

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 93

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

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



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 34502

SUMARIO

Presentación	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
Pericia balística en sede penal	11
Lic. Carlos Manuel Estrada Navas	
Herramientas de propiedad intelectual y opciones alternativas para la innovación en las universidades y centros de investigación pública	29
Lic. Jorge Cabrera Medaglia	
Régimen legal aplicable a los Grupos de Interés Económico	51
Licda. Adriana Castro	
Licda. Natalia Porras	
Licda. Andrea Sittenfeld	
Los derechos del menor detenido y su especialidad	63
Dr. Gary Amador Badilla	
El Seguro de Responsabilidad Civil de Directores y Oficiales	79
Dr. Gabriel Boyd Salas	
La Compra–Venta Internacional y los Principios de UNIDROIT	89
Lic. Luis Conrado Ramírez	
Responsabilidades del cargador en el contrato de transporte	123
Lucía Carro Zúñiga	
El contrato de franquicia	149
María del Rocío Madrigal Salazar	
Apuntes preliminares sobre la posesión ecológica	175
Lic. Luis Albán Arias Sosa	
Lic. Steven Esquivel Salazar	
Licda. Nacira Rivera Cruz	
Cambio climático y servidumbres ambientales	185
MSc. Mario Peña Chacón	
Licda. Marianela Álvarez Blanco	

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En esta ocasión, ofrecemos trabajos sobre criminología, propiedad intelectual, abusos de los grupos de interés económico, derechos del menor detenido, seguros de responsabilidad civil, compraventa internacional y los Principios de UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales, responsabilidades del cargador en el contrato de transporte, franquicias comerciales, posesión ecológica y servidumbres ambientales.

El **Lic. Carlos Manuel Estrada Navas**, Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica desde 2007, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, desde 1984 y Miembro de la Cátedra de Derecho Privado de dicha Facultad desde 1985, participa con **“Pericia balística en Sede Penal”**. El distinguido colega investiga el tema de la prueba pericial balística, en sus orígenes, evolución y alcances modernos como disciplina independiente y se refiere a la relación entre esta prueba y la pericia médico forense. Inicia explicando que la apreciación de la prueba en general en sede penal no está sujeta a una tasación anticipada del valor probatorio sino que debe sujetarse a reglas de la sana crítica. Admite la definición de balística como la ciencia que estudia la trayectoria de los proyectiles en sus tres ramas: interna, externa y de efectos. Nos brinda algunas nociones sobre los principales términos técnicos, tales como ángulo de incidencia, ángulo de oscilación, ángulo de penetración, ángulo de tiro, trayectoria interna, trayectoria externa, trayectoria médico legal y trayectoria final. Nos indica que los cometidos de esta ciencia se refieren a la determinación de la ubicación de los sujetos, del punto de donde surgió el disparo, de la distancia y trayecto del proyectil y de su dirección, además de la identificación de los proyectiles y del arma. Se refiere seguidamente a la autopsia, a sus objetivos y aspectos técnicos. Sostiene que en la apreciación de la prueba pericial, el Juzgador no puede delegar sus funciones en el perito y que, si bien hay campos específicos que competen dictaminar al perito en balística, la interpretación en conjunto con la restante prueba es ineludible para la adecuada interpretación de estas pericias.

En **“Herramientas de propiedad intelectual y opciones alternativas para la innovación en las universidades y centros de investigación pública”**, el **Profesor Jorge Cabrera Medaglia** desarrolla los conceptos e instrumentos más relevantes relacionados con los derechos de propiedad intelectual y otros mecanismos para fomentar la innovación en los centros de investigación y universidades públicas en la región Centroamericana y plantea la necesidad de enfocar el tema en los niveles institucionales y las políticas y marcos legales nacionales e internacionales. Destaca que estos derechos poseen un papel importante en la creación, absorción, adaptación y difusión de conocimientos y tecnologías. Seguidamente, se refiere al ambiente cambiante de los derechos de propiedad intelectual y a las principales herramientas, fundamentalmente, aunque no exclusivamente, las patentes de invención (incluyendo las patentes pequeñas o modelos de utilidad);

los derechos de obtención vegetal y las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, que en general pueden contribuir al fomento de la innovación y al desarrollo sostenible en esta área. Nos habla de la importancia de que las universidades cuenten con algún tipo de Unidad u Oficina de innovación y transferencia de tecnología o Comité de Gestión de la Propiedad Intelectual y de la utilización de los contratos de licencia. Agrega que para el fomento de la innovación en universidades y otros centros de investigación, existen mecanismos alternativos, como incentivos fiscales y subsidios, entre otros. El autor recomienda el fortalecimiento de los sistemas nacionales de innovación e iniciativas y políticas públicas a nivel nacional, que permitan crear un ambiente favorable a la innovación.

Las Licenciadas **Adriana Castro, Natalia Porras y Andrea Sittenfeld**, nos brindan su trabajo titulado **“Régimen legal aplicable a los Grupos de Interés Económico”**. Las autoras nos explican que, “a pesar de los potenciales beneficios de utilizar esta forma de organización de la empresa, debido al poder que adquieren y a las estructuras complejas que adoptan los Grupos de Interés Económico, es posible que, como cualquier otro individuo o empresa, éstos abusen de las situaciones jurídicas en las que intervienen”. Comentan que en Costa Rica hay escasa normativa que reconozca expresamente a los Grupos de Interés Económico y que, por esta razón, la mayor parte del desarrollo del fenómeno en distintos campos se ha dado por vía jurisprudencial. “Ante la falta de normativa expresa que regule el abuso de las situaciones jurídicas, el juez debe solucionar acudiendo a la teoría de la unidad de la empresa y a la del levantamiento del velo social, así como al principio de primacía de la realidad. Con base en lo anterior, en el caso del grupo de interés económico, la doctrina del levantamiento del velo permite mirar lo real. Por esta razón, se utiliza en casos como la extensión de la quiebra, y la consolidación tributaria”, expresan. Las licenciadas Castro, Porras y Sittenfeld desarrollan, con gran acierto, el concepto de grupo de interés económico, refiriéndose a la dirección unitaria o unificada de la empresa, al principio de supremacía de interés del grupo y a la participación recíproca o controlante del capital de los miembros. Luego, hacen referencia a la utilización fraudulenta de las personas morales por parte de unidades empresariales y a las soluciones a los casos de abusos del derecho por parte de los Grupos de Interés Económico. En las conclusiones: proponen reformas legislativas: “A pesar de que mediante interpretación e integración de las normas del ordenamiento se puede sancionar a los Grupos de Interés Económico que actúan en forma abusiva, lo ideal sería incluir en la normativa costarricense normas: 1) que permitan identificar a un grupo de interés económico por medio de la constatación de los elementos que los caracterizan; 2) para someter a los grupos a regulaciones especiales que tengan como objeto evitar que estos abusen de distintas figuras jurídicas para perjudicar a terceros y 3) normativa que establezca la responsabilidad solidaria para los miembros del grupo en casos de abuso de situaciones jurídicas”.

El señor Juez Penal, **Dr. Gary Amador Badilla** colabora con **“Los derechos del menor detenido y su especialidad”**. En este aporte crítico, el autor denuncia las omisiones de la Ley de Justicia Penal Juvenil sobre los derechos del menor detenido. Su estudio se centra en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política, vistos de la perspectiva especial que requiere el tema de la detención del menor. Nos muestra que, si bien algunos derechos se encuentran regulados en Costa Rica (por ejemplo el derecho de defensa, en otros aspectos nuestra Ley es

omisa. Un ejemplo se encuentra en el derecho de información, que debe ser reconocido como el primer derecho del menor detenido. Además, la notificación que realicen las autoridades policiales o funcionarios que intervienen en ese primer contacto con el menor detenido a los padres del menor o a sus representantes, es de suma importancia para garantizar sus derechos. Comenta, seguidamente, el derecho del menor, desde el primer momento de su detención a ser atendido por un personal calificado (médicos, psicólogos, trabajadores sociales), que lo valoren y le den el apoyo necesario, en esos primeros momentos. Nos habla también del derecho a estar separado de los adultos (artículo 27 de la Ley de Justicia Penal Juvenil LJPJ), derecho que fue una de las primeras medidas que se tomaron con respecto a los menores detenidos, iniciando el largo camino hacia la especialización del proceso penal juvenil. En sus conclusiones afirma: “Se requiere incluir un apartado específico en la Ley de Justicia Penal Juvenil, donde se estructuren los derechos del menor detenido. Ese apartado debe contener, expresamente, los siguientes derechos: el derecho a la información; la notificación inmediata de los representantes del menor detenido sobre su detención y motivos de ésta; el derecho a la asistencia médica, psicológica y religiosa, en este punto urge la reforma del artículo 93 de la citada Ley para la realización del estudio técnico, desde el inicio de la detención. Asimismo, se requiere de la construcción de espacios adecuados para ubicar al menor de edad, en los primeros momentos de su detención. Finalmente, debe establecerse, expresamente, el tratamiento que debe recibir el menor extranjero detenido”.

Presentamos **“El Seguro de Responsabilidad Civil de Directores y Oficiales”** del **Dr. Gabriel Boyd Salas**, abogado experto en seguros, Doctor en Derecho Internacional Privado y especialista en Derecho Comercial. Este trabajo, que da continuidad a su tesis de grado, delimita la posibilidad técnico-jurídica y a la vez una necesidad social de implementar una póliza de responsabilidad por malpraxis de directores y gerentes de las principales empresas tanto en el sector público como en el privado. Analiza sus elementos y sus diferencias con la póliza de fidelidad. Asegura que este tipo de seguro “se constituye como uno de estos productos de seguros no ofrecidos en este momento en Costa Rica que pueden ser tremendamente atractivos en un mercado de seguros abierto y que da al consumidor de las pólizas alternativas interesantes ,para obtener el cubrimiento de riesgos que no son atractivos para la empresa estatal que hoy en día opera el monopolio”.

El **Lic. Luis Conrado Ramírez**, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica, en su estudio **“La Compra-Venta Internacional y los Principios de UNIDROIT”** nos muestra el desarrollo que ha tenido la materia a partir de los antecedentes de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercancías (de la cual analiza sus principales disposiciones); la influencia de dicha Convención en los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales y la importancia de éstos sobre la jurisprudencia arbitral. El Licenciado Conrado desarrolla, magistralmente, el concepto de Nueva Lex Mercatoria, como Derecho no estatal, sino “autónomo” o “intersticial”, en concordancia con la doctrinas de la pluralidad de ordenamientos jurídicos de Santi Romano y del diritto dei privati de Cessarini Sforza. En su opinión, los Principios UNIDROIT no necesitan la «potestas» del legislador porque les sobra autorevoleza por su intrínseco contenido, por los autores que participaron, por el prestigio e independencia política del Instituto para la Unificación del Derecho Privado y finalmente, porque si se extirpa la buena fe y la diligencia contractual, no habría desarrollo comercial. Los diversos principios son

seguidamente desarrollados en forma muy clara y completa. Finalmente, nos informa acerca de los trabajos de preparación de la nueva edición de “Los Principios”.

“Responsabilidades del cargador en el contrato de transporte” lleva por nombre el artículo de la especialista en Derecho Comercial por la Universidad de Costa Rica, **Licenciada Lucía Carro Zúñiga**, quien introduce el tema con una clara exposición sobre los contratos de fletamento, de transporte marítimo, aéreo y por medio de contenedores. Se refiere a sus caracteres, sujetos, objetos, forma y efectos jurídicos. Si bien, usualmente, se enfatiza el tema de la responsabilidad del transportista, en muchos casos es el cargador (o sea, quien contrata con el transportador) el que incurre en incumplimientos capaces de generar daños, tanto a su propia mercadería, como al buque o las mercancías de otros cargadores. Indica la autora que gran parte de la responsabilidad del cargador radica en los tipos de embalaje y sus indicaciones (marcas de expedición, marcas de información, marcas de precaución, marcas o etiquetas para envíos especiales, marcas o etiquetas para mercancías peligrosas y marcas de manipulación). Llega así al tema de la responsabilidad del Cargador por Indicaciones Insuficientes o Equívocas en el Embalaje. Sostiene que “Es un asunto de mucha actualidad, y de gran importancia, donde nuestro país no debería quedarse atrás, sobre todo con los tantos tratados internacionales que se han aprobado en Costa Rica en los últimos años. Sería absurdo hacerle frente a estos intercambios comerciales con el Código de Comercio de 1853. Es urgente una reforma inmediata”.

También ofrecemos **“El contrato de franquicia”** de la **Licenciada María del Rocío Madrigal Salazar**, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica. La Licenciada Madrigal nos presenta un análisis muy completo de esta figura contractual, conocida doctrinal y jurisprudencialmente como contrato de concesión mercantil, carente de regulación en nuestras leyes, pero a la que la jurisprudencia nacional le ha asignado una tipicidad consuetudinaria. Además de informarnos sobre el desarrollo de este contrato, aspectos generales, elementos diferenciadores con el contrato de distribución, su tratamiento desde la perspectiva tributaria costarricense y sobre sus múltiples aplicaciones actuales, la autora realiza un tratamiento sistemático de sus elementos y eficacia jurídica. Nos informa de los pocos desarrollos jurisprudenciales y de una reciente sentencia del Juzgado Civil de Cartago que sirvió para formular un análisis comprensivo sobre uno de los aspectos esenciales del contrato de franquicia, el know how que, como ya se indicó, consiste en la transferencia de conocimiento que hace el franquiciante al franquiciado y que es lo que garantiza el éxito del negocio. En lo medular la resolución del Juzgado resolvió que “si no se trasmite el know how no hay franquicia.”

En **“Apuntes preliminares sobre la posesión ecológica”**, los Licenciados **Luis Albán Arias Sosa, Steven Esquivel Salazar y Nacira Rivera Cruz**, después de afirmar la transversalidad del Derecho Ambiental, nos hablan de la aplicación de nuevos criterios, de corte ecológico, a la anteriormente incólume posesión de ascendencia civil e identifican los aspectos primordiales que reviste la posesión designada con el nombre de ecológica. Explican las diversas modalidades de la posesión, civil, agraria y ecológica (preocupada por conservar la totalidad del bosque y los ecosistemas que dentro de él se encuentran). Como rasgo principal de esta última está la intencionalidad de la actividad (u omisión). A diferencia de otras formas de posesión, dicha actividad

no se realiza tanto “en” el bien poseído, sino que –generalmente- se ejecuta “por” el mismo. La nota principal de la posesión ecológica radica en que puede consistir, y a menudo sucede, en una no-actividad. Nos enseñan que la necesidad de una posesión de este tipo ya ha sido recogida en algunas sentencias nacionales. En las conclusiones muestran que el poseedor ecológico tiene acceso a diferentes procesos, para hacer valer sus derechos, ante daños al ambiente que le perturben en su posesión.

El **MSc. Mario Peña Chacón**, Consultor legal ambiental, profesor de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, participa con **“Cambio climático y servidumbres ambientales”**. Desde el inicio nos advierte que las políticas nacionales para la lucha contra el calentamiento global deben estar basadas en la prevención, mitigación y adaptación al cambio climático. Inicia el desarrollo con un tratamiento doctrinario sobre el derecho de servidumbre u sus formas. De las servidumbres ambientales nos dice que tienen su origen en una adaptación del common law, específicamente del instituto denominado “conservation easement” o “environmental easement” Se les puede definir como: “Limitaciones temporales o perpetuas, impuestas voluntariamente a la propiedad privada por sus propietarios para fines ecológicos, que se inscriben en el Registro Público, de manera que resultan vinculantes tanto para el que las impuso como para los subsiguientes adquirentes del inmueble, sea cual sea la causa de la adquisición. Dentro de sus ventajas, destaca que “permite que sujetos privados con conciencia ambiental sometan sus fundo a un uso sostenible con fines meramente ambientales así como científicos y educativos, ya sea a título gratuito o a cambio de una remuneración económica, brindando servicios ambientales a la colectividad, sin que el fundo llegue a salir del dominio particular, lo que implica que el propietario está facultado para continuar con actividades económicas que no contravengan las disposiciones pactadas en el contrato que crea la servidumbre”.

PERICIA BALÍSTICA EN SEDE PENAL

Lic. Carlos Manuel Estrada Navas (*)

SUMARIO:

Introducción

1 Apreciación judicial de la prueba pericial en general

2 Apreciación judicial de la pericia balística

2.1. Breves nociones básicas de balística

2.1.1. La balística como disciplina independiente

2.1.2. Concepto de balística

2.1.3. División de la balística

2.1.4. Términos técnicos usuales en balística

2.1.5. Información balística criminalísticamente útil

2.2. Información pericial médico legal

2.2.1. Acerca de la autopsia

2.2.2. Aspectos técnicos de la autopsia

2.2.3. Fenomenología de los hallazgos de autopsia

Conclusiones

Bibliografía

(*) Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica desde 2007
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, desde 1984
Miembro de la Cátedra de Derecho Privado de dicha Facultad desde 1985
Correo eléc.: carlos_manuel_estrada_navas@hotmail.com

RESUMEN

La apreciación de la prueba pericial no es tasada en el proceso penal pero sí debe respetar las reglas de la sana crítica. La prueba pericial balística se relaciona con la pericia médico legal pero tiene sus propios cometidos y alcances.

Palabras clave: libertad probatoria, apreciación de pruebas, prueba pericial, balística, medicina legal.

ABSTRACT

For the appraisal of technical evidence there are no specific rules but those of the right common sense according to law. Evidence in the field of ballistics is closely related to the criteria of the forensic medicine but it has its own goals and scopes.

Key words: freedom of legal evidence, appraisal of evidence, technical evidence, ballistics, forensic medicine

PERICIA BALÍSTICA EN SEDE PENAL

Lic. Carlos Manuel Estrada Navas

INTRODUCCIÓN

Analizaremos la tesis de que la apreciación de la prueba en general en sede penal no está sujeta a una tasación anticipada del valor probatorio sino que debe sujetarse a reglas de la sana crítica para evitar interpretaciones antojadizas o arbitrarias.

También investigaremos concretamente la prueba pericial balística, en sus orígenes, evolución y alcances modernos como disciplina independiente.

Intentamos asimismo clarificar el panorama de la relación de la prueba balística con la pericia médico forense.

Incluimos una presentación básica pero detallada de los principales temas de esta disciplina y de la terminología que conviene al Juzgador y a las partes procesales conocer para enriquecer la de por sí compleja discusión que esta materia plantea.

I- APRECIACIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA PERICIAL EN GENERAL

En la labor del Juzgador reviste especial importancia la apreciación adecuada de la prueba, en general, y de las pericias, desde luego, pues una correcta inteligencia del material probatorio puede llevar a tener por comprobada o rechazada la hipótesis fáctica sometida a pronunciamiento, la cual no solamente será la relación de hechos contenida en la acusación sino eventualmente también la tesis que la defensa y demás partes introduzcan al proceso. Podría pensarse que solamente la acusación ha de contrastarse con las pruebas, de manera que si ellas no sustentan la hipótesis acusatoria debería absolverse, pero también se prueban las tesis defensivas¹ y, asimismo, las partes civiles tendrán interés en que se tenga por demostrado que se produjo tal o cual daño y sus perjuicios, lo cual habrá de establecerse a partir de las pruebas².

1 Por ejemplo, si la Defensa niega que el acusado haya disparado contra el ofendido, pero alega una legítima defensa, los hechos que podrían ser constitutivos de ésta obviamente son objeto de debate y habrán de ser ponderados a la luz de la prueba recibida

2 Sobre este punto ver SANABRIA ROJAS, (2008, pp.289 ss passim), quien desarrolla en detalle el tema de la condenatoria civil en concreto, "Cuando el actor civil ha demostrado la existencia de un daño concreto y aportado prueba pericial sobre los montos" (pp.289 y ss) y de la condenatoria civil en abstracto a partir de que "... el actor civil debe demostrar la existencia del daño material o moral que reclama; de lo contrario, no procederá la condenatoria en abstracto ..." (pp.291 y ss), siguiendo a Creus "... en cuanto a la obligación del actor civil de demostrar el daño, para obtener una fijación prudencial por el Juzgador, cuando no haya aportado prueba sobre el importe" (loc.cit.)

En nuestro sistema procesal penal la prueba no es tasada, esto es, de antemano no están fijadas ciertas pruebas que sean las únicas aceptables para tener válidamente por probado algo. Esta es la regla del artículo 182 del Código Procesal Penal que dice “Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley”³. Pero este principio no conduce, por otra parte, a que sea posible, de forma irrestricta, tener por demostrado cualquier hecho a partir de cualesquiera pruebas⁴, pues la valoración de éstas debe respetar las reglas de la sana crítica racional, entre las cuales se cuentan las propias de la lógica, la experiencia, la psicología⁵. De lo contrario, y argumentando ad absurdum, podría tenerse por probado determinado hecho, por ejemplo, a partir de la

constatación de que todos los testigos nieguen que haya sucedido y de que las pericias digan que era físicamente imposible que se produjera, lo cual va contra el sentido común.

En el caso de las pruebas periciales, previstas para los casos contemplados en el artículo 213 del Código Procesal Penal “... cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica”, no obstante que a la postre el Juez sea el perito peritorium⁶, es claro que el mismo hecho de hacerse necesaria la participación de personas especialmente calificadas en determinadas disciplinas supone que el Juez no tiene por qué ser experto en esos y otros temas que rebasan la “cultura general de un juez medio”⁷. Además, al contarse en la mayor parte de las disciplinas relevantes

-
- 3 Según SANABRIA ROJAS (2008, p.353): “El sistema de valoración de la prueba vigente en nuestro proceso penal es el de las reglas de la sana crítica o libre convicción (arts. 142, 184, 361 y 369 inciso d) del Código Procesal Penal. Deben tomarse en cuenta las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común. El Juzgador tiene libertad para valorar la prueba, pero debe indicar las razones por las cuales le merece o no crédito un determinado elemento de convicción” Podemos agregar que el sistema procesal anterior básicamente ya contenía un regla equivalente excepto para los temas de estado civil (el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales decía: “No regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas”)
- 4 Aunque así pueda haberse afirmado, lo fue más bien para criticar ciertos excesos de las facultades de las partes; así, ARMIJO SANCHO (1997, p.85): “... El MP no está circunscrito a la realización de los medios de prueba expuestos, la libertad de prueba, le permite llevar a cabo, cuanta diligencia considere oportuna para esclarecer los hechos investigados; en esta materia no rigen las limitaciones de la prueba civil salvo prohibición expresa de la ley (arts. 198 CPP, 182 NCPP). Se ha dicho, que en la jurisdicción penal todo se puede probar y por cualquier medio lícito” (lo subrayado, aparece destacado en el original; aquí, en negrita, lo que destacamos nosotros)
- 5 SANABRIA (2008, p.353) indica que en la valoración de la prueba, el Juzgador debe ceñirse a reglas: “Tales son el principio de razón suficiente o de derivación y el de coherencia o falta de contradicción. Por el primero, el Juzgador debe establecer una relación entre el hecho probado y los elementos probatorios recibidos en la audiencia. El principio de coherencia exige al tribunal no incurrir en contradicciones al valorar la prueba La inobservancia de alguna de estas reglas permitirá la casación.” Ver también al respecto CASTILLO GONZALEZ (2003, pp. 76-80 passim) quien, entre otras ideas, expone que: “De acuerdo a la doctrina dominante y la legislación vigente, los jueces están ligados en la valoración de la prueba y sus decisiones a las leyes del pensamiento y a las reglas de experiencia. Ambas constituyen las fronteras de la libre valoración de la prueba. Por consiguiente, el juez debe, a la hora de deliberar su decisión, tener en cuenta las leyes de pensamiento y las máximas de experiencia generales; para ello, debe tener en consideración conocimientos de otras ciencias distintas al derecho” (loc. cit; lo subrayado aparece destacado en el original)
- 6 Ver CAMBRONERO y RODRIGUEZ (2006, p.21), quienes citan a su vez a GOMEZ COLOMER y a LLOBET RODRIGUEZ; también la jurisprudencia se ha referido a la idea del juez como perito peritorium, así en la sentencia 122 del año 2000 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- 7 CAMBRONERO y RODRIGUEZ (2006, p.19)

con peritos oficiales⁸ e imparciales⁹, resulta comprensible que el Juez sienta gran confianza en las afirmaciones de los dictámenes periciales, especialmente si son emitidos por el Organismo de Investigación Judicial. No obstante, no se obliga a tener por santa palabra los informes periciales pues, en definitiva, quien debe tener por acreditado o no el hecho es el juez, no el perito¹⁰ y se ha mantenido la tesis de que las partes tienen frente al perito un verdadero derecho subjetivo¹¹.

Cada tipo de pericia tiene su marco de acción, su competencia propia y sus límites. A este respecto, CAMBRONERO y RODRÍGUEZ¹² nos dicen: “En los aspectos propios de la pericia, el perito debe limitarse a las cuestiones atinentes a su especialidad. A veces el perito cree que puede emitir juicios igualmente certeros en otros terrenos

aunque no tenga pericia en ellos.”. Pero incluso, aunque el perito debe tener conciencia de la propia limitación de su quehacer, es el Juez quien en último caso debe velar porque la información aportada al proceso sea correctamente interpretada y valorada¹³.

Así entendido el punto, podemos resumir siguiendo la doctrina¹⁴ que la prueba pericial (especialmente la que se basa en ciencias exactas) ofrece al Juez básicamente dos¹⁵ cosas: una, la demostración de un hecho, esto es, tener por establecida determinada circunstancia fáctica¹⁶, y dos, facilitar la comprensión cabal de ese hecho, lo cual puede contribuir a la interpretación del hecho tenido por demostrado así como de éste dentro del contexto de las diferentes evidencias tomadas en su conjunto¹⁷.

8 Usualmente, funcionarios de planta del Poder Judicial, así en medicina legal en sus múltiples ramas, en grafoscopia, contables, química, toxicología, balística, física, etc.

9 Aunque las partes pueden proponer tanto sus peritos como sus consultores técnicos, según art 20 del Código Procesal Penal, tales peritos tienen el deber de decir verdad en sus dictámenes.

10 Es pacífico en doctrina moderna, que el criterio del perito no es vinculante para el juez quien “tiene el poder y el deber de someter a su crítica las conclusiones periciales; quedando en libertad de aceptar o rechazar total o parcialmente el criterio de perito, sin que la opinión de este (sic; recte: éste) vincule o pueda venir a sustituir su criterio” CAMBRONERO y RODRIGUEZ (2006, p.89)

11 GARZONA MESEGUER (1994, p.83)

12 CAMBRONERO y RODRIGUEZ (2006, p.111)

13 Así, un experto, por ejemplo, en toxicología, debería evitar inmiscuirse en el campo, verbigracia, de un contable, aunque pueda ser que dicho perito tenga también conocimientos de contabilidad; su título habilitante (en toxicología) hace que su criterio toxicológico sea una base sólida del razonamiento del Juez en tema de envenenamiento, pero que sus ideas en contabilidad no pasen de ser una opinión, no necesariamente correcta ni incorrecta, que el Juez sabrá ponderar a la luz de sí misma y de la restante prueba.

14 CAMBRONERO y MARTINEZ (2006, p.11): “En muchas ocasiones el hecho sometido a una investigación judicial suele presentar características especiales que hacen difícil su comprensión o demostración por medio de conocimientos comunes u ordinarios, pues conlleva – en la mayoría de las veces – problemas de orden científico, técnico o artístico, que en principio como tales, escapan al conocimiento jurídico o común del juzgador” (en negrita lo que destacamos)

15 ROXIN, citado por CAMBRONERO y RODRIGUEZ (2006, pp. 17 y 18), añade un tercer aspecto que sería la expresión previa de las reglas propias de la ciencia o arte respectivo; como, estimamos, ello no sería más que el presupuesto instrumental de los dos cometidos que mencionamos, nos parece innecesaria esta visión tripartita.

16 Por ejemplo, el hecho puro y simple de que no había pólvora en la mano derecha del acusado. Este hecho la pericia permite tenerlo por acreditado.

17 Por ejemplo, la ausencia de pólvora en la mano permite descartar que el acusado haya disparado. Hasta aquí lo que la pericia informa, pues científicamente queda establecido que si hubiera accionado el arma con su mano, tendría pólvora en ella. La inferencia de que tal ausencia podría excluir que el disparo sea suicida, es un razonamiento válido, en principio, pero le corresponde al Juez hacerlo y sustentarlo confrontando los hechos que informa y explica la pericia en conjunto con la restante prueba.

La pericia, así considerada, es entonces un poderoso instrumento para que el Juez establezca la verdad de las hipótesis (acusatoria, defensiva, resarcitoria) sometidas a debate. Pero solamente el Juez, no el perito, es quien tiene que determinar si a partir de las pruebas, válidamente incorporadas al debate, se debe tener por demostrado, o no, determinado hecho y sus circunstancias. Y, desde luego, continuará siendo labor exclusiva del Juez determinar si los hechos demostrados encuadran en el tipo penal, si se debe estimar que concurre una causa de justificación, si hay culpabilidad y si concurren además los restantes aspectos propios de la fundamentación jurídica del fallo. Todos estos aspectos que integran y se entienden a la luz de la teoría misma del delito, escapan al cometido del perito.

Este tema ha sido tratado por nuestra jurisprudencia¹⁸, que ha delimitado el rol del perito y del Juez: en línea de principio, en ausencia de otras pruebas, es inadecuado que el Juez se aparte del criterio pericial en cuestiones fácticas, pero también es inadecuado que el Juez delegue su análisis fáctico y jurídico en el dictamen de peritos¹⁹.

2- APRECIACIÓN JUDICIAL DE LA PERICIA BALÍSTICA

Para la adecuada apreciación por parte del Juzgador de una pericia de balística, dentro del contexto expuesto supra referente a la prueba pericial en general, conviene primeramente reseñar algunas nociones importantes de balística y relacionarlas, en segundo término, con la información que la pericia médico legal²⁰ suministra, para finalmente confrontarlas con los datos que la prueba testimonial y otra pueda proveer. Dedicamos una sección a cada uno de aquéllos dos temas, no así al último pues en realidad se trata de un problema casuístico a resolver por el Juzgador en cada caso concreto.

