales de presión.¹⁸⁶

Tal prototipo tuvo que ser descartado con el advenimiento de la economía de mercado industrializado, ya que este mercado dependía cada vez más del poder de consumo de un número creciente de consumidores. Sin un mínimo de protección a los débiles desde el punto de vista contractual el mercado no podría crecer y prosperar ya que, de exceder la presión y la explotación determinado punto, los compradores simplemente dejarían de serlo al perder su poder de adquisición. La percepción de este fenómeno en naciones industrializadas ha sido la fuerza motriz en la elaboración de un lenguaje obligacional protector de un prototipo mucho más débil que el del "hombre constante" del derecho romano. Este prototipo proveniente de la clase media y con diligencia e inteligencia igualmente medianas cuenta aún con muy poca protección en el derecho costarricense de sociedades anónimas y de operaciones de crédito. Es en relación con este prototipo con quien deberán elaborarse las fórmulas correspondientes al abuso del derecho y a la buena fe contractual en materia mercantil. *Mutatis mutandi* términos tales como "valor agregado" sólo adquirirán significado en el derecho de la industrialización en Costa Rica cuando se relacionen con la diligencia correspondiente a un inversionista verdaderamente consciente de su responsabilidad social y de su deber de reciprocidad con el país por los beneficios conferidos por la Ley de Fomento Industrial.

Es indudable que algunas de las características del hombre de desarrollo económico serán influenciadas por rasgos nacionales o culturales subyacentes a los diversos sistemas jurídicos. Por lo tanto, diversos sistemas jurídicos bien pueden exigirle a un empresario que sea más "agresivo" o "diligente" en el país A que en el país B. Pero, como lo demuestran los estudios anteriores, el desarrollo económico de Costa Rica no sólo presupone la exigencia de un mínimo de diligencia de su hombre de desarrollo económico, sino que además de exigirle la realización de actividades encaminadas a maximizar racionalmen-

¹⁸⁶ R. Pothier, en su *Tratado de las obligaciones*, Londres, 1802, p. 21, resume la regla en cuanto a la violencia contractual de la siguiente forma: "La violencia que vicia un contrato por falta de libertad de contratación, de acuerdo al derecho romano, debe ser lo suficientemente fuerte como para compeler a un hombre firme; *metus nonis vani hominis, sed qui in homine constantissimo cadat*". Al respecto véase también la traducción del *Digesto Justiniano del Munro*, vol. II, 1909, p. 204 y Salkowski, *Roman, Private Law*, p. 90, 1889. En su magistral monografía *El espíritu del derecho romano*, von Jhering concluye que el derecho de propiedad romano en sus premicias estuvo muy influido por el modelo de comportamiento característico del legionario romano, un hombre cuya forma de adquisición de bienes más usual y preferida lo era por medio de sus manos y sus armas, de ahí la importancia jurídica de la voz *capere* en el derecho romano. Para un muy agudo estudio del desenvolvimiento de los patrones de medición de la resistencia a la coacción precontractual en el derecho relativo a los vicios de la voluntad, véase J. P. Dawson, "Economic Duress and Essay in Perspective", 15 en *Mich. Law Review*, pp. 255, 264, 1964.

te las ganancias de su empresa,¹⁸⁷ le impone el deber de actuar equitativamente y con un mínimo de autolimitación en el ejercicio de sus derechos. Este requerimiento será discutido en las secciones siguientes.

B. La función indispensable del sistema jurídico

En sociedades en vías de desarrollo como Costa Rica, el sistema jurídico a menudo debe crear instituciones virtualmente de la nada, como pasó con la LFI, o debe asumir la tarea corriente en las sociedades desarrolladas de sancionar u oficializar ciertas prácticas sociales tornando la experiencia transaccional en reglas imperativas. En ambos casos, la principal función del sistema jurídico en el desarrollo económico es la de inspirar confianza en sus instituciones. Esta tarea es mucho más ardua en sociedades primitivas debido a la naturaleza abstracta de los instrumentos jurídicos, lo que requiere que se dedique un gran esfuerzo a lograr aun los más elementales niveles de confianza en los mismos.

Es indudable que en las sociedades primitivas, donde el dinero no es un denominador común de valor y donde los metales preciosos o los productos alimenticios se usan como el patrón único para el establecimiento de los precios, la introducción de instrumentos sin valor aparente o intrínseco como los títulos de crédito necesitará el otorgamiento de una enorme cantidad de confianza por parte de un tomador a base de contravalor. En sociedades más avanzadas, como Costa Rica, la confianza que una institución jurídica debe inspirar para cumplir una tarea de desarrollo económico no se funda en la naturaleza aparente o intrínsecamente valiosa del instrumento legal sino sobre dos rasgos abstractos de la ley: su eficiencia y su equidad. La eficiencia presupone la predecibilidad y puede definirse como la capacidad de una institución para dar lo que se espera de ella en la forma menos costosa. También presupone conformidad con las

¹⁸⁷ Para una discusión interesante respecto a los estándares mínimos de diligencia requeridos en las actividades de ahorro e inversión en un proceso de desarrollo, véase Lambert, "The Social and Psychological Determinants of Savings and Investments in Developing Societies", en Hoselitz y Moore (comps.), *Industrialization and Society*, pp. 116-130, 1968 especialmente en la p. 120 donde se analiza críticamente el punto de vista atribuido a Max Weber que las filosofías religiosas orientales constituyen un obstáculo al desarrollo económico o a la maximación racional de ganancias. El estándar mínimo de diligencia, como será evidente en la sección subsecuente, también está relacionado orgánicamente con la equidad reinante en la relación jurídica en cuestión. También es cierto que el prototipo de un acreedor equitativo, por ejemplo, ha sufrido un cambio sustancial desde su primera formulación comprensiva por el derecho romano clásico. En el campo de coacción, en la formación de los contratos, por ejemplo, el estándar de derecho romano de "firmeza ordinaria" (mencionado en la nota anterior) que requería que la coacción ejercida por un acreedor superase al formidable "hombre constante", antes de que se declarara la rescisión, fue reemplazado gradualmente en las jurisdicciones del *Common Law* por doctrinas de equidad destinadas a proteger un mercado viable. El proceso está claramente ilustrado por J. P. Dawson, *op. cit.*, nota 185, pp. 253, 255, 254 y ss.

demandas, aspiraciones, expectativas y propensiones, puesto que éstas son las precondiciones de la efectividad de una institución.

La equidad, como se dijo anteriormente,¹⁸⁸ no se puede reducir a términos aritméticos o proporcionales fijos. Existen, sin embargo, principios básicos de equidad que se reflejan en la aceptación expresa o tácita por parte de los diversos sujetos de derechos en los respectivos sistemas jurídicos de ciertas instituciones “guías”.¹⁸⁹ Por ejemplo, en un debate legislativo en torno a legislación económica fundamental, tal como la LFI es un principio mínimo de equidad, permitir a aquellos grupos o individuos representativos de los diversos intereses en juego en la promulgación expresar sus demandas y razones en una forma verdaderamente significativa o de “elaboración conflictiva”. El mero hecho de que los participantes en un sistema jurídico (como legisladores o súbditos de la ley) recurran a la institución del debate legislativo presupone su adherencia a un principio de equidad que requiere, como mínimo, que los diversos puntos de vista sean oídos. Como también está implícito en un sistema jurídico cuyos participantes distinguen entre un contrato de venta o préstamo hecho de buena fe, por un lado, y una estafa, por el otro, que la unilateralidad en el cumplimiento de obligaciones, a todas luces bilaterales, es poco equitativa. No se puede ignorar el hecho de que los participantes escojan denominar “contrato” a su relación, al evaluar la equidad de esa relación. Así, si los derechos de una parte parecen no ser proporcionados a sus deberes y si esta parte puede llegar a obtener legalmente más de lo que la otra parte convino en dar, la equidad requiere un mínimo de autolimitación.¹⁹⁰

Diferentes percepciones sobre quién tiene derecho a un trato privilegiado o a una mayor porción de los recursos disponibles son inevitables en el desarrollo económico puesto que ellas están implícitas desde el momento en que el sistema jurídico desea fomentar o estimular determinada actividad

¹⁸⁸ Véase *supra*, sección IV, E.

