

## PRESENTACIÓN

*Dr. Víctor Pérez Vargas*

Esta edición de la Revista Judicial presenta interesantes aportes sobre complejos condominales, cultivos transgénicos, contratos, indexación en el Derecho Administrativo, procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal costarricense, Principio de imparcialidad penal, documentos electrónicos, contratos de reporto que utilizan los Puestos de Bolsa y contratos de venta con recompra (“Retroventa”) que utilizan los Fondos de Desarrollo Inmobiliario, acuerdos de elección de foro, agotamiento preceptivo de la vía administrativa, delitos informáticos y Derecho Empresarial Transnacional (Lex Mercatoria).

El Dr. Roberto Yglesias Mora, Profesor de la Universidad de Costa Rica y destacado árbitro, nos brinda su trabajo ORGANIZACIONES CONDOMINALES COMPLEJAS Y ALGUNAS LIMITACIONES DE LA L.R.P.C. El Dr. Yglesias se refiere a los complejos condominales, que son organizaciones con múltiples núcleos y conglomerados de edificaciones. Trata el tema central del Sub-condominio y afronta varias cuestiones que de la regulación vigente surgen, como la de la representación y la extinción del sub-condominio. Comenta otras modalidades, entre ellas, el condo-hotel y la posibilidad de constituir un condominio utilizando una concesión en la Zona Marítimo Terrestre. En sus conclusiones, sostiene que la L.R.P.C. requiere de ajustes para enmendar diversas inconsistencias jurídicas, así como para atender omisiones sustantivas evidentes, que exigen una normativa más clara y completa,

en garantía de una adecuada seguridad jurídica de esta trascendental institución que es el Condominio.

Nuestro asiduo colaborador, el Dr. Jorge Cabrera Medaglia, Profesor de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, Investigador Principal en Derecho de la Biodiversidad del Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible (Montreal) y Consultor internacional en Derecho Ambiental, participa con COMPETENCIAS EN MATERIA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE. Nos informa acerca de la polémica internacional sobre los cultivos transgénicos o genéticamente modificados por su cultivo, uso y consumo (humano y animal) y los diversos enfoques de las regulaciones de transgénicos en el mundo: desde países promotores, como Estados Unidos, Canadá, Argentina hasta otros que han promulgado, con diverso alcance, moratorias o restricciones respecto a la siembra de OGM. Indica la legislación costarricense aplicable (Ley de Protección Fitosanitaria N° 7664 y su reglamento N° 26921-MAG, Ley de Biodiversidad N° 7788 y el decreto N° 32486-MAG sobre auditorías de bioseguridad agrícola y muchas otras. Concluye diciendo que el marco legal e institucional relacionado con OGM presenta una importante fragmentación y algunos vacíos y lagunas en lo concerniente a las competencias para el tratamiento de los diferentes tipos de OGM que pueden ser

objeto de liberación (animales, vegetales, árboles, microorganismos, mosquitos, peces y otros).

DIFERENCIAS ENTRE EL PRECONTRATO DE PROMESA DE VENTA Y EL CONTRATO DE COMPRAVENTA, se titula el aporte del Dr. Rodrigo José Carranza Zúñiga, quien es Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", con énfasis en Litigio y Resolución Alternativa de Conflictos, además de Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Además, es Abogado litigante en Carranza&Asociados. Transcribimos el resumen del propio autor: "el precontrato de promesa de venta es un instituto jurídico cuya ratio mira a agrupar las tratativas negociales que rodean una potencial venta de un bien. Esta figura prenegocial, ergo, tiene un carácter netamente preparatorio o preliminar de lo que, a futuro, posiblemente se erigirá como el contrato de compraventa perfecta. En la promesa (u opción) de venta, las partes procuran delinear las condiciones en las cuales podría darse una eventual venta que, al momento del precontrato, no se quiere o no se puede consumir. La esencia del precontrato de promesa de venta radica en dejar constancia de las condiciones y estipulaciones con base en las cuales se efectuará la eventual venta, pero sin que aun medie acuerdo de cosa y precio. El talón de Aquiles de la promesa (u opción de venta) se detecta en la imperante confusión de ésta con el contrato principal o definitivo, es decir, con la compraventa perfecta. Los elementos ontológicos del precontrato de promesa de venta, sumados a la función jurídica y económica que dicho convenio debe realizar, son aspectos imprescindibles para proponer una adecuada distinción entre tal instituto precontractual y el instituto de la compraventa. El presente trabajo abordará