2.1 BREVES NOCIONES BÁSICAS DE BALÍSTICA

Varios son los aspectos de esta disciplina que conviene tener en cuenta a la hora de interpretar una pericia balística, sola o en relación con la información que la pericia médico legal brinda. Dedicamos una subsección a analizar por separado los principales temas a considerar por el Juzgador u operador jurídico enfrentado a una de estas pericias.

18 Ver, por todas, la sentencia 747 del año 2007 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: &&

19 La figura del iurisperito, utilizada con frecuencia en el Derecho anglosajón, es ajena a nuestra realidad y legislación, pues en definitiva el Juez conoce el Derecho, iura novit curia (artículo 5 Ley Orgánica del Poder Judicial).

20 Generalmente, con la información que se contiene en la autopsia.

2.1.1 LA BALÍSTICA COMO DISCIPLINA INDEPENDIENTE

En el marco de las ciencias criminalísticas, la balística aparece en forma relativamente tardía y no exenta de escepticismo²¹. Otro problema, epistemológico y práctico sin duda, es su reconocimiento como disciplina separada, complementaria sí dentro del campo criminalístico, pero distinta de la medicina forense²². Tal complementariedad, y asimismo su diferenciación, es de suma importancia en los casos, nada infrecuentes para la praxis forense, de que sea necesario o conveniente determinar, por ejemplo, aspectos fácticos como la posición relativa de víctima y victimario en las agresiones con arma de fuego, a cuyo respecto nos dice MORENO GONZALEZ que: “Esta cuestión nos ubica exactamente en los límites de la balística de efectos y de la balística externa, haciendo, por tanto, necesaria para su solución la intervención conjunta del médico forense y el experto en criminalística, específicamente en balística forense. El principio y fundamento que permite resolver

esta cuestión consiste en la correspondencia significativa que fundamentalmente existe entre el punto desde el cual se hace el disparo, la forma en que incide el proyectil sobre la piel, el trayecto del proyectil en el interior del cuerpo y el punto final de impacto del mismo en caso de que atraviese el cuerpo del lesionado. Para despejar la interrogante planteada, no son suficientes los datos obtenidos en la autopsia. Son necesarios, conforme recomienda el sabio profesor Maestre, todos los datos del sumario, puesto que todos interesan y solamente con el estudio global de los mismos lograremos orientarnos en el intrincado dédalo de las posibilidades”²³

2.1.2 CONCEPTO DE BALÍSTICA

Los expertos en balística proveen definiciones de su disciplina como la siguiente: “Entendemos por balística el estudio de las causas y efectos del proyectil, en su trayectoria desde la boca de carga del arma de fuego hasta el final de la misma”²⁴ En realidad, este concepto, al contener varias precisiones técnicas propias

21 Refiere ECHEVERRY GOMEZ (1980, p.26) que el conocido intelectual George Bernard Shaw se mostró contrario a que la convicción del jurado se fundase en el criterio técnico de una disciplina no reconocida en ese entonces, la balística: “El 23 de abril de 1928, el juez Avory presidía en Old Bailey la causa contra Browne y Kennedy. Por primera vez la balística forense entraba en el viejo edificio. El microscopio comparativo sirvió de tema a los titulares de los periódicos, y aún se hablaba de él cuando los dos acusados – condenados a muerte – morían, el 31 de mayo de 1928, en las cárceles de Pentonville y Wandsworth. Naturalmente, aún había desconfiados que encontraban extraño y confuso el uso del microscopio comparativo como método probatorio. Uno de ellos era G. B. Shaw, quien no perdía ninguna oportunidad de llamar la atención. En una carta abierta se refería a ‘muestras fabricadas ex profeso en pistolas y cartuchos, para impresionar a los jurados’”

22 ECHEVERRY GOMEZ (1980, pp.26-27) recuerda que: “Durante mucho tiempo – en parte, incluso después de la segunda guerra mundial – se discutió el problema de si la balística forense era una parte de la medicina forense – a la que tanto debía –, o bien si había de convertirse en un campo de acción de especialistas técnicos, mientras que las heridas de bala seguirían perteneciendo a la jurisdicción de la medicina legal. Era una polémica que recordaba, en muchos aspectos, la lucha de la toxicología por definir su posición en la investigación criminal. Pero al final se fue imponiendo la idea de que el nuevo campo exigía una responsabilidad, un tiempo y una atención especiales, y que no podía ser ejercido por hombres que, a la vez, tuvieran que hacer otros trabajos de investigación distintos”

23 MORENO GONZALEZ (1979, pp.40-41)

24 LOCLES (2006, p.27) (lo aquí subrayado aparece destacado en el original). Coinciden, ECHEVERRY GOMEZ (1980) y MORENO GONZALEZ (1979)..

del oficio, viene a ser restrictivo respecto del que ofrece la Real Academia²⁵, y resulta más útil para nuestros efectos al circunscribirse al caso de las armas de fuego²⁶ cuyos lesionados originan los casos que suelen llegar a foros judiciales²⁷

2.1.3. DIVISIÓN DE LA BALÍSTICA

No obstante que, conforme la definición transcrita, la balística parecería ser más un campo de investigación vinculado con la Mecánica²⁸, y por ende sería un problema meramente Físico Matemático, se constata que en los distintos trayectos que el proyectil efectúa con ocasión de herir a un ser humano están relacionados otros aspectos, de donde surge la clásica²⁹ división tripartita de la balística:

BALÍSTICA INTERNA: Estudia lo que sucede a lo interno del arma de fuego. Crimina-

lísticamente es muy importante, porque provee la información para identificar si el proyectil fue disparado con determinada arma³⁰. Obliga al perito a conocer sobre los distintos tipos de armas, marcas, calibres, mecanismos de carga y expulsión, municiones, diversas pólvoras o explosivos, conocimiento que tecnológica y comercialmente está en evolución permanente.

BALÍSTICA EXTERNA: Estudia lo que sucede desde el arma de fuego hasta la víctima. Es la parte más físico-matemática de la balística donde se requieren especiales conocimientos de geometría y de mecánica newtoniana. Se complica asimismo con las circunstancias topográficas del sitio, por ejemplo en el caso del rebote, directo, indirecto y semi-rebote³¹ Criminalísticamente, tiene relación con los principales problemas a resolver³².

25 REALACADEMIA ESPAÑOLA (2001, p.277): "Ciencia que estudia la trayectoria de los proyectiles" VARGAS ALVARADO (2005, p.201) sigue a la Academia pero sustituye 'movimiento' en vez de 'trayectoria'.

26 Si se toma en cuenta que 'bala', étimo de balística, es solamente un tipo de proyectil ("Proyectil de forma esférica o cilíndrico-ogival, generalmente de plomo o hierro", (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001, p.274))), vocablo en cuya definición sí se hace referencia a estas armas ("Cuerpo arrojadizo, especialmente si se lanza con arma de fuego; p.ej., una bala, una bomba, etc" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001, p1852))), podríamos pensar que 'balística' ya no resulta el mejor término, sino algo así como 'proyectilística'; el asunto se complica, sin embargo, porque "La denominación de proyectil comprende no solo el lanzado por un arma de fuego, como hacia la balística clásica, sino también los cohetes y modernos misiles" (SALVAT (2004,. p.1446).

27 Y no así los delitos concernientes a atentados con bombas explosivas, o las matanzas propias de bombardeos aéreos, ni menos el tema de las armas de destrucción masiva, que preferimos excluir de nuestro artículo – y del mundo – .

28 Por las velocidades involucradas, basta con la tradicional mecánica de Newton pues las armas de fuego no operan ni a nivel subatómico ni cerca de la velocidad de la luz, como para tener que acudir a la mecánica cuántica o a la teoría de la relatividad,.

29 Es la que utilizan ECHEVERRY GÓMEZ (1980), MORENO GONZALEZ (1979), VARGAS ALVARADO (2005) y la encontramos también en SALVAT (2004, p.1446): "Según se estudie el movimiento del proyectil en el interior del arma que lo dispara, en el aire o en el interior del objetivo, la balística se divide en interna, externa y de efectos respectivamente"

30 VARGAS ALVARADO (1980, p.157): "El número de estrías, el giro de ellas hacia la derecha o hacia la izquierda, el ángulo de giro, la profundidad de la estría, el ancho del valle y el ancho de la cresta, son características propias de cada tipo de arma. Por su parte, las estrías que se graban en la superficie lateral del proyectil al pasar por el ánima son las características accidentales de un arma, y permiten su identificación individual" (lo aquí sobrayado, aparece destacado en el original).

31 LOCLES (2006, pp.91-92).

32 Como establecer si el agresor pudo disparar a la víctima en determinado espacio o lugar.

BALÍSTICA DE EFECTOS: también llamada balística médico-legal³³ o balística terminal³⁴. Estudia lo que sucede en el cuerpo de la víctima, signos que pueden apreciarse en piel, huesos, trayectoria (rectilínea, curvilínea, dividida, migrante) dentro del cuerpo, lesiones que se ocasionan, y el eventual orificio de salida y sus características. Es la parte de la balística que concierne, principalmente, al médico forense³⁵ por lo que es objeto del dictamen médico legal.

2.1.4. TÉRMINOS TÉCNICOS USUALES EN BALÍSTICA

Como en cualquier disciplina suficientemente compleja, hay muchísimas expresiones técnicas en balística. Presentamos una breve selección de las que más se encuentran en los dictámenes respectivos y que es importante saber diferenciar especialmente porque las diferencias son sutiles y relativas³⁶, así:

Ángulo de incidencia: “es el ángulo formado por la horizontal del OE teniendo en cuenta la posición del cuerpo en el momento de recibir el impacto, y la trayectoria del proyectil”³⁷

Ángulo de oscilación: “es el ángulo formado por la horizontal en el punto que representa el centro de gravedad del proyectil y la recta que une ese punto con el punto medio de la ojiva”³⁸

Ángulo de penetración: “Es el ángulo formado por la horizontal del OE (en este caso, el cuerpo se considera siempre en posición vertical al suelo) y la trayectoria del proyectil”³⁹

Ángulo de tiro: “Es el ángulo formado por la horizontal en la boca del arma de fuego y la trayectoria del proyectil”⁴⁰

Trayectoria interna: “el segmento de trayectoria dentro del ánima del cañón del arma de fuego, desde la boca de carga hasta la boca de fuego”⁴¹

Trayectoria externa: “el segmento de trayectoria que media entre la boca de fuego y el orificio de entrada del proyectil (OE)”⁴²

Trayectoria médico legal: “estudia la balística de efecto dentro del cuerpo humano, y es tratada por los médicos legistas. La podemos definir como el segmento de trayectoria que va desde el orificio de entrada (OE) al orificio de salida (OS)”⁴³

33 LOCLES (2006, p.105).

34 VARGAS ALVARADO (2005, p.201)

35 De hecho, son los autores en medicina legal exponen esta sección de la balística, por ejemplo VARGAS ALVARADO (1980, pp. 159 y ss.) (2005, pp.198 y ss).

36 Para su distinción conviene citar a LOCLES (2006, pp 108-110 passim): “Como se puede notar, la diferencia entre uno y otro estriba en considerar la posición del cuerpo, mientras que en el de incidencia tiene que ver la posición que tenía el cuerpo en el momento de recibir el impacto, ya que si está agazapado o inclinado, el ángulo va a ser distinto ... El ángulo de incidencia siempre es igual al ángulo de tiro, el ángulo de penetración es igual al ángulo de tiro sólo en los casos en que sea igual al ángulo de incidencia ... Hay muchos autores y peritos balísticos que los confunden y llaman ángulo de incidencia, de choque o de penetración, refiriéndose al ángulo de tiro ... Ya aclaramos que algunos autores confunden los ángulos definidos precedentemente, pero también hay quienes toman otras rectas de origen para su medición, como por ejemplo, la vertical al piso desde la boca del arma de fuego o desde el OE y no la horizontal”

37 LOCLES (2006, p.56)

38 LOCLES (2006, p.56)

39 LOCLES (2006, p.108)

40 LOCLES (2006, p.109)

41 LOCLES (2006, pp.27-28)

42 LOCLES (2006, p.37)

43 LOCLES (2006, p.105)

Trayectoria final: segmento desde el orificio de salida hasta que la bala se detiene ⁴⁴

2.1.5. INFORMACIÓN BALÍSTICA CRIMINALÍSTICAMENTE ÚTIL

MORENO GONZÁLEZ incluye en su estudio lo que denomina Balística Forense Reconstructiva⁴⁵ donde señala cinco cometidos principales de esta disciplina, a saber: UNO: establecer la posición víctima-victimario⁴⁶; DOS: establecer el punto desde el cual se hizo el disparo⁴⁷; TRES: establecer la distancia del disparo, punto que, sostiene no puede “resolverse con precisión”⁴⁸ pero que hay cuatro tipos de disparos, que presentan

usualmente suficientes fenómenos asociados para reconocerlos: a boca de jarro⁴⁹, a quemarropa⁵⁰, a corta distancia (con tatuaje), a larga distancia (sin tatuaje). CUATRO: establecer el trayecto del proyectil⁵¹ CINCO: establecer la dirección del disparo⁵².

Otros autores⁵³ coinciden en lo fundamental con la lista que ofrece MORENO GONZALEZ, aunque ECHEVERRY GOMEZ⁵⁴ añade otros temas varios, de los que destacamos la ‘identificación de proyectiles y vainillas’ – casquillos – que lleva lógicamente a pensar que conviene enunciar también un SEXTO punto, que no por obvio sea quizá el más importante, a saber: identificar el arma homicida⁵⁵.

44 LOCLES (2006, p149) advierte que: “Esta parte de la trayectoria no fue tenida en cuenta por ningún autor, ni se pudieron encontrar estudios o trabajos al respecto ... Los médicos legistas, cuando tocan el tema de la trayectoria centran toda su atención, como es lógico, en el sector determinado como médico-legal (dentro del cuerpo de la víctima)” LOCLES sostiene que este segmento final es importante de investigar pues “El perito balístico tiene que interpretar qué pasó; cada elemento es una forma para hacerlo” (ibid., p.150)

45 MORENO GONZALEZ (1979, p.40)

46 MORENO GONZALEZ (1979, p.41): “la dirección de abajo a arriba o de arriba abajo debe relacionarse con la talla relativa de agresor y agredido, pero más principalmente con el sitio del suceso. Es natural que un individuo de baja estatura podrá herir a otro mucho más alto, de abajo a arriba, estando en el mismo plano. No lo es menos que igualmente puede suceder que la herida tenga el trayecto indicado si el plano donde se hallaba el agredido era superior al del agresor, aún siendo éste de estatura igual o superior a la del primero”

47 MORENO GONZALEZ (1979, p.42) donde sugiere que “algo ayuda para tratar de resolver este problema, conocer la situación de los casquillos en el lugar de los hechos”

48 MORENO GONZALEZ (1979, p.43)

49 MORENO GONZALEZ (1979, p.43): “se realiza con la boca del arma en contacto con la piel por lo que se le asocian los signos boca de mina’ de Hofman, en la piel, y el ‘signo de Benassi’ en el hueso”

50 MORENO GONZALEZ (1979, p. 44): “disparo hecho a una distancia no superior al alcance de la llama”, que se asocia a anillo de contusión y tatuaje.

51 MORENO GONZALEZ (1979, p.45): “camino recorrido por éste a través del cuerpo” para lo cual advierte que como el proyectil puede fragmentarse al chocar con partes óseas, cada fragmento seguirá su propia trayectoria, de modo que ‘No es siempre exacto que la dirección del disparo sea la representada por la recta que une el orificio de entrada y de salida’ (loc. Cit. citando a Piedelievre y Desoille) mientras otros autores añaden que la bala puede migrar, si entra en arterias o venas grandes, o desviarse y seguir trayecto curvo “sin haber golpeado ninguna parte dura, y esto solo por el hecho de atravesar órganos de diferente densidad, o por seguir la superficie de ciertos huesos curvos” (ver ECHEVERRY GOMEZ (1980, p.81)).

52 Para esto resulta muy útil conocer e interpretar la presencia y forma del anillo de Fisch.

53 Así, VARGAS ALVARADO (2005, p.213)

54 ECHEVERRY GOMEZ (1980, p.82)

55 Como el trayecto de balística interna deja en el proyectil marcas singulares que permiten su identificación, es científicamente factible obtener una conclusión fehaciente en cuanto que si tal proyectil fue disparado por cual arma, o no.

2.2. INFORMACIÓN PERICIAL MÉDICO LEGAL

El enfoque médico legal de lo que la doctrina denomina, según vimos, balística interna o de efectos comprende en realidad una temática bastante amplia, cual es la de la traumatología por arma de fuego⁵⁶. Para los propósitos del presente artículo, sin embargo, encontramos preferible circunscribirnos⁵⁷ a los casos donde por no poder ya la víctima dar su declaración cobra especial importancia lo que su cadáver evidencia, por lo cual analizaremos más en detalle la autopsia.

2.2.1. ACERCA DE LA AUTOPSIA

Según la definición de la Real Academia, por autopsia se debe entender el: "Examen anatómico de un cadáver"⁵⁸ Las Ciencias Médicas utilizan un concepto más técnico que incluye sus fines; así, el Doctor Guillén nos dice que: "La autopsia se puede definir como 'el exámen (sic; recte: examen) anatómico y patológico del cadáver para conocer la causa de la muerte'"⁵⁹

Para efectos del Juzgador, es de gran importancia la determinación médico legal de la causa⁶⁰ y la manera de la muerte, esto es: "el carácter natural, homicida, suicida, accidental o indeterminado de un deceso"⁶¹ Desde luego, como siempre indican los dictámenes médico legales, la determinación de la manera de muerte se hace desde la perspectiva médico forense pues será el Juzgador, en definitiva, quien establezca la conclusión fáctica y jurídica que corresponda al caso.

Debe tomarse en cuenta, para su mejor comprensión, que la autopsia no se limita a determinar la causa de la muerte para informarle al Juzgador. De hecho, el mismo Doctor Guillén incluye una tabla que enumera, entre otros varios, los principales objetivos de la autopsia, que conviene transcribir: "Sin embargo, el procedimiento de autopsia tiene un objetivo mucho más amplio que sólo la determinación de la causa de la muerte (Tabla 1) Tabla 1. Objetivos de la autopsia Asegurar el control de calidad de los servicios médicos. Establecer o confirmar la causa de la muerte ... Permitir diagnósticos forenses ... Proveer

56 Así desarrolla este tema VARGAS ALVARADO (1980, pp. 159 y ss), (2005, pp.198 ss)

57 De todas maneras, si el lesionado por arma de fuego sobrevivió, los hallazgos médico legales y su interpretación guardan similitud con los datos que la autopsia revelaría.

58 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001, p.253) que remonta su etimología al griego donde significaría "acción de ver por sus propios ojos" (loc.cit), sentido oscuro que se aclara con la explicación histórica (ver infra nota de cómo la patología entró a jugar papel preponderante en la autopsia). También existe el vocablo "necropsia" que la misma Real Academia da como sinónimo de autopsia (ibid, p.1572) pero que usualmente se reserva para el caso de cadáveres de animales. Es posible hablar igualmente de "tanatopsia" (Ver VARGAS ALVARADO (1980, p.69)

59 GUILLEN (2001, p.1)

60 La causalidad es un complejo problema, ante todo filosófico, importante en muchas ciencias y que en Derecho resulta un verdadero quebradero de cabezas que escapa los alcances del presente artículo. Baste ubicar, en principio, que la causa de que se habla en la autopsia usualmente refiere al concepto filosófico de causa; para Aristóteles, a veces, la causa motriz (ver ARISTOTELES (2007, p.184): "Por lo tanto, cuando se quiera investigar las causas, será necesario enumerar todas las causas posibles, ya que la causa se entiende de maneras distintas. Así, ¿cuál es la causa material del hombre? La menstruación. ¿Cuál es la causa motriz? Quizá la esperma. ¿Cuál es la causa formal? La esencia pura. ¿Cuál es la causa final? La finalidad); otras, la causa eficiente (ver FRAILE (1960, p.871))"

61 VARGAS ALVARADO (1980, p.69)

información y asistencia a los sistemas judiciales y legales.”⁶² Históricamente, en realidad, la autopsia no surge con vistas a proveer información al sistema judicial (autopsia médico legal), sino como una técnica de verificación, autocontrol, retroalimentación e investigación dentro de la ciencia médica ⁶³ (autopsia hospitalaria ⁶⁴) En alguna época, por razones religiosas, incluso, estuvo prohibido realizar la disección de los cadáveres ⁶⁵, por ende, resultaba impracticable la autopsia más que a nivel macroscópico externo.

2.2.2. ASPECTOS TÉCNICOS DE LA AUTOPSIA

Es conveniente conocer, a grandes rasgos, el procedimiento que se utiliza para realizar las autopsias pues una comprensión de este tema puede enriquecer la interpretación de la pericia por el Juzgador y el contralor a cargo de las partes, así como clarificar el sentido de los hallazgos de que se informa en el dictamen.

Para estos efectos, el instrumento que documenta lo actuado es el llamado protocolo de autopsia. El Doctor VARGAS BALDARES, refiriéndose a la autopsia en general ⁶⁶ nos explica: “EL PROTOCOLO DE AUTOPSIA.

El protocolo de autopsia es el registro escrito, gráfico, fotográfico e histológico de los hallazgos patológicos observados en la autopsia. El protocolo de autopsia completo consta de las siguientes partes: 1.Diagnósticos anatómicos (principales y accesorios), 2.Resumen de Historia Clínica (con copias de radiografías, electrocardiogramas y otros estudios de interés) 3.Descripción macroscópica de la autopsia (incluyendo pesos y medidas y esquemas y fotografías que sean necesarios) 4.Descripción microscópica de lesiones 5.Resultados de estudios microbiológicos, toxicológicos, etc, 6.Epicrisis y comentario con las referencias bibliográficas pertinentes al caso” ⁶⁷ Para la autopsia médico-legal, VARGAS ALVARADO recomienda que: “El patólogo forense debe contar con la mayor información posible acerca de las circunstancias de la muerte antes de iniciar la autopsia, y si es posible asistir a la escena del hecho. Todo con el propósito de que guíe la búsqueda de signos en el cadáver y se oriente la toma de muestras para laboratorio”⁶⁸

Como los hallazgos de autopsia, por ejemplo los signos, son fundamentales a la hora de interpretar criminalísticamente junto con los datos balísticos, es importante dar en la autopsia

62 GUILLEN (2001, p.1)

63 Es de este modo que, en su origen el mismo (griego: autos) médico ve con su ojos (del griego, también, 'opsia') el cadáver de su paciente fallecido. Recuenta GUILLEN (2001, pp.1-2) que: “Durante el siglo XVIII y XIX, la autopsia era realizada por el mismo médico tratante (3). Las conclusiones obtenidas después de la autopsia estaban basadas únicamente en los hallazgos macroscópicos ... No fue sino hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando se empezó a perfilar la Anatomía Patológica como una subespecialidad médica, que se lograron los mayores avances en el estudio de la autopsia y en el conocimiento de las enfermedades, con los trabajos de Carl von Rokilansky (1804-1878) y Rudolf Virchow (1821-1902). Estos dos científicos fundaron las bases para el estudio sistemático de los hallazgos de autopsia: Rokilansky a través de la observación macroscópica, y Virchow por macroscopía y por microscopía de luz.”

64 VARGAS ALVARADO (1980, p.69) distingue claramente la autopsia médico-legal de la autopsia hospitalaria

65 DEWEERDT (1999 pp 177): “L'interdiction de disséquer est promulguée par l'Eglise. Elle ne fut autorisée que par Sixte IV en 1480. Mais seuls les condamnés à mort sont disséqués »

66 Podría ser tanto en la autopsia médico legal como en la hospitalaria.

67 VARGAS BALDARES (1980, p.18)

68 VARGAS ALVARADO (1980, p.70)

el énfasis respectivo las descripciones detalladas. En este sentido, el Doctor VARGAS BALDARES indica: “La descripción macroscópica de órganos y lesiones debe hacerse siempre y en la forma más completa y detallada, ya que es la última oportunidad que se tiene de conservar de manera real las características de los órganos y tejidos lesionados. Una descripción detallada del aspecto externo del cadáver es de la mayor importancia. Se deben utilizar descripciones concretas, pero detalladas, evitando el uso de términos diagnósticos. La descripción de las lesiones debe hacerse de tal manera que una persona entrenada pueda llegar a la misma impresión diagnóstica que el prosector, al leerla”⁶⁹

En el caso de muerte mediante armas de fuego, en la autopsia habrá de tomarse en cuenta lo que señala el Doctor VARGAS ALVARADO: primero, para el examen externo: “identificar orificios de entrada y de salida, describir localización, características y dimensiones. Medir distancias de los talones, orientar trayectos”⁷⁰; y, para el examen interno: “El cadáver debe abrirse mediante una incisión en

forma de ‘T’ ...Examen de la cabeza: ... Los músculos temporales deben ser separados cuando haya orificios de arma de fuego en esa región para mostrar el signo de Benassi, ... Examen del tórax: ... En heridas por arma blanca o arma de fuego, antes de remover las vísceras, correlacionar las heridas de la pared con las laceraciones en los órganos”⁷¹

Consideramos relevante destacar que, desde el punto de vista médico legal, las descripciones en las autopsias utilizan una nomenclatura y un marco de coordenadas definidas por la anatomía, disciplina médica que está a la base del conocimiento médico⁷². El elenco completo de términos utilizados⁷³ en anatomía escapa, obviamente, al alcance del presente artículo, pero para su cabal correlación con la información balística sí conviene tener en cuenta el concepto de posición anatómica⁷⁴, piedra angular en esta materia y que en medicina se concibe así: “Posición anatómica. La posición anatómica tradicional, establecida hace largo tiempo, sitúa el cuerpo erecto⁷⁵ con los pies juntos, los brazos colgando a ambos costados y los pulgares dirigidos hacia fuera

69 VARGAS BALDARES (1980, p.19)

70 VARGAS ALVARADO (1980, p.70)

71 VARGAS ALVARADO (1980, pp.70-71 passim)

72 Sobre anatomía, por todos cfr GRAY (1985), PIERSON (1980), GOSS (1978), GRILLO (1990)

73 V.gr. planos medio, sagital, frontal, coronal; partes ventral, dorsal, anterior, posterior, palmar, volar, craneal, caudal; así como los relativos interno, externo, superficial, profundo, proximal, distal, entre otros (ver GOSS (1978, p.2))

74 No necesariamente coincidente con la posición que describe, en balística externa, la trayectoria de la bala pues los ángulos y planos se pueden referir tanto a quien dispara como a quien es impactado. En general, es obvio que cada disciplina utiliza por convención, tradición o alguna otra razón, los ejes de coordenadas que le correspondan, y que no tienen por qué coincidir de una disciplina a otra (como dato curioso, confirmando nuestra tesis, se tiene que en heráldica: “... el lado diestro corresponde al izquierdo del que mira, y el siniestro al derecho, pues se supone el escudo como descrito por el caballero que lo lleva” (EASA (1986, p.10)))

75 Esto, para efectos descriptivos anatómicos. Normalmente, el cadáver se coloca en decúbito dorsal (boca arriba) en la mesa de disección, por lo que las direcciones y ángulos deben rotarse, mentalmente, noventa grados: una trayectoria de bala que ingresa por la cabeza y sale o se aloja en el abdomen, se describe anatómicamente como de arriba hacia abajo mientras que si se tomara de referencia que el cuerpo está (al momento de la disección) sobre la mesa, en el mundo físico, una eventual dirección de arriba hacia abajo (realidad física) sería de anterior hacia posterior (anatómicamente). Desde luego, todas estas direcciones utilizadas en la descripción anatómica son independientes de la posición real (de pie, acostado, recostado, en cuclillas, cabeza abajo) que, en el mundo físico, ocupaba (hecho histórico que se investiga) el sujeto que recibió un balazo.

del cuerpo. Esta posición se utiliza al referirse a relaciones topográficas, especialmente las internas y externas de las extremidades. Las acciones musculares y los movimientos articulares se exponen refiriéndose a esta posición. Es particularmente importante que dicha posición sea utilizada en las descripciones en las que intervengan los términos de anterior y posterior, o los más generales y ambiguos de arriba, abajo, afuera, adentro, delante, atrás, etcétera.” (los destacados son del original)⁷⁶

Consecuentemente, a la hora de interpretar la información que resulta de la pericia médico legal, conviene tener en mente que las direcciones y relaciones que se expresan son relativas a la posición anatómica y no a las coordenadas del mundo físico donde históricamente se ubica la hipótesis fáctica (acusatoria, defensiva).

2.2.3. FENOMENOLOGÍA DE LOS HALLAZGOS DE AUTOPSIA

Desde el punto de vista de la investigación de una escena de crimen, en realidad todos los detalles pueden tener importancia, tanto individualmente considerados como

principalmente en su conjunto. Sin embargo, ciertos fenómenos que se pueden apreciar, tanto in situ como a la hora de practicar la autopsia propiamente tal, en el cadáver y su entorno (por ejemplo, en su ropa) constituyen una fuente primordial de información y han sido descritos, clasificados e interpretados por la doctrina, especialmente dentro del campo de la Medicina Legal⁷⁷. Siguiendo, en líneas generales, la exposición que hace el Doctor VARGAS ALVARADO⁷⁸ e integrando las observaciones de los expertos en balística, se tienen los siguientes grupos de fenómenos:

Orificio de entrada: su forma es reveladora del ángulo de incidencia pues si la trayectoria del proyectil es normal al plano de la piel⁷⁹ y perfora entrando de punta y rotando normalmente⁸⁰, el orificio tendrá apariencia circular. Si el ángulo es menor de 90 grados, el orificio se alarga. Sostiene VARGAS ALVARADO que si el ángulo es menor de 15 grados “el proyectil no perfora la piel, sino que forma una excoriación únicamente”⁸¹ LOCLES expone una serie de fórmulas matemáticas que relacionan la forma (circular, elíptica) y medida del orificio, con el ángulo de incidencia, con el ángulo de oscilación del proyectil, con su velocidad ,

76 GOSS (1976, p.2)

77 De la literatura consultada pareciera poder entenderse que los expertos en balística consideran, por el contrario, que el tema de los signos y hallazgos fenoménicos en cadáver y ropas, es objeto de estudio de su disciplina, más que un problema médico legal; así, ECHEVERRY GOMEZ (1980), MORENO GONZALES (1979), LOCLES (2006), todos exponen esta temática en su respectivos tratados de balística. Nos decantamos por considerar que los hallazgos en el cadáver son un asunto médico legal, y que, a cambio, lo concerniente a trayectorias (excepto la descrita a lo interno de la víctima) y evidencias correlativas (por ejemplo, armas, ubicación de casquillos, identificación de balas percutidas, etc.) no es esencialmente un asunto médico sino de balística. De ahí la ubicación, en el presente artículo, de unos y otros correlativamente por separado en las secciones donde exponemos los aspectos de balística y los médico legales.