¹⁸⁹ El término aceptación se usa en el texto en su más amplio sentido contractual o sea, una promesa, un acto o una combinación de ambos que dan muestras de la intención del participante-destinatario de la norma de ser regido por la regla, definición o principio de interpretación jurídica en cuestión.

¹⁹⁰ J. Rawls, en su artículo “Justice as Fairness”, *The Philosophical Review*, 67, pp. 164-181, 1950, da un concepto más amplio de la equidad. Este autor se opone al concepto utilitario de la justicia como una alocación estatal o jerárquica de derechos, deberes y cargas basados en la satisfacción de deseos. Su punto de vista es que la justicia surge de una relación recíproca y conflictiva de todos los miembros del conjunto social, que, como equidad, necesita que los beneficios de la relación sean equivalentes a las cargas y consecuentemente que haya un mínimo de autorrestricción en su disfrute. Este punto de vista provee una base filosófica no sólo para las doctrinas de equidad relativas a la buena fe y a la protección contra el abuso de derechos, sino también para una doctrina de bilateralidad estricta en la negociación y el intercambio de bienes y servicios: “Una práctica es justa o equitativa, entonces, cuando satisface los principios que aquellos que participan en ella podrían proponerse el uno al otro para aceptación mutua bajo las circunstancias antes dichas... (cuando ninguno siente que por participar en la actividad, se le toma ventaja a ellos o a algún otro o se les fuerza a ceder en reclamos que no consideran legítimos)” *Supra* notas 134, 185.

económica. Sin embargo, las nuevas percepciones deben ser susceptibles de justificación sobre la base de que pueden llegar a producir un beneficio para todos y no sólo para el beneficio de la ley y la regla; de lo contrario violarían el principio de igualdad de tratamiento para los iguales sobre el cual descansan tantos otros principios de equidad. Podría también producirse un conflicto entre las funciones de eficiencia y de equidad cuando el sistema jurídico tiene que escoger entre ser predecible y ser equitativo. En tal situación debe observarse en primer término que el conflicto puede en gran parte resultar sólo aparente ya que hay un alto grado de equidad en la función de asegurar la predecibilidad de una regla (al proteger la buena fe en el planeamiento de la adquisición de derechos) al igual que hay mucho de predecible en una regla equitativa porque refleja los sentimientos o principios éticos en vigor en la comunidad en cuestión.

Cuando estos principios han sido violados, como es evidente en el estudio de los métodos de cobro del crédito, la reacción de las víctimas de la inequidad conduce a una inseguridad renovada y hacia mayores gastos. Aún más importante es que si la reacción no se hubiera producido eventualmente, un mayor número de deudores hubieran sido excluidos del mercado crediticio. Teóricamente es concebible que a medida que los recursos de los acreedores anulan los derechos del deudor, la inequidad del sistema jurídico podría terminar destruyendo el mecanismo básico del mercado, al destruir el potencial de pago y con ello la demanda de crédito. La inequidad, por lo tanto, tiende a distorsionar o a destruir el mecanismo del mercado. Sobre esta base, es obvio que si se tiene que elegir entre certeza y equidad la elección debe ser a favor de la solución equitativa, ya que de todas las funciones jurídicas la de impartir equidad es la que tiene la dimensión económica preponderante.¹⁹¹

¹⁹¹ Steiner, "Legal Education in Brazil", 18 *American Journal of Comparative Law* 39, 1971 pp. en 46-49. lleva a cabo una descripción general de "las funciones de desarrollo del sistema jurídico en relación a la economía del mercado", y en la p. 50 manifiesta que la descripción de las funciones de desarrollo "...podrían aplicarse a un país con un gobierno democrático o a una dictadura militar, a una sociedad que ponga énfasis en lograr un rápido crecimiento, a cualquier costo o dando prioridad a la redistribución de los ingresos". (Trad. del autor, énfasis agregado) Steiner no ofrece, sin embargo, ninguna fundamentación que apoye tamaña afirmación. De antemano es necesario rechazar como inválido cualquier concepto del desarrollo que sólo implique un crecimiento rápido pero no duradero. Y si se quiere obtener un crecimiento duradero, como se demuestra en el texto de este artículo, es muy posible que la equidad se interponga en el camino del "crecimiento rápido a cualquier costo". De hecho, el mismo autor admite el papel de la equidad, en la p. 49 de su artículo cuando afirma: "...las demandas crecerán para obtener acceso apropiado a las instituciones jurídicas y para lograr el respeto a los derechos subjetivos por la eficiencia y la neutralidad en la adjudicación..."

La premisa de que el desarrollo económico puede llevarse a cabo mejor con un modelo de sistema jurídico que se caracterice fundamentalmente por su predictibilidad o bien se acepta sin discusión o, si no, se discute en forma ambigua. Max Weber, por ejemplo, contrasta un modelo "racional legal" de sistema jurídico con otro denominado "sustantivamente racional". En el primer modelo, "los hechos relevantes desde un punto de vista jurídico se determinan en un proceso de interpretación lógica del

C. Principios económicos sobre la efectividad jurídica

a) Escasez, efectividad jurídica y simulación

Dos principios económicos pueden ser útiles en el análisis de cómo mejorar la eficiencia de las instituciones jurídicas: el principio de la escasez de recursos y el principios del costo marginal.

El principio de escasez propone que la energía disponible para la regulación social en cualquier momento dado es limitada.¹⁹² Esta limitación no atañe sólo a los recursos económicos sino también a los jurídicos. Como lo expresara apropiadamente el profesor Llewellyn, "el adoptar una política determinada significa sacrificar otra".¹⁹³ Así, exonerar la importación de un grupo grande de materias primas para fomentar la industrialización de Costa Rica no solamente implicaba el sacrificio económico de una cierta clase de ingreso fiscal sino

significado de los términos, y como conceptos jurídicos de contenido ya fijo se convierten en reglas de conducta por medio de un proceso estrictamente abstracto". O sea, de acuerdo con Weber, los patrones que determinan el hallazgo normativo en su primer modelo de sistema están libres de consideraciones "no jurídicas" tales como principios religiosos, éticos o políticos. En el sistema "sustantivamente racional" los patrones de hallazgos y adjudicación están influidos profundamente por principios éticos, políticos y religiosos. Véase Max Weber, *On Law in Economy and Society*, p. LVIII, Harvard, 1966. Como bien apunta el profesor Max Rheinstein de la Universidad de Chicago, existen suficientes indicios para concluir que Weber. "En algún momento de su reflexión pensara que existía una relación peculiar entre el modelo de sistema basado en la lógica formal racional y la racionalidad que caracteriza al capitalismo moderno. Pero la propia obra de Weber demuestra que "de existir una conexión, ésta no es de correlación absoluta..." Max Weber, *op. cit. supra*, p. LVIII. De mayor significación aún en el enfoque weberiano es el que este insigne sociólogo aparentemente no se percató de la existencia de un sustrato de equidad común a todos los sistemas jurídicos del mundo occidental industrializado. Ello, a pesar de que también el propio Weber había llamado la atención hacia la presencia de una cierta ética mercantil peculiar a los últimos años de la República y primeros del Imperio Romano (cuyo sistema jurídico ha sido un antecedente común a los países de derecho civil y del *common law*). Al contrastar el derecho europeo continental con el *common law* Weber concluye que "...ciertamente podemos afirmar que los sistemas jurídicos bajo los cuales el capitalismo ha estado prosperando se distinguen profundamente el uno del otro, aun en sus principios capitales de estructura formal..." (*op. cit.*, p. 316). A la par que respecto al derecho romano Weber afirma que "El derecho romano de las postrimerías de la República y principios del Imperio había logrado desarrollar una ética orientada hacia la conducta que prevalece en forma promedio. Este patrón significa naturalmente que sólo un grupo pequeño de prácticas manifiestamente corruptas o fraudulentas se aislaron como ilícitas, y el derecho no se aventuraria más allá de lo que se estableció como el *minimum* ético..." (*op. cit.*, p. 308). No caben dudas, en vista de la importancia del tema, tal y como se pone de relieve en los tres estudios resumidos y evaluados en este artículo y además en vista de la enorme confusión y ambigüedad existente en la doctrina desarrollista, que sería de inmensa utilidad contar con estudios detallados de proceder equitativo de diversos sistemas jurídicos respecto a un mismo tipo de adjudicación y problemática.