esta problemática, resaltando la confusión reinante y, consecuentemente, propondrá soluciones que permitan trazar una clara línea divisoria entre ambas figuras, superando las dificultades teórico-prácticas que suscita la débil, y muchas veces imprecisa, distinción en la materia".

Del Lic. Adolfo G. Johanning Pérez M.B.A., publicamos INDEXACIÓN DE OBLIGACIONES DINERARIAS EN EL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. En su muy documentado jurisprudencialmente estudio comenta el canon 123, inciso 1), del CPCA que le impone al juez contencioso-administrativo el deber de compensar la variación en el poder adquisitivo de la moneda, para la corrección monetaria de las obligaciones dinerarias; seguidamente, aborda el precepto 123, inciso 2), del CPCA que refiere, para las obligaciones en colones, al IPC emitido por el INEC, y, para las obligaciones en moneda extranjera, a la tasa prime rate establecida para los bancos internacionales de primer orden. Asimismo, el numeral 124 íbidem deja claro que la indexación legal, de aplicación aun cuando las partes no han acordado un método indexatorio (indexación contractual), también es aplicable cuando se determina en sentencia la cuantía de una obligación de valor (por lo que pasa a convertirse en dineraria), por el periodo desde esa conversión y su efectivo pago. En su conclusión, sostiene que la indexación no impide el reconocimiento de intereses, a título de daños y perjuicios, por incumplimiento de la obligación dineraria. Opina, acertadamente que, cuando la suma se ha indexado, lo apropiado sería reconocer un interés real y no el legal (nominal); en tanto este último contiene un reconocimiento de la inflación, que ya se habría visto compensada con la indexación.

CONTROL JURISDICCIONAL ANTE LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO A PACTAR UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN MATERIA PENAL DE ADULTOS: CRITERIOS ASUMIDOS POR LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE se titula la colaboración del M.Sc. Frank Harbottle Quirós. El autor, expone, en primer término, la regulación del procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal costarricense. Seguidamente, presenta las distintas posiciones asumidas por los antiguos Tribunales de Casación Penal y los actuales Tribunales de Apelación, así como por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sala Tercera) en cuanto a la posibilidad o no de examinar jurisdiccionalmente la negativa del Ministerio Público de negociar este procedimiento especial. También hace referencia a las circulares y los lineamientos emitidos por el Ministerio Público para, finalmente, compartir con nosotros su opinión personal.

En LA IMPARCIALIDAD: ANÁLISIS DESDE LA APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y DE JUSTIFICACIÓN, el M.Sc. Miguel Zamora Acevedo, Profesor de la Universidad de Costa Rica en la Cátedra de Investigación y razonamiento Jurídico, Máster en Sociología Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona, y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Mediante la utilización de la clásica distinción entre contextos de descubrimiento y justificación, analiza el principio de imparcialidad penal, en los casos que un juez que dicta una prisión preventiva y posteriormente dicho juez, integra el tribunal contra la misma persona.