78 El Doctor VARGAS ALVARADO, tanto en la edición clásica de su obra (1980, pp.159-165 passim) como en la versión más moderna (2005, pp. 198 ss) ofrece ilustraciones y explicaciones que permiten profundizar en el tema y comprender mejor estos fenómenos.

79 VARGAS ALVARADO (1980, p.159) : “... cuando el proyectil intacto incide sobre la piel en ángulo recto ...”

80 Agrega LOCLES (2006, p.58)

81 VARGAS ALVARADO (1980. p.160)

peso, materiales de la bala y su calibre y otras circunstancias relevantes⁸².

Orificio de salida: suele ser mayor⁸³, más irregular⁸⁴ que el orificio de entrada. Sus bordes, evertidos, sin presencia de anillos de enjugamiento ni de contusión ni tatuaje o ahumamiento (fenómenos que sí acompañan el orificio de entrada)⁸⁵.

Anillo de enjugamiento: también llamado halo, tiene color negruzco y rodea el orificio de entrada. Se produce porque el proyectil arrastra consigo las suciedades que existen en el ánima del arma, y las deposita en la piel al penetrarla⁸⁶. Es posible que la ropa atrape estas sustancias de modo que la piel no presente este anillo⁸⁷. Si el proyectil atravesó a la víctima e impacta sobre otra persona, es posible encontrar restos humanos en el anillo de enjugamiento del segundo orificio de entrada⁸⁸.

Anillo de contusión: rodea el orificio de entrada y consiste en un aro de dermis que queda expuesta al retraerse la epidermis⁸⁹ y

solamente es posible en disparos recibidos en vida.

Halo de Fisch: también llamado anillo, es el fenómeno alrededor del orificio de entrada formado, al mismo tiempo, por anillo de enjugamiento y anillo de contusión, por ende, solamente es posible encontrarlo en heridas pre-mortem. Su forma y disposición respecto del orificio de entrada (concéntrico, en media luna) permiten correlacionarlo con los ángulos de incidencia del proyectil, por lo cual es de gran importancia en la discusión criminalística⁹⁰.

Tatuaje: se forma por las partículas de pólvora que se incrustan en la piel, con aspecto parecido al acné, posible solamente en disparos de corta distancia pero no de contacto⁹¹.

Ahumamiento: similar al tatuaje y denominado a veces pseudotatuaje, es la zona de humo que se deposita alrededor del orificio de entrada y puede desaparecer al manipular el cadáver⁹².

Signo de Puppe-Werkgartner: es propio de los disparos de contacto entre el arma y la piel y

82 LOCLES (2006, pp.58-80)

83 VARGAS ALVARADO (1980, p.166) Parcialmente en contra, LOCLES (2006, p.139) quien explica que al aumentar la velocidad de los proyectiles (da como ejemplo: "que la pistola Browning 9 mm tiene una velocidad a los 12,5 m de 345 m/s, o sea 5 m/s mayor que la velocidad del sonido" (loc.cit.)) lo expuesto se ha relativizado y concluye que "hoy en día no resulta demasiado importante, para analizar el hecho, que el orificio de salida sea igual, mayor o menor que el de entrada, lo importante es saber distinguir ambos" (loc.cit.)

84 VARGAS ALVARADO (2005, pp. 209-210) incluye el análisis de estas armas supersónicas pero sigue manteniendo la tesis de que el orificio de salida ha de ser mayor aunque ahora indica que el de entrada puede ser irregular.

85 VARGAS ALVARADO (1980, p.166)

86 VARGAS ALVARADO (1980, p.160), LOCLES (2006, p.40)

87 VARGAS ALVARADO (loc.cit.)

88 LOCLES (2006, p.44)

89 VARGAS ALVARADO (1980, p.160-161)

90 Ver LOCLES (2006, pp.41-45), quien suministra variados criterios de interpretación del anillo de Fisch y da ejemplos de casos judiciales donde su análisis ha sido determinante en la averiguación de lo sucedido.

91 VARGAS ALVARADO (1980, p.163)

92 VARGAS ALVARADO (1980, p.164)

consiste en la impresión de la boca de aquélla sobre ésta. Este signo aparece como un anillo excéntrico alrededor del orificio de entrada⁹³.

Signo de Benassi: el Doctor VARGAS ALVARADO reporta haberlo hallado solamente en disparos de contacto sobre la región temporal de la cabeza y consiste en un ahumamiento del hueso⁹⁴.

Signo de la boca de mina de Hofmann: se aprecia un orificio de entrada pero desgarrado y con bordes ennegrecidos. Es propio solamente de disparos de contacto sobre la frente⁹⁵.

Conforme a nuestro criterio, otros signos que la doctrina describe, por ejemplo en ropa⁹⁶, no son parte propiamente de la pericia médico legal aunque sí objeto de la investigación criminalística, por lo que a los efectos de este artículo omitimos exponerlos.

CONCLUSIONES

En la apreciación de la prueba pericial, el Juzgador no puede delegar sus funciones en el perito pues en definitiva es aquél y no a éste quien debe tener por demostrada o no la hipótesis (acusatoria, defensiva, indemnizatoria) de que se conoce en el juicio penal.

La pericia balística es independiente de la prueba médico legal, pero históricamente fue entendida como un subtema del tratamiento médico forense del caso.

Hay campos específicos que competen dictaminar al perito en balística aunque la interpretación en conjunto con la restante prueba es ineludible para la adecuada interpretación de estas pericias.

93 VARGAS ALVARADO (1980,p.161)

94 VARGAS ALVARADO (1980,p.161) Este mismo autor, en la edición 2005, se refiere también al origen de las fracturas por disparos en el cráneo (VARGAS ALVARADO (2005, p.203)

95 VARGAS ALVARADO (1980.p.162)

96 Se citan los signos del calcado de Bonnet, del deshilachamiento de Nerio Rojas, de la escarapela de Simonin; ver VARGAS ALVARADO (1980, p.163) En la edición 2005 de su obra, VARGAS ALVARADO menciona y explica también los signos del cono truncado de Bonnet, del halo hemorrágico del pulmón y la laceración estrellada, que sí son propios del campo médico legal.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTOTELES, Metafísica, Editorial GRADIFCO, Buenos Aires, Argentina, 2007.

ARMIJO SANCHO, Gilbert Antonio, Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1977.

CAMBRONERO DELGADO, José Luis, RODRIGUEZ MIRANDA, Martín A., La prueba pericial en el proceso penal (con jurisprudencia), Ed. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2006.

CASTILLO GONZALEZ, Francisco, Causalidad e imputación del resultado, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2003.

DEWEERDT, Sylvie, Préface, notes et 'Les clés de l'oeuvre' dans 'Molière : Le Médecin Malgré Lui', Pocket, Paris, Francia, 1999.

EASA Banderas y Escudos del Mundo, Editorial América S.A., Florida, EE.UU.A., 1986.

ECHEVERRY GOMEZ, Pedro Telmo, Balística Forense, Editorial TEMIS Librería, Bogotá, Colombia, 1980.

FRAILE, Guillermo, Historia de la Filosofía, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, Reino de España, 1960.

GARZONAMESEGUER, Ercilia, Juzgamiento penal e inmunidad de los miembros de los Supremos Poderes, San José, Costa Rica, 1994.

GOSS, Charles Mayo, Gray Anatomía, Salvat Editores, S.A., Barcelona, Reino de España, 1976.

GRAY, Henry, Gray's Anatomy, Barnes & Nobles Books, New Cork, EE.UU.A., 1995.

GRILLO BUSTAMANTE, Anatomía quirúrgica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1990.

GUILLEN, Diego, Discrepancias entre los diagnósticos clínicos y los diagnósticos de autopsia, Ed. Servicio de Anatomía Patológica del Hospital Max Peralta, Cartago, Costa Rica, 2001.

LOCLES, Roberto Jorge, Balística y Pericia, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2006.

MORENO GONZÁLEZ, L.Rafael, Balística Forense, Editorial Porrúa S.A., México, 1979.

PIERSON, K Kendall, Principles of prosection. A guide for the Anatomic Pathologist, Ed. John Wiley & Sons, New York, EE.UU.A., 1980.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, Reino de España, 2001. SALVAT La Enciclopedia, Salvat Editores S.A., Madrid, Reino de España, 2004.

SANABRIA ROJAS, Rafael Angel, Reparación civil en el proceso penal, EDITORAMA, San José, Costa Rica, 2008.

VARGAS BALDARES, Minor, Normas en Patología de Autopsias, Ed. Hospital San Juan de Dios, San José, Costa Rica, 1980.

VARGAS ALVARADO, Eduardo, Medicina Legal, Lehmann Editores, San José, Costa Rica, 1980.

VARGAS ALVARADO, Eduardo, Medicina Legal, Editorial Trillas S.A. de C.V., México, 2005.

HERRAMIENTAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y OPCIONES ALTERNATIVAS PARA LA INNOVACIÓN EN LAS UNIVERSIDADES Y CENTROS DE INVESTIGACIÓN PÚBLICA

Lic. Jorge Cabrera Medaglia

Diálogo Regional sobre Propiedad Intelectual

I- INTRODUCCIÓN

Este documento pretende desarrollar los conceptos e instrumentos más relevantes relacionados con los derechos de propiedad intelectual (DPI) y otros mecanismos para fomentar la innovación, en los centros de investigación y universidades públicas en la región Centroamericana. A pesar de que se abordará de forma sistemática el papel que desempeñan los DPI y la innovación, esta breve nota no pretende realizar un análisis exhaustivo sobre los diferentes tipos de DPI y sus características¹ o sobre el concepto de innovación en cuanto tal².

El análisis y recomendaciones en materia de DPI y otras herramientas para el fomento de la innovación debe ser emprendido considerando al menos los siguientes tres niveles³:

Nivel institucional: relativo a la forma como las instituciones (centros de investigación, universidades, sector privado, etc) manejan los instrumentos de DPI y otras herramientas para promover la innovación. Esta nota se enfoca, primordialmente, a este nivel.

Nivel nacional: de manera más amplia se refiere al establecimiento de políticas públicas y marcos legales que fomenten la investigación e innovación pública y privada, de manera armónica con los objetivos de desarrollo establecidos por el país. En este sentido, desde

1 Sobre el punto Cfr Astudillo, Francisco, Salazar Silvia y Cabrera Medaglia, Jorge, La propiedad intelectual y las nuevas biotecnologías desde la perspectiva del comercio agrícola, San José, IICA, 2000.

2 Sobre el concepto de innovación en general se sugiere ver Dutrenit, Gabriela, Premisas básicas e instrumentos de la política de innovación, documento preparado para el Taller sobre la creación de capacidades en materia de Derechos de Propiedad Intelectual, 14 al 16 de Noviembre del 2005, CEPAL, México; Cooke, Phillip, Gómez, Miguel y Extebarria, Goigo, Regional Innovation Systems: institucional and organizational dimensions, Research Policy 26, Elsevier, 1997; y Alarcón, E. J Ardila, W. Jaffe, M. Gutierrez, T. Linares, JL Solleiro, S.Salles, E.Lindarte Y M. Villegas. 2000. Innovación Tecnológica para el Cambio Técnico en la Agricultura .IICA.

3 Cfr Wolson, Rosemary, Intellectual Property Tools, Innovation and Commercialization of R D: options to assist developing Countries in positioning themselves to reap the benefits of a stronger intellectual property regimen, with special reference to the role of intellectual property management in research organizations, ICTSD/UNCTAD/TIPS Regional Dialogue "Intellectual Property Rights (IPRs), Innovation and Sustainable Development" in Eastern and Southern Africa, 29 June- 1 July, 2004, Cape Town, Sudafrica.

el nivel nacional, el tema de los DPI constituye uno de los elementos a ser considerados como parte del establecimiento de dichos marcos legales, institucionales y políticas. En este orden de ideas, los DPI no pueden ser vistos de forma aislada o desconectada de los Sistemas Nacionales de Innovación (SNIA) de cada país.

Nivel internacional: referido a la participación activa y efectiva de los países en los diferentes foros e instrumentos internacionales donde se discutan temas vinculados a DPI e Innovación, con el propósito de presentar y defender las prioridades y necesidades nacionales. Lo anterior requiere un entendimiento claro de las "Reglas del Juego" en estos foros y de forma aún más importante de sus interacciones y sinergías.

En el caso de la región centroamericana y ante la firma, ratificación y vigencia de Tratados de Libre Comercio, la competitividad e innovación se convierten en retos de primer orden para los países del Istmo, particularmente en el caso de pequeñas y medianas empresas. Es imprescindible que los gobiernos y demás actores nacionales comprendan la importancia de la innovación, del cambio tecnológico y del desarrollo sostenible, como ejes del crecimiento y el desarrollo. Adicionalmente, en una región rica en diversidad biológica, las innovaciones pueden estar cada vez más

ligadas al uso inteligente de la biodiversidad, no solo como un mecanismo que permita el crecimiento económico, la generación de empleo, y el aumento de la calidad de vida de la población, sino también la conservación de los recursos naturales. La innovación⁴, como proceso representa un reto importante para la región centroamericana no solo si quiere competir en los mercados internacionales, sino de cara a la reducción de la pobreza y para el mejoramiento de las condiciones de vida de las poblaciones, especialmente en el caso del sector agropecuario.

En este orden de ideas, hoy en día pocos dudan del papel del conocimiento para el desarrollo, al punto de que se habla de la existencia de una "economía del conocimiento". Partiendo de esta premisa, se debe considerar el hecho de que los DPI poseen un papel importante en la creación, absorción, adaptación y difusión de conocimientos y tecnologías. Este papel puede ser tanto de promotor de las anteriores actividades, como de inhibidor de las mismas⁵. Paradójicamente, a pesar de que se han realizado importantes esfuerzos, en gran medida apoyados por la cooperación internacional, para mejorar las capacidades de aplicación de los estándares de propiedad intelectual que se han ido asumiendo, mucho menos se ha realizado para asistir a los potenciales innovadores locales para usar los DPI.⁶

4 No es el propósito de este documento detenerse sobre los diferentes conceptos de innovación, para efectos de claridad en la exposición de las ideas, se pueden considerar la siguiente definición: " La innovación es la aplicación del conocimiento al desarrollo de nuevos productos, procesos y servicios. La capacidad innovadora de las empresas depende del entorno económico y del sistema nacional de innovación (SNI). En este marco, una política de innovación busca remediar deficiencias en las empresas o en el contexto en el cual operan las empresas, y tiene como objetivo específico incrementar la tasa y el éxito en la introducción de nuevos productos, procesos y servicios", Dutreineit, op cit.

5 Wolson, op cit.

6 Ibid. Cfr en el mismo sentido el documento del South Centre y CIEL, Intellectual Property Quarterly Update, First Quarter 2006, que menciona como los arts. 65 y 67 del Acuerdo ADPIC se refieren a este tipo de cooperación. La aplicación del art 66.2 relativo a la cooperación que podría implementarse para mejorar la base tecnológica de los países en desarrollo, ha resultado mucho menos atendido.

En el contexto de lo que se denominado la bioeconomía⁷, el desarrollo de ciencia, la tecnología, la innovación y su aplicación a los recursos biológicos se convierte además en un imperativo de los países, si se considera la riqueza biológica de la región y las posibilidades que existen para usarla sosteniblemente con el propósito de alcanzar objetivos de desarrollo. Precisamente, uno de los principales actores en los procesos de innovación en los países en desarrollo lo constituyen las universidades y otros centros de investigación, usualmente públicos. En ellos se concentra un importante porcentaje de la investigación y desarrollo, considerando la débil inversión del sector privado centroamericano. No obstante, en algunas de estas instituciones se requiere mejorar la comprensión y el manejo de las herramientas de propiedad intelectual y otras herramientas en los procesos de investigación, desarrollo y comercialización de productos. Maximizar las alianzas entre estos actores y el sector productivo nacional,

una demanda constante del sector privado, requiere igualmente entender el papel que los DPI y otras herramientas desempeñan en este proceso de vinculación público-privado, en el contexto de los objetivos institucionales de las universidades y centros públicos y de los objetivos nacionales de desarrollo⁸.

De este modo, en los países de la región centroamericana, estos sistemas nacionales de innovación, tiene como punto de partida a las instituciones del sector público y en particular a las universidades y otros centros de investigación, ante la insuficiencia de las inversiones del sector privado nacional⁹. Por tal motivo, el papel de las universidades y otros centros públicos de innovación resulta crucial. A la vez no debe perderse de vista que estas entidades cumplen funciones de primer orden en la difusión de información, la investigación y la extensión y poseen compromisos con la sociedad, en los cuales debe enmarcarse los derechos de propiedad intelectual.

7 El término ha sido acuñado o por lo menos desarrollado por Juma, quien se refiere a la economía basada en las ciencias biológicas, como la biotecnología. Cfr Juma, Calestous, *Developing Countries in the Global Bioeconomy: emerging issues*, en Meléndez-Ortiz y Sánchez Vicente, *Trading in Genes*, ICTSD, EarthScan, Londres, 2005.

8 En el caso costarricense, la recién presentada Estrategia Siglo XXI o Plan De Medio Siglo en Ciencia y Tecnología, reconoce expresamente que la relación entre los diferentes actores de los sistema de innovación esta cambiando: las fronteras entre ciencia y tecnología, ciencia básica y aplicada tienden a diluirse; la apreciación del trabajo interdisciplinario aumenta; y la globalización de la investigación básica y aplicada permite que muchos investigadores se encuentren conectados en redes entre ellos o con empresas.

9 Cfr el análisis de la situación institucional en materia de agrobiotecnologías realizado por Valdez, Marta, *Situación Institucional de las Agrobiotecnologías y la Bioseguridad en América Central*, IICA, Febrero del 2005, quien indica como, para el caso de las agrobiotecnologías, la capacidad institucional en investigación y desarrollo proviene en gran medida del sector público, con alguna importancia del sector privado, cuyo peso varía de país a país.

II- EL AMBIENTE CAMBIANTE DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU IMPACTO SOBRE LOS CENTROS DE INVESTIGACIÓN Y UNIVERSIDADES PÚBLICAS EN LA REGIÓN.

En la actualidad, los centros nacionales de investigación y universidades públicas se encuentran en un ambiente cambiante que incluye¹⁰:

- 1- Un ambiente legal que evoluciona rápidamente en el área de los DPI, aún con mayor fuerza a raíz de la ratificación e implementación de los acuerdos de libre comercio, como el establecido entre los países Centroamericanos, República Dominicana y los Estados Unidos¹¹¹². Los centros de investigación se mueven de un ambiente donde los DPI no existían o su aplicación era débil hacia estructuras de DPI reforzadas y con mayores niveles de cumplimiento.
- 2- El Efecto Derrame (spillover) que permitía beneficiarse de la investigación y creación

de nuevas tecnologías, especialmente mediante la colaboración en redes de investigación agrícola, puede desaparecer o reducirse como consecuencia de la implementación de DPI y la consecuente apropiación privada de los mismos.

- 3- El creciente papel del sector privado- en países desarrollados fundamentalmente- en el desarrollo de tecnologías de punta, como la biotecnología, la nanotecnología y las tecnologías de la información, las cuales conllevan la necesidad de realizar alianzas estratégicas que faciliten su acceso, las cuales requieren normalmente de un adecuado manejo de los DPI.
- 4- La creciente presión sobre muchas de estas instituciones para generar ingresos por medio de venta de productos de investigación, así como para mejorar sus vínculos con el sector productivo.
- 5- Una apreciación del valor de las alianzas con los sectores productivos como mecanismo para poner a disposición de la sociedad los resultados de la investigación, transformando en productos tangibles los conocimientos.

10 Cfr la descripción que sobre el mismo realizaba Saín, Gustavo, Cabrera, Jorge, Quemé, José Luis, Flujo de Germoplasma, Redes Regionales de Investigación Agrícola y el Papel de los Derechos de Propiedad Intelectual, San José, CIMMYT, 1999

11 Lo anterior corresponde a lo que algunos autores han denominado los ADPIC-Plus o estándares en materia de DPI mayores que los establecidos en el ADPIC. Vivas, David, Regional and bilateral agreements and a TRIPs-Plus World, Trips Issues Papers 1, Quno, Geneva, 2003.

12 Fundamentalmente en el caso de agrobiotecnologías destacan la obligación de acceder al Convenio de UPOV Acta de 1991 y la obligación de "realizar los mejores esfuerzos" para otorgar patentes para plantas si estas no se otorgan de conformidad con el marco jurídico vigente, todo ello acompañado de medidas de observancia de los derechos. Para un análisis de la forma como estas obligaciones pueden cumplirse de manera sinérgica con los tratados ambientales relevantes (Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogénéticos para la Alimentación y la Agricultura y Convención sobre la Diversidad Biológica, cfr Cabrera Medaglia, Jorge, Integrando el TLC con el desarrollo sostenible: opciones y alternativas para establecer sinergias entre la UPOV y los Tratados Multilaterales Ambientales, Informe de Consultoría preparado para FUNDE, El Salvador, 2005.

- 6- El reconocimiento, aunque no necesariamente acompañado de acciones consecuentes o de la suficiente comprensión política, de la necesidad imprescindible de promover la innovación y la competitividad de las industrias locales, ante los retos inexorables de la globalización, la apertura de mercados y la incesante competencia entre los sectores productivos.

III- MANEJO DE HERRAMIENTAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS CENTROS DE INVESTIGACIÓN Y UNIVERSIDADES PÚBLICAS, CON ÉNFASIS EN AGROBIODIVERSIDAD.

Considerar el papel de los DPI de cara al fomento de la innovación en los centros de agrobiodiversidad en la región, requiere abordar el tema del manejo de las herramientas de propiedad intelectual, fundamentalmente, aunque no exclusivamente, las patentes de invención (incluyendo acá las patentes pequeñas o modelos de utilidad¹³); los derechos de obtención

vegetal y las denominaciones de origen o indicaciones geográficas¹⁴, que en general pueden contribuir al fomento de la innovación y al desarrollo sostenible en esta área.

El papel de los derechos de propiedad intelectual es sin embargo dual. Por un lado, debe considerarse el manejo de los DPI que se generen en las actividades de investigación y desarrollo de las instituciones y centros de investigación; su papel de cara a la innovación, comercialización de productos. Por otro es importante tener presente el impacto sobre esta investigación de la existencia de DPI en manos de terceras partes.

3.1- Manejo institucional de los DPI en centros de investigación públicos.

De conformidad con lo que dispone, el ordenamiento jurídico de cada país, la propiedad de las investigaciones financiadas con fondos estatales pueden pertenecer a las instituciones financiadas, con la posibilidad de ser transferida su propiedad o licenciadas, o a las instituciones que reciben los fondos. Este último esquema corresponde, en esencia a lo establecido por la Ley Bayh-Dole tal y como se explica en el cuadro 1.

13 Sobre el caso particular de este tipo de propiedad intelectual, cuyos requisitos para obtenerlos son menores a los de las patentes y pueden ajustarse mejor a las necesidades de pequeñas y medianas empresas, se recomienda ver Suthersanen, Uma, Utility Models and innovation in developing countries, UNCTAD-ICTSD Project on IPR and Sustainable Development, febrero del 2006.

14 Evidentemente los centros también se relacionan con los derechos de autor y conexos y otras herramientas como marcas, etc, pero estos no serán abordados en este documento.

Cuadro 1. El caso de la Ley Bayh-Dole y su impacto en la innovación en los Estados Unidos: Un modelo a seguir?.

Mucho se ha comentado sobre las virtudes y efectos de la Ley Bayh-Dole de 1980 en los Estados Unidos¹⁵. Dicha legislación permite la titularidad de los derechos de propiedad intelectual de, por ejemplo, Universidades o Centros de Investigación cuyas investigaciones han sido financiadas con Fondos Federales. Con anterioridad a la misma, el Gobierno resultaba el dueño de las patentes, pero tal asignación del derecho no se traducían en la explotación comercial y por ende la disponibilidad para la sociedad, de los productos o procesos innovadores. La Ley se aplica a toda la investigación desarrollada con fondos federales, aún y cuando el trabajo sea solo parcialmente financiado por el Gobierno. No obstante, los beneficiarios deben asumir ciertas obligaciones con el mismo si deciden solicitar la propiedad de una invención obtenida mediante el financiamiento federal, las cuales incluyen reportar a la Agencia Federal que financió la investigación; presentar una solicitud de patente en los Estados Unidos; tomar pasos activos para la comercialización de la invención; etc¹⁶. Los beneficiarios pueden licenciar la tecnología de forma exclusiva o no. Asimismo, el Gobierno de los Estados Unidos conserva ciertos derechos importantes, por ejemplo, tiene el derecho de una licencia no exclusiva, no transferible y de alcance mundial libre de costo para ejecutar la invención. Adicionalmente, puede requerir que se otorgue una licencia a una tercera parte cuando se trata de casos de interés público.

La legislación ha sido considerada importante para llevar nuevos productos al mercado, la creación de empleo y el establecimiento de nuevos negocios, todo lo cual ha contribuido al desarrollo económico.¹⁷ No obstante, no ha estado exenta de críticas, sobre todo por parte de quienes consideran que los efectos anteriores se hubieran producido aún en ausencia de este tipo de normativa.

Hasta hace poco, las instituciones de investigación y las universidades de carácter público no habían asignado suficiente atención al tema del manejo de la propiedad intelectual que podía derivarse de sus labores

de investigación y desarrollo. Tal manejo, requiere importantes consideraciones legales e institucionales que usualmente no han formado parte de la cultura de la investigación en estos centros¹⁸.

15 Para un análisis crítico de sus efectos Cfr- Mowery, David, et al, *Ivory Tower and Industrial Innovation: University-Industry Technology Transfer before and after the Bayh-Dole Act*, Stanford University Press, 2004

16 Wolson, op cit.

17 Wolson, op cit.

18 Un ejemplo de un centro de investigación que ha incorporado el manejo de los DPI en su estructura institucional lo constituye EMBRAPA (dedicada a la investigación agropecuaria en Brasil), que ha contado con una política institucional para el manejo de propiedad intelectual desde hace varios años. Cfr Amstalden Sampaio, María Jose, *Perspectives from the National Systems and Universities: Brazil*, en Uma Lele, et al (eds) *Intellectual property rights in Agriculture: The World's Bank Role in Assisting Borrower and Member Countries*, Banco Mundial, 1999.

Por ejemplo, las políticas de publicaciones y las recompensas asociadas a éstas en la labor y carrera docentes, pueden no considerar la necesidad de proteger primero las invenciones mediante solicitudes de patentes y de esta forma, al destruir el requisito de novedad, impedir el otorgamiento de la protección por dicha vía. No obstante, por algunas de las

razones explicadas al inicio de este documento, esta omisión ha comenzado a ser subsanada y se han dado los primeros pasos para el establecimiento de Departamentos u Oficinas de Transferencia de Tecnológica o similares en universidades y centros de investigación de la región como se explica en el cuadro 2 con respecto a la Universidad de Costa Rica.

Cuadro 2. El caso de la Universidad de Costa Rica y su programa Proinnova.¹⁹

Un caso interesante radica en la Universidad de Costa Rica, uno de los centros de investigación más importantes del país y que progresivamente ha ido incorporando el manejo de la propiedad intelectual en su estructura institucional²⁰:

Las Normas para la investigación en la Universidad de Costa Rica, publicadas en La Gaceta Universitaria No 16 del 18 de noviembre de 1977²¹. La Resolución establece la definición de investigación; los campos de investigación; los incentivos; los límites y restricciones al trabajo de investigación; aspectos normativos; la evaluación; y el financiamiento. En el acápite de aspectos normativos se indica que todo proyecto de investigación ejecutado con apoyo de la Universidad, será objeto de un contrato previo entre los investigadores responsables de cada proyecto y la Universidad de Costa Rica en el cual se establecerán las siguientes condiciones: 1) los resultados de investigación son propiedad intelectual compartida entre los investigadores responsables del proyecto y la Universidad de Costa Rica; 2) los resultados de la investigación no pueden ser enajenados, cedidos, traspasados, arrendados o donados a personas físicas o jurídicas interesadas en su uso

19 Un ejemplo, del reconocimiento del papel de los DPI en los Centros de Investigación se encuentra, en la Ley No 8149 la cual crea el Instituto Nacional de Innovación y Transferencia de Tecnología Agropecuaria (INTA) de Costa Rica, como un órgano de desconcentración máxima especializado en investigación adscrito al Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG). Se le otorga personalidad jurídica instrumental, únicamente para que cumpla su objetivo y administre su patrimonio (art 1). Su objetivo será contribuir al mejoramiento de la sostenibilidad del sector agropecuario, por medio de la generación, innovación, validación, investigación y difusión de tecnología, en beneficio de la sociedad costarricense (art 2). El INTA puede vender servicios de investigación agropecuaria siempre y cuando no menoscabe la atención de las demandas de investigaciones de interés social. El Instituto deberá inscribir en el registro de propiedad industrial o en el registro de obtenciones vegetales, si existe, toda nueva opción tecnológica que resulte de su iniciativa o investigaciones (art 19). Esta tipo de disposiciones no eran frecuentes en normativa anterior relacionada con el marco institucional en materia de DPI. Igualmente, en el caso de Nicaragua, país donde opera la legislación en materia de obtenciones vegetales, se contaba con solicitudes, las cuales pueden ser en este momento títulos ya otorgados, por ejemplo a variedades INTA-N1, INTA – MASATEPE, NB-9043, del Instituto Nicaragüense de Tecnología Agropecuaria -INTA-.