¹⁹² Véase Llewellyn, "The Effect: of Legal Institutions Upon Economics", 15 *American Economic Review* 665, p. 666, 1925, donde este autor cita "Commons, Law and Economics", 34 *Yale Law Review*, 371, 1924-1925.

¹⁹³ *Idem*.

también comprometía el arancel aduanero a realizar una función determinada e incompatible con otras funciones dentro de un esquema de desarrollo distinto.

De igual forma, la decisión de recurrir a una garantía personal con preferencia a las de tipo prendario en transacciones de crédito en Costa Rica (una preferencia evidente en el derecho consuetudinario y en el legislativo) trajo consigo un deterioro gradual de este último. Mientras más uso se haga del embargo de salario y de la amenaza de prisión por deudas, menos atención se presta al funcionamiento idóneo del Registro de Prendas por las partes interesadas, incluyendo al legislador y a los tribunales. Y aunque la Asamblea Legislativa ponga en efecto un sistema muy mejorado de registro y certificación, éste se puede deteriorar en un periodo muy corto si sus problemas permanecen sin detectar y sin corregir en la práctica comercial y jurídica. Al contrario, si el tipo de garantía prendaria se usara ampliamente, esto significaría la atrofia y el sacrificio del tipo de garantía personal como vehículo jurídico efectivo. En tanto las soluciones alternativas sean más antitéticas, la elección se hace obviamente más excluyente. Así, cuando la ley opta por la solución de encarcelar a los deudores, los recursos jurídicos se concentran en una tarea contraria a su rehabilitación con base en una mayor productividad y ahorro.

Claramente, donde el sistema jurídico está llamado a crear múltiples instituciones, una tarea que a menudo presenta la necesidad de tener que escoger entre diversas alternativas y donde los recursos materiales y humanos son muy limitados, como ocurre en casi todas las naciones en vías de desarrollo, el principio de escasez es bien operante. Por eso si las instituciones jurídicas destinadas a un propósito dado en un país como Costa Rica no lo pueden llevar a cabo, esto puede tener consecuencias económicas más importantes para ese país que para un país como Estados Unidos. También es mucho más significativo para la economía de Costa Rica que los recursos destinados a ciertas instituciones sean desperdiciados como resultado del desuso o de su reemplazo por instituciones extraoficiales con un propósito muy diferente.

El desperdicio más costoso de todos es el que trae consigo la simulación. Un sistema jurídico en que la simulación sea una práctica generalizada es, en efecto, incapaz de inducir cambios en el comportamiento económico de sus miembros, excepto por medio del uso de incentivos económicos. Los contraincentivos en la forma de multas, castigos o una simple declaración de nulidad del comportamiento indeseable pierden su razón de ser con el triunfo de la evasión a través de la simulación. El sistema jurídico pierde su coercibilidad económica y su efectividad depende enteramente del uso de costosos obsequios al destinatario de la norma jurídica.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Finalmente los economistas han comenzado a percibir la suntuosidad de la simulación jurídica en términos generales del desarrollo y su ineficiencia en términos más específicos. Gunnar Myrdal encuentra que en India "por lo general, la necesidad de más disciplina se evita sistemáticamente en la discusión pública... Se recurre en su lugar a incentivos de varias clases: exhortaciones, educación, entrenamiento y subsidios...". Y afirma: "Una causa esencial de la ineffectividad de estos programas,

b) El principio de costo marginal y la elección institucional

Dada la importancia de la elección correcta entre instituciones jurídicas conflictivas y alternativas para producir el desarrollo económico, es necesario sujetar el proceso de evaluación de la eficiencia a patrones muy estrictos y, si es posible, cuantificables. Aquí es donde el principio del costo marginal ayuda a la elección al enfocar los efectos beneficiosos de costo del último incremento o unidad de medida del comportamiento jurídico. Por ejemplo, supongamos que el objetivo deseado es alentar la actividad de intermediarios del crédito que descuenten y negocien las facturas y los certificados de prenda provenientes del comercio al por menor. Supongamos también que las estadísticas sobre la operación del Registro de Prendas muestran que ha habido un descenso en los endosos de prendas en los últimos años que corresponde a un retraso en el tiempo necesario para registrar los documentos y hacer constar su existencia en las tarjetas del índice de deudores. Con el fin de determinar cómo fomentar los endosos será muy útil saber hasta qué punto cada incremento de velocidad en los procesos de 1) utilizar la inscripción de un escueto resumen del contrato de prenda, o 2) utilizar el sistema tradicional de inscribir el contrato completo de prenda, tenderá a reflejarse en el volumen de endosos. Así, el análisis marginal ayudará a escoger entre un sistema de registro resumido o un sistema basado en la transcripción. Igualmente, puede ayudar a establecer el punto en el cual un incentivo tributario "X" puede sobrepasar el beneficio de una evasión del impuesto "Y" y por lo tanto inducir al uso por las sociedades anónimas de acciones nominativas en vez de las acciones al portador.

es que no han sido complementados por medio de la construcción de un sistema de obligaciones extensivo a toda la comunidad...". Myrdal concluye que "...las condiciones políticas y sociales en estos países subdesarrollados bloquean la promulgación de reglas que impongan más obligaciones; aún cuando se decretan leyes, no se observan y no es fácil ejecutarlas. Esto es, en última instancia, lo que se quiere decir con el término "el estado suave". Gunnar Myrdal, "The Soft State in Underdeveloped Countries", *Revista de Derecho la UCLA*, 15, 1118, 1968, pp. 1124-1126. La ineficiencia de la simulación en términos específicos es ilustrada por el economista brasileño Simonsen, quien en su obra describe cómo la evasión de las leyes de usura y de cláusula de pago en oro decretada en los treinta no surtió el propósito que los economistas esperaban (en lugar de abrogar estas leyes, el gobierno del Brasil escogió permitir su evasión, una práctica descrita en *supra* nota 179). Las esperanzas eran que la simulación permitiera que los tipos de interés cobrados por los bancos alcanzaran a la tasa de inflación. Sin embargo, a pesar de la simulación, los tipos de interés eran, al menos hasta 1964, más bajos que la tasa de inflación. Simonsen saca en conclusión "que las distorsiones que afectaron el sistema bancario no resultaron de esta adaptación en sí misma, sino del hecho de que era un proceso unilateral: los tipos de interés sobre préstamos aumentaron mucho, pero los tipos de interés sobre depósitos permanecieron atados a los límites tradicionales". Simonsen, "The Problems of Interest Rates in Brazil", *Brazilian Business*, 48, 26, 1968. Lo que observa Simonsen como un proceso "unilateral" es el producto de lo que se describió en este artículo como el dualismo de las instituciones jurídicas (oficiales y extraoficiales). Véase *supra*, sección IV. E. 2. Para un estudio anterior que describe la contribución de la simulación a la "suavidad" del sistema jurídico, lo mismo que a su ineficiencia inherente, véase Kozolchik, *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 11-13, 27-28, 33-35 y 39.