El M.Sc. Raúl Guevara Villalobos, Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Máster en Criminología de la Universidad

Estatal a Distancia, Defensor Público y, actualmente, Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, nos ofrece DEL DOCUMENTO FÍSICO AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, donde se refiere a algunos retos que ha tenido que afrontar el Derecho para poder adaptarse a las nuevas situaciones que plantea el avance de la tecnología y la informática, especialmente en relación con la autenticidad de los documentos y de quienes los suscriben. Después de plantear la noción de documento electrónico y su evolución, aclara que la doctrina diferencia la firma digital de la firma electrónica, distinción que es importante desde el punto de vista práctico por el valor probatorio que se le da a cada una. Aclara que la firma digital se basa en criptografía, por lo que se presume válida salvo que se demuestre lo contrario, pues hay de por medio mecanismos de verificación, normalmente, por parte de una entidad certificadora autorizada por el Estado. Nos explica que firma electrónica es un concepto amplio que comprende cualquier carácter electrónico usado por alguien con el fin de autenticar un registro, por lo que abarca cualquier método de identificación. Es por ello que corresponde a quien introduce el documento como prueba demostrar su validez. Nos explica que, en Costa Rica, el uso de documento electrónico es válido para todo acto jurídico, a menos que exista una disposición que indique lo contrario. En efecto, el artículo 5 de la LCDFDDE le ha reconocido al documento electrónico pleno valor para la formación, formalización y ejecución de los contratos, comunicación judicial, conservación de expedientes judiciales y administrativos; recepción, práctica y evacuación de prueba; presentación, tramitación e inscripción de documentos en el Registro Nacional; gestión, conservación y utilización, en general, de protocolos notariales, incluso la manifestación del consentimiento y la firma

de las partes y, finalmente, valor probatorio. Trata, finalmente, otros temas como el gobierno digital y el teletrabajo.

El Lic. Miguel Ruiz Herrera, en su artículo, **DOS VICIOS QUE HAY QUE ERRADICAR: EL CONTRATO DE REPORTO Y LOS CONTRATOS DE VENTA CON RECOMPRA**, se refiere a los contratos de reporto que utilizan los Puestos de Bolsa y a los contratos de venta con recompra (“retroventa”) que utilizan los Fondos de Desarrollo Inmobiliario en los que, en su criterio existe un disimulado pacto comisorio. En los primeros porque la titularidad de la garantía es traspasada al acreedor de antemano. En los segundos, desde el inicio se pacta que el precio de la retroventa será el valor que se fije en esa fecha futura, distorsionándose así la naturaleza del préstamo mercantil: el deudor deberá entregar –para rescatar su bien inmueble– un precio mucho mayor al recibido, aún mayor que el monto recibido y los intereses de estilo. En su conclusión, sostiene que nuestro legislador debería actuar con premura prohibiendo estas “creativas alternativas”, de manera que por lo menos quienes lucran prestando dinero lo hagan dentro de verdaderos contratos de préstamo bilateral y consensualmente negociados y con garantías que no cercenen el derecho de defensa del deudor.

El Lic. Luis E. Sibaja Guillén, abogado litigante, miembro del Bufete Lex Counsel. Licenciado en Derecho, con estudios de especialización en Comercio Exterior, de postgrado en Derecho Internacional Privado, y de maestría en Derecho de los Negocios Internacionales y Litigio Internacional comparte con nosotros su trabajo **COMENTARIOS AL ACUERDO DE ELECCION DE FORO EN EL PROCESO CIVIL COSTARRICENSE**. El problema que afronta consiste en determinar si las cortes costarricenses son competentes para conocer de una acción judicial, a pesar de