20 La Universidad cuenta adicionalmente con borradores de: políticas en materia de propiedad intelectual, un manual de buenas prácticas para la vinculación con el sector externo, y lineamientos para la distribución de ingresos derivados del licenciamiento de propiedad intelectual. No obstante, ninguno de ellos ha sido formalmente aprobado por el Consejo Universitario. Debido a tal carácter no se tuvo acceso a los citados documentos, Silvia Salazar, comunicación personal.

21 Dichas Normas fueron modificadas posteriormente, pero la nueva versión no se encuentra en vigencia, Silvia Salazar, comunicación personal.

o incluidos en una patente de invención sin el acuerdo de la Universidad de Costa Rica; 3) las ventajas financieras que pudieran derivarse de la inscripción de una patente o de la venta de investigación a otras instituciones o personas serán distribuidos entre la Universidad y los investigadores responsables del proyecto, según convenios especiales; 4) la Universidad creará los mecanismos correspondientes que le permitan garantizar la libre utilización de descubrimientos y demás resultados considerados de interés social o cuando haya duda de las motivaciones de quienes pretenden su uso.

Igualmente se cuenta con lineamientos para la vinculación reenumerada de la Universidad de Costa Rica con el sector externo (publicados con reformas en el Alcance a La Gaceta Universitaria 3-2000 del 6 de marzo del 2000). Estos lineamientos o principios generales se refieren en general a la vinculación (venta de servicios y productos) con el sector externo la cual ha de supeditarse a los fines y propósitos de la Universidad de Costa Rica y respetar la autonomía universitaria en todos sus ámbitos. Para cumplir con los principios enunciados se establecen una serie de lineamientos. Se dispone que la Universidad de Costa Rica debe tutelar, respetar y ejercer los derechos de propiedad intelectual que se deriven de los resultados obtenidos mediante esta forma de vinculación. Para ello todo programa o proyecto deberá proteger el patrimonio de la Institución y reconocer y ejercer oportunamente los derechos morales y económicos que en materia de propiedad intelectual le otorgue la normativa nacional vigente a los patrocinadores; investigadores; docentes; estudiantes y a la misma Universidad. Corresponde a la administración desarrollar y ejecutar los mecanismos que operacionalicen este proceso considerando la normativa vigente y las políticas que dicte el Consejo.

La Resolución No R-1739-2005 crea la Unidad de Gestión y Transferencia de Conocimiento para la Innovación (Proinnova-UCR), la cual sustituye a la Unidad de Transferencia Tecnológica. La Misión de Proinnova consiste en promover, facilitar, gestionar y apoyar la transferencia eficaz y eficiente de conocimientos desarrollados o adaptados por la Universidad por medio de la investigación, con el fin de impulsar la generación de innovaciones en los sectores productivos, tanto públicos como privados, por medio de la transferencia de la propiedad intelectual institucional, definida ésta como: la actividad que suministra, al sector externo, público o privado, conocimientos desarrollados o adaptados por la Universidad, por medio de un convenio o contrato de licencia, autorización, permiso o concesión de uso, a cambio de algún tipo de contraprestación. Entre las funciones que se le asignan se citan : a) evaluar, proteger la propiedad intelectual y transferir los conocimientos desarrollados o adaptados por la Institución por medio de la investigación que tengan posibilidades de generar innovaciones en el sector productivo privado o estatal; b) gestionar, negociar y administrar los contratos de licenciamiento u otro tipo de concesión de los derechos de propiedad intelectual entre la Universidad de Costa Rica y el sector productivo privado o estatal, en coordinación con la asesoría legal de la Vicerrectoría de Investigación y la Oficina Jurídica de la UCR; f) asesorar en los temas de protección de la propiedad intelectual y gestión de tecnología e innovación, a las dependencias de la UCR que así lo requieran, especialmente las de la Vicerrectoría

de Investigación. Asimismo, a aquellas instancias externas que así lo soliciten, siempre y cuando sea oportuno y pertinente con la misión institucional; g) apoyar en el ámbito de sus competencias la cooperación y alianzas estratégicas dentro de la institución y de ésta con entidades nacionales e internacionales, a fin de establecer áreas de trabajo conjunto y posibilidades de apoyar la generación de innovación.

A la fecha la Universidad de Costa Rica ha obtenido diversas patentes de invención las cuales serán objeto de licenciamientos en caso de ser apropiado.

La necesidad de incrementar la vinculación entre las universidades y centros de investigación públicos y el sector privado, puede realizarse mediante la existencia de Departamentos u Oficinas de Transferencia de Tecnología²², las cuales, entre otras funciones, se dedican al manejo de los DPI, especialmente al licenciamiento de los mismos con el propósito de que las invenciones generadas se traduzcan efectivamente en la puesta en el mercado de nuevos productos y servicios. Las instituciones se benefician de los términos de la transferencia, incluidas regalías; nuevos productos llegan al mercado beneficiando a los consumidores; se genera empleo, crecimiento y el pago de impuestos.²³ No obstante, el costo de estas Oficinas o Departamentos es un factor a ser tomado en consideración, lo cual incluye los costos de salarios, capacitación, solicitudes y registro

de derechos, mantenimiento de los mismos, etc. Estos costos pueden ser sustanciales y no necesariamente ser cubiertos solamente por los ingresos generados mediante las actividades de licenciamiento.²⁴

Aunque la forma como los centros de investigación regulen el tema varía de acuerdo a diferentes factores como el marco jurídico en materia de DPI, la normativa institucional y los fines de la entidad, entre otros factores, Correa²⁵, señala que los siguientes elementos deben ser considerados en la gestión de la propiedad intelectual en centros de investigación:

- a- Protección de la información no divulgada durante el proceso de investigación.
- b- Obtención, mantenimiento y defensa de los derechos de propiedad intelectual

22 Estos Departamentos u Oficinas son típicos de las Universidades de los Estados Unidos. Por ejemplo, en el caso de la Universidad de Michigan la Oficina de Propiedad Intelectual tiene como propósito asistir a los investigadores en la protección de las invenciones y a la Universidad en la negociación de licencias con el sector privado. Administra la política de propiedad intelectual de la Universidad y se encuentra autorizada para la firma de acuerdos de confidencialidad, acuerdos de transferencia de materiales y documentos relacionados con patentes. Ayuda asimismo a la vinculación entre las actividades de investigación de la Universidad y el sector privado, incluyendo el inicio de actividades empresariales basadas en las tecnologías disponibles en la Universidad. Ello incluye el establecimiento de políticas y procedimientos escritos en materia de DPI, incluyendo su licenciamiento, beneficios a ser distribuidos, etc. Cfr www.msu.edu/unit/oip

23 Wolson, op cit.

24 Wolson sugiere estudiar la posibilidad de establecer oficinas regionales o nacionales o para varias entidades, pudiendo además de servir al sector privado. Estas Oficinas servirían además para la construcción de capacidades, mantener acuerdos modelo, estudios de casos y buenas prácticas, suscripción a bases de datos, etc

25 Correa, Carlos. Normativa nacional, regional e internacional sobre propiedad intelectual y su aplicación en los INIAs del Cono Sur. PROCISUR, Uruguay, 1999.

- c- Atribución de la propiedad de los resultados de proyectos conjuntos de investigación
- d- Derechos de los investigadores independientes
- e- Organización y normativa interna
- f- Status y transferencia de recursos genéticos
- g- Capacitación de recursos humanos

A continuación y siguiendo lo expuesto por Correa, se desarrollan algunos de estos aspectos.

a- Preservación de la confidencialidad

Uno de los elementos más relevantes en materia del manejo de los DPI radica en la protección de la información confidencial. En este sentido, las legislaciones nacionales basadas en el ADPIC, exigen que se tomen medidas razonables para evitar la divulgación no autorizada. Estas medidas en el caso del desarrollo de variedades, dado que la información se encuentra contenida en el material mismo, deben instrumentarse para evitar el acceso físico a aquél.

Igualmente, si bien es cierto en las relaciones de empleo por normativa estatutaria se establecen restricciones y obligaciones en materia de confidencialidad, estas deben ser reguladas preferiblemente en los contratos con los empleados, de forma que se especifiquen y clarifiquen. Lo anterior otorga la oportunidad de ejercer acciones contractuales además de las que se derivan de directamente de la Ley (laboral o de propiedad intelectual). Por ejemplo, en el caso de EMBRAPA, citado por Correa, una unidad de investigación de esta entidad no puede liberar un nuevo cultivar o revelar un proceso o producto sin una decisión del Comité de Propiedad Intelectual.

De la misma manera, en el caso de que la información sea patentable, será necesario

evaluar la misma antes de su publicación (u otras formas de difusión, según la legislación aplicable). Normalmente la divulgación de la información antes de la solicitud de patente, conllevará la pérdida de la novedad de la misma y consecuentemente de la patente. No obstante, en algunos países, existen periodos de gracia que permiten la patentabilidad a pesar de la divulgación, al menos en ciertos supuestos debidamente establecidos. Debe indicarse que en general, las publicaciones anteriores de la información para que destruyan la novedad, deben ser de tal naturaleza que permitan la ejecutar la invención.

b- Obtención, mantenimiento y defensa de los derechos.

Los centros de investigación y universidades pueden igualmente proteger desarrollos tecnológicos propios básicos y aplicados, incluyendo maquinaria, procesos, variedades vegetales, etc. Las actividades y sus resultados, sean básicos o aplicados, pueden ser protegidos, pero ello dependerá de la existencia de una adecuada gestión institucional de los mismos que comprenda las siguientes cuestiones: qué proteger; cuándo proteger, dónde proteger, cómo mantener los derechos; cómo defender los derechos, a lo cual se debe agregar cuánto cuesta proteger y quién corre con los gastos. En todo caso, dichas decisiones deben ser compatibles con la política y naturaleza institucional que ostenta la entidad respectiva.

Esta política institucional debe considerar los objetivos de proteger las invenciones y los costos asociados. Entre los objetivos de la búsqueda de la titularidad de los DPI pueden citarse: el fortalecer la capacidad de negociación de los centros frente a eventuales interesados en la materia protegida y el estimular el interés de las empresas en

acceder a un conocimiento protegido, con la posibilidad de obtener derechos, exclusivos o no, de comercialización.

En cualquier caso resulta crucial el asesoramiento de especialistas en la elaboración y presentación de las solicitudes de patentes y otros DPI. El costo y complejidad debe ser analizado detenidamente para decidir si se avanza hacia la protección legal o si se prefiere dejar la invención en el dominio público.

Qué proteger: Se debe considerar la posible patentabilidad de la invención y el valor comercial, en un ejercicio conjunto entre el inventor, la entidad y los asesores del caso, para luego proceder a redactar solicitud de patente, divulgar confidencialmente la misma, realizar las solicitudes extranjeras, llegar a licencias con potenciales interesados, etc.

Dónde proteger: En cuál país o países resulta más conveniente, oportuno o necesario solicitar DPI, considerando las posibilidades de exportar o conceder licencias. Dados los gastos de registro, abogados, y tasas anuales, esta decisión debe sopesar los potenciales beneficios y costos. Para decidir dónde se protege las leyes y convenios internacionales fijan periodos en los cuales el solicitante, sin perder la novedad, puede presentar la solicitud en un tercer país (reivindicando la prioridad), pero una vez que estos plazos han expirado, la invención pasará al dominio público y será libremente explotada en el país, con la excepción de la exportación a naciones donde se encuentre protegida. Por ello, debe considerarse los plazos establecidos en Convenios Internacionales, como el Convenio de París, el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes y la Convención de UPOV y las particularidades de cada uno.

Definición de la titularidad de las invenciones desarrolladas sea por encargo o contrato con empresas, lo cual incluye como posibilidades:

- Las universidades y centros de forma exclusiva.
- Estos y la empresa de forma conjunta
- Las empresas de manera exclusiva
- Las universidades y centros, pero otorgando licencias exclusivas a la empresa
- Igual que el anterior, pero contemplando la posibilidad de licencias no exclusivas.

La escogencia de estas opciones dependerá en general de las estructuras institucionales, las necesidades del mercado y operativas y las particularidades del marco jurídico de la universidad o centro, el cual podría por ejemplo, prohibir o limitar las licencias exclusivas o no permitir la patente propiedad exclusiva de la empresa.

Otro tema relacionado se refiere a la titularidad de la invención, el derecho a ser mencionado como inventor y eventualmente la presencia de compensaciones, lo cual debería estar regulado en las propias leyes de propiedad intelectual o variedades vegetales, sin perjuicio de las disposiciones institucionales que puedan existir o las estipulaciones precisas en los contratos de trabajo. En estos se suele distinguir entre trabajos desarrollados bajo contrato, trabajos desarrollados utilizando los instrumentos e infraestructura de las universidades, pero sin estar bajo la relación contractual y trabajos desarrollados independientemente. Las opciones, considerando las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico, deben considerar igualmente la necesidad de promover la innovación.

c) Organización y normativa interna

La gestión de la propiedad intelectual en los centros de investigación y universidades, puede requerir que estos cuenten con algún tipo de Unidad u Oficina de innovación y transferencia de tecnología o Comité de Gestión de la Propiedad Intelectual que tenga, entre otras, las funciones de gestionar la adopción de medidas para preservar la confidencialidad y evitar la divulgación de la información; asesorar a los investigadores en cuanto a la protección de los resultados; evaluar la patentabilidad o protección y la observancia de los derechos; preparar las solicitudes, licencias, etc; monitorear posibles infracciones; asegurar el mantenimiento de los derechos; vigilar la incorporación de cláusulas en los contratos o contratos con empresas, etc. Esta gestión puede por asignarse exclusivamente a un Departamento interno o ser compartida con asesores externos, dependiendo de las capacidades humanas, financieras y técnicas de cada institución.

Asimismo, debido a que la vinculación con el sector privado se llevará a cabo mediante el otorgamiento de licencias de DPI, esta actividad debe realizarse considerando los objetivos de las universidades y centros y entre otros aspectos tomar en cuenta²⁶: si se preferirán las licencias a la venta de los DPI; si en el caso de licencias se negociarán de forma exclusiva o no exclusiva; preferencia por empresarios nacionales; segmentación de los mercados según el grado de desarrollo, naturaleza pública o privada de los licenciarios; uso libre de la invención por la universidades; etc.

d) Capacitación.

Igualmente deben considerarse las necesidades de capacitación que fundamentalmente comprenden: formación de los investigadores en propiedad intelectual y formación de un equipo o comité u oficina institucional, con el asesoramiento externo necesario, para realizar las tareas descritas los acápite A a C.

3.1.1 El caso de las Redes de Investigación:

Mención aparte merecen en la región centroamericana los emprendimientos conjuntos de investigación de los centros o universidades. Estos emprendimientos y en general la cooperación en redes de investigación, particularmente en el área agrícola, no son nuevos²⁷ y han sido apoyados por diferentes instancias internacionales y regionales. Para el caso de la agrobiodiversidad la cooperación agrícola en redes data de 1954 cuando se fundó el Programa Centroamericano de Mejoramiento del Maíz. Posteriormente se crearon otros Programas como el Programa de Frijol, Papa y Café, aunque su nivel actual de actividad y tratamiento del tema de los DPI es diverso. Estas Redes han generado productos intermedios y finales²⁸. No obstante, según los resultados de una investigación realizada hace varios años, se concluyó que los investigadores de centros pertenecientes a las redes se encuentran escasamente informados sobre los aspectos de DPI, aunque es posible que ante la creciente importancia del tema y la atención que ha despertado, el conocimiento en esta materia se haya incrementado²⁹.

²⁶ Wolson, op cit.

²⁷ Cfr Sain et al, op cit.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

En términos de aspectos legales en la operación de las redes se requiere igualmente considerar aspectos básicos relacionados con el intercambio de germoplasma e información, incluyendo su propiedad y derechos otorgados, existencia de acuerdos legales adecuados que reflejen los mismos tales como acuerdos de transferencia de materiales, políticas claras sobre derechos de propiedad intelectual que

incluyen titularidad compartida o no, sufragación de costos, gestión de la propiedad intelectual (solicitudes, mantenimiento, observancia, etc), propósitos de la protección, etc.

En el siguiente cuadro se presentan algunas reflexiones sobre el manejo de la propiedad intelectual en el caso de una Red.

Cuadro 3. El caso de la RED Promecafe y la gestión de los DPI.³⁰

En los últimos doce años, PROMECAFE con el apoyo técnico de expertos del CIRAD ha desarrollado un proyecto sobre Mejoramiento Genético que ha dado aportes significativos en la creación varietal y difusión de nuevos cultivares y variedades de café para la región, entre ellos:

- Obtención de familias híbridas de arábicas, por cruces de tipo silvestres de Etiopía con variedades comerciales y Catimores, entre las cuales sobresalen 19 híbridos de primera generación (F1), que constituyen candidatos a nuevas variedades de alto rendimiento y vigor, con calidad de taza igual o superior a las variedades arábicas que se cultivan en la región.
- Obtención de nuevas variedades arábicas resistentes a la Roya del café.
- Generación y distribución de la variedad Nemaya de café robusta, creada por PROMECAFE para porta injerto resistente a nematodos.

Estos resultados han sido acompañados de los siguientes desarrollos institucionales relativos a los DPI.

- 1- En el año 2000 se firmó por parte de los socios del proyecto de Mejoramiento Genético de PROMECAFE, junto con el IICA, el CATIE y el CIRAD, un convenio de participación y declaración de propiedad intelectual de los productos generados por el proyecto, con una serie de puntos a tener en cuenta a futuro.
- 2- PROMECAFE-ICAFAE, desarrollan un proyecto conjunto en dos zonas cafetaleras específicas de Costa Rica para caracterización de la zona con miras a lograr la denominación de origen de su café. Acciones similares se han iniciado en IHCAFE, Honduras con apoyo de la Cooperación Española.

³⁰ Información suministrada por la vía electrónica por el Señor Guillermo Canet del IICA. La red integra a instituciones de la región vinculadas al desarrollo y comercialización de café.

- 3- En el proyecto de mejoramiento genético desarrollado inicialmente por PROMECAFE-CIRAD-IICA-ICAFE-ANACAFE-PROCAFE-IHCAFE, durante los últimos tres años, desarrollados con el aporte económico de FONTAGRO, se obtuvieron 19 híbridos F1 con buenas características agronómicas y de calidad, de los cuales 9 han sido seleccionados como los más promisorios para desarrollar y multiplicar nuevas variedades para la región. Los derechos de propiedad intelectual sobre estos, son actualmente objeto de discusión por las instituciones participantes y forma parte de las acciones estratégicas de PROMECAFE
- 4- PROMECAFE, ha contratado en Costa Rica, una consultoría en el tema de derechos de propiedad intelectual, para investigar en Centroamérica las posibilidades legales de derecho de propiedad de los híbridos obtenidos del proyecto de mejoramiento genético.
- 5- Un funcionario del CIRAD/PROMECAFE en Costa Rica, ha presentado al IICA, un proyecto sobre Identificaciones Geográficas y Denominaciones de Origen Protegidos, a desarrollar en países miembros de PROMECAFE para su pronunciamiento antes de presentarlo a un ente financiero. Sabido de que una de las funciones del Especialista Regional en Tecnología e Innovación, es "Promover y apoyar el relacionamiento de las instituciones nacionales y programas cooperativos y redes de investigación con organismos internacionales de cooperación técnica y financiera para el desarrollo de actividades específicas y la movilización de recursos de diversa índole de interés para los países", el seguimiento a este proyecto cobra importancia
- 6- CIRAD/PROMECAFE, organizan un taller regional sobre este tema para realizarse en Guatemala en agosto de 2005, coparticipará la Cooperación Española.
- 7- Resultado de las acciones anteriores y charlas específicas sobre el tema, impartidas en los países miembros de PROMECAFE, este tema de denominación de origen y derechos de propiedad es parte de la agenda técnica de las instituciones cafeteras.

3.2 Consideraciones en materia de DPI en manos de terceros y su impacto en las labores de investigación.

El manejo e implicaciones de las herramientas de propiedad intelectual debe igualmente ser visto desde la perspectiva de las implicaciones del uso de tecnologías protegidas (es decir patentadas por terceros) en los procesos de investigación y desarrollo de los centros y universidades, sin la debida autorización del titular de los mismos.

En el campo de la biotecnología³¹, el acceso y transferencia de la misma se ha venido discutiendo con particular intensidad en el tanto a diferencia de lo que ocurrió con las tecnologías de la Revolución Verde que se pusieron a disposición de los agricultores y sistemas de investigación agrícola nacionales, las nuevas biotecnologías poseen un carácter propietario y se hallan en manos del sector privado. La industria, debido a las grandes inversiones realizadas en investigación y desarrollo y ante la existencia de nuevos marcos legales que permiten la protección de este tipo de invenciones, ha impulsado fuertemente las patentes para tutelar sus aplicaciones y recuperar sus costos. Ello ha conducido a cuestionarse y plantear mecanismos novedosos para lograr el acceso y transferencia de las mismas. Se han propuesto una serie de opciones para adquirir tecnologías propietarias en esta esfera :

- Inventar alrededor de las patentes actuales.
- Rediseñar los constructos
- Solicitar licencias preferenciales o por razones humanitarias.
- Ignorar los derechos de propiedad intelectual
- Solicitar licencias de los titulares (incluyendo la posibilidad de licencias obligatorias)
- Colaborar con organizaciones o programas intermediarios
- Utilizar los mecanismos y principios del Convenio sobre Biodiversidad para obtener acceso a la tecnología a cambio de proveer recursos genéticos.

Cada una de las opciones anteriores presenta sus ventajas y desventajas y posiblemente la una mezcla de las mismas sea la respuesta más apropiada.

Asimismo, los institutos de investigación se encuentran cada vez más ante lo que se ha llamado un "pedigree de derechos de propiedad intelectual"³² que implica que para llevar al mercado sus resultados de investigación (un objetivo buscado con mayor interés en la actualidad), deben enfrentarse con una maraña de derechos preexistentes (aun si ellos no están reconocidos en el país respectivo, la posibilidad de exportar a mercados donde la invención sí resulta tutelada debe tenerse presente) como derechos de obtención, patentes, procesos de

31 Tomado de Cabrera Medaglia, Jorge y Hernández, José Pablo, Propiedad intelectual, libre comercio e integración regional, en Carlos Murillo, Mónica Araya y Hernán Blanco (eds). El Area de Libre comercio de las Américas: voces desde América Latina, Chile, 2003.

32 Pistorius, Robin y Van Wijk, Jeroen. The exploitation of plant genetic information. Political strategies in crop development, Amsterdam, 1999.

transformación, promotores, marcadores de selección, entre otros, todos ellos protegidos, incluso por diferentes empresas (en ocasiones existiendo litigios para determinar quien es el dueño de los mismos). Por ejemplo, en la Universidad de Cornell científicos desarrollaron mediante ingeniería genética resistencia al virus del “ring spot” de la papaya. Sin embargo, posteriormente fue reconocido que el resultado final incorporaba once productos de los cuales Cornell, era propietaria solo de uno. Después de años de negociaciones no había sido posible obtener las autorizaciones respectivas para los demás. Algo similar se presenta en el caso del “Golden Rice”³³ dado que según un estudio de “ Libertad para Operar”(free to operate), existían incluso 70 patentes relacionadas con los procesos o materiales necesarios para la producción del arroz enriquecido³⁴

³⁵De allí que normalmente para el desarrollo de una variedad transgénica se requiere de acceder invenciones intermedias que puedan estar protegidas como el procedimiento que identificó el gen, el gen mismo, el proceso de transformación empleado, los mecanismos de expresión del gen, etc

El problema de los múltiples derechos de propiedad intelectual en el caso de la materia viva se agrava por dos motivos principales. Por un lado, las patentes funcionales y las reivindicaciones amplias generan dificultades para poder llevar a la fase de comercialización invenciones. Los acuerdos de transferencia

que usualmente amparan el uso de tecnología patentada solamente se refieren a la investigación, pero requieren de ulteriores negociaciones en el caso de querer explotar comercialmente la invención. Aunque debido al carácter esencialmente territorial de las patentes, en caso de no estar registradas en el país donde la tecnología es utilizada no se produce ninguna infracción, las posibilidades de exportación a terceros mercados donde la misma si resulte protegida debe ser considerada³⁶. Igualmente, la necesidad de mantener vínculos con Universidades y el sector privado dueño de los derechos puede ser otro argumento para negociar el uso de procedimientos y productos protegidos fuera de las fronteras. Esta “ Tragedia de los AntiComunes”³⁷ ha sido severamente criticada por quienes ven esta tendencia una restricción de las posibilidades de comercialización de invenciones y productos debido a las múltiples patentes.

Como soluciones se han propuesto las siguientes ³⁸:

- Inventar alrededor de la tecnología propietaria de otros.
- Obtener licencias
- Licencias cruzadas de la propia tecnología por la perteneciente a terceros
- Acuerdos de colaboración de diverso tipo
- Integración organizativa con otro titular de DPI.

33 Se trata de un arroz transgénico que se encuentra enriquecido con vitamina A. Por ende su consumo permitiría un suministro de dicha vitamina e impediría las consecuencias de su carencia.

34 Kryder et al citado por Cabrera y Sánchez, op cit.

35 Sin embargo, debe aclararse que en algunos países no existe ninguna patente relacionada con los componentes de dicha tecnología por lo cual su explotación local no implica infracciones legales.

36 Es el caso de las patentes sobre productos, de procedimientos que cubren el producto directamente obtenido por ellos o de nuevos usos.

37 ver Heller y Eisenberg, citados por Cabrera y Sánchez, op cit.

38 Graff y Zilberman, citados por Cabrera y Sánchez, op cit.

En un estudio realizado por el ISNAR³⁹ se reportan datos de interés sobre el uso de tecnologías propietarias en centros de investigación agrícola latinoamericanos⁴⁰. Como parte de sus conclusiones se puede citar:

Recurso humano e infraestructura.

Las instituciones de la región no poseen un adecuado marco legal e institucional para lidiar con el tema de los DPI. Prácticamente no existen Oficinas o personas encargadas de asistir a los investigadores en estos temas, transferencia de tecnologías, etc.

Conocimiento del tema

En general, aunque existe un mayor conocimiento del tema tratándose de instituciones de mayor desarrollo, aún se considera que este es escaso o presenta limitaciones o errores conceptuales.

Falta de Políticas institucionales

Para hacerle frente al tema que incluyen propiedad de las invenciones, tecnologías con las cuales se trabaja, etc. Tampoco existen datos de tecnologías usadas, acuerdos existentes para el uso, etc.

Entre las lecciones y recomendaciones se citan:

- Existe un uso extensivo de tecnologías propietarias

- Falta de conocimiento en las esferas administrativas y académicas sobre propiedad intelectual y su manejo
- Se presenta una alta expectativa sobre el logro de resultados y su protección por DPI
- Se constató que un 53 % de los materiales y tecnologías se han adquirido de forma informal. Usualmente se usan mediante Acuerdos de Transferencia de Materiales que no permiten la comercialización futura.
- Se prevén posibles conflictos legales en el caso de que los productos lleguen al mercado

IV- OTROS MECANISMOS PARA EL FOMENTO A LA INNOVACIÓN NO RELACIONADOS CON LOS DPI.

A pesar de la relevancia de los DPI para el fomento de la innovación en universidades y otros centros de investigación, existen mecanismos alternativos que pueden ser explorados con el mismo propósito.

Connett-Porceddu⁴¹ indica al respecto que la existencia misma de herramientas de propiedad intelectual podría presentar limitaciones para el fomento de la innovación si se consideran 3 aspectos. 1- Los derechos de propiedad, y en este sentido la forma como se regulan los derechos conferidos en el ADPIC resulta

39 Salazar, Silvia, Uso de Biotecnologías Apropriadas en algunos sistemas nacionales de investigación agrícola latinoamericanos, en Investigación Agrícola y Propiedad Intelectual en América del Sur, Prociétrópicos, Brasilia, 2000

40 De la región solo se incluyó a Costa Rica.

41 Cfr Connett-Porceddu, Marie, CAMBIA Biological Resources Initiative, UNCTAD/ ICTSD/HKU/IDRC Regional Dialogue "Intellectual property rights (IPRs), Innovation and Sustainable Development, 8-10 November 2005, Hong Kong.

sintomática, no otorgan el derecho de llevar a cabo la invención, sino el de excluir a terceros de su ejecución. Por tal motivo, en caso de que existan otros DPI otorgados sobre el contenido de la invención que se pretende ejecutar, esta no podría ser llevada al mercado- al menos no sin que se estuviera en presencia de licencias o de la figura de las patentes dependientes-

2- No todas las tecnologías son protegibles mediante DPI-sean patentes de invención o derechos de obtención vegetal- para ello se requiere cumplir con ciertos requisitos- para las patentes novedad, aplicación industrial y nivel inventivo, y en de las variedades vegetales deben ser distintas, nuevas, homegéneas y estables-. En ocasiones ideas útiles pueden no ser nuevas por haberse publicado o haberse destruido su novedad de otra forma. Asimismo, entre la concepción de una nueva idea y su desarrollo comercial, puede existir un largo y costo proceso, de manera que la existencia de un DPI no necesariamente implica que se traduzca en una solución concreta a un problema productivo; de forma que si el mercado potencial para la invención no es el adecuado, esta puede nunca ser materializada. **3-** Se cuenta con evidencia de que las invenciones pueden ser fomentadas aún en ausencia de DPI, como se ilustra en el caso de las fuentes abiertas o libres (open source) en el software, donde se permite que cualquiera mejore y use la tecnología con fines comerciales, en el tanto no impida a otros hacerlo, en cuya hipótesis, a diferencia del caso del dominio público, pueden existir condiciones y restricciones para el uso de la información inicial.