El análisis marginal ayuda no sólo a la elección entre las instituciones sino también a determinar los mejores métodos para que ellas alcancen el nivel deseado de legitimación. Como se sugirió en las discusiones precedentes sobre la función del derecho en el desarrollo económico, la confianza engendrada por una institución jurídica requiere una cantidad mucho más grande de legitimación por su usuario potencial en las primeras etapas de su utilización. Por ejemplo, para inducir confianza sobre la adquisición de acciones de una sociedad anónima, el sistema jurídico, primero que todo, debe satisfacer las expectativas de seguridad y liquidez que tengan los inversionistas potenciales y los prestamistas. Así, en un país como Costa Rica, la determinación legal de viabilidad de la estructura del capital de una compañía formada por suscripción pública debe hacerse no solamente a la luz de las metas comerciales de la compañías, sino también con vista a proveer los fondos mínimos que aseguren la base necesaria para un fondo que cubra el ejercicio regulado de los derechos de retiro por los accionistas. Eventualmente, esta determinación debería ayudar a establecer lo que se puede describir como el punto de mínima liquidez viable de las acciones de una sociedad anónima abierta al público. Es decir, el punto en el cual la presencia de un mínimo de capital social efectivo, ganancias y fondos de reserva puede inducir la confianza suficiente para la adquisición de acciones por parte del público inversionista o de los intermediarios.¹⁹⁵ Esta determinación reemplazaría técnicas legislativas puramente intuitivas o desprovistas de análisis de costos y sus consecuencias y que, por ello, con frecuencia resultan en reglas de capitalización caprichosas y, por ende, inconsecuentes o contraproductivas.

D. Estrategias jurídicas del desarrollo

Habiendo examinado los elementos o conceptos sustantivos de la teoría respecto a la función del derecho en el desarrollo económico, es necesario ahora ocuparse de las consideraciones procesales o de las estrategias para hacer mejor uso de los mecanismos de creación de normas tales como el derecho legislativo, jurisprudencial y consuetudinario.

Un cuadro sistemático de las diversas estrategias jurídicas, de sus jerarquías y prioridades funcionales está más allá de lo estudiado en el Proyecto de Reforma Jurídica. Estos estudios se dedicaron primordialmente a la descripción

¹⁹⁵ Lo que se puede describir como el punto de mínima liquidez viable de los títulos de propiedad en Costa Rica fue establecido en uno de los proyectos que sucedieron al Proyecto de Reforma Jurídica. En este proyecto se estudiaron varias formas de tenencias sobre la tierra en relación con las muchas variables económicas (inversión, crédito y productividad) y factores jurídicos tales como la validez del título inscrito y no inscrito. Véase O. Salas, C. F. Knight, y Saenz, C. *Titulación de propiedad en Costa Rica. Una investigación legal y económica*, Costa Rica, USAID, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970, pp. 61 y ss.

y evaluación del funcionamiento de instituciones jurídicas y sólo subsidiariamente, a las sugerencias para su mejor utilización, reforma y reemplazo.¹⁹⁶ Sin embargo, los estudios resumidos y evaluados antes permiten esbozar algunas sugerencias respecto a cómo mejorar el funcionamiento de mecanismos existentes y cómo escoger el mecanismo más apropiado para lograr los resultados deseados en las diversas actividades descritas.

Una de las necesidades más claramente experimentadas por los mecanismos legislativos, administrativos y judiciales en Costa Rica es la de acceso a información socioeconómica fidedigna. En la evaluación de estos estudios hemos visto que la efectividad de la ley depende en alto grado de que ella esté conforme con las demandas, expectativas y aspiraciones sociales, y de que utilice de manera adecuada aquellas propensiones que fomenten una mayor obediencia. Se vio también cómo el proceso de elección de normas es mucho más eficiente y equitativo cuando es el producto de la pugna constructiva entre tesis conflictivas (proceso que se denominó de elaboración conflictiva). Sin embargo, como también demuestran los estudios, la pugna conflictiva entre demandas de acción jurídica no puede llegar a efectuarse si las aspiraciones no se han transformado en expectativas. Esta transformación requiere que se tenga disponible enseguida información sobre la conducta propuesta no solamente para ser considerada por los que están llamados a tomar las decisiones sino también por el público en general y en especial por los grupos que posiblemente sean afectados de forma más directa por la decisión.¹⁹⁷

La necesidad de acceso a información socioeconómica fidedigna se pone en evidencia no sólo en los procesos legislativos y administrativos sino también en el proceso judicial, como lo ejemplifican los antecedentes de una decisión reciente de un tribunal de primera instancia costarricense restringiendo el ámbito del apremio corporal prendario.¹⁹⁸ Al comienzo del Proyecto de Refor-

¹⁹⁶ Se prepararon dos proyectos para suceder al Proyecto de Reforma Jurídica; el Proyecto de Derecho Agrario y Titulación de Tierras, algunos de cuyos rasgos fueron descritos, y el Proyecto de Investigación y Centro de Referencia Legislativa que trataba de dar a los legisladores costarricenses y al público interesado.

1. Información al día sobre el derecho en vigencia.

2. Acceso a información fidedigna legal y socioeconómica sobre asuntos legislativos. Los dos proyectos están ahora en pleno desarrollo y su panorama es prometedor. De igual manera se ha comenzado con la ayuda de la Corte Suprema de Justicia) un excelente Programa de Digesto Judicial.

¹⁹⁷ *Idem*.

¹⁹⁸ Véase Juzgado Civil de Liberia, sentencia de las dieciséis horas del 6 de enero de 1969 que rechaza un pedimento de embargo contra bienes muebles que ya no están en posesión del deudor. Este escrito es un prerequisite para dictar la resolución de desacato a la autoridad del tribunal y, por ende, del apremio corporal. Pero *Cf.* Resolución núm. 149 del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo del 21 de marzo de 1969. El artículo 537 del C. de C. se refiere al deudor prendario como simple depositario y no como un depositario judicial, una de las categorías de deudores que podría, de acuerdo con los artículos 39 de la Constitución y 1001 (1) del cc ser objeto del apremio corporal. Véase *supra*, nota 179.

ma Jurídica en 1967, un magistrado de la Corte Suprema costarricense manifestó al que escribe en una conversación informal que él consideraba el apremio corporal prendario inconstitucional debido a que éste carecía de una base legislativa adecuada.¹⁹⁹ Agregó, sin embargo, que si el apremio corporal prendario fuera declarado inconstitucional toda la estructura crediticia del país se vendría al suelo dado el papel esencial de este tipo de garantía. Como una ilustración de la importancia de la institución, el magistrado se refirió a estadísticas que le había sido proporcionado un oficial de la Penitenciaría Central, de acuerdo con las cuales 70% de todos los presos encarcelados por un periodo de hasta dos años eran deudores prendarios. Al completar el estudio del apremio corporal prendario se le informó al magistrado que los resultados obtenidos indicaban no sólo que la cifra que le habían proporcionado era exagerada respecto al número real de prisioneros sino también que en la práctica la amenaza del encarcelamiento había sido desvirtuada por tácticas evasivas de los deudores en conjunción con la actitud tolerante (cuando no cooperativa) de los agentes de la autoridad. Era obvio que el apremio corporal no constituía, como se había pensado, “la espina dorsal del aseguramiento del cobro del crédito al consumidor” en San José. No transecurrió mucho tiempo antes de que un tribunal de primera instancia adoptase una interpretación congruente con tal punto de vista y por tanto más equitativa respecto a los derechos del deudor.²⁰⁰

a) Elección entre mecanismos creadores del derecho

Lo sucedido respecto al apremio corporal prendario ilustra la importancia de escoger un mecanismo normativo apropiado. Si la estrategia elegida hubiera sido la derogación expresa de la ley, es muy posible que los efectos económicos del proceso derogatorio fueran más costosos debido a la mayor perturbación de la certeza preexistente. Los partidarios del apremio corporal prendario hubieran tratado de presentar un cuadro muy alarmante de los riesgos a que quedarían expuestos los acreedores, creando así una incertidumbre inmediata

¹⁹⁹ *Idem.*

²⁰⁰ Como resultado de estas resoluciones, la Cámara Nacional de Compañías Financieras trató de lograr una reforma a las disposiciones sobre apremio corporal prendario que supliera una base legal congruente con los requisitos constitucionales. El intento, sin embargo, fracasó como resultado del conocimiento por la Asamblea Legislativa de los hechos y consecuencias del encarcelamiento del deudor. De acuerdo con *La Nación* del 11 de septiembre de 1969, p. 18, el diputado Azofeifa Solís afirmó: Las prendas debían hacerse más efectivas especialmente si los pagarés se usan cada vez menos... “Las prendas son muy necesarias en los ramos de la agricultura y el engorde de ganado... y [primordialmente] es el sistema bancario nacional el que está más interesado en retener la posibilidad del apremio corporal. [Así] es muy importante que el asunto [de debilitar la prenda] se estudie más cuidadosamente”.