la existencia de una cláusula de sumisión de jurisdicción extranjera (también conocido como Acuerdo de Elección de Foro (Choice of Forum Clause) contenida en un acuerdo de partes. Su criterio es que, ante un conflicto positivo de jurisdicciones (a nivel internacional), los jueces costarricenses no podrán inhibirse ni antes de que se presente una misma demanda en otra jurisdicción, ni durante el trámite de ésta en esa otra jurisdicción. Con muchísima más razón, tampoco podrán inhibirse por existir un acuerdo de elección de foro ante juez extranjero, pues, como dice el adagio jurídico: el que puede lo más, puede lo menos. En este sentido, considera que, al ser las cortes costarricenses competentes por ley, no podría nunca un acuerdo de elección de foro alterar lo dispuesto por la norma anterior, en razón de que la Ley, por delegación constitucional, circunscribe la jurisdicción de los tribunales costarricenses en este asunto. En su opinión, dicha delegación constitucional, hace casualmente que un Juez no pueda aplicar actos de cualquier naturaleza en su contra (artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), como sería en este caso la aplicación de un acuerdo de elección de foro. Considera que, al ser las normas procesales de orden público y lois de police, de obligado acatamiento, tanto por el juez como por las partes (artículo 5 del Código Procesal Civil), no podría entonces pensarse, que la autonomía de la voluntad prevaleciera sobre la ley procesal (que establece en forma imperativa los criterios de atribución de competencia judicial de las cortes costarricense). Así, a su juicio, un acuerdo privado, como el de la naturaleza del acuerdo de elección de foro, contrariaría el orden público y normas imperativas, y por ello devendría nulo de pleno derecho. Claramente así se ordena en el artículo 19 del Código Civil, que dice: “...Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho....”.

Y el artículo 20 *ibidem*, por su parte, dice: "...Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir..."

El Lic. Alex Rojas Ortega, Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Juez Suplente del Tribunal Contencioso Administrativo y Asesor legal de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica, en CRISIS DEL AGOTAMIENTO PRECEPTIVO DE LA VÍA MUNICIPAL, explica que el Tribunal Contencioso Administrativo es el encargado de conocer, en última instancia, en el proceso de agotamiento de la vía administrativa, de los recursos de apelación que se interponen en contra de los acuerdos tomados por el Concejo Municipal o por los Alcaldes de cada una de las ochenta y un municipalidades actualmente existentes en el país. Nos informa que recientemente, por medio del voto N°. 17737-2012 de las 16:21 horas del 12 de diciembre del 2012, la Sala Constitucional reiteró la procedencia del agotamiento preceptivo de la vía administrativa municipal y señaló que, aunque la propia Carta Política definió dicho agotamiento como obligatorio, no existe regulación en dicha norma suprema respecto de la forma en que ese agotamiento debe ser acreditado dentro del proceso judicial. En sus conclusiones, de *Lege ferenda*, asegura que resulta oportuno reformar en lo pertinente el Código Municipal y el Código Procesal Contencioso Administrativo, con el objeto de instaurar el proceso especial

que nos hemos permitido denominar como de "impugnación municipal", a través del cual los justiciables podrían encontrar una vía ágil, celer y efectiva, acorde con el Derecho de la Constitución, que garantice no solo la legalidad de la función administrativa municipal, sino también la tutela efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables. Considera que igual relevancia tiene dar un giro interpretativo en lo que se refiere a la figura de la jerarquía impropia municipal, con el objeto de que pueda entenderse como facultativo el agotamiento de la vía administrativa en esta materia y el justiciable tenga la posibilidad de cuestionar los acuerdos municipales en la sede que más le convenga a sus intereses.

En COMENTARIOS CRÍTICOS A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL QUE INTRODUCE LA LEY 9048 (SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE), la Licda. Elizabeth Guerrero y Alonso Salazar, Profesor de la Universidad de Costa Rica, ahondan en la conceptualización del delito informático y su tipología, para luego centrarse en una serie de Comentarios Críticos respecto a la modificación y creación de ciertos tipos penales que introduce una reforma al Código Penal Costarricense, mediante la promulgación de la Ley 9048 (Sobre Delitos Informáticos).

Ofrecemos, finalmente, nuestra conferencia inaugural en el Congreso Jurídico Nacional de Derecho Empresarial en el Colegio de Abogados de Costa Rica, el 5 de noviembre de 2013, titulada DERECHO EMPRESARIAL TRANSNACIONAL.