Algunos mecanismos no basados necesariamente en la propiedad intelectual se describen brevemente a continuación.

a- El caso de las "fuentes abiertas o libres (open source)" de materiales biológicos

Como se indicó en el párrafo anterior, un sistema similar a las "fuentes abiertas o libres" para el software, puede ser utilizado en el caso de invenciones relativas a los recursos biológicos. De esta forma, los diferentes sujetos participantes en el sistema contribuyen al "pool" de las innovaciones, de manera que cualquier otro participante puede hacer uso de las ideas incluidas en el mismo-eventualmente sujeto a ciertas condiciones- pero sin que se otorgue ningún monopolio a un individuo. La principal obligación de los participantes consiste en permitir el uso no monopólico de las innovaciones. Con la ayuda del internet y de las tecnologías de la información y la comunicación, es posible distribuir ampliamente las nuevas ideas y requerir a otros su colaboración para mejorar su desarrollo y aplicación práctica, sin necesidad de conceder derechos exclusivos a ninguno.

b- El caso de las alianzas público y privadas⁴²

Otro mecanismo para el fomento de la innovación reside en las alianzas entre el sector público y el sector privado, con el propósito de fomentar la innovación y la puesta en el mercado de productos y procesos. Si bien es cierto estas alianzas pueden

⁴² Cfr en el mismo sentido, Cabrera Medaglia, Jorge, Biodiversity for (Bio) technology: biodiversity prospecting in practice IP Strategy Today, No 11, Biodevelopments, New York, 2004

igualmente incorporar elementos de DPI en su concertación y desarrollo, la medida en que lo hagan puede ser diversa, sumamente atenuada o del todo inexistente. Por esta razón, se incluyen en esta sección del documento. Sin duda las alianzas (partnerships) entre el sector público y el privado son complejas e involucran factores tales como la confianza, el entendimiento mutuo, respeto a los objetivos y propósitos, así como el establecimiento de

objetivos institucionales claros. Estas alianzas pueden contemplar, de formas bastante variada, aspectos relativos al manejo de los DPI y la confidencialidad.

Un ejemplo de interés de cara a la innovación se presenta en el cuadro No 4 entre el INBio (en su carácter de ONG) y la empresa costarricense Lisan, con el fin de desarrollar y comercializar fitofármacos y productos naturales⁴³.

Cuadro 4. La colaboración conjunta entre el INBio y la empresa Lisan⁴⁴.

El Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica (organización de carácter no gubernamental sin fines de lucro), con fondos del Banco Interamericano de Desarrollo, mediante el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN), ejecutó un Programa dirigido a promover el uso sostenible de la biodiversidad mediante la comercialización de productos derivados de ésta, especialmente por medio de pequeñas empresas. Con el apoyo financiero del Programa, que incluye contrapartidas del Instituto y de las compañías, la empresa Laboratorios Lisan- del área de farmacéuticos genéricos-, y el INBio ejecutaron un "acuerdo colaborativo de investigación" para el desarrollo de productos naturales derivados de plantas (fitofármacos). Ello ha permitido a la empresa lanzar la línea de productos "Lisan Natura", otorgándole una ventaja sobre competidores locales que producen medicamentos genéticos o productos naturales sin el adecuado control de calidad. Como parte de la colaboración seis productos han sido desarrollados y registrados.

En este caso, el INBio aportó su capacidad y experiencia en la extracción y química de plantas, en su mayoría derivada de la colaboración con firmas farmacéuticas internacionales y Lisan su experiencia en el control de calidad, formulación de productos y comercialización. Inicialmente un acuerdo de confidencialidad fue firmado, el cual permitió el inicio de las negociaciones que condujeron a la presentación de un plan de investigación a la Agencia Ejecutora y su comité consultivo, y la posterior firma del acuerdo de colaboración en investigación antes citado.

La relación colaborativa cubría cuatro fases principales: administrativas, investigación, transferencia de conocimiento y desarrollo pre-comercial.

43 El autor agradece la información suministrada por Ana Sylvia Huertas y Ana Lorena Guevara del INBio.

44 Roadmap to commercialization: Costa Rica, en Sharing Innovative Experiences, Vol 10: Examples of the Development of Pharmaceuticals products from medicinal plants, UNDP, New York, 2005.

Entre los resultados obtenidos a la fecha pueden indicar:

- Un manual comprensivo de procedimientos de laboratorio, incluyendo protocolos para la extracción y estandarización.
- Generación de datos preclínicos y clínicos
- Una relación de negocios e investigación entre una institución de investigación y una pequeña empresa
- Suplidores de materiales que cumplen con estándares de Buenas Prácticas Agrícolas
- Seis tipos de productos generados, que incluyen un gel, tabletas y cremas con efecto terapéuticos variados.
- Laboratorios Lisan recibió un premio a la innovación en el 2003

La experiencia demostró que es posible generar alianzas entre el sector de investigación y el productivo que resultan en productos comerciales, a la vez que se conserva la biodiversidad y se promueve el desarrollo económico. Se ilustra que es factible, mediante alianzas entre sectores, transformar el conocimiento en productos comerciales. Por supuesto que para que ello ocurra es necesario que se invierta en investigación y desarrollo para la creación de productos innovadores.

Entre los principales impactos y lecciones aprendidas se tienen:

- Se demostró como la investigación y el desarrollo pueden ser lideradas por instituciones de países en desarrollo.
- El desarrollo de protocolos de fitofármacos
- La generación de nuevas oportunidades de capacitación y empleo a través de la introducción de productos no tradicionales
- El uso sostenible de la biodiversidad
- Los beneficios se han generado a lo largo de toda la cadena de producción, desde los técnicos hasta los agricultores que proveen material.
- Las tecnologías y el conocimiento existentes en el país han sido utilizadas y puestas en uso.
- Los beneficios derivados de los pagos realizados de la comercialización de productos se usarán para promover iniciativas similares
- Laboratorios Lisan puede ofrecer fitofármacos de alta calidad producidos enteramente en el país.
- Bajo el acuerdo con INBio, éste recibe regalías obtenidas de la venta de productos comerciales las cuales son compartidas 50 y 50 con el MINAE para promover la conservación de la biodiversidad
- El proyecto ha pretendido evitar el extractivismo. Por ello los materiales son adquiridos solamente de suplidores legales. Los suplidores deben cultivar sus recursos de manera sostenible y cumplir con buenas prácticas agrícolas
- Los resultados y conocimiento han sido transferidos a Lisan desde INBio
- Existe la posibilidad de adquirir patentes para ciertos procedimientos y aplicaciones terapéuticas
- Seis Productos comerciales en el mercado

C) Otros mecanismos y acciones complementarias.

Alarcón et al. en el estudio citado realizan algunas consideraciones de interés para favorecer lo que denominan “el cambio institucional” para la innovación con énfasis en el campo agrícola. A continuación se transcriben algunas de estas ideas por el interés que presentan para este documento.

Incentivos fiscales

En primer lugar, aparece la opción de establecer incentivos tributarios para el gasto en servicios tecnológicos, incluida la investigación. En particular, cabe explorar mejor las posibilidades de un mayor desarrollo de esquemas de “parafiscalidad” en rubros específicos, en los cuales se pueda fijar un gravamen destinado a la innovación tecnológica.....Finalmente, si bien cabe reconocer las dificultades que tiene el concepto de exenciones tributarias mas amplias para los gastos en innovación tecnológica, no puede descartarse de plano tal modalidad. Donde fuese viable podría constituir un foco o componente importante de una política --transitoria o permanente-- científico-tecnológica o, más propiamente, de innovación para la agricultura. Ello podría hacerse con miras al gasto en dos niveles: el de la contratación directa por las empresas o grupos de productores de servicios tecnológicos específicos conducentes a procesos de innovación, y el de estimular contribuciones del sector privado a mecanismos intermedios, tales como fondos para la investigación, innovación y servicios tecnológicos.

Fondos para la innovación

En segundo lugar, el diseño y el establecimiento de mecanismos como los fondos

para la innovación agrícola, que capten recursos del sector privado entre otras fuentes, representan un segundo campo de trabajo dentro de un enfoque revisado de reconstrucción institucional. Ella permite canalizar recursos que pueden asignarse competitivamente a proyectos. Las fuentes de recursos podrían ser diversas: recursos parafiscales, exenciones tributarias para el gasto en innovación donde sea factible, arreglos de aportes compartidos (matching grants) donde el aporte privado da lugar a un aporte paralelo oficial, recursos externos de crédito y donaciones, etc. Dentro de los fondos establecidos con recursos parafiscales será de interés fomentar modalidades de cadena donde los aportes no son realizados solamente por los productores primarios, sino también por los secundarios o industriales y los terciarios o de comercialización”

Asimismo, es posible considerar otras acciones para el fomento de la innovación, tales como las siguientes:

Subsidios gubernamentales

El Estado puede dirigir directamente subsidios a actividades innovadoras en centros de investigación y universidades públicas, considerando por supuesto los problemas presupuestarios que enfrenta el aparato gubernamental para el financiamiento de actividades como la investigación pública, cuya conveniencia a pesar de la contundente evidencia presentada, no siempre logra permear a las altas esferas de decisión política.

Inversiones Abiertas

Igualmente las instituciones pueden, en la medida de sus realidades presupuestarias, decidir dedicar fondos para invertir en

determinadas áreas de investigación y desarrollo con el propósito de llevar al mercado productos innovadores.

Fondos Competitivos

Asimismo, tanto desde el punto de vista de los gobiernos centrales, como de las instituciones de investigación mismas, es posible establecer fondos para el financiamiento- sobre una base competitiva- de proyectos de investigación que fomenten la innovación. Estos fondos pueden servir para el apoyo de actividades de investigación y desarrollo que resulten finalmente con desarrollos comerciales.

Por último, aunque como se indicó este documento se ha enfocado en el nivel institucional, la innovación no se desarrolla de manera aislada de los sistemas nacionales de innovación. Por esta razón, a nivel nacional se requiere emprender acciones tales como⁴⁵: incremento del gasto público en ciencia y tecnología; desarrollo de un marco de políticas que fomente la investigación colaborativa pública y privada: incentivos para la inversión privada en I y D, tales como incentivos fiscales y "match funding"; apoyo a instituciones y empresas para explotar el DPI a través de la obtención de protección local e internacional; modificaciones o revisiones a la legislación vigente en materia de DPI, de forma compatible con las obligaciones internacionales, que incluye modelos de protección sui generis, modelos o patentes de utilidad, indicaciones geográficas, legislación sobre competencia, legislación de acceso a recursos genéticos, etc.

V- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

- La región centroamericana debe considerar prioritariamente como mejorar sustancialmente su competitividad. El fortalecimiento de los sistemas nacionales de innovación y en particular de las instituciones públicas que los conforman deviene crítico. En particular, la articulación y vínculo con el sector privado resulta un mecanismo que debe ser desarrollado para facilitar la innovación.
- Las universidades y otros centros de investigación requieren construir capacidades para el manejo de los DPI, congruentes con su misión y objetivos institucionales. Dicha capacidad incluye poder evaluar sus necesidades de DPI, cuándo proteger, cuándo poner en el dominio público, determinar los objetivos de la solicitud de derechos y establecer políticas sobre el licenciamiento y transferencia al sector privado. Asimismo, deben normarse el uso de insumos protegidos por terceros en los procesos de investigación. Mejorar la capacidad de comprender el manejo e implicaciones de los DPI es de suma relevancia.
- Adicionalmente, existen otras herramientas para el fomento de la innovación, no necesariamente vinculadas con los DPI, que resultan importantes de considerar, tales como las alianzas público-privadas; subsidios, fondos competitivos, opciones de "fuentes abiertas o libres" en materia de recursos biológicos, etc.
- Por último, adicionalmente a cualquier esfuerzo institucional que se realice son necesarias las iniciativas y políticas públicas a nivel nacional, que permitan crear un ambiente favorable a la innovación.

45 Wolson, op cit.

RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LOS GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO

*Licda. Adriana Castro,
Licda. Natalia Porras,
Licda. Andrea Sittenfeld*

I. INTRODUCCIÓN

Los grupos de interés económico (en adelante, "GIE") son un fenómeno cada vez más común en el sector comercial y empresarial. Al GIE lo cubre el concepto de empresa, a pesar de que está compuesto por distintas unidades con autonomía jurídica. Los GIE son un medio para aumentar la productividad de la empresa en el tanto se benefician las distintas unidades de la coordinación de esfuerzos y del uso común de los recursos, por lo que son comúnmente utilizados por los sujetos que participan en el mercado.

A pesar de los potenciales beneficios de utilizar esta forma de organización de la empresa, debido al poder que adquieren y a

las estructuras complejas que adoptan los GIE, es posible que, como cualquier otro individuo o empresa, éstos abusen de las situaciones jurídicas¹ en las que intervienen. En estos casos, el ordenamiento jurídico debe tener las herramientas necesarias para responder al abuso mediante la regulación de la actividad de los GIE. Hasta el momento, el ordenamiento jurídico costarricense lo ha hecho a través del artículo 22 del Código Civil- el cual contempla el supuesto de abuso de derecho subjetivo- y de algunas disposiciones especiales.²

El ordenamiento jurídico costarricense cuenta con escasas normas reguladoras de la actividad de los GIE y el abuso del derecho. Estas pocas normas han permitido el desarrollo de alguna jurisprudencia que ha intentado regular a los

1 Según Pérez, se entiende por situación jurídica a toda situación atribuida a sujetos determinados mediante la atribución de un efecto jurídico. Estas se diferencian de las situaciones de hecho por cuanto solamente se refieren a las conductas- actividades de los sujetos- y no a cualquier aspecto. El término situaciones jurídicas se ha adoptado debido a lo confuso que resulta en muchos casos al utilizar el término de relación jurídica, por ejemplo para referirse al vínculo entre una persona y una cosa o entre el sujeto y un lugar. A lo anterior se suma el hecho de que el ejercicio de una situación jurídica deja de ser legítimo cuando se abusa de ella. Igualmente, es posible que un sujeto no abuse de una sola situación jurídica, sino que puede abusar de un conjunto de ellas como en el caso en que se abusa del "status" de la personalidad. Por este motivo es que actualmente se habla del abuso de las situaciones jurídicas para poder abarcar una amplia gama de posibilidades en las que el individuo sobrepase el contenido de cualquier derecho, potestad, carga, etc. Pérez, Víctor. (1998). Teoría de las situaciones jurídicas. Revista Judicial. N° 70 XXI: Dic p.47

2 Por ejemplo, en el artículo 709 y 713 del Código Procesal Civil, el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el artículo 29 del Código de Minería, el artículo 16 de la Ley Reguladora de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, artículo 63 de la Ley de Protección al Trabajador. A partir del 30 de junio de 2008. Por su parte, la Ley General de Telecomunicaciones establece un régimen jurídico y una definición aplicable a los GIE para evitar el abuso de las situaciones jurídicas.

GIE en casos de abuso de las situaciones jurídicas. A pesar de lo anterior, sería óptimo contar con normativa expresa que regule estos temas facilitando su aplicación. En vista de la anterior problemática, se pretende ofrecer algunas posibles soluciones. Estas giran en torno a la construcción de una definición flexible de GIE, lo cual es de utilidad para los casos en los que estas figuras incurran en abuso de las situaciones jurídicas y sea necesario responsabilizarlos por su actuar.

II. DEFINICIÓN DE GIE.

El concepto de GIE responde al concepto de concentración de diversas empresas. En la mayoría de los casos, se presenta en el mundo jurídico a través del esquema de grupo de sociedades, las cuales operan en la misma actividad o como parte de un ciclo productivo. Para Azzini, su formación es el instrumento mediante el cual diversas empresas pueden integrarse en un complejo unitario, o bien el medio por el que una empresa puede transformarse confiriendo independencia formal a algunos sectores³.

A pesar de que los GIE adquieren distintas formas empresariales, es posible enumerar algunos elementos mediante los cuales podrían identificarse. A estos se llega mediante un análisis de lo desarrollado por autores nacionales y extranjeros y por la jurisprudencia costarricense. Estos elementos son: (i) Dirección Unitaria o Unificada de la empresa, (ii) el principio de Supremacía de Interés del Grupo; (iii) la participación recíproca o controlante del capital de los miembros.

A continuación se analizan en detalle estos supuestos haciendo la aclaración que la existencia de estos elementos entre varias personas jurídicas es un indicio que estas sean un GIE pero es necesario analizar caso por caso, pues los GIE pueden adoptar diferentes estructuras que justifiquen considerarlas un GIE y por lo tanto hacerlas responsables de manera conjunta en caso de abuso.

A. Dirección Unitaria o Unificada de la empresa

Para Miguens, este es el factor característico de especificación de la estructura del grupo. En su concepto amplio puede considerarse como una mera coordinación de la actividad de las sociedades o empresas agrupadas alrededor de las cuestiones más importantes de la política empresarial del grupo.⁴

La unidad en administración puede evidenciarse con la presencia de relaciones de dominio o control que ejerce una sociedad controlante sobre otras. También, se refleja con la emisión de directrices o políticas de un ente hacia otro u otros que tengan como propósito dirigir o direccionar el comportamiento de las sociedades parte hacia la obtención de un interés general colectivo. Este interés trasciende la personería jurídica de cada una de las dominadas e inclusive la de la sociedad controladora que emite las directrices.

Pueden existir otro tipo de relaciones entre varias entidades jurídicas mediante las cuales se manifieste la unidad en administración. Ejemplo de esto es el caso de Fundación Interamericana de Costa Rica y Grupo Interamericano para la

3 Azzini, Lino. Mencionado por Lic. Fabio Alberto Arias C. Revista Iustitia Año 5 N° 59.

4 Miguens, Héctor José (1998). Extensión de la Quiebra y la Responsabilidad en los Grupos de Sociedades, p.42.

Educación S.A., en el cual la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, "Sala Primera") indicó que:

"Importa aquí, la denominada "agrupación", que comprende una forma de vinculación sencilla, donde no se presentan relaciones internas de dominación, sino figuras de: cooperación, entrecruzamiento de directores (como sucede en las codemandadas Fundación Interamericana de Costa Rica y Grupo Interamericano para la Educación S.A.), tipos de participación minoritaria que no implican control y otras similares".⁵

Por otro lado, el nombramiento del personal es un elemento que podría indicar la existencia de dominio y dirección unitaria. Por ejemplo, Bruce establece que la posibilidad de influir en la designación de los órganos de administración y vigilancia es uno de los indicios que constituyen prueba de la existencia del grupo.⁶

B. Principio de Supremacía de Interés del Grupo.

De conformidad con este principio, la sociedad dominante y la dominada tienen un mismo interés que encamina su actuar.

Este interés se encuentra en el primer plano de importancia en el giro de sus actividades y en el segundo plano, se tiene como fin el interés social propio.⁷ De esta manera, se justifican las políticas, ejercidas a través de una dirección unitaria de la colectividad, que permite encaminar el funcionamiento de sus integrantes hacia fines generales del GIE como un todo. Bruce desarrolla la relevancia del principio en cuestión y dice que:

"de no haber un interés primordial como base del grupo, el grupo en realidad no existe como tal por no haber sometimiento de los intereses sociales de cada miembro a los del grupo y solamente se da la relación de dependencia".⁸

Miguens, agrega que los órganos de administración y vigilancia de las sociedades dependientes, al estar subordinados a la obtención del interés general del grupo, toman sus decisiones con base en la política unificada.⁹

La finalidad conjunta que direcciona el actuar de los miembros, junto con otros indicios como el uso común de inmuebles, edificaciones y nombre comercial, entre otras, para obtener ganancias han sido criterios de reciente uso por parte de la Sala Primera para determinar que se está ante un GIE y que por lo tanto todos sus integrantes pueden considerarse como partes demandadas.¹⁰

5 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 261-F-2008 de las ocho horas cinco minutos del once de abril de 2008 y Resolución No. 973-F- de las dieciséis horas diez minutos del quince de diciembre de 2005.

6 Bruce, Michael. (2002). El Efecto del Abuso del Derecho Como Causal de Insolvencia de los Grupos de Interés Económico., p. 19.

7 Bruce, Michael. (2002). El Efecto del Abuso del Derecho Como Causal de Insolvencia de los Grupos de Interés Económico. , p. 19.

8 Bruce, Michael. (2002). El Efecto del Abuso del Derecho Como Causal de Insolvencia de los Grupos de Interés Económico, p. 19.

9 Miguens, Héctor José (1998). Extensión de la Quiebra y la Responsabilidad en los Grupos de Sociedades, p.42.

10 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 261-F-2008 de las ocho horas cinco minutos del once de abril de 2008.

C. La participación recíproca o controlante del capital de los miembros.

Asimismo, se ha establecido como prueba fehaciente de la existencia del dominio y de la dirección unitaria en un grupo de sociedades la concentración de las finanzas. Según Bruce, la concentración de las finanzas consiste en el uso de los recursos financieros de la empresa dominada por parte de la controlante.¹¹

Para determinar si la empresa dominante tiene injerencia sobre los recursos de la empresa supuestamente dominada es necesario analizar si las decisiones sobre el destino y uso de dineros, activos y demás valores de la supuesta empresa subordinada se encuentran sujetas a las políticas y directrices emitidas por la sociedad controlante. Además, si los ingresos de las filiales, una vez registrados por la controlada, pasan a ser administrados por la controlante y es esta la que dispone como deben ser utilizados, es posible concluir que se está frente a la conformación de un GIE.

Adicionalmente, la presencia de un GIE se manifiesta por el control accionario que una persona o sociedad ostenta sobre el capital de sus miembros. Es importante que la participación del ente controlador permita

imponer sus directrices. No es posible guiarse por un porcentaje fijo de tenencia accionaria ya que el poder de control en el capital depende de la composición accionaria. El control debe considerarse según la potestad efectiva de imponer decisiones sobre el rumbo de la sociedad subordinada. Para la Sala Primera, la unidad o participación recíproca en el capital de diversas personas jurídicas es muy importante para detectar entre ellas la existencia de un GIE.¹²

En la práctica, el análisis de los anteriores elementos resulta trascendental para establecer responsabilidades en los casos en que el grupo haya incurrido en abuso de la responsabilidad limitada que le otorga la personalidad jurídica a cada uno de los miembros del GIE y en otros casos en los que incurran en abusos de las situaciones jurídicas.

Cabe agregar que la jurisprudencia ha otorgado valor a un conjunto de indicios que no hacen más que reflejar la existencia de un interés conjunto, la dirección unitaria y la participación recíproca o controlante en el capital. Ejemplos de esto, entre otros, son el uso de denominaciones similares¹³, anunciarse en conjunto¹⁴, que el mismo personal trabaje para varias de las sociedades¹⁵, que los

11 Bruce, Michael. (2002). El Efecto del Abuso del Derecho Como Causal de Insolvencia de los Grupos de Interés Económico. , p. 15.

12 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 261-F-2008 de las ocho horas cinco minutos del once de abril de 2008.

13 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 402, de las diez horas cuarenta minutos del veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis; se reitera en Resolución 110 de las dieciséis horas del cuatro de febrero del dos mil, Resolución 414 de las dieciséis horas diez minutos del veintiséis de mayo del dos mil cuatro, Resolución 995 de las once horas diez minutos del doce de noviembre del año dos mil cuatro, Resolución 359 de las diez horas veinticinco minutos del diecinueve de mayo del dos mil seis, Resolución 401 de las quince horas dieciocho minutos del treinta y uno de mayo del dos mil seis.

14 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 110 de las dieciséis horas del cuatro de febrero del dos mil; reiterada por Resolución 995 de las once horas diez minutos del doce de noviembre del año dos mil cuatro, Resolución 359 de las diez horas veinticinco minutos del diecinueve de mayo del dos mil seis, Resolución 401 de las quince horas dieciocho minutos del treinta y uno de mayo del dos mil seis.

15 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 251, de las nueve horas treinta minutos del dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y dos.

trabajadores utilicen los mismos uniformes u otros signos externos¹⁶, compartir servicios tales como una misma línea telefónica o dirección postal¹⁷, tener el mismo lugar de operaciones; la utilización indistinta de los bienes¹⁸ y la prestación de avales, fianzas y garantías cruzadas entre las sociedades¹⁹. Esto se ha visto ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, "Sala Segunda"), la cual ha analizado casos de GIE para determinar abusos y evasión de responsabilidades patronales. Esto se desarrollará a fondo más adelante en el presente artículo.

Al probarse la existencia de un GIE, el operador del derecho puede aplicar figuras doctrinarias como la consolidación fiscal o el levantamiento del velo corporativo. Estas permiten la aplicación del Derecho de manera solidaria, atendiendo la realidad de su unidad.

III. ABUSOS DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS POR PARTE DE LOS GIE.

Como se dijo, por la estructura y poder de los GIE es posible que éstos incurran en abusos. En este sentido es importante mencionar el abuso del derecho y el abuso de la personalidad jurídica. El primero es un abuso de la situación jurídica derecho subjetivo y el segundo, de un conjunto de situaciones jurídicas.

A. Abuso del derecho.

El tema del abuso del derecho por parte de los GIE ha sido estudiado a fondo por Juan M. Dobson.²⁰ Al abusar del derecho, el GIE abusa de una sola situación jurídica; de un derecho subjetivo. Según Dobson, este tipo de abuso se presenta en los siguientes casos²¹:

16 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 390 de las quince horas del diez de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

17 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 402, de las diez horas cuarenta minutos del veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

18 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 251, de las nueve horas treinta minutos del dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y dos; se reitera en Resolución 110 de las dieciséis horas del cuatro de febrero del dos mil, Resolución 121 de las ocho horas treinta y nueve minutos del nueve de febrero febrero del año dos mil, Resolución 414 de las dieciséis horas diez minutos del veintiséis de mayo del dos mil cuatro, Resolución 995 de las once horas diez minutos del doce de noviembre del año dos mil cuatro, Resolución 359 de las diez horas veinticinco minutos del diecinueve de mayo del dos mil seis, Resolución 401 de las quince horas dieciocho minutos del treinta y uno de mayo del dos mil seis.

19 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 110 de las dieciséis horas del cuatro de febrero del dos mil; se reitera en Resolución 414 de las dieciséis horas diez minutos del veintiséis de mayo del dos mil cuatro, Resolución 995 de las once horas diez minutos del doce de noviembre del año dos mil cuatro, Resolución 359 de las diez horas veinticinco minutos del diecinueve de mayo del dos mil seis, Resolución 401 de las quince horas dieciocho minutos del treinta y uno de mayo del dos mil seis.

20 Dobson, Juan M. (1985) El abuso de la personalidad jurídica. p. 144.

21 Dobson, Juan M. (1985) El abuso de la personalidad jurídica, p 31

- a) Cuando el ánimo de causar perjuicio aparece como exclusivo fin del acto.²²
- b) Cuando fueren contrariados los fines propuestos por las leyes para establecer la protección a determinados actos.²³
- c) Cuando el ejercicio de un derecho haya excedido los límites que impone la buena fe, la moral y las buenas costumbres.²⁴

En los casos de un uso abusivo del derecho, se busca identificar un uso antisocial de un derecho subjetivo. Si se prueba alguno de estos elementos en el ejercicio que una persona pudo haber hecho de su derecho, se procede a establecer la respectiva responsabilidad y sanción, ya que ha incurrido en un acto prohibido por el ordenamiento.

No todos los GIE se crean con el fin de abusar del derecho, no obstante, es posible que incurran en este actuar. Por ejemplo, es posible que los GIE abusen de su derecho de libre comercio. Hay casos en que se ha sancionado a compañías parte de un grupo que se pusieron de acuerdo para fijar precios irreales a los productos que comercian entre sí con el único fin de evadir normas fiscales o incurrir en prácticas monopolísticas, absolutas o relativas.

B. Abuso de la personalidad jurídica.

La personalidad jurídica no se considera un derecho subjetivo, sino que se refiere a un "status" de la persona, lo cual implica un conjunto de situaciones jurídicas. El "status" de persona (la personalidad) ha sido definido como fuente o presupuesto de la

capacidad jurídica.²⁵ Se puede decir que la personalidad jurídica es "la cualidad que tiene un ente de ser sujeto de derecho, centro de imputación normativa."²⁶

Gracias a la personalidad jurídica que se le atribuye a las sociedades, es posible que opere una separación del patrimonio de los socios y el de la compañía. Una sociedad se constituye con el fin de reunir esfuerzos de diferentes participantes por medio de sus aportes. Estos mismos van a delimitar su responsabilidad frente a las actividades que la sociedad realice.

Con base en lo mencionado, es que se dice que no solamente se puede abusar de un derecho; también se puede abusar del "status" o de un conjunto de situaciones jurídicas. Tal es el caso del abuso de la personalidad jurídica.

En este mismo orden de ideas, se ha hecho referencia a la utilización fraudulenta de las personas morales por parte de unidades empresariales, como el GIE. Lo anterior se da cuando los socios capitalistas dominantes o controladores abusan de la inmunidad de responsabilidad que les concede la ley para cometer actos ilícitos por medio de la sociedad que controlan o que abusen de la autonomía patrimonial de la persona para burlar acreedores.

El uso abusivo produce que la pantalla protectora que la persona jurídica otorga al socio -responsabilidad limitada y autonomía- se desconozca porque el ordenamiento no ampara el uso abusivo del "status".

22 Este criterio se origina en la doctrina de Josserand, Borda y Llambías.

23 Este criterio es el que se sigue en los códigos civiles soviético y polaco.

24 Este criterio se toma de Borda y Andorno.

25 Messineo, Francesco (1986) Manuale di diritto Civile e commerciale, Volumen I, p. 136.

26 Pérez, Víctor. (1994). Derecho Privado., p.222.

V. SOLUCIONES A LOS CASOS DE ABUSOS DEL DERECHO POR PARTE DE LOS GIE

Con la normativa que existe en la actualidad, es posible que los aplicadores del derecho sancionen el abuso de las situaciones jurídicas. Así, por ejemplo, es posible aplicar al abuso del derecho por parte de los GIE los artículos 20, 21 y 22 del Código Civil así como doctrina y desarrollo jurisprudencial sobre el tema con base en la ley nacional.

A. Artículos 20, 21 y 22 del Código Civil.

Los artículos 20, 21 y 22 del Código Civil sirven de base para solucionar aquellas situaciones jurídicas en que un sujeto abuse de sus derechos y por lo tanto lo ejercite de manera contraria a las exigencias de la buena fe. En Costa Rica, estas normas prevén expresamente el abuso del derecho así como el fraude a la ley. Si los GIE incurrir en este tipo de conductas pueden ser sancionadas recurriendo a esta normativa.