El diputado Villanueva Badilla, sin embargo, también se refirió a la opinión del diputado Volio Jiménez, en cuanto a que la ley propuesta favorecería fundamentalmente a los más viles prestamistas, dándoles el poder de encarcelar a sus deudores.

e imponiéndole una difícil prueba a los partidarios de la derogación. Estos últimos tendrían que demostrar que el crédito no resultaría más caro ni menos accesible a causa de la derogación sin poder basar su contraargumentación en la experiencia, por ser ésta inexistente en cuanto que no podría saberse en aquél momento con certeza cuáles serían las reacciones de acreedores y deudores tras la derogación.

Es más, los incipientes indicios de incertidumbre y la elevación de costos resultantes bien podrían ser una creación artificial de los partidarios del apremio. Obviamente, la estrategia de la decisión judicial no fue escogida en el sentido de que ella no constituyó el producto de una decisión jerárquica por parte de un organismo planificador. Fue elegida, sin embargo, en el sentido de que un tribunal asumió la responsabilidad de crear una norma, así fuese de carácter individual, cuando bien pudo haberla eludido con sólo adherirse a interpretaciones anteriores del C. de C. o con haber sugerido que el remedio a la inequidad operante, de haber lugar al mismo, le correspondía al Poder Legislativo y no al Judicial.

El conocimiento de la disponibilidad de elección y de las limitaciones inherentes a los diversos mecanismos es, por lo tanto, muy importante para una estrategia exitosa.

Desafortunadamente, ésta es un área del acacer jurídicó que permanece prácticamente desconocida y donde por tanto la investigación está aún por hacerse. No obstante, la información obtenida en los tres estudios anteriores permite hacer algunas sugerencias sobre las limitaciones inherentes al uso de determinado tipo de legislación y concretamente respecto a la codificación, y también en lo referente al papel del derecho consuetudinario y de las llamadas características nacionales en el proceso de formación de normas jurídicas.

b) El uso de la codificación

Uno de los principales redactores de la LFI sostenía la firme creencia de que Costa Rica se había convertido en "un país industrial" desde el momento de la promulgación de esta ley. Indudablemente para este legislador la ley estaba dotada del enorme poder de transformar la realidad circundante por el mero hecho de su promulgación.²⁰¹ Esta visión no es sólo característica de legisladores legos sino que también la comparten por muchos de los codificadores hispanoamericanos y es la causa principal de la constante derogación y promulgación de códigos en Centro y Sur América. Así las codificaciones y recodifi-

²⁰¹ Este fenómeno fue descrito en Kozolchyk, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 31, como la "falacia de la realización"; un estado de satisfacción que sienten el Poder Legislativo y el Ejecutivo una vez que el propósito inmediato y aparente de una ley se formula en su promulgación.

caciones son vistas como mecanismos esenciales para efectuar transformaciones casi inmediatas y con ellas el desarrollo económico y social.

Hay varias razones de peso en contra del frecuente uso del mecanismo codificador. En primer lugar, dada la magnitud del campo normativo, para redactar códigos verdaderamente equitativos y eficientes es necesario contar con enormes recursos materiales y humanos. En consecuencia, el talento disponible que pudo haberse utilizado para mejorar o modernizar conceptos o reglas dentro de un área muy necesitada de reforma se diluye al tener que abocarse de manera mucho más superficial a la revisión total de una rama del derecho y a menudo independientemente de la necesidad efectiva de su revisión. La codificación casi por definición se convierte en una labor de torre de marfil, en la que el trabajo de redacción a menudo consiste en copiar modelos extranjeros.

No es que la importación de una institución extranjera sea objetable por sí. Como se vio en la discusión del contexto económico del comportamiento jurídico, algunas actividades, como las transacciones de crédito, tienen características de comportamiento universales. Pero generalmente, aun cuando existe una justificación económica evidente tiene que transcurrir una generación antes de que un instrumento de crédito o un concepto relativo al mismo sean suficientemente usados y entendidos por los comerciantes, los abogados y por los tribunales. Y de hecho, en algunos casos, como el de la letra de cambio en Costa Rica, aún varias generaciones después de su primera regulación, el contenido obligatorio de este instrumento, especialmente el mecanismo relativo a su aceptación, sigue siendo desconocido para la mayoría de los comerciantes costarricenses. Con frecuencia los codificadores ignoran la importancia del lento proceso del aprendizaje y ajuste a la realidad nacional y reemplazan instrumentos pocos conocidos o las reglas o conceptos mal entendidos por otros totalmente nuevos.

La frecuencia de la codificación desalienta también la contribución de los tribunales al desarrollo de las instituciones, ya que al derogar un Código a menudo también se priva de su base a una línea dada de interpretación jurisprudencial, interpretación a la cual sólo se llegó tras un arduo proceso de ajuste normativo. Éste puede ser uno de los aspectos más costosos de la codificación intermitente puesto que su frecuencia puede utilizarse por los tribunales como causa eximente de su falta de creatividad interpretativa y como justificador de no recurrir a la equidad con mayor frecuencia en la resolución de litigios.

Debe aclararse que la objeción hecha no es a la codificación en sí misma sino a su uso indiscriminado y frecuente. En verdad, existen áreas donde hay poco derecho y poca experiencia transaccional o donde el derecho existente es confuso o insuficiente y donde, por tanto, la aclaración de sentido y del sistema normativo, que usualmente se asocia con la buena redacción de códigos, es muy deseable. Lo que se sugiere es que una vez que un Código adecuado ha sido

promulgado hay mucho que ganar desde un punto de vista desarrollista recurriendo a la interpretación creativa y, cuando sea necesario, a las reformas específicas.

c) Derecho consuetudinario y características nacionales

Desde la aparición de la sociología jurídica como heredera de algunos de los postulados de la escuela histórica del derecho, el derecho consuetudinario, en especial el que es "derecho viviente", ha ostentado una posición privilegiada en la lista de materias dignas de investigación con fines de "ingeniería" jurídica.²⁰² Desafortunadamente, de manera frecuente se ignora la diferencia que existe entre una pregunta de índole descriptiva como ¿qué es el derecho? y una determinación prescriptiva como ¿qué debe ser el derecho?, y de esta forma la justicia intrínseca y la contribución del desarrollo del derecho consuetudinario se acepta como un dogma.²⁰³ Los estudios anteriores arrojan una duda muy seria respecto a la contribución del derecho consuetudinario al desarrollo económico en transacciones donde existe una desproporción obvia en el poder de negociación de las partes. Expresado en la forma más simple, el derecho consuetudinario de transacciones de crédito en Costa Rica es el derecho de los acreedores o el derecho del más fuerte desde un punto de vista económico; un derecho que, por regla general, es tan ineficiente como abusivo. En contraste marcado con este derecho, se puede observar un derecho consuetudinario en transacciones económicamente más equilibradas que opera más justa y eficientemente.²⁰⁴ Por tanto, no hay razón para una consagración *a priori* del derecho consuetudinario como representativo de lo mejor en un sistema jurídico. Este

²⁰² Friedman criticó el énfasis de Eugen Ehrlich sobre el derecho consuetudinario, pero su crítica se basa en razones, que, en la opinión de este autor, no tienen valor. Friedman sostiene que la diferencia básica entre el "derecho viviente" y el derecho estatal ha perdido su validez con el aumento de confianza en nuestro tiempo en el derecho escrito. W. Friedman, *Law in a Changing Society*, p. 20, 1960. Parece sin embargo, que lo cierto es lo contrario. Con un mayor uso del mecanismo legislativo y un aumento resultante en las instituciones "oficiales" y, particularmente, en aquellas plagadas de prohibiciones se produce, en países como Costa Rica, un aumento correspondiente en el uso de instituciones extraoficiales o consuetudinarias. Véase *supra*, secciones III, E y F y IV, E.