El Código Civil provee la normativa necesaria para que se considere inadmisibles actuar en apariencia conforme a un derecho pero sobrepasando los límites fijados por la ley. El artículo 22 del Código Civil costarricense contempla expresamente en su texto el abuso del derecho, siguiendo el criterio de la doctrina francesa. En este se vislumbra que quien ejerza un derecho de forma tal que exceda el

límite normal de este, será responsable por los daños y perjuicios causados a los terceros o contrapartes.

En la actualidad los tribunales de justicia nacionales están aplicando dichos artículos del Código Civil a distintas ramas del Derecho. En este sentido el Tribunal Primero Civil de San José ha dicho que; “La teoría elaborada en torno al abuso del derecho luce imbricada dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etcétera”.²⁷ Asimismo, este Tribunal indica que los órganos judiciales nacionales en sus resoluciones advierten que no es aceptable, de conformidad con el principio de moralidad, buena fe y equidad que prevalece en el proceso civil, que existan situaciones en las que se utilice un derecho de manera abusiva no contemplada en la ley.²⁸

B. Soluciones de la Jurisprudencia al abuso de las situaciones jurídicas.

Asimismo los criterios de la jurisprudencia de la Sala Primera y la Sala Segunda son de gran valor para el desarrollo del tema del abuso del derecho y de las situaciones jurídicas.

La Sala Primera, en su jurisprudencia ha dicho que el ejercicio de los derechos y los contratos deben regirse por el principio de la buena fe, por lo que toda relación, para que se encuentre conforme al ordenamiento jurídico

27 Tribunal Primero Civil de San José, Resolución-Nº 484 –F- de las ocho horas veinticinco minutos del treinta de mayo de 2008.

28 Tribunal Primero Civil de San José, Resolución-Nº 484 –F- de las ocho horas veinticinco minutos del treinta de mayo del 2008.

29 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 65 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintiocho de junio de 1996.

“no puede analizarse con independencia del principio de la buena fe, que debe regir en toda relación contractual”.²⁹

En este mismo orden de ideas ha establecido la Sala Primera que, en caso de que un autor violente los límites normales del ejercicio de un derecho las consecuencias jurídicas son:

“el deber de indemnizar los daños causados, y cuando proceda, la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso, por eso en nuestro derecho la sanción del abuso no se reduce al resarcimiento del daño, sino que comprende las medidas impeditivas de su persistencia (cesación de los efectos del abuso). Por último, conviene precisar como la responsabilidad derivada del abuso en el ejercicio de un derecho es de carácter excepcional, pues en tesis de principio, el ejercicio normal, funcional y correcto del derecho es la regla, por eso la carga de la prueba corre a cargo de quien alega la desviación”.³⁰

Por su parte la Sala Segunda, para resolver los casos en los que se ha dado un ejercicio abusivo del derecho o en los que se hayan sobrepasado los límites, ha establecido:

“la obligación, a cargo de quien abusó de su derecho o de quien lo ejerció antisocialmente, de reparar el daño producido por cualquiera de esos actos suyos, y la de adoptar las medidas judiciales necesarias para impedir la persistencia de sus ilegítimos efectos, en perjuicio de una persona determinada”.³¹

Los pronunciamientos de la Sala Segunda sobre el tema de las agrupaciones de empresa se refieren especialmente a los casos donde los patronos pretenden abusar de la personalidad jurídica de las empresas, con el fin de evadir sus responsabilidades con los trabajadores cuando estos cesan de laborar en las empresas. Las decisiones de esta Sala han mantenido gran uniformidad a través de los años, al punto que es posible decir que se ha conservado una línea jurisprudencial relacionada con los GIE durante los últimos diez o quince años. Se puede ver cómo sentencias del año 2008 todavía recurren al respaldo de lo resuelto en 1992 o 1996.³²

Frente a la posible existencia de un GIE que pretende evadir sus responsabilidades laborales, el juez va a resolver de acuerdo con el Principio de la Buena Fe y sobretodo, de acuerdo con el Principio de Primacía de la Realidad. Por ejemplo, en 1992, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia dicta una resolución que ha servido de precedente

30 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 106 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos de ocho de julio de 1992.

31 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 107 de las nueve horas treinta minutos de 03 de marzo de 2006.

32 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 001 de las nueve horas treinta minutos del dieciocho de enero de 2006; reiterada por Resolución No. 359 de las diez horas veinticinco minutos del diecinueve de mayo de 2006, Resolución No. 401 de las quince horas dieciocho minutos del treinta y uno de mayo de 2006, reiterada por Resolución No. 527 de las diez horas cinco minutos del diez de agosto del dos mil siete y Resolución No. 304 de las nueve horas y diez minutos del nueve de abril del dos mil ocho.

al tratamiento del tema de los GIE a la luz del Principio de Primacía de la Realidad, reconociendo que:

“... es suficiente con que se prueba la existencia de una comunidad económica, un grupo de personas físicas o morales que operen conjuntamente, para que pueda responsabilizarse, a todos, por las prestaciones del trabajador. En estas situaciones, debe irse más allá de las apariencias societarias formales, para llegar a la realidad y no hacer nugatorio el ejercicio efectivo de los derechos del trabajador.”³³

Por otra parte, se ha indicado que para determinar si existe o no un GIE, el juez utiliza un análisis en conjunto de diversos indicios que lo pueden llevar a concluir sobre la existencia o no de una unidad de control, administración o patrimonial, no obstante que las sociedades tengan su propia personalidad jurídica.³⁴ Son solidariamente responsables las sociedades miembros del GIE del pago de los extremos laborales surgidos durante el desarrollo de la relación laboral con el GIE.³⁵

C. Soluciones doctrinarias al abuso de las situaciones jurídicas.

No obstante la existencia de la normativa contenida en el Código Civil, el ordenamiento costarricense, se apega a la tradición francesa, en cuanto no regula el abuso de todas las situaciones jurídicas sino solamente el abuso del derecho.

Ante la falta de normativa expresa que regule el abuso de las situaciones jurídicas, el juez debe solucionar acudiendo a la teoría de la unidad de la empresa y a la del levantamiento del velo social, así como al principio de primacía de la realidad. Estas son soluciones que amplían la posibilidad que tiene el juzgador de reprimir el ejercicio abusivo del “status” de la personalidad jurídica.

El juez civil, en aplicación de la teoría del levantamiento del velo social, llega a la teoría de la unidad de la empresa y con base al artículo 20 del Código Civil puede considerar al grupo como un todo y por lo tanto lograr que se produzca la comunicación de responsabilidades. Esto ocurre en aquellos casos en que se de un abuso de la personalidad

33 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 136, a las diez horas del dos de octubre de 1992; reiterada por Resolución No. 402 de las diez horas cuarenta minutos del veinte de diciembre de 1996, Resolución No. 271 de las catorce horas treinta minutos del tres de noviembre de 1998, Resolución No. 110 de las dieciséis horas del cuatro de febrero de 2000, Resolución No. 111 de las dieciséis horas y diez minutos de cuatro de dieciséis febrero de 2002, Resolución No. 121 de las ocho horas treinta y nueve minutos del nueve de febrero febrero de 2000, Resolución N° 207 de las diez horas once minutos del once de febrero del 2000, Resolución No. 385 de las diez horas del dieciocho de julio de 2001, Resolución No. 0014 de las diez horas diez minutos del veinticinco de enero de 2002, Resolución No. 099 de las quince horas veinte minutos del dieciocho de febrero de 2004, Resolución No. 414 de las dieciséis horas diez minutos del veintiséis de mayo de 2004; Resolución No. 995 de las once horas diez minutos del doce de noviembre de 2004, Resolución No. 098 de las diez horas quince minutos del dieciséis de febrero de 2005, No. 001 de las nueve horas treinta minutos del dieciocho de enero de 2006, Resolución No. 359 de las diez horas veinticinco minutos del diecinueve de mayo de 2006.

34 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 089 de las nueve horas diez minutos del veintiocho de febrero de 2003.

35 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 390 de las quince horas del diez de diciembre de 1999.

jurídica- o mera apariencia para lograr el interés superior del grupo- de una sociedad mercantil que sea parte de un GIE. El GIE, según lo establece la teoría de la unidad de la empresa, debe responder de las obligaciones de la sociedad dominada como unidad económica-financiera y administrativa, pues sin ninguna duda esta fue constituida con la intención de satisfacer necesidades de un ente mayor y actúa en estricto cumplimiento de las directrices que recibe de la política que coordina el adecuado funcionamiento del grupo.³⁶

El ordenamiento busca que en todos los casos se actúe conforme al espíritu de las normas. Con este fin, recurre a criterios que miran la unidad de la empresa y por lo tanto levantan el velo social del grupo de sociedades para aplicarla en ciertos casos en los que se incurre en abuso por parte de estos sujetos.³⁷ De acuerdo con Dobson, la teoría del levantamiento social es la manera de “prescindir de la forma de sociedad con que se haya revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular”.³⁸

Con base en lo anterior, en el caso del GIE, la doctrina del levantamiento del velo permite mirar lo real. Por esta razón, se utiliza en

casos como la extensión de la quiebra, y la consolidación tributaria.³⁹

El principio de la primacía de la realidad se aplica al verificarse la existencia de cualquier tipo de abuso por parte de un GIE. El juez puede mirar lo real, es decir, se abstraerá de la apariencia de que los miembros del grupo son entes independientes y distintos y les aplica la teoría de la unidad de la empresa. Tal y como se mencionó anteriormente, es a través de la jurisprudencia de la Sala Segunda, que se ha dado vida a este principio.

D. Interpretación sistemática, dinámica y evolutiva del derecho.

La interpretación evolutiva y dinámica del derecho debe inspirar al aplicador del derecho para dar respuesta a los casos de abuso de las situaciones jurídicas por ser este un caso de laguna en el ordenamiento. Así, a falta de norma expresa, el juez puede válidamente, recurrir a principios generales del derecho, la jurisprudencia, a la doctrina y a otras fuentes para evitar que lesiones a los derechos de los individuos queden sin sanción.

Se puede decir entonces, que el Código Civil en sus artículos 9⁴⁰ y 10⁴¹ y la Ley Orgánica del

36 Castro Alfaro, Adriana y otros (2007), Grupos de Interés Económico: Abuso de las situaciones jurídicas y propuestas para su regulación, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica, p. 202

37 Arias, Fabio Alberto. (1991). “La Concentración de Empresas en Grupos de Sociedades y la Unidad de la Empresa”, Revista Iustitia. N° 59 12: Nov.

38 Dobson, Juan M. (1985) El abuso de la personalidad jurídica, p 11

39 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 261-F-2008 de las ocho horas cinco minutos del once de abril de 2008.

40 Artículo 9 del Código Civil “ La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena a aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

41 Artículo 10 del Código Civil “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”.

Poder Judicial en su artículo 5⁴² permiten que el derecho se aplique de tal manera que este evolucione junto con los cambios que ocurren en la sociedad. La consecuencia inmediata de esto es que el juez puede dar solución real y actual a los conflictos que llegan a su jurisdicción.

Si los criterios de los tribunales se repiten de manera sistemática en varias ocasiones estos se convierten en jurisprudencia la cual incorporará al ordenamiento las diversas soluciones doctrinarias que sancionan el actuar abusivo de los GIE y por lo tanto se resuelve el vacío legal existente en este campo del Derecho.

V. Conclusiones.

Los GIE responden al fenómeno de concentración empresarial. Son valiosos para el desarrollo de la empresa puesto que permiten el aprovechamiento de las estructuras comunes abaratando costos y facilitando el desarrollo.

Los GIE han adquirido distintas formas y características en distintas latitudes y contextos. Sin embargo, se pueden identificar algunos elementos comunes que permiten determinar la existencia de un GIE. Estos son la unidad en la administración, la consecución del interés general del grupo y no el individual y la participación recíproca o controlante del capital de los miembros. Cada uno de estos elementos engloba una serie de características.

En Costa Rica hay escasa normativa que reconozca expresamente a los GIE. Por esta razón, la mayor parte del desarrollo del fenómeno en distintos campos se ha dado por

vía jurisprudencial. Si bien sería útil ampliar la legislación existente para que el aplicador del derecho cuente con un marco de referencia que le permita identificar a un GIE en determinado caso concreto, la jurisprudencia ha desarrollado criterios que permite señalar que un determinado grupo de empresas constituye un GIE.

A pesar de que mediante interpretación e integración de las normas del ordenamiento se puede sancionar a los GIE que actúan en forma abusiva, lo ideal sería incluir en la normativa costarricense normas: 1) que permitan identificar a un GIE por medio de la constatación de los elementos que los caracterizan; 2) para someter a los grupos a regulaciones especiales que tengan como objeto evitar que estos abusen de distintas figuras jurídicas para perjudicar a terceros y 3) normativa que establezca la responsabilidad solidaria para los miembros del grupo en casos de abuso de situaciones jurídicas.

Siempre será esencial que estas normas se adecuen a la realidad cambiante y a las diferentes modalidades de abusos de situaciones jurídicas que distintas concentraciones o grupos pueden llevar a cabo. Para esto es necesaria la aplicación integral, evolutiva y dinámica de las normas que regulan los GIE y el abuso de las situaciones jurídicas. Así, es importante insistir en lo dicho anteriormente, que la normativa debe ser flexible y el análisis del aplicador del derecho no debe limitarse a la definición, sino que debe hacer un análisis que contemple las diferentes estructuras, relaciones de diversa índole y manifestaciones de unidad que pueden adoptar varias entidades jurídicas que conforman un GIE.

42 Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial "Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de la aplicación del ordenamiento escrito y tendrá el rango de la norma que interprete, integren o delimiten."

LOS DERECHOS DEL MENOR DETENIDO Y SU ESPECIALIDAD

*Dr. Gary Amador Badilla
Juez Penal*

SUMARIO

Introducción.

- 1. Derecho de defensa.**
 - 1.1. Derecho de información.**
 - 1.2. Notificación de la detención a los representantes legales del menor.**
- 2. Derecho a la asistencia médica, psicológica y religiosa.**
- 3. Derecho a estar separado de los adultos.**
- 4. Derechos del menor extranjero detenido.**

Conclusiones y recomendaciones.

LOS DERECHOS DEL MENOR DETENIDO Y SU ESPECIALIDAD

Dr. Gary Amador Badilla
Juez Penal

INTRODUCCIÓN

Cuando los menores de edad cometan una infracción penal, deberán ser juzgados en un procedimiento especialmente diseñado, atendiendo a las características singulares que representa la minoría de edad. De tal forma, su procesamiento quedará excluido de la justicia penal ordinaria¹, aunque el menor se beneficiará de todas las garantías y derechos contenidos en ésta.

De tal forma, la respuesta al comportamiento del menor no deberá ser una mera aplicación formal de la ley penal, sino deberá abarcar la aplicación de aquellos principios y derechos específicos que rigen la materia (interés superior, resocialización, mínima intervención, etc.)². Sólo de esta forma se garantizará la verdadera aplicación de la justicia especializada como respuesta al comportamiento delictivo del menor.

En ese sentido, el principio de justicia especializada se encuentra estipulado en los artículos 40.3. CDN; 1.6., 2.3. y 22 de las Reglas de Beijing. En el ámbito europeo en el artículo 9 de la Recomendación Núm. 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa³. En el ámbito interno, dicho principio se encuentra formulado expresamente en el artículo 12 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

Nuestra normativa constitucional y procesal penal -Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ) y Código Procesal Penal (CPP)- no contienen un apartado que se refiera específicamente a los derechos del detenido, tal y como sucede en otras legislaciones; más bien estos derechos los encontramos establecidos a lo largo de la Constitución Política, la LJPJ, o identificados como derechos del imputado de manera general del CPP (art. 82). De tal forma, estos derechos serán de aplicación y acatamiento

1 En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha indicado: “Una consecuencia evidente de la pertenencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con al conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas a aquellos (...) distinto de los correspondientes a los mayores de edad”. Ver Opinión Consultiva, OC-17/2002, párr. 109.

2 En ese sentido, vid. DALL'ANESE, Francisco, El proceso penal juvenil costarricense: Principios y alternativas, en De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica, UNICEF, 2000, p. 287, quien indica: “No es suficiente sujetarse a la legalidad, sino desarrollar por medio de la jurisprudencia los componentes axiológicos de las normas jurídicas, traducidos en principios mucho más amplios que la letra de la ley. Un juzgador no especializado será absorbido por la justicia penal de adultos y, cuando le corresponda el juzgamiento de jóvenes, se limitará a los textos legales sin remisión y desarrollo de los principios”.

3 “9. Alentar la adopción de disposiciones para que todas las personas que intervienen en las diversas fases del procedimiento (Policía, Abogados, Procuradores, Jueces, trabajadores sociales) tengan una información especializada en el ámbito del derecho de menores y de la delincuencia juvenil”.

obligatorio, y ampararán al menor detenido durante su detención.

El presente estudio se concentrará en aquellos derechos fundamentales garantizados por la Constitución, interpretados a la luz de la especialidad que reviste la detención del menor de edad.

1. DERECHO DE DEFENSA

Este derecho se encuentra incardinado en el proceso penal juvenil y significa, que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, llegando a constituir una garantía suprema en el proceso⁴.

Este derecho se encuentra reconocido en los artículos 37. d. CDN; 7.1 y 15.1. de las Reglas

de Beijing; y 18.a. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (RNUPMPL)⁵. Asimismo, en los artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 7 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En el ámbito europeo se encuentra consignado en el artículo 8 de la Recomendación 87 (20) del Comité de Ministros de Europa⁶. En el ámbito interno, lo encontramos regulado en el artículo 39 de la Constitución Política⁷.

En el proceso penal juvenil la cobertura del derecho de defensa abarcará: el derecho que tiene el menor a la asistencia letrada desde el inicio del proceso (art. 37 LJPJ)⁸, la posibilidad del menor de aportar pruebas al proceso

4 En ese sentido, MONTERO AROCA, Juan, Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 139, indica: "Los brocardos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari potest*, que hoy suelen enunciarse como que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, hacen referencia a este principio, que ha sido considerado la fuerza motriz del proceso, su garantía suprema, pero que, más precisamente, puede considerarse que atiende a la esencia misma del proceso, pues sin el mismo no estaremos ante un verdadero proceso". En ese mismo sentido, Armenta Deu, Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 2003, p. 46, quien lo identifica con el principio de audiencia o contradicción; GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, Editorial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp.47 y 48.

5 "18.a. Los menores tendrán derecho a asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando esta exista (...)".

6 "Reforzar la posición legal de los menores durante todo el procedimiento, incluida la fase policial reconociendo, entre otros: (...) el derecho a la asistencia de un defensor (...)".

7 Sobre este la jurisprudencia constitucional ha indicado: "La defensa técnica es una exigencia para garantizar al encausado un juicio justo, razón por la cual debe permitirse su ejercicio, con lógicas restricciones desde la detención del presunto culpable, durante el proceso y hasta que la resolución se dicte (...) De ello se desprende que la intervención del Defensor y el ejercicio de la defensa no puede coartarse a menos que colisione seriamente con otro interés que resulto preponderante en razón de los fines del proceso. El ejercicio de la defensa crea una relación entre el abogado y su defendido desde el momento mismo en que éste es detenido que no puede verse interrumpida en ningún momento, ya sea con anterioridad o con posterioridad a que se rinda la declaración indagatoria y así hasta la finalización del proceso, relación que en algunos casos exige la presencia del defensor para la validez del acto, presencia que no puede estimarse sea meramente física, pues representa la asesoría letrada con que, constitucionalmente, debe contar todo procesado en salvaguarda de sus derechos". Voto n° 4784-93; en ese mismo sentido el voto n° 1331-90 de la misma Sala.

8 Sobre la participación del abogado como defensor en el proceso penal MARTÍN OSTOS, José, Jurisdicción de Menores, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona 1994, págs. 60 y sgs., señala: "La presencia del abogado en toda administración de Justicia ha llegado a convertirse en algo intrínseco a ella misma. No se concibe hoy día una eficaz y acertada Administración de Justicia sin la asistencia, audiencia y participación de una defensa establecida en pro del justiciable. Defensa que, evidentemente, requiere un carácter técnico y unos conocimientos jurídicos, distinto del mero instinto

Continúa en la siguiente página.

(art. 23 LJPJ)⁹ y a rebatir las ya existentes (principio del contradictorio, art.24 LJPJ)¹⁰, el derecho del menor a conocer, desde un primer momento, sus derechos y los motivos de su detención por parte de la autoridad actuante (art. 40.2.b.ii. Convención de Derechos del Niño –CDN-)¹¹, el derecho del menor a no declarar contra sí mismo (art.17 LJPJ)¹² y el derecho a recurrir ante una autoridad superior (art. 112.b. LJPJ)¹³.

Sin seguir el orden antepuesto, y centrándonos en el de la detención del menor de edad, resulta fundamental el derecho de información que le asiste a éste. De tal forma, la primera autoridad que tenga contacto con éste deberá informarle sobre sus derechos; así, desde ese momento inicial el menor –con base a esa información- podrá ejercer su defensa¹⁴.

En estos casos, normalmente, el primer contacto que tiene el menor de edad es con la policía, ya sea administrativa o judicial; de tal forma, si no existiera la comunicación de derechos al menor, o bien si esta fuese defectuosa, implicaría una violación al derecho de defensa. En ambos casos, el defecto deberá subsanarse de manera inmediata por el Fiscal, quien con un mayor criterio –se supone- subsanará el defecto apuntado, informando debidamente al menor sobre sus derechos y facilitando a éste el acceso a la asistencia técnica debida.

Del respeto de estas garantías emanará, consecuentemente, el conocimiento efectivo por parte del menor detenido del derecho de asistencia técnica, o sea, de contar con un abogado de su confianza que lo asesore, o

humano de defensa característico del individuo por el simple hecho de serlo y que representa el origen del derecho al que nos referimos, propio del ciudadano (...) Por ello en todos los sistemas procesales, en los distintos modelos económicos y sociales, en las diversas especialidades jurídicas, se recogen la institución de la defensa y la figura del abogado como garantías de la justicia impartida (...) Si en el ejercicio de la actividad de cualquier cara del prisma jurisdiccional se pueden lesionar los derechos del justiciable, cuando el procedimiento seguido para impartir justicia no es el más adecuado, por faltar, por ejemplo, alguna garantía procesal –cual es la intervención del abogado-, en el aspecto criminal, en tal supuesto, este perjuicio aumenta considerablemente.” En ese sentido, vid. MONTERO AROCA, Juan, Derecho Jurisdiccional III, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 31; DALL’ANESE, FRANCISCO, El proceso penal..., op. cit., p. 304.

9 Ver en la jurisprudencia de la Sala Constitucional (votos n° 1231-94 y 3403-93).

10 En ese sentido se expresa el artículo 14.3.e. PIDCP, establece: “Artículo 14.3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho (...) a las siguientes garantías mínimas: (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. Asimismo, ver el voto de la Sala Constitucional n° 1739-92 y 5966-93.

11 La LJPJ no contempla un artículo específico que establezca el derecho a la información inmediata como parte de los derechos del menor; sin embargo, dicho derecho se encuentra garantizado por la CDN en su artículo 40.2.b.ii., que establece que todo menor detenido: “(...) será informado sin demora y directamente (...) de los cargos que pesan contra él (...)”. En ese mismo sentido, el artículo 7.4 CADH.

12 En ese sentido, el art. 8.2.g. CADH y el PIDCP su artículo 14.3.g. que indica: “A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. En ese sentido, se ha expresado la jurisprudencia de la Sala Constitucional (votos n° 1231-94, 5966-93 y 3403-93).

13 En ese sentido se expresa el art. 7.6. y 8.2.h. CADH. Ver votos de la Sala Constitucional n° 1112-94, 1058-94, 300-90, y 719-90.

14 En ese sentido, debe hablarse del derecho del imputado a ser informado de la acusación, aunque en el comienzo del proceso debería hablarse de la imputación, suponiendo que a la hora de la detención no estaría conformada la acusación en sentido técnico. De tal forma, cabría hablar mejor “del derecho a ser informado de la iniciación del proceso (...) cabría distinguir entre un derecho de información pre-procesal, conectado con la detención y con la necesidad de ser informado de sus derechos y de las razones de la detención misma”. Así, MONTERO AROCA, Juan, Derecho Jurisdiccional III, op. cit., pp. 30 y 31. En ese mismo sentido, vid. ARMENTA DEU, Teresa, Lecciones..., op. cit., p. 50.

bien que el Estado le asigne uno gratuito (art. 37 LJPJ, 14.d. PIDCP, 8.2.e. CADH).

Ese orden garantizará, de manera efectiva, que el menor –bajo la asesoría técnica debida– pueda participar de manera oportuna dentro del proceso, pudiendo generar la prueba necesaria que considere de interés en su defensa; así como, oponerse y cuestionar la prueba ya existente¹⁵.

Asimismo, será de suma importancia que el derecho del menor a participar en proceso no sea asumido de una manera formal –únicamente por cumplir con el requisito legal–, sino deberá ejercerse de una manera activa; de tal forma, será el abogado del menor, quien, con el conocimiento técnico, y de una mejor manera, pueda aportar prueba al proceso,

participar de los actos que la incorporen, interrogar testigos, oponerse a la inclusión de pruebas de cargo, etc., coadyuvando al menor a una defensa eficaz y oportuna¹⁶.

1.1. Derecho de información

El derecho de información consiste en aquella comunicación clara e inmediata, que realizarán las autoridades (policiales o judiciales) que tengan el primer contacto con el menor detenido, sobre los hechos que provocaron su detención, las razones de la misma y los derechos que le asisten como detenido.

Así, el derecho a la información debe ser reconocido como el primer derecho del menor detenido¹⁷; de éste emanarán los demás derechos y el derecho de defensa mismo,

15 Sobre el principio del contradictorio, DALL'ANESE, Francisco, *El proceso penal...*, op. cit., p. 308, indica: “Supuesto importante del contradictorio es conocer el razonamiento del contrario y las pruebas que lo sustentan, pues solo de esta manera es posible rebatir y oponerse adecuadamente”. En ese mismo sentido, vid. Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional III*, op. cit., p. 31; GORDILLO, Agustín, *El método del derecho*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 172. Asimismo, la CIDH en cuanto al principio del contradictorio en materia de menores ha indicado: “Esto implica (...) la intervención del niño por sí o mediante representantes en los actos del proceso, la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros. En este sentido, la Corte Europea ha señalado que: El derecho a contradecir en un proceso para los efectos del artículo 6.1, tal u como ha sido interpretado por la jurisprudencia, “significa en principio la oportunidad para las partes en un juicio civil o penal de conocer o analizar la prueba aducida o las observaciones remitidas al expediente [...] con el objetivo de influir sobre la decisión de la Corte”. Ver OC-17/2002, párrs. 132 y 133.

16 En ese mismo sentido se inclina FRANCISCO VIDAL MARTÍNEZ, quien indica: “(...) el Letrado del Menor, tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, desde el mismo momento de la detención del menor y hasta que se ponga fin al procedimiento. Conocerá en todo momento el contenido del expediente, proponiendo pruebas, con intervención en todos los actos que se refieren ala valoración del interés del menor, y hasta la fase de ejecución de la medida impuesta (...)”. Vid. VIDAL MARTÍNEZ, Francisco, *La nueva responsabilidad penal de los menores*, en *Economist & Jurist*, año IX, enero febrero, 2001, p. 55. Igualmente, ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones...*, op. cit., p. 53. En ese mismo sentido se expresa el voto n° 1739-92 de la Sala Constitucional.

17 En ese sentido, vid. APARICIO BLANCO, Prudencio, *La detención y otras medidas de coerción con menores*, en *Revista de Derecho Penal*, N°. 3, Mayo, 2001, p. 43. En ese mismo sentido, vid. LORCA NAVARRETE, Antonio, *El proceso español del menor*, Editorial Dykinson, Madrid, 1993, quien manifiesta: “(...) instruir al menor en sus derechos implica una forma de autodefensa (...) Sin instrucción de derecho y sin aprender el significado de los mismos, no es posible hacer operativo un diseño procesal en interés del menor”. De igual forma, vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales y Policiales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 166, quien indica: “El fundamento de la garantía informativa se halla en el propósito legal de garantizar al detenido su derecho de defensa, incluido el derecho a recurrir, lo cual supone hacerle saber cuáles son los hechos y razones que determinantes de su detención, y también cuáles son los derechos que tiene como detenido”. Asimismo, vid. Salido Valle, Carlos, *La detención policial*, J. M. Bosch Editor, Barcelona 1997, p. 264.

pues nadie puede defenderse, si no se tiene conocimiento de qué es lo que debe defenderse y cómo se puede hacerlo¹⁸.

El derecho de información no se encuentra recogido en la LJPJ, en ésta no existe una norma expresa que establezca la obligación de las autoridades –policiales o judiciales- que tengan un primer contacto con el menor detenido a informarle los motivos de su detención y sus derechos. Sin embargo, conforme el principio de inviolabilidad de la defensa se concluye que, a pesar de esa omisión normativa, las autoridades competentes se encuentran en la obligación de realizar dicha comunicación (art. 12 CPP).

En ese sentido, la policía como primera autoridad actuante, deberá indicar al menor detenido «los hechos que se le imputan», y

las razones de su detención (arts. 40.2.b.ii. CDN; 7.1 Reglas de Beijing; 9.2 PIDCP; 7.4. CADH; 12 y 82 del CPP; 10.m. LGP¹⁹). Esto significa, que la policía requerirá realizar una mínima calificación jurídica del hecho, con la indicación de la norma penal infringida, sin que ésta incipiente calificación, pueda obligar al Ministerio Público o al Juez²⁰. En aquellos casos en que la detención haya sido preordenada, la policía, además, deberá indicar al imputado el funcionario que ordenó la detención; asimismo tendrá la obligación de mostrarle la orden que fue emitida en su contra (art. 82.a. CPP).