²⁰³ Para dar una idea de algunas de las dificultades que produce el derecho consuetudinario en el desarrollo económico de África, particularmente en actividades agrícolas y ganaderas, véase Allot, "Legal Development and Economic Growth in Africa", en *Changing Law in Developing Countries*. Anderson, 1963 y Seidman, *op. cit.*, *supra*, nota 6.

²⁰⁴ Entre las transacciones que demuestran un poder de negociación más equilibrado está la compra y venta de terreno entre los campesinos, en ciertas regiones costarricenses. Estas transacciones dependen de ciertas reglas consuetudinarias para medir el terreno en cuestión y para determinar sus límites. Obviamente, estos instrumentos no son tan precisos como las mediciones geodésicas y la información catastral incorporada a un título oficial inscrito. Sin embargo, en ausencia de instrumentos más eficientes, los instrumentos forjados por las costumbres de los agricultores reflejan un mínimo de

derecho debe ser sometido a los mismos patrones de evaluación que el derecho "escrito" u "oficial".

Una noción romántica similar se ha mantenido con respecto al papel de las características nacionales en el desarrollo de las instituciones jurídicas. Muy a menudo son vistas como los ideales o fuentes de inspiración del ser del derecho en los países subdesarrollados. En Latinoamérica, durante el siglo XIX la autoctonía del derecho era parte integral del ideario independentista. Para el insigne patriota cubano José Martí "... la incapacidad radica en aquellos que pretenden regir a gentes de composición singular y violenta con leyes importadas de diecinueve siglos de monarquía en Francia y de dos siglos de práctica libre en Estados Unidos...".²⁰⁵

Finalmente, concluía "... en naciones que son dueñas de su propio destino, el derecho debe ser popular...".²⁰⁶ En nuestros días, una versión aceptada comúnmente del papel de las características nacionales es la del profesor Llewellyn: "... proceder contra el cual la ley no puede oponerse si ha de ser efectiva...".²⁰⁷ Hay una marcada diferencia entre el papel de las características nacionales en los puntos de vista de Martí y Llewellyn. Martí sugiere la incorporación positiva de las características nacionales a la normativa jurídica; Llewellyn aconseja no ir en contra de ciertas características para evitar que la regla se vuelva ineficaz.

La experiencia costarricense sugiere que, en la formación de un sistema jurídico eficiente y equitativo, las características nacionales son muy importantes, pero en un sentido diferente al sugerido por los autoctonistas del siglo XIX. No son importantes en el sentido de que deben transformarse en derecho escrito, sino en el sentido de que no deben volverse obstáculos a la eficacia de una institución. Por eso es importante poder traducir el significado de las características nacionales al lenguaje de propensiones favorables o desfavorables hacia las instituciones jurídicas de desarrollo económico y determinar un contexto

eficiencia y equidad en la determinación de los derechos. Ejemplos similares pueden encontrarse en la recopilación de costumbres españolas. Muchas de las costumbres rurales han sido creadas precisamente para ayudar a quebrantar el *impasse* que un poder de negociación relativamente similar puede producir. Por ejemplo, cuando el comprador y el vendedor no pueden ponerse de acuerdo en el precio del ganado, en muchas ferias de ganado en España es usual permitir la intervención de un tercero, quien la costumbre denomina espontáneo o terciador que actúa como corredor bajo condiciones específicas. Otra costumbre es la de tomarse una ronda de tragos después de hacerse la venta (robla) para que el vendedor pueda dar a conocer los defectos no aparentes del ganado vendido y explicar cómo tratar con ellos en la mejor forma. *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*, Madrid, 1969, p. 443.

²⁰⁵ J. Martí, "Nuestra América", *El Liberal*, México, 27-IX-1889, transcrito en José Martí, *2 Obras completas*, 107, Habana, 1953.

²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 287 y ss., Extractos enteros pueden encontrarse en Kozolchyk, "Derecho y evolución social en América Latina", *7 Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado*, p. 33, 1967.

²⁰⁷ Llewellyn, *op. cit.*, *supra*, nota 192, pp. 67 y ss.

para diseñar una estrategia de eficacia. Debe notarse, sin embargo, que es muy posible que tenga que elegirse entre retener una característica nacional y poner en vigor una institución de desarrollo económico. En tal caso, obviamente, las metas preeminentes del desarrollo social, incluyendo aquellas que requieren la retención de determinada característica nacional y no solamente las de desarrollo económico, deben gobernar la elección.

d) La enseñanza del derecho: el conceptualismo escolástico y la apertura al cambio

La enseñanza del derecho en Costa Rica, como en otros países latinoamericanos, es todavía en gran parte producto de los métodos de análisis y exposición que usaron primeramente los glosadores y posglosadores medievales y más tarde, en el siglo XIX, por los exégetas franceses.²⁰⁸ En su raíz, estos métodos son escolásticos o sea, dependen casi exclusivamente de técnicas deductivas en su búsqueda de conceptos abstractos. Se rechaza el empirismo al tratar de lograr un raciocinio "puro" y de esta forma los conceptos jurídicos que se deducen frecuentemente nacen huérfanos de contenido socioeconómico con excepción del implícito en las definiciones de términos utilizados en las premisas mayores.²⁰⁹

²⁰⁸ Para una evaluación de los métodos usados en la educación jurídica costarricense hecha por un profesor de derecho chileno, véase A. Bascuñán Valdez, *Evaluación de los estados jurídicos en la Universidad de Costa Rica*, Universidad de Costa Rica, 1965, p. 35 y ss. El profesor Bascuñán transcribe un extracto de una Orden Real Española del 21 de septiembre de 1551 que crea la primer universidad y escuela de derecho de México diseñada a semejanza de la Universidad de Salamanca, que fue a su vez diseñada a semejanza de la Escuela de Bolonia fundada en 1160; sobre la historia de las facultades de derecho mexicanas, véase L. Mendieta, *Historia de las facultades de derecho*, México, 1956, cit. por Bascuñán, (para una descripción general, véase nota en 140). Para una discusión interesante de la metodología usada en la enseñanza en facultades de derecho suramericanas y, particularmente, en Uruguay, véase la monografía de Sánchez Fontans, *Metodología de la enseñanza del derecho civil*, Montevideo, 1952. Una discusión sobre las actitudes filosóficas fundamentales en la educación legal latinoamericana pueden encontrarse entre otros en M. Reale, "As Facultades de Direinna Historia do Brazil", 56 *Revista de Universidad Sao Paulo*, Facultad de Direito 256, 1961; C. J. Gutiérrez, *Curso de Derecho Mercantil*; Prólogo Kozolchyk y Torrealba, op. cit., supra, nota 3; B. Kozolchyk, "Reflexiones en torno a la enseñanza del derecho en el hemisferio occidental", 16 *Lecturas jurídicas*, 3, Chihuahua, México, 1963 y 7-8 *Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado*, 11, 1967.