La comunicación deberá efectuarse utilizando un lenguaje claro y comprensible para el menor de edad²¹, atendiendo a esa minoridad; de lo contrario, difícilmente, el menor podría entender por qué está detenido y qué derechos le asisten. Asimismo, la comunicación deberá

18 En cuanto a este aspecto, véase RÍOS MARTÍN, Julán Carlos, *El Menor Infractor ante la Ley Penal*, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 286., quien considera lo siguiente: «El art. 40.2.ii, de la Convención de Derechos del Niño establece que el menor “será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan sobre él (...)». Entendemos lógico que si a un niño se le detiene por la presunta comisión de hechos infractores, se le informe de los hechos de los que se le acuse. En caso contrario, difícilmente podrá explicar al Juez y al Fiscal lo ocurrido. Entendemos por ello que es un derecho lógico, coherente y que no atenta contra la personalidad evolutiva del niño”. En ese mismo sentido, cfr. DE LA ROCHA GARCÍA, Ernesto, *Los menores de edad en el derecho español*, Editorial Comares, Granada, Año 2000, p. 196. Asimismo, CARBALLO ARMAS, Pedro, *Detención policía, derechos del detenido y procedimiento de habeas corpus*, en *Actualidad Penal*, N.º. 30, 22 al 28 de julio, Tomo 2, 2002, p. 758.

19 “Artículo 10. Principio fundamentales. En el cumplimiento de sus funciones, los miembros de las fuerzas de policía deberán respetar las siguientes normas: m) En el momento de interrogar a una persona o de privarla de su libertad, estarán obligados a exponerle el motivo de la detención (...)”.

20 En ese sentido, cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 136; en ese mismo sentido, vid. SALIDO VALLE, Carlos, *La detención...*, op. cit., p. 269. Asimismo, GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, *Las garantías constitucionales de la detención, los derechos del detenido*, Centros de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999, p. 82, quien además considera que: “La comunicación no puede ser tan abstracta que produzca indefensión por sí sola (...) la garantía exige unos conocimientos básicos para obrar legítimamente; si la ignorancia de la ley no excluye a ningún ciudadano de su conocimiento, menos a la Autoridad y a sus agentes (...) lo que implica un conocimiento detallado de la legislación relacionada con la restricción de la libertad, algo que aún sigue siendo impensable, o cuando menos de difícil efectividad práctica”.

21 Al respecto, vid. APARICIO BLANCO, Prudencio, *La detención y otras medidas de coerción con menores*, en *Revista de Derecho Penal*, N.º. 3, Madrid, 2001, p. 44; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La instrucción...*, op. cit., p. 134; MORA ALARCÓN, José Antonio, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 144; MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 254; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La instrucción...*, op. cit., p. 296; SEBASTIÁN OTONES, Milagros, *La instrucción...*, op. cit., p. 1279; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, *Derecho...*, op. cit., p. 448.

ser realizada de manera inmediata²²; en ese sentido, la autoridad policial (o judicial) desde el momento que practique la detención deberá realizar la comunicación al menor, no siendo justificable ningún tipo de tardanza²³.

Es frecuente encontrarse con detenidos que no han sido informados de sus derechos, ni de los motivos de su detención, o bien, que aquella información no se haya comunicado correctamente, ya sea, porque la policía no muestra ningún interés, bien por el desconocimiento del deber de brindar esa información al detenido, o porque la ejecución de la detención ha sido sumamente conflictiva²⁴. En la mayoría de oportunidades, esta información se obtiene en un segundo momento, o sea, cuando actúa la autoridad judicial competente –normalmente

el fiscal-, quien deberá informar debidamente al detenido el porqué de su detención, o concretar de una mejor manera la información brindada por la policía.

Ante la situación descrita, resultaría de suma importancia que las autoridades judiciales recuerden, continuamente, a las autoridades de policía, su obligación de informar al menor detenido –en ese primer contacto- de sus derechos y de los motivos de su detención, cumpliendo de esta forma con la normativa citada²⁵.

Asimismo, sería importante plantear la inclusión de un artículo en la LJPJ que manifieste de manera expresa la obligación de la policía, desde un primer momento, de realizar la

22 Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, I.U.C.; GISBERT JORDÁ, Teresa, *Las Medidas...*, op. cit., p. 119; APARICIO BLANCO, Prudencio, *La detención...*, op. cit., p. 45; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La instrucción...*, op. cit., p. 136; MARCHENA GÓMEZ, Manuel, I.U.C.; SEBASTIÁN OTONES, Milagros, I.U.C.; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, I.U.C.; VENTURA FACI, Ramiro y otro, *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Comentarios y Jurisprudencia*, Editorial Colex, 1 edición, Madrid, 2000, p. 99, quien indica que esa inmediatez de conocimiento de los hechos atribuidos al menor como derecho, se encuentra recogida en la jurisprudencia del TC (STC 186/1990).

23 En ese mismo sentido, vid. GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, *Las garantías...*, op. cit., p. 79. Sobre la comprensión de la información que se le brinda al menor, y la tardanza de la comunicación de derechos justificada en esa comprensión, SALIDO VALLE, Carlos, *La detención...*, op. cit., p. 42, nos indica: “La información puede plantear problemas de comprensión al menor de edad penal detenido acerca de lo que le está informando, por lo que será el caso particular el que indique cómo o cuándo se le ha de informar. En principio, debe hacerse lo más inmediatamente posible al hecho de la detención, y utilizar un lenguaje claro y sencillo, adecuado a la edad del detenido. La práctica va a exigir, en determinadas ocasiones, el aplazamiento del acto de información de derechos al menor, por el escaso conocimiento o comprensión de éste. Sería deseable que, sin perjuicio de intentar una primera información con la mayor brevedad, ésta se produjese ante la persona que ostente la patria potestad, tutela o guarda del menor o, cuando no fuese halladas ninguna de las personas indicadas en primer lugar, ante el Ministerio Fiscal”.

24 Con respecto a este último aspecto vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones...*, op. cit., p. 170, quien indica: “Normalmente –refiriéndose a la comunicación de derechos- se realiza de manera verbal por parte de quien ejecuta la detención. Aunque tal información suele ser rápida y resumida, dada la precariedad de la situación en que se ha producido la detención, frecuentemente caracterizada por haber mediado algún tipo de violencia, correlativa a la inicial resistencia de la persona detenido, lo que ha podido originar cierto nerviosismo en quien ha ejecutado la detención y en quien ha sido detenido. De ahí que se suelen exponer suficientemente las razones de la detención y los derechos(...) cuando se establece y asegure la situación surgida tras la práctica de la detención”.

25 De esta forma, lo que se busca es impedir la práctica policial de no comunicar los motivos de su detención, y mucho menos los derechos a los menores detenidos. Así, GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, I.U.C.

comunicación de los motivos y razones de la detención, así como de los derechos al menor detenido²⁶.

1.2. Notificación de la detención a los representantes legales del menor

Una vez que el menor es detenido, existe la obligación de las autoridades que ejecutaron la detención de notificarle de manera inmediata a los padres o representantes del menor, tanto la detención, como el lugar de custodia del menor (arts. 10.1 y 7.1 Reglas de Beijing; 37.c. CDN; y 8 de la Recomendación 87 (20), para Europa²⁷).

La notificación que realicen las autoridades policiales o funcionarios que intervienen en ese primer contacto con el menor detenido a los padres del menor o a sus representantes, es de suma importancia para garantizar sus derechos. En este caso, no debe olvidarse que la persona detenida es un menor de edad; de tal forma, en primera instancia la defensa de éste corresponderá, de manera natural²⁸, a sus padres o representantes en conjunto con aquél (ya sea para la contratación expedita del letrado que representará al menor, o bien enterarse y explicarle al menor de una mejor

manera los hechos que se le atribuyen, etc.). El cumplimiento de este derecho constituirá un apoyo imprescindible en el derecho de defensa del menor.

En cuando a esta notificación la LJPJ es omisa, pues no obliga a las autoridades policiales ni judiciales -que tengan este primer contacto con el menor detenido- a notificar a sus representantes legales; por lo tanto, se le estaría vedando al menor del derecho que tiene a la presencia de sus padres o representantes legales desde un inicio del proceso. Sin embargo, este aspecto, podría tener cobijo –aunque no expresamente- en la normativa interna, tanto en artículo 33 LJPJ, como en el artículo 114.e. Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), que establecen de manera general, como una de las garantías que goza el menor en el proceso, la presencia de sus representantes.

Ahora bien, se ha entendido que el derecho a notificar a los representantes debe extenderse a aquellos casos en que la representación del menor sea inclusive de hecho; o sea, será válida la asistencia de aquél quien ostente la guarda y crianza del menor de hecho, aunque no sea el padre biológico o representante

26 El derecho a la información lo encontramos consagrado a nivel constitucional en el ordenamiento jurídico español, en el artículo 17.3. CE, siendo una innovación, respecto a las Constituciones de los países democráticos –salvo Portugal-, e inclusive con respecto a las Declaraciones Internacionales. Así, GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, *Las garantías...*, op. cit., p. 85. Asimismo, la LORPM en su artículo 17, inciso 1, que establece: “Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor (...) estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten (...)”.

27 “Reforzar la posición legal de los menores durante todo el procedimiento, incluida la fase policial reconociendo entre otros: (...) el derecho a la presencia de los padres o de otro representante legal que deben ser informados desde el inicio del procedimiento (...)”.

28 En ese sentido, vid. SALADO OSUNA, Ana, *Algunas reflexiones sobre la Opinión Consultiva de la Corte Americana de Derechos Humanos*, en *Anuario de Justicia de Menores*, N°. II, Año 2002, p. 92.

legal²⁹. Así, lo importante es que dicha persona sea quien se responsabiliza por el menor de edad, sea de la confianza del menor, que éste haya solicitado su presencia³⁰, y que no exista un interés contrapuesto que no aconseje su presencia.

El problema se presentaría en aquellos casos en que sean notificados los padres o representantes del menor, pero que éste solicite amparándose al artículo 82.b. CPP³¹, la comunicación de su detención a otra persona de su confianza u organización diferente de aquéllos.

En estos casos, deberá concedérsele al menor dicho derecho, aunque no exime de la comunicación que las autoridades deberán realizar siempre a sus representantes.

Existirán casos en que no pueda contarse con la presencia de los padres o representantes del menor, ya sea porque el menor proviene de una familia desestructurada, y aquellos no atiendan la notificación, bien porque no se hayan podido localizar, o porque no sea aconsejable a los intereses del menor³². En estos casos la LJPJ no establece ningún tipo de solución, por lo que deberá preguntársele al menor si tiene alguna persona de confianza –art.82.b. CPP-, o bien, debería informarse inmediatamente al representante del PANI, quien como representante de los menores será la entidad obligada a acudir en defensa del menor.

El contenido de la notificación que se realiza a los representantes del menor debe referirse a los motivos de detención del menor y el lugar

29 Con respecto a permitir la notificación de quienes ostentan la guarda y crianza de hecho del menor, APARICIO BLANCO, Prudencio, *La detención...*, op. cit., p. 44, nos indica: "No puede exigirse a la policía una investigación exhaustiva dirigida a conocer la situación legal del menor y bajo qué personas se encuentra, situación que incluso puede ser ignorada por el propio menor". En ese mismo sentido, SEBASTIÁN OTONES, Milagros, *La instrucción...*, op. cit., p. 1280. Asimismo, vid. GISBERT JORDÁ, Teresa, *Cuestiones sobre medidas cautelares*, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, I-2001, p. 528, para quien dentro de esta representación cabría cualquier familiar mayor de edad (hermanos, tíos, abuelos, etc.). La detención por ser provisionalísima impedirá muchas veces conocer en ese lapso tan corto, conocer verdaderamente la situación que tiene el menor respecto a quienes se apersonan, salvo que sea obvia la relación entre ambos por los documentos de identidad que presenten los representantes del menor.

30 Se ha considerado admisible la comunicación de al menos uno de sus representantes, aunque nada impide que los dos acudan a este llamado. En ese sentido, vid. SAMANES ARA, Carmen, *La responsabilidad penal de los menores*, Colección Justicia de Aragón, Zaragoza, p 146.

31 Sobre este artículo LLOBLET RODRIGUEZ, Javier, *Proceso...*, op. cit., pp. 318 y 319, nos indica: "La comunicación a los familiares o agrupación que indique el imputado tiene importancia por un lado para que los mismos conozcan la razón por la que la persona no llega a su casa de habitación, trabajo u otras actividades, por otro lado tiene relevancia con respecto a la labor fiscalizadora que pueden cumplir los familiares y otras organizaciones sobre la legalidad de la detención, por último se tiende a facilitar que el imputado cuente con una defensa técnica de confianza, puesto que al estar detenido tendrá dificultades para conseguir una, de modo que los familiares, entidad u organización podrán colaborar con el imputado buscando un defensor de confianza que lleve el caso (...) inciso c) de este artículo (...)".

32 En igual sentido, vid. APARICIO BLANCO, Prudencio, I.U.C.; SAMANES ARA, Carmen, I.U.C.; GISBERT JORDÁ, Teresa, *Las medidas...*, op. cit., p. 120. Sobre quién debe valorar si existe ese interés contrapuestos, SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, *La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de la responsabilidad penal de los menores*, en *Justicia Penal de Menores (Análisis sustantivo y proceosal de la nueva regulación)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 225, indica: "Una excepción a la presencia de estos últimos (...) «cuando las circunstancias aconsejen lo contrario», juicio de valor que más que la policía corresponde al Fiscal de Menores que deberá ser, quien inmediatamente informado por los funcionarios policiales, decida al respecto tras ponderar la naturaleza de los hechos, su gravedad y reiteración, la actitud de los representantes legales con respecto al menor y demás circunstancias concurrentes".

donde este se encuentra³³. Asimismo, dicha comunicación debe realizarse de manera inmediata³⁴; así, dado lo provisionalísima que resulta la medida, lo correcto es que la comunicación se realice por un medio ágil, que permita que los representantes del menor conozcan desde un primer momento de su detención. En ese sentido, no sería excusable una comunicación tardía, en la medida que ésta desmejoraría la posición del menor en el proceso, resultando una clara violación a sus derechos.

De tal forma, aunque la LJPJ no contempla de manera expresa la notificación de los padres o representantes legales del menor de edad, es obligación de las autoridades policiales y funcionarios realizarla en el momento que se detiene al menor, como parte integrante de sus funciones, e independientemente, que el menor no lo haya solicitado³⁵; de lo contrario, se actuaría en contravención de los derechos reconocidos al menor de edad en la normativa internacional, reconocida por el Estado costarricense.

Por lo expuesto, se considera que de manera oportuna deberá incluirse este aspecto en la LJPJ; así, a través de una reforma legislativa de manera expresa y específica, deberá establecerse el derecho que le asiste al menor de edad a que, una vez que es detenido, se notifique a sus padres o representantes legales de manera inmediata sobre esa detención³⁶.

2. DERECHO A LA ASISTENCIA MÉDICA, PSICOLÓGICA Y RELIGIOSA

Este derecho no está contenido en nuestra legislación procesal penal³⁷; sin embargo, todo menor tendrá derecho desde el primer momento de su detención a ser atendido por un personal cualificado (médicos, psicólogos, trabajadores sociales), que valoren al menor y le den el apoyo necesario, en esos primeros momentos, para reducir los efectos estigmatizantes de la privación de libertad, así como, buscar en todo momento su reinserción social³⁸

33 En ese sentido, vid. GIBBERT JORDÁ, Teresa, Las medidas cautelares, Responsabilidad Penal de los Menores, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, p. 119; POLO RODRÍGUEZ, José Javier y HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús, La nueva ley..., op. cit., p. 37; DEL CAMPO BELTRÁN, María Isabel, El tratamiento..., op. cit., p. 64; SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, La intervención..., op. cit., 225; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, Derecho..., op. cit., p. 448.

34 Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, La instrucción..., op. cit., p. 138; APARICIO BLANCO, Prudencio, La detención..., op. cit., p. 45; GIBBERT JORDÁ, Teresa, I.U.C.; MORA ALARCÓN, José Antonio, Derecho penal..., op. cit., p. 148.

35 En ese sentido, MARCHENA GÓMEZ, Manuel, I.U.C., indica: "El derecho a informar a un familiar del hecho de la detención y el lugar de custodia, además de un derecho del menor, presenta los rasgos de una obligación legal que incumbe a la autoridad o funcionario que haya practicado la detención, pues esa notificación debe practicarse en todo caso y con independencia de que por parte del menor se ejercite o no de un modo efectivo el derecho que la Ley le confiere".

36 Por su parte, el artículo 17.1 LORPM, establece la notificación de los padres como una obligación de los funcionarios o autoridades que intervengan en la detención del menor: "(...) También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor (...)".

37 Por su parte, en España el artículo 17.3 LORPM indica: "Mientras dure la detención, los menores (...) recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales". Asimismo, este derecho del detenido se encuentra contenido por el artículo 520.2.f. LECrim, que indica: "Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas".

38 Al respecto, vid. Samanes Ara, Carmen, La responsabilidad..., op. cit., p. 148; Gisbert Jordá, Teresa, Las medidas..., op. cit., p. 117; Mora Alarcón, José Antonio, I.U.C. En ese mismo sentido, vid. Marchena Gómez, Manuel, Responsabilidad..., op. cit., p. 255; López López, Alberto Manuel, Tratamiento..., op. cit., p. 1226; Dolz Lago, Manuel Jesús, La instrucción penal de fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites, en Justicia Penal de Menores (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 297; Higuera Guimerá, Juan Felipe, Derecho..., op. cit., p. 448.

(art. 13.5. Reglas de Beijing; 37.d. CDN; y 7 Recomendación 87 (20), para Europa).

Desde un primer momento se supone que al menor detenido deberá brindársele la asistencia del equipo técnico³⁹, no sólo como una medida de asistencia durante su detención a efectos de hacerla menos perjudicial⁴⁰; sino porque es una información con la que deberá contar el Fiscal para la solicitud de cualquier medida cautelar que quiera solicitar, pues este informe lo pondrá al tanto de la situación personal, familiar y social en la que se desenvuelve el menor, situación que, evidentemente, fundamentará en muchas ocasiones que la medida elegida sea consecuente con la situación real del menor. Desgraciadamente, el artículo 93 LJPJ (estudio psicosocial) permite esta intervención en un momento tardío, cuando el menor ya ha transitado la mayor parte del proceso, por lo que no se podrá contar en un primer momento con

este tipo de información, siendo que muchas medidas cautelares tomadas en contra del menor carecerán del fundamento requerido que justifiquen la adopción de la medida, máxime que sin ese estudio se desconocerá las características personales del menor, su situación social o familiar.

En cuanto a la atención médica, la encontramos más bien como una obligación de la policía administrativa, debiendo brindarla a aquellas personas que estando bajo su custodia la requieran (art. 10.h.LGP⁴¹); asimismo, de manera general, el artículo 41 CNA⁴² ha establecido la atención médica como un derecho de todo menor.

La finalidad de la asistencia médica será asegurar que la persona detenida ha recibido un buen trato por parte de quienes le detienen⁴³, ya sea, por cualquier indisposición

39 Al respecto, vid. Martín Ostos, José de los Santos, Aspectos procesales de la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, en Menores Privados de Libertad, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 165.

40 La LORPM (art. 27) regula lo referente a la actuación del equipo técnico en el proceso, así como sus funciones, y la elaboración del informe técnico a petición del fiscal. Asimismo, se destaca la obligatoriedad de la actuación de éstos profesionales, anterior a la adopción de cualquier medida cautelar en contra del menor (art.28.2. LORPM), a efectos de que informen sobre su situación personal, social, familiar, y sobre la conveniencia o no de la medida cautelar solicitada, así como una determinada intervención socio-educativa. Asimismo, su actuación se encuentra desarrollada por el artículo 4 del RLORPM, que establece: "(...) Del mismo modo prestarán asistencia profesional al menor desde el momento de su detención (...)".

41 Artículo 10. Principio fundamentales. En el cumplimiento de sus funciones, los miembros de las fuerzas de policía deberán respetar las siguientes normas: h) Cuidar y proteger la salud física y mental de las personas bajo su custodia. En especial, deberán atender el suministro de medicamentos, la revisión médica o la atención hospitalaria de quienes requieran, con urgencia, esos servicios, por estar en peligro su vida".

42 "Artículo 41. Derecho a la atención médica. Las personas menores de edad gozarán de atención médica directa y gratuita por parte del Estado. Los centros o servicios públicos de prevención y atención de la salud quedarán obligados a prestar, en forma inmediata, el servicio que esa población requiera sin discriminación de raza, género, condición social, ni nacionalidad. No podrá aducirse ausencia de sus representantes legales, carencia de documentos de identidad, falta de cupo ni otra circunstancia".

43 Señala E. Espín: "Ello supone la obligación de los poderes públicos de velar porque se reciba un trato acorde con la dignidad humana todas las personas, y en especial aquéllas que dependan de ellos por cualquier razón, tanto de manera ocasional o transitoria (un detenido), como de manera más permanente, como los sujetos privados de libertad por razón de delito, los menores a su cargo (...)". Citado por González Ayala, M.^a Dolores, Las garantías..., op. cit., p. 126.

que pueda sufrir durante la detención, o bien, como reconocimiento médico⁴⁴, para acreditar a que fue correcto el trato que se le dispensó a lo largo del período de detención.

Con esto se pretende controlar cualquier maltrato o tortura sufrida por el menor detenido⁴⁵, durante su detención; malos tratos que han sido proscritos por nuestra Constitución (arts. 40 C. Pol.), así como por la normativa internacional (37.a. CDN; 5 Declaración Universal de Derechos Humanos -DUDH-; y 6 PIDCP)⁴⁶.

De tal forma, la asistencia médica no podrá ser postergada al menor detenido, y deberá brindársele tantas veces la requiera⁴⁷, pues de ella dependerá su salud y bienestar; así, aquél funcionario que niegue retarde esta asistencia, podrá incurrir en responsabilidad por cualquier perjuicio que esta actitud pueda ocasionar al menor de edad⁴⁸.

Por otra parte, la CDN establece de manera general el derecho del menor de edad a la libertad religiosa (art. 14); de igual forma, este derecho se encuentra contenido por el artículo 18 DUDH. Asimismo, la libertad religiosa se haya consagrada por el artículo 75 de nuestra Constitución Política, y específicamente por el artículo 14 CNA.

Ahora bien, en cuanto a los menores sujetos a detención o prisión preventiva, la asistencia religiosa deberá considerarse como un derecho de éstos. En ese sentido, el derecho a la asistencia religiosa se encuentra consagrado por la normativa internacional, de acuerdo con los artículos 13.5 de las Reglas de Beijing, 4, 13 y 48 RNUPMPL.

De tal forma, las autoridades que atiendan al menor detenido deberán procurar que su derecho a ejercer la libertad religiosa no se vea conculcado por el hecho de estar detenido, pues, como lo hemos indicado con anterioridad, la detención del menor no debe obstaculizar los derechos que sean compatibles con su detención (art. 13 RNUPMPL).

3. DERECHO A ESTAR SEPARADO DE LOS ADULTOS

Este derecho fue de las primeras medidas que se tomaron con respecto a los menores detenidos, iniciando el largo camino hacia la especialización del proceso penal juvenil. Este derecho se encuentra contenido por el artículo 27 LJPJ; asimismo, lo encontramos en los artículos 37.c. CDN; 13.4. Reglas de Beijing; 10.2.b. PIDCP; 5.5 CADH; y 7 de la Recomendación 87 (20), para Europa).

44 Al respecto, González Ayala, M.^a Dolores, l.u.c., nos indica: "El reconocimiento médico como derecho de todo detenido se erige así en garantía de la que se ha dado en llamar, siguiendo la terminología alemana, "la incolumidad personal" (Unversehrtheit), concepto complejo que comprende una pluralidad de derechos: derecho a la integridad física, derecho a la salud física y mental, derecho al bienestar corporal y psíquico y derecho a la propia apariencia personal".

45 Así, vid. Climent Durán, Carlos, *Detenciones...*, op. cit., p. 197. En igual sentido, vid. Salido Valle, Carlos, *La detención...*, op. cit., p. 295.

46 Véase, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, suscrita en Nueva York, de 10 de diciembre de 1987. Así como, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: 28 de febrero de 1987, conforme al Artículo 22 de la Convención.

47 Cfr. Climent Durán, Carlos, *Detenciones...*, op. cit., p. 198.

48 En similar sentido, vid. Carballo Armas, Pedro, *Detención policial...*, op. cit., p. 760; Mora Alarcón, José Antonio, *Derecho penal...*, op. cit., p. 145.

Asimismo, esta regla se amplía respecto a los menores sometidos a cualquier tipo de detención provisional, debiendo ser separados, a su vez, de aquellos que hayan sido condenados⁴⁹ (arts. 58 LJPJ⁵⁰; 17 RNUPMPL; 13.4 Reglas de Beijing; 10.2.a. PIDCP; 5.4. CADH).

Consideramos que, aunque esta es una de las aspiraciones más antiguas respecto a la especialización en el derecho penal juvenil, lo cierto es que, casi la mayoría de las delegaciones policiales donde los menores son detenidos no cuentan con espacios especializados, ni apartados de las dependencias que se utilizan para la detención de los adultos⁵¹. En ese sentido, lo que se hace, cuando el menor amerite ser detenido, es indicar a la policía que el menor sea mantenido en una celda aparte donde no tenga relación con adultos; o bien, en caso de haber adultos detenidos en las celdas, se ordena que el menor sea custodiado en una oficina aparte en la delegación policial.

De tal forma, se hace necesario por parte del Estado costarricense, hacer una inversión

presupuestaria en este campo, para poder contar con los espacios adecuados y especiales, y así, la detención del menor no produzca daños mayores a su personalidad.

4. DERECHOS DEL MENOR EXTRANJERO DETENIDO

Debe indicarse que la LJPJ no hace ninguna referencia a la detención de menores extranjeros⁵²; sin embargo, de acuerdo con nuestra Constitución Política a éstos les asistirán los mismos derechos y deberes que los costarricenses (art. 19).

En primera instancia cuando un menor es detenido tiene derecho a que, además, de la comunicación que se debe realizar a sus representantes, se comunique a la embajada de su país, o consulado a efectos de poner en conocimiento de su detención⁵³, aspecto que será de suma importancia para aquellos casos en que se requiera la presencia de un traductor⁵⁴.

49 En ese sentido se expresa el voto n° 4730-94, de la Sala Constitucional. En ese mismo sentido se expresa la legislación de menores alemana en el § 93, párr. 1 JGG, para el caso de los menores sometidos a prisión preventiva. Asimismo, la LORPM (art. 54), contempla esta separación.

50 Así se expresa también la LORPM (art. 17.3): "Mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad (...)"

51 Al respecto, Dolz Lago, Manuel Jesús, La instrucción..., op. cit., p. 293, indica: "(...) se deduce que no será lugar adecuado los calabozos de las Comisarías o Cuarteles de la Guardia civil, salvo que se habiliten expresamente para ello, siendo más adecuado que se custodien en Centros de recepción de menores".

52 Por su parte, la LORPM (art. 17.1.) indica: "(...) Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales".

53 En ese sentido, ver la Circular 53-2001 de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, Boletín Judicial N° 113 de 13 de junio de 2001, en esta se comunicó el acuerdo del Consejo Superior del Poder Judicial N° LXV (aprobado en la sesión N° 28-01, de 5 de abril de 2001), sobre la comunicación que debe realizarse a las autoridades consulares, que aunque se especificó con respecto a la comunicación de detenidos alemanes, debe regir para cualquier extranjero cuyo estado tenga representación diplomática en el país.

54 En ese sentido, vid. Dolz Lago, Manuel Jesús, La instrucción..., op. cit., p. 291.

Asimismo, de no hablar español tendrá derecho a contar con un traductor de confianza (arts. 14, 130, y 131 CPP); o bien, de no tenerlo deberá proporcionársele uno de forma gratuita (arts. 265 CPP y 8.2 CADH), a efectos de que conozca sus derechos y los motivos de su detención. Este derecho ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental que debería ejercerse durante todo el proceso⁵⁵.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La LJPJ no es expresa en cuanto al tratamiento y derechos del menor detenido; de tal forma, debe hacerse una remisión continua a la normativa procesal de mayores, restando la especialidad pretendida, o bien, tener por entendido el contenido de los derechos del menor detenido plasmados en la normativa internacional. Lo anterior, hace que, difícilmente, el primer contacto que realice el menor con la policía, sea el más adecuado para garantizar

sus derechos; difícilmente, le podremos exigir a la policía, máxime si es la administrativa, que haga este tipo de interpretaciones, para solventar las lagunas legales de un texto normativo omiso, urgiendo la inclusión de estos derechos de manera expresa en la Ley.

En ese sentido, se propone lo siguiente: Se requiere incluir un apartado específico en la Ley de Justicia Penal Juvenil, donde se estructuren los derechos del menor detenido. Ese apartado debe contener, expresamente, los siguientes derechos: el derecho a la información; la notificación inmediata de los representantes del menor detenido sobre su detención y motivos de ésta; el derecho a la asistencia médica, psicológica y religiosa, en este punto urge la reforma del artículo 93 LJPJ para la realización del estudio técnico, desde el inicio de la detención. Asimismo, se requiere de la construcción de espacios adecuados para ubicar al menor de edad, en los primeros momentos de su detención. Finalmente, debe establecerse, expresamente, el tratamiento que debe recibir el menor extranjero detenido.

55 Ver voto de la Sala Constitucional nº 5414-1999 que indica: "La omisión del nombramiento de traductor cuando este era necesario sí implica un grave quebrando en el ordeamiento jurídico (...) Aunque el mismo –refiriéndose al imputado– tenga asistencia técnica de un abogado defensor, esta no puede prevalecer sobre la prueba material; debiendo estar en todo momento informado de lo que sucede (...) Asimismo, en este mismo sentido cobra relevancia lo dispuesto por el artículo 8.2.a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece expresamente la obligación del Estado de otorgar traductor al imputado durante todo el proceso".

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y OFICIALES

*Dr. Gabriel Boyd Salas **

SUMARIO

Introducción

- 1- El Contrato de Seguros**
 - 1-1- Definición**
 - 1-2- Características y sujetos.**
 - 1-3- Clasificación**

- 2- Contratos de Seguros por Responsabilidad Civil.**
 - 2-1- Responsabilidad Contractual.**
 - 2-2- Responsabilidad extracontractual**

- 3- El Contrato de Directores y Oficiales.**
 - 3-1- Diferencia con la póliza de fidelidad**
 - 3-2- Importancia y elementos contractuales**

Conclusiones

Bibliografía.