²⁰⁹ La descripción del método escolástico en relación con el trabajo de los glosadores puede encontrarse en Vinogradoff, *Roman Law in Mediaeval Europe* 42, 70 1968, particularmente pp. 56 y ss, donde ilustra las distintas etapas de razonamiento escolástico. Para una descripción de las bases filosóficas de la escolástica jurídica, véase R. Sohm, *Instituciones del derecho privado romano*, México, 1951, pp. 81 y ss; también F. Wlacker, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, Madrid, 1957 especialmente p. 37, donde se hace clara distinción entre el método escolástico usado por glosadores y posglosadores y el usado en el siglo XIX por los pandectistas alemanes: "Los glosadores han trabajado

Como se aplicó primero al *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, la escolástica produjo definiciones, distinciones y clasificaciones de las instituciones jurídicas romanas. Muchas de estas definiciones y clasificaciones revelan la influencia directa de conceptos aristotélicos como el de la "esencia" o el de la "causa",²¹⁰ y otras como las dicotomías indirectamente inspiradas por Aristóteles, pero ya con un indudable sello teológico medieval. De aquí provienen clasificaciones tales como la de lo "externo" e "interno", "perfecto" e "imperfecto", "personal" y "real", "objetivo" y "subjetivo".²¹¹ Aplicados al estudio de los códigos latinoamericanos de inspiración europea, estos implementos escolásticos enseñaron a los estudiantes a distinguir, por ejemplo, lo que era derecho "civil" de lo que era el "comercial", o lo que era el "público" de lo que era el "privado", o a diferenciar entre un contrato, un derecho *in rem* y una concesión administrativa.

críticamente los textos romanos, los han explicado y ordenado según un sistema de enseñanza, aparentemente del mismo modo que la ciencia pandectística del siglo XIX. Pero los glosadores no querían, como lo hace la ciencia moderna ni entender históricamente, ni enjuiciar a la justicia ante el tribunal de la razón liberada de supuestos previos, ni siquiera 'hacerla útil para la vida práctica'. Más bien pretendían asegurarse de la verdad absoluta de un texto irrefutable mediante el órgano (proporcionado por el propio Creador y para su servicio) de la razón. Esa relación entre razón y fe, que tan incesantemente ocupó al intelectualismo de la Edad Media, se basa en el idealismo neoplatónico, es decir, en la pretensión que se remonta a Platón y originariamente a Parménides, de que todas las ideas tenían que responder a una existencia metafísica. A esa idea se puede unir la incondicional veneración por la verdad de lo revelado o de lo tradicionalmente transmitido por el formalismo lógico que la escuela medieval había recibido de la antigüedad bajo-romana. A nosotros, en cambio, nos es difícilmente asequible esa relación, porque al pensamiento moderno, surgido de la lucha de la razón liberada de supuestos previos contra la revelación y las tradiciones, fácilmente se le manifiesta como una contradicción el establecimiento de una autoridad superior a toda razón con los propios medios de la razón. Pero solo el Pathos emancipativo de la razón, que se ha emancipado de la fe, experimenta un antagonismo. Así la creencia de los juristas medievales de que el *Corpus Iuris* es la razón hecha letra, la *ratio scripta*, hoy ya no es para nosotros efectiva...".

²¹⁰ En su *Tópica*, Aristóteles describe una definición como "una frase que significa la esencia de alguna cosa". Una característica esencial, a su vez, se define en *Analytica Posteriora* como una que "no se predica de un asunto que no sea ella misma", y en su metafísica las causas se clasifican en materiales, eficientes, finales y formales. Véase McKeon, *The Basic works of Aristotle*, 191.116, pp. 691 y ss, sin fecha. Véase también Wiacker, *op. cit.*, *supra*, nota 209, pp. 40.

²¹¹ Véase, por ejemplo, la dicotomía de gran influencia en el derecho contractual de contratos perfeccionados y no perfeccionados, particularmente con respecto a la transmisión de la pérdida del objeto vendido en Comentario de Baldus al Digesto 18.6.7. en *Digestum Vetus*. Lugduni, 1560: "*Perfecto contractu periculum est emptoris, contractus autem dicitur perfectus si sit celebratus; pure, quod ressit certa, precium certum. Si autem per dependentiam de futuro non dicitur contractus perfectus*". Sobre la clasificación "personal" "real" de los estatutos véase *II Continental Legal History Series*, pp. 52 y ss., 1914. Véase también el comentario de Baldus a D. 1.3.31 que define y clasifica la costumbre como un derecho "incorpóreo". La influencia teológica en las dicotomías legales evidencia en el siglo XVIII en los clásicos franceses, tal como el *Tratado sobre obligaciones* de Pothier que empieza su escrito mostrando una clasificación de perfecta-imperfecta entre las obligaciones y a menudo apoya sus referencias al derecho consuetudinario romano y francés, con citas de Santo Tomás de Aquino de la *Suma Theologica*. Véase, por ejemplo, 1 *Obligaciones* 68, S. 109 (traducción al inglés 1802).

En Bolonia, el análisis lógico y gramatical de los textos romanos (*prolego* y *scindo*) fue seguido por ilustraciones del significado (*casumque figuro*), la búsqueda de una autoridad (*do causas*) y por un refinamiento de conceptos (*distinctionis, amplificationis*).²¹² Igualmente, en América Latina, el significado de las reglas codificadas se establece primero a través de un análisis de reglas y de sus componentes gramaticales y lógicos (exégesis) y más tarde por una formulación sintética o dogmática de los conceptos fundamentales encerrados, por así decirlo, en los códigos o sistemas normativos.²¹³ Por eso, tanto en Bolonia como en América Latina, el derecho como objeto de conocimiento sufrió un aislamiento progresivo de sus determinantes socioeconómicos.

Los defectos de este método son evidentes. En primer lugar, reduce la realidad jurídica conceptual sólo a lo que puede ser enunciado axiomáticamente o de la manera en que las deducciones sistemáticas sean posibles; una premisa o concepto que no permita deducciones relacionadas con todo el sistema silogístico no es merecedora de análisis o estudio y, por ende, de enseñanza. Esta limitación es responsable de la actitud un tanto despectiva de muchos profesores latinoamericanos hacia al análisis de decisiones judiciales o administrativas que ellos descartan como razonamientos inferiores o como mera "casuística". En segundo lugar, el método de inspiración escolástica tiende a ignorar el propósito de la institución jurídica aislándola de su fundamento de hecho. La transformación de un propósito institucional, en sí misma, no es objetable siempre que la institución desempeñe una función útil. Sin embargo, la utilidad a menudo es pasada por alto conforme se multiplican los conceptos en un vacío silogístico. Y así, al final del razonamiento sólo hay mayor confusión respecto a la solución del problema que la institución pretendió solucionar.²¹⁴

²¹² Wiacker, *op. cit.*, *supra*, nota 209.

²¹³ Durante el segundo cuarto del siglo XIX, el método puramente exegético de redacción para los libros de texto comenzó a ser reemplazado por tratados que discutían los asuntos de acuerdo con su lugar e importancia en un esquema doctrinario independiente de la organización del Código; véase, por ejemplo, Aubry y Rau, *Curso de derecho civil francés*, 3a. edición, París, 1856. Una excelente ilustración de libro de texto puramente exegético en América Latina es Calva y Segura, *Instrucciones del derecho civil según el Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, 1875.

²¹⁴ Por ejemplo, el concepto de empresa (*impresa, empresa*) ha recibido enorme atención de los profesores italianos y latinoamericanos de derecho comercial desde su adopción en 1942 por el Código Civil italiano. En la forma, el concepto de empresa era una respuesta al tipo fascista de economía (Véase F. Carnelutti. W. Bigiavi, *Promulgación, decreto y artículos 2085 y 2088 del Código Civil italiano* 1961). El origen fascista y el propósito de la empresa ha sido olvidado y el concepto ahora pertenece al reino del escolasticismo. Según se afirma, sirve para delimitar el campo de lo que es el derecho comercial en contraste con el derecho civil. Por lo tanto, ha sido subdividido, entre otros conceptos, en un "acto" y un "objeto". Sin embargo, los problemas en los cuales el concepto de 1942 estaba dividido aunque no han sido resueltos, permanecen ignorados por la mayoría de los profesores de derecho comercial de los países latinoamericanos. Así, los principios que deben regir la competencia empresarial o que deben proteger al público y al mercado de bienes y servicios frecuentemente son inexistentes en muchos de los países cuyo sistema de derecho comercial se dice que ha sido basado en el concepto de empresa. Sobre este punto, véase Kozolchik y Torrealba, *op. cit.*, *supra*, nota 3, pp. 13-34.

El tercero y posiblemente el más dañino resultado de la conceptualización escolástica es que fomenta lo que puede ser descrito como la falacia de autarquía o “cosificación” conceptual. Se llega a creer que los conceptos tienen existencia real (social) por el mero hecho de que pueden ser formulados lógicamente. Y una vez que son “cosificados” se les dota del poder de excluir cualquier realidad incongruente con su formulación. La exclusión de la realidad, por supuesto, es antagónica al cambio institucional. Así, si una hipoteca se define como un derecho real, accesorio e indivisible, un gravamen constituido con anterioridad a la obtención del préstamo (obligación principal) y cuya garantía se establece sobre una porción divisible de los bienes no podría, por lo limitado de la definición, ser considerado como una hipoteca, lo cual además de ser inconveniente económicamente es, desde un punto de vista histórico, jurídicamente debatible. Pero hay más, en función de la conclusión escolástica del *numerus clausus* bien podría incluso negársele su carácter de gravamen o de derecho real.²¹⁵

Claramente, el problema de tal enfoque desde un punto de vista analítico y didáctico es su incapacidad de tomar en cuenta las limitaciones de la razón, pura o abstracta, particularmente cuando se usa no sólo como un implemento descriptivo o sintetizante de la realidad jurídica, sino también como un método de evaluación. Para la evaluación de las instituciones jurídicas, desde cualquier punto de vista socioeconómico, se requiere más información que la disponible en la lógica formal.²¹⁶ El razonamiento valorativo o el implícito en la creación, interpretación, modificación y reemplazo de las instituciones jurídicas es, como se percibe cada día más por la doctrina continental europea y anglosajona, no axiomático, sino “tópico” u orientado por naturaleza hacia los problemas que

²¹⁵ El texto parafrasea la respuesta dada por un consejo legal de un banco central latinoamericano a una propuesta de un organismo internacional para financiar casas a bajo costo a través de la emisión de bonos hipotecarios. Para algunos comentarios interesantes sobre cómo la indivisibilidad no es esencial a la “naturaleza jurídica” de la hipoteca en el derecho civil, véase Dorta Duque, *Curso de legislación hipotecaria*, 136, Habana 1945.

²¹⁶ Es importante que esta falla de la lógica formal no se confunda con los “métodos y objetivos de la ciencia legal germana en el siglo XIX”, como lo hizo recientemente Steiner, *op. cit., supra*, nota 171, pp. 65 y ss. En primer lugar el conceptualismo escolástico, como se demostró al principio, estaba profundamente consagrado en la educación legal latinoamericana en la época en que las obras de los pandectistas llamaron la atención de lo que todavía es un número muy pequeño de estudiantes latinoamericanos. F. K. Savigny, *System Desheutigen Romischen Rechts*, Berlin, 1840-1849. Fue traducida al español solo una vez en Madrid en 1878-1879, y aunque fue ampliamente citado por sus puntos de vista sobre la naturaleza jurídica de la posesión, se ha leído poco. Nunca se convirtió en una lectura recomendada o sugerida en la educación legal latinoamericana. La obra de G. F. Puchta, *Lehrbuch der pandekten*, Leipzig, Breit, 1858, de acuerdo con el *Catálogo de libros impresos* del Museo Británico, Londres, edición fotolitografiada 1955, p. 400, se tradujo solamente al ruso, un idioma tan inaccesible para la mayoría de los estudiantes latinoamericanos como el alemán original. Y B., *Windischheid's Lehrbuch des bänder tenrecht*, Dusseldorff, 1862, de acuerdo con la misma fuente (vol. 259, p. 296) se tradujo solo al italiano en 1887 y ha sido citado profusamente, pero poco leído en Latinoamérica. En segundo lugar aunque el escolasticismo y el *Pandektenrecht* tienden a morar en lo

rodean al derecho.²¹⁷ Las conclusiones, en la forma de conceptos, reglas o principios de interpretación, no pueden derivarse de principios inmutables e indiscutibles. Más que el producto de lo que describe un filósofo jurídico español como “lógica de lo racional”, deben ser el producto de la “lógica de lo razonable”.²¹⁸

Una vez que la enseñanza jurídica perciba el derecho como una disciplina orientada hacia los problemas del devenir social y el sistema jurídico como un conjunto de instituciones creadas con propósitos dados, el funcionamiento de estas instituciones dejará de ser ignorado como objeto de estudio. La capacidad de respuesta y la eficacia, la equidad y la eficiencia de las normas y conceptos serán evaluados como los complementos necesarios de un análisis lógico y el prototipo del hombre de desarrollo económico asegurará su lugar entre las categorías más importantes del pensamiento jurídico.

que von Ihering una vez en son de burla, pero acentadamente, describió como “el cielo de conceptos legales”, existen entre ellos hondas diferencias. Tal vez, la más importante de estas diferencias se encuentra en el historicismo que caracteriza al pandectismo. Sin tomar en cuenta sin el pandectista era “romanista” o “germanista”, el pandectista tenía que comprometerse a un examen retrospectivo de las instituciones jurídicas para construir su sistema. En este proceso se produjeron algunas de las investigaciones más sobresalientes de la historia del derecho conocidas por el hombre. Todas las fuentes posibles del derecho incluyendo, en muchos casos el derecho consuetudinario o de las sentencias judiciales, se tomaron en cuenta para construir sistemas de interpretación. Dentro de los confines del historicismo jurídico, por lo tanto, el esfuerzo en tales casos fue realmente empírico. Falló en su intención de laborar un conjunto de reglas de derecho viviente por la sencilla razón de que tal esfuerzo no puede ignorar los datos socioeconómicos subyacentes al derecho. La confusión de Steiner es evidente, ya que él le achaca a los pandectistas y a la ciencia jurídica germana del siglo XIX la tendencia de “sujetar los conceptos básicos del sistema legal a un examen *riguroso*”. Mantiene que “la ley escrita —su significado *lógico* e interpretación— era el principio y tal vez el punto final de la discusión...”. Sin embargo, culpa a la educación jurídica brasileña porque “la escuela de derecho no entrena a los estudiantes adecuadamente en la pericia del razonamiento *analítico, lógico y analógico*”. (Énfasis agregado). Steiner, *op. cit.*, nota, pp. 66 y 70-71. La fuente de confusión es la posible falta de percepción de los varios significados del razonamiento “lógico”. Sobre esto, véase *infra* notas 217, 218.

²¹⁷ En Alemania, véase entre otros, T. Viehweg *Topik und Jurisprudenz*, 1953; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgevinning*, 1967; en Estados Unidos, véase Yntema, “The Rational Basis of Legal Science”, 32 *Columbia Law Review*, 279, 1931 y “The Implications of Legal Science,” 10 *New York University Law Quarterly Review*, 279, 1933; “Ciencia jurídica y derecho natural”, “Apropos of Viehweg, Topik and Jurisprudenz,” 2 *Revista de Derecho Interamericana*, 207 1960; y Bodenheimer, “A Neglected Theory of Legal Reasoning”, 21 *Journal of Legal Education*, 375, 1969. El punto de vista común en todos estos escritos es que la técnica del pensamiento jurídico ha avanzado poco más allá del método de disputa dialéctico descrito por Aristóteles como donde uno razona con base en opiniones generalmente aceptadas antes que con base en axiomas o verdades evidentes por si mismas. Por opiniones generalmente aceptadas él quería decir “aquellas que aparecen como imperativas a todos o a la mayoría de los ciudadanos sensatos”. *Supra* nota 10, p. 188. Y, como concluyen Yntema y Viehweg, la ciencia legal-formal o axiomática fracasa porque supone que las relaciones legales no están condicionadas por el derecho que ellas están destinadas a explicar, ignorando por lo tanto, que “en el último análisis, el sistema jurídico debe hacer justicia”. Yntema, *op. cit.*, p. 216.

²¹⁸ Véase Recansens Siches, *La lógica material del derecho*, 1965. *Archivos para filosofía del derecho y filosofía social*, 269, cit. por Bodenheimer, *op. cit.*, *supra* nota 217, p. 399.