Resumen

El seguro de responsabilidad civil, es uno de los contratos de mayor importancia dentro del mundo moderno, donde los reclamos por la responsabilidad objetiva han ido creciendo y desarrollándose de una forma vertiginosa. Esto ha producido un seguro tremendamente importante especialmente cuando se trata de cubrir los riesgos por las decisiones equivocadas, u omisiones de los entes rectores de una empresa o institución importante.

Summary

The insurance of civil liability, is one of contracts of greater importance within the modern world, where the reclamations by the objective responsibility have been growing and being developed of a vertiginous form. This has produced a tremendously important insurance specially when is to cover the risks by the mistaken decisions, or omissions of the directors from a big company or institution.

* Gabriel Boyd Salas es abogado experto en seguros, doctor en derecho internacional privado y especialista en Derecho Comercial.

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y OFICIALES

*Dr. Gabriel Boyd Salas **

INTRODUCCIÓN:

El derecho de seguros es de los temas menos tratados por la doctrina costarricense, este trabajo pretende delimitar en cierta medida si existe una posibilidad técnico – jurídica y a la vez una necesidad social de implementar una póliza de responsabilidad por malpraxis de directores y gerentes de las principales empresas tanto en el sector público como en el privado.

Ya hace muchos años para mi tesis de licenciatura hicimos un trabajo donde analizamos el contrato de seguros de responsabilidad civil profesional en forma general.

Este trabajo pretende dar una continuidad a esa investigación y analizar un contrato en específico de gran importancia pero con pocos elementos doctrinarios para evaluar.

Pretendemos además iniciar una de múltiples investigaciones sobre el Contrato de Seguros, en momentos que en Costa Rica se plantea la apertura del monopolio que en esa materia ha regido en Costa Rica por años. Y donde por primera vez la Asamblea Legislativa está impulsando una ley general del contrato de seguros.

1- EL CONTRATO DE SEGUROS

1-1- Definición

El contrato de seguros es aquel por el que un sujeto (empresa de seguros), contrata con otro (tomador de la póliza) el asumir un riesgo, para que en caso de ocurrir un hecho futuro e incierto (siniestro) el tomador o un tercero (beneficiario) reciban una indemnización, a cambio de esto se paga una suma mensual (prima).

Nuestra actual ley de seguros es parca y obsoleta, nos explica un poco sobre este concepto y da una clasificación ya superada doctrinariamente.

Podemos ver el artículo 1 de la ley de Seguros de Costa Rica que dice:

El seguro puede tener por objeto todo interés estimable en dinero y toda clase de riesgos, no mediando prohibición expresa de la Ley. Puede comprender entre otras cosas:

- 1) Los riesgos de incendio.
- 2) Los riesgos de cosechas.
- 3) La duración de la vida de uno o más individuos.
- 4) Los accidentes corporales.
- 5) Los riesgos del mar.
- 6) Los riesgos del transporte por tierra, por río y aguas interiores.¹

1- Ley de Seguros República de Costa Rica ley 11 del 2 de Octubre de 1922

En ese sentido el proyecto de ley del contrato de seguros es mucho más acorde con la técnica jurídica más moderna.

Veamos el artículo del proyecto de ley que define el contrato de seguros

ARTÍCULO 2.- Contrato de seguro

El contrato de seguro es aquel en que el asegurador se obliga, contra el pago de una prima y en el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones, dentro de los límites y condiciones convenidos.²

Es interesante ver que sin embargo esta definición es amplia, e incluye dentro de la posible indemnización cualquier prestación de ese carácter como podría ser los servicios legales en caso de demandas por responsabilidad civil, entre otros.

1-2- Características y sujetos:

El contrato es Consensual, adhesivo, bilateral, de tracto sucesivo, aleatorio, y patrimonial .

Los sujetos, normales en un contrato de seguros , son la empresa de seguros o entidad aseguradora, el tomador del seguro, es decir la persona que contrata y paga la prima, y el beneficiario. Aquel que recibe la indemnización en el caso que ocurra el siniestro.

Sin embargo pueden existir una serie de sujetos relacionados:

Asegurado: En ciertos seguros llamados personales, como vida o gastos médicos el asegurado puede ser la misma persona que el tomador o un tercero. El asegurado es el que sufre el siniestro y en seguros de bienes no va a ser una persona sino una cosa.

Corredor: Es el profesional que vende un seguro, su obligación es buscar la mejor opción para el tomador de la póliza.

Empresa corredora: También llamada comercializadora o en inglés “brooker”, es aquella que distribuye los seguros creados por una aseguradora.

Reaseguradora: Aquella que distribuye el riesgo que generan las aseguradoras por su actividad.

En ese sentido el proyecto de Ley del Contrato de Seguros es también acorde con los principios esenciales del Derecho de Seguros:

ARTÍCULO 3.- Partes y terceros relevantes del contrato de seguro

A) Son partes del contrato de seguro:

- i) El asegurador que es quien asume los riesgos.
- ii) El tomador que es quien contrata el seguro y traslada los riesgos.

2- Proyecto de Ley del Contrato de Seguros expediente 16304 Departamento de Servicios Parlamentarios Asamblea Legislativa

B) Son terceros relevantes para el contrato de seguros:

- i) El asegurado que es la persona que en sí misma o en sus bienes está expuesta al riesgo.
- ii) El beneficiario que es la persona en cuyo favor se ha establecido la indemnización que pagará el asegurador, quien deberá tener un interés lícito de carácter económico o afectivo en la cosa o persona aseguradas.

El tomador, el asegurado o el beneficiario pueden ser o no la misma persona. En este último caso la póliza definirá a quienes de estos corresponden los derechos y obligaciones del contrato.

Cuando se trate de personas distintas, las referencias que esta Ley haga al asegurado se entenderán hechas al tomador o beneficiario, en lo que les sea aplicable.

Salvo convenio en contrario, el asegurador podrá oponer al asegurado y al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador.³

Parece que el último párrafo de este artículo es innecesario, ya que el beneficiario o el asegurado no son partes del contrato en sí, y por ende no vemos en que se podrían aplicar, excepto quizás en el caso de seguro de vida, pero esto es una disposición que debería estar contemplada en la parte “especial” del proyecto y no en una parte “general” del mismo.

1-3- Clasificación:

De diversos modos pueden clasificarse los seguros. En primer lugar, según se hallen a cargo del Estado, en su función de tutela o de la actividad aseguradora privada, se dividen en seguros sociales y seguros privados.

Seguros sociales: Los seguros sociales tiene por objeto amparar a la clase trabajadora contra ciertos riesgos, como la muerte, los accidentes, la invalidez, las enfermedades, la desocupación o la maternidad. Son obligatorios sus primas están a cargo de los asegurados y empleadores, y en algunos países el Estado contribuye también con su aporte para la financiación de las indemnizaciones. Otra de sus características es la falta de una póliza, con los derechos y obligaciones de las partes, dado que estos seguros son establecidos por leyes y reglamentados por decretos, en donde se precisan esos derechos y obligaciones.

El asegurado instituye al beneficiario del seguro, y si faltase esa designación serán deberían ser beneficiarios sus herederos legales, como si fuera un bien ganancial, en el orden y en la proporción que establece el Código Civil en su artículo 571. Por consiguiente, producido el fallecimiento del asegurado la empresa de seguros debe abonar el importe del seguro a los beneficiarios instituidos por aquél o a sus herederos.

El sistema de pensiones no es técnicamente un seguro, aunque por sus finalidades resulta análogo. Permite gozar de una renta a los jubilados y cubre los riesgos del desamparo

3- Cabanellas Diccionario jurídico de Derecho Usual tomo 3 p 310

en que puede quedar el cónyuge y los hijos menores de una persona con derecho a jubilación, ordinaria o extraordinaria, a la fecha de su fallecimiento.

Seguros privados: Estos seguros son los que el asegurado contrata voluntariamente para cubrirse de ciertos riesgos, mediante el pago de una prima que se halla a su cargo exclusivo. Además de estas características podemos señalar:

Los seguros privados se concretan con la emisión de una póliza – el instrumento del contrato de seguro – en la que constan los derechos y obligaciones del asegurado y asegurador.

De acuerdo con su objeto los seguros privados pueden clasificarse en seguros sobre las personas y seguros sobre las cosas y de Responsabilidad Civil.

Seguros sobre las personas: El seguro sobre las personas comprende los seguros sobre la vida, los seguros contra accidentes y los seguros contra enfermedades. En realidad, constituyen un solo grupo denominado seguro de vida, pues los seguros contra accidentes y enfermedades no son sino una variante de los seguros de vida.

Seguros sobre las cosas: Los que protegen de siniestros que afectan bienes, como incendio, robo, terremoto etc.

Seguros de Responsabilidad Civil: Que estudiaremos en detalle a continuación.

2- Contratos de Seguros por Responsabilidad Civil:

El proyecto de Ley reguladora del contrato de seguros en Costa Rica, nos presenta una definición que a nuestro juicio acarrea el problema, que incluye la responsabilidad contractual, pero en esta primera tenemos fuertes dudas sobre, como el incumplimiento obligacional puede ser objeto de un seguro.

Veamos que nos dice el proyecto de la ley:

Artículo 77.- Objeto del contrato

El seguro de responsabilidad civil impone al asegurador la obligación de responder de las indemnizaciones que deba pagar el asegurado a favor de terceros, por daños causados a la propiedad, por lesión o muerte.

Son asegurables tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, no así la responsabilidad derivada de dolo o culpa grave del asegurado o de las personas por las que este responda civilmente.

El seguro de responsabilidad civil no cubre multas, penas u otras sanciones similares que se impongan en contra del asegurado.

Si bien es claro que la responsabilidad civil contractual es asegurable, esta lo es en el tanto y en el cuanto no exista dolo, es decir la intención de no cumplir y siendo que el dolo en materia contractual es tan difícil de delimitar creemos que se incurre en un error al realizar un seguro de responsabilidad contractual, salvo casos que en realidad no existe esa responsabilidad como por ejemplo cuando por fuerza mayor se debe cancelar un concierto.

En ese caso si bien las empresas “venden” un seguro de responsabilidad contractual, creemos que lo que existe en realidad es un seguro donde el riesgo asegurable es un evento de la naturaleza, no el incumplimiento del contrato.

2-1 Responsabilidad Contractual.

La responsabilidad civil es aquella que encierra en si dos diferentes fuentes de obligaciones que provienen ya sea por el incumplimiento de un contrato o por el simple resarcimiento de un daño.

La responsabilidad será contractual cuando deviene el incumplimiento de un contrato, en este caso tenemos una situación que no es un interés asegurable salvo que del todo no exista dolo ya que el incumplimiento no es una situación que venga de un hecho futuro e incierto, sino de una circunstancia que proviene de la voluntad de una de las partes y que estas son las que producen el incumplimiento.

La definición técnica del dolo contractual que es definido por Cabanellas de la siguiente forma:

“En el derecho Civil el dolo constituye la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato... Incumplimiento malintencionado de las obligaciones contraídas.”⁴

Estudiamos el caso de los artículos 701 y 702 del código civil de Costa Rica ,que dicen:

Artículo 701.-

El dolo no se presume, y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasione aunque se hubiere pactado lo contrario.

Artículo 702.-

El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.⁵

Creemos que la responsabilidad contractual solo puede ser asegurable cuando no existe dolo civil. y siendo este tan mal delimitado en nuestro ordenamiento el proyecto de ley reguladora del contrato de seguros sería una oportunidad extraordinaria para estructurar su definición en el claro entendido que solo es asegurable en responsabilidad civil la conducta no dolosa.

2-2 Responsabilidad Extracontractual:

La responsabilidad Extracontractual es aquella que nace del deber genérico de no causar un daño a otro u otros, este sistema de responsabilidad, implica, que existan tres elementos, sin los que no se configura responsabilidad:

A: Daño, si no existe ,no se produce responsabilidad, el mismo debe ser demostrado por la parte que lo alega.

4- Proyecto de Ley reguladora del contrato de seguros

5- Código civil de Costa Rica.

B: Imputación del daño, es decir este debe ser atribuible a algún sujeto determinado.

C: Nexos de causalidad, entre la conducta del sujeto y el daño.

Esta responsabilidad se incurre por negligencia, impericia o imprudencia.

Negligencia: Es el no hacer, el no concurrir la mínima de los cuidados debidos para evitar el daño.

Impericia: Es el no saber o no poder, actuar en un campo sin tener las habilidades requeridas para hacerlo causando con su actuar sin pericia un daño.

Imprudencia: Es un actuar de más que produce daño, el actuar sin el debido cuidado.

En este tipo de responsabilidad al no mediar intencionalidad, existe la posibilidad de tomar un seguro, puesto que si existe el elemento de aleatoriedad, del que carece la responsabilidad contractual.

3- El Contrato de Seguro de Directores y Oficiales.

3-1- Importancia y elementos contractuales

Seguro de responsabilidad de directores y de los oficiales es el seguro pagadero a los directores y los oficiales de una compañía para cubrir daños y o la defensa legal, por daños causados por actos que produjeren responsabilidad civil extracontractual. mientras que estaban con esa compañía.

Los demandantes típicos incluyen, accionistas, accionistas, clientes, reguladores, competidores (para las alegaciones comerciales anticompetitivas o injustas de la práctica).

El seguro de responsabilidad de directores y de los oficiales se conoce comúnmente como D&O en la industria de seguro.

El seguro de responsabilidad de directores y de los oficiales se compra comúnmente con un producto "seguro corporativo del compañero del reembolso", también conocido como "seguro del reembolso de la compañía". Cuando está comprada junta, una sola póliza de seguro se publica normalmente que se da derecho " directores y oficiales y seguro del reembolso de Compañía ". Las políticas modernas de los directores y de los oficiales ahora incluyen con frecuencia la cobertura para la entidad de la compañía sí mismo así como responsabilidad de la práctica del empleo. Este seguro es comprado generalmente por la compañía por sí misma, incluso cuando está para la ventaja única de directores y de oficiales. Las razones de hacer tan son muchas, pero incluyen legislaciones donde es mandatorio, inclusión como paquete de incentivos o como un estímulo empresarial.

Las empresas con este seguro dan además una imagen de seriedad y responsabilidad a terceros, lo que hace más atractivo el ingreso de estas empresas al mercado bursátil.

3-2- Diferencia con la póliza de fidelidad

En Costa Rica existe la llamada póliza de fidelidad, que confunde la figura de la fianza como seguro o seguro de fianza, utilizable para

participar en contrataciones públicas con un respaldo de cumplimiento, con un seguro por responsabilidad civil de funcionarios públicos.

En Costa Rica donde existen una gran cantidad de instituciones estatales con responsabilidad extrema de sus juntas directivas que ha llevado a algunos sujetos por múltiples motivos, entre ellos:

Las pólizas de fidelidad tienen montos mandatorios ridículos, por ejemplo cuando estuvo vigente para los notarios estos mantenían un nivel de aseguramiento por una responsabilidad aproximada de \$200 lo que es ridículo.

Las pólizas de fidelidad no cubren gastos legales de defensas sino que se limitan al pago de una suma determinada.

La Ley de seguro de fidelidad que estuvo vigente en Costa Rica decía lo siguiente:

Artículo 2.-

El contrato de seguro de fidelidad, tiene por principal objeto garantizar contra pérdida monetaria el manejo de fondos por funcionarios, empleados públicos y particulares, en favor

del Estado, Municipios, Junta o Dependencias del Estado, y las obligaciones que deben caucionar los notarios y demás funcionarios públicos.⁶

Conclusiones

El seguro de responsabilidad civil de directores y otros sujetos que tomen decisiones empresariales es un instrumento jurídico interesante que puede incluso ayudar a potencializar la inserción empresarial costarricense en los mercados bursátiles mundiales.

Con la pronta apertura del monopolio de los seguros en Costa Rica se ofrecerán pólizas modernas como es el caso del seguro aquí estudiado que pueden además ayudar al crecimiento empresarial.

El D&O se constituye como uno de estos productos de seguros no ofrecidos en este momento en Costa Rica que pueden ser tremendamente atractivos en un mercado de seguros abierto y que da al consumidor de las pólizas alternativas interesantes, para obtener el cubrimiento de riesgos que no son atractivos para la empresa estatal que hoy en día opera el monopolio.

6- Ley número 40 Seguro de fidelidad Costa Rica

LA COMPRA – VENTA INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

*Lic. Luis Conrado Ramírez
Especialista en Derecho Comercial
de la Universidad de Costa Rica*

SUMARIO

- I- Introducción.**
- II- Aspectos Generales Sobre Normativas de la Compra – Venta Internacional.**
- III- La Compra – Venta Internacional en la Convención de Viena de 1980.**
 - I. Ámbito de Aplicación y Disposiciones Generales.**
 - Ámbito de aplicación.
 - Autonomía de las partes.
 - Interpretación de la Convención.
 - Interpretación del contrato; usos.
 - Forma del Contrato.
 - II. Formación del Contrato.**
 - III. Compra – Venta de Mercaderías.**
 - Obligaciones del vendedor.
 - Obligaciones del comprador.
 - Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.
 - Transmisión del riesgo.
 - Suspensión del cumplimiento e incumplimiento previsible.
 - Exoneración de la obligación de pagar daños y perjuicios.
 - Conservación de las mercaderías.
 - IV. Disposiciones Finales.**
- IV- La Compra – Venta Internacional en los Principios de UNIDROIT.**
 - Libertad de contratación.
 - Libertad de forma y de prueba.
 - Principio Pacta Sunt Servanda.
 - Primacía de las reglas imperativas.
 - Naturaleza dispositiva de los Principios.
 - Principios de Internacionalidad y Uniformidad.

Principios de Buena Fe y de Lealtad Negocial.

Principio de primacía de los usos y las prácticas.

Principio de Llegada.

Definiciones.

V- Arbitraje Comercial Internacional, Conexiones con la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT.

A) Principios Sustanciales Fundamentales.

1- Principio de Buena Fe.

a) Deber de cooperación de las partes.

b) Deber de minimizar pérdidas.

c) Culpa in contrayendo.

2- Principio de Diligencia,

B) Principios Instrumentales.

1- La competencia arbitral (Principio Kompetenz – Kompetenz)

2- La separabilidad de la cláusula arbitral (Autonomía de la cláusula arbitral)

3- Interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria.

C) Algunas Interpretaciones Sobre Temas Específicos.

1- El Derecho aplicable.

2- El Principio “Pacta Sunt Servanda”.

3- La Exceptio Non Adimpleti Contractus.

D) Últimas Tendencias.

1- Los Principios UNIDROIT aplicados propiamente como ley del contrato internacional.

2- Los Principios de UNIDROIT como complemento para aplicar la ley doméstica aplicable.

3- Los Principios de UNIDROIT como complemento e interpretación de convenciones internacionales.

4- Exclusión de los Principios de UNIDROIT.

VI- Se Trabaja la Tercera Edición de los Principios de UNIDROIT.

VII- Conclusiones.

Bibliografía.

LA COMPRA – VENTA INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Lic. Luis Conrado Ramírez

I- INTRODUCCIÓN:

En razón de las características propias de la Compra- Venta Internacional, las dificultades surgidas a partir de la interacción comercial entre sujetos provenientes de diferentes sistemas jurídicos, además de tenerse como motor esencial de la economía en general y en especial de las relaciones comerciales internacionales a la Compra – Venta, hacen que tanto los sujetos que actúan en tal ámbito como los Estados, adopten medidas tendientes a plantear reglas o al menos “principios” básicos para un mejor entendimiento entre los actores comerciales del espectro internacional.

Así las cosas, se crearon la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980) y Los Principios para Los Contratos Comerciales Internacionales (Principios de UNIDROIT), amén de la creación de estos dos instrumentos y su cada vez mayor aceptación, las controversias en materia de contratación comercial internacional se continúan presentando y por ello se hace necesaria la implementación de mecanismos para la solución de tales controversia, mecanismos que responda a las características propias del comercio internacional, encontrando entre tales medios el “Arbitraje”, por ello en el presente texto se pretende, al menos, conocer de manera panorámica la influencia de la

Convención de Viena de 1980 en conjunto con los Principios de UNIDROIT en la toma de decisiones Arbitrales (Laudos) en materia de Compra – Venta Internacional.

II- ASPECTOS GENERALES SOBRE NORMATIVAS DE LA COMPRA - VENTA INTERNACIONAL.

El esfuerzo por crear reglas y/o principios generales en la materia, dio inicio en 1930 en Roma en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el que se vio interrumpido a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, reanudándose posteriormente, llegando a presentar su consecuente proyecto en 1964 en una conferencia diplomática celebrada en La Haya, Holanda, que adoptó dos convenciones: a) Sobre la compraventa internacional de mercaderías que fue la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Objetos Mobiliarios Corporales (LUVI) ; y b) Sobre la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías que fue la Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales (LUF); estas convenciones fueron criticadas al ser consideradas, por algunos y de cierta manera, excluyentes, pues en general se consignaban en ellas corrientes jurídicas y comportamientos comerciales propios de la Europa Occidental.

En 1968 se crea la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y casi de inmediato se da a la tarea de consultar a los Estados sobre la intención de Adoptar la LUVI y LUF y al encontrarse con la crítica arriba mencionada y por consiguiente la escasa o casi nula intención de Adopción de estas, la CNUDMI analiza ambas convenciones a fin de determinar los cambios a las mismas que las tornarían aceptables de manera más amplia por los Estados de diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos; el resultado del análisis fue la adopción el 11 de abril de 1980 en conferencia diplomática llevada a efecto en Viena, Austria, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en la que se combinan las materias de la LUVI y LUF.

En el mismo año de 1968, en que se da inicio la tarea de consulta y estudios de la LUVI y LUF por la CNUDMI, también se plantea en el seno de UNIDROIT y con ocasión de su 40 aniversario de fundación, la idea de crear un instrumento de carácter normativo para los contratos comerciales internacionales, en virtud de ello el Consejo Directivo incluye en la agenda de trabajo de su reunión de 1971 la preparación de un ensayo de unificación relacionado a la parte general de los contratos, pero es hasta 1980 cuando se crea el grupo de trabajo conformado por representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo, así mismo se consultaron expertos académicos, abogados dedicados al derecho de contratos, organismos gubernamentales y de negocios; concluyendo la labor en 1994 con la publicación de “Los Principios para Los

Contratos Comerciales Internacionales”, mejor conocidos como “Principios de UNIDROIT”.¹

Para determinar la categoría “Contrato Internacional” se han desarrollado diversas tesis, siendo las más relevantes la “Tesis del elemento extranjero puro” y la “Tesis del Efecto internacional”, la primera sostiene que “...un contrato es internacional cuando presenta, al menos, un elemento extranjero, cualquiera que sea dicho elemento”; y por su parte la segunda, que fue desarrollada en el arbitraje privado internacional, manifiesta que un contrato es internacional “...cuando produce « efectos conectados con otros países» o afecta a los intereses del comercio internacional”. Los Principios de UNIDROIT quisieron adoptar un criterio amplio en su interpretación, que permitiera excluir únicamente los contratos en que no exista ningún elemento internacional, o sea, en el que todos los elementos relevantes estén conectados a un solo Estado; el criterio adoptado por la Convención de Viena de 1980 se basa en la ubicación del establecimiento, sin importar para la determinación de la internacionalidad la ubicación de los bienes objetos del contrato, ni el lugar de ejecución.²

III- LA COMPRA - VENTA INTERNACIONAL EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980:

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ha tenido gran éxito y aceptación, lo que se aprecia de manera clara al considerar el hecho que fueron once los Estados originales

1 Oviedo Albán, Jorge. Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT a los Contratos Comerciales Internacionales. pp4. http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf

2 Oviedo Albán, Jorge. Op. Cit. pp 9- 10.

de todas las regiones geográficas, grados de desarrollo económico y de los principales sistemas jurídicos, sociales y económicos, además, pocos días después de la fecha de entrada en vigor de la Convención, cuatro Estados más (Austria, Finlandia, México y Suecia) se habían convertido en partes de ella.

Zimmermann califica el texto de la Convención como el “más escrupulosamente preparado y significativo para la unificación del derecho privado...”.³

La Convención se divide en cuatro partes, a ser:

Parte I: trata lo relativo al ámbito de aplicación y disposiciones generales.

Parte II: contiene las normas que rigen la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Parte III: relaciona los derechos y obligaciones sustantivos de comprador y vendedor derivados del contrato.

Parte IV: contiene lo atinente a las disposiciones finales de la Convención relativas a asuntos tales como el modo y el momento de su entrada en vigor, las reservas y declaraciones que se permite hacer y la aplicación de la Convención a las compraventas internacionales cuando ambos Estados interesados se rigen por el mismo o similar derecho en esta cuestión.

A continuación esbozaremos de manera general lo relativo a cada parte de la

Convención, no entrando a profundizar en detalle sobre cada punto, pues, a como se anotó en la parte introductoria, el tema principal es al menos conocer de manera panorámica la influencia de la Convención en conjunto con los Principios de UNIDROIT en la toma de decisiones Arbitrales (Laudos), el esbozo precitado, se hará basado en la nota explicativa a la Convención preparada por la Secretaría de la CNUDMI, con fines informativos y la que no constituye una comentario oficial al texto de la Convención.⁴

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

A) *Ámbito de aplicación.*

Los artículos sobre el ámbito de aplicación establecen lo que se tendrá como comprendido en ella y lo que se le excluye. Siendo las más importantes las disposiciones sobre inclusión, teniendo que la Convención se aplica a los contratos de Compra - Venta de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando esos Estados sean Estados contratantes, o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante, ciertos Estados han aprovechado lo estipulado en el artículo 95 para declarar que aplicarían la Convención sólo en la primera pero no en la segunda de estas dos situaciones. En cuanto la Convención sea más ampliamente adoptada, disminuirá la importancia práctica de tal declaración. En el mismo sentido de lo relacionado las disposiciones finales introducen dos restricciones al ámbito territorial

³ Oviedo Albán, Jorge, Op. Cit. pp 2.

⁴ El texto completo en español y con la Nota Explicativa a la que se ha hecho alusión y en la que basan los comentarios del presente texto, se descargó de la página web que responde a la siguiente dirección: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>

de aplicación que serán pertinentes para algunos Estados:

- a) La primera restricción se aplica sólo si un Estado es parte en otro acuerdo internacional que contiene disposiciones relativas a las materias que rige la Convención;
- b) La otra restricción permite que los Estados que tienen el mismo o similar derecho interno sobre Compra - Ventas declaren que la Convención no se aplicará entre ellos.

El artículo 3 distingue los contratos de compraventa de los contratos de servicios en dos aspectos:

- a) Se considerarán Compra - Ventas los contratos de suministro de mercaderías a ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.
- b) La Convención no será aplicable a los contratos en que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

La Convención contiene una lista de tipos de compraventa que se excluyen de la Convención, por distintas razones, a ser:

- a) Por la finalidad de la compraventa (mercaderías compradas para el uso personal, familiar o doméstico),
- b) La naturaleza de la compraventa (compraventas en subasta, de carácter judicial), o

- c) La naturaleza de las mercaderías (valores mobiliarios, títulos, títulos de inversión, títulos o efectos de comercio, dinero, buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves o electricidad).

En muchos Estados algunas de esas compraventas o todas ellas se rigen por normas especiales que reflejan su especial naturaleza.

Ciertos artículos declaran que la materia de la Convención se limita a la formación del contrato y los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor que surgen del contrato; la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, con fines informativos, ha manifestado que en particular, la Convención no concierne a la validez del contrato, a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas o la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

B) Autonomía de las partes.

El principio básico de la libertad contractual en la Compra - Venta internacional de mercaderías es reconocido por la Convención al contener la disposición que faculta a las partes excluir su aplicación o a que establezcan excepciones a sus disposiciones o a modificar sus efectos. La exclusión más frecuente se dará por la elección de las partes como ley aplicable la de un Estado no contratante o de la de un Estado contratante. Las excepciones se producen cuando se estipule en el contrato una norma diferente de las contenidas en la Convención.

C) Interpretación de la Convención.

La Convención cumplirá mejor su finalidad (unificación de la normativa de la C-V internacional de mercaderías) si se interpreta de manera consecuente en todos los ordenamientos jurídicos, por ello en su preparación se cuidó el hacerla clara y fácil de entender. No obstante, se plantearán controversias sobre su significado y aplicación y cuando esto se de, las partes, tribunales nacionales y los arbitrales, deberán considerar su carácter internacional y promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional, cuando las cuestiones relativas a las materias que rige la Convención no estén expresamente resuelta en ella, se dirimirán de conforme los principios generales en los que se basa y a falta de estos se acudirá y decidirá conforme la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

D) Interpretación del contrato; usos.

La Convención estima cómo han de interpretarse las declaraciones y otros actos de una parte en el contexto de la formación o de su ejecución del contrato, teniendo como de posible obligatoriedad entre las partes contratantes los usos convenidos, las prácticas establecidas entre ellas y los usos de los que tenían o debían tener conocimiento, y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados entre ellas en contratos del mismo tipo.

E) Forma del contrato.

La Convención no estima requisito formal alguno para el contrato, así se deduce del artículo 11, sin embargo, el artículo 29 establece que, si el contrato consta por escrito y estipula que toda modificación o extinción

por mutuo acuerdo se hará por escrito, tal contrato no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma, la excepción a esto es que una parte puede verse impedida por sus propios actos de alegar la estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos de la primera.

Para facilitar a los Estados cuya legislación exige la escriturad de los contratos de Compra - Venta, el artículo 96 les permite declarar que no aplicarán las excepciones de los artículos 11 y 29 en el caso que cualquiera de las partes contratantes tenga su establecimiento en ese Estado.

II. FORMACIÓN DEL CONTRATO.

La Convención se ocupa de lo relativo a la formación del contrato por el cruce de una oferta con una aceptación; cuando la formación se verifica de esta manera, el contrato se celebra al hacerse efectiva la aceptación de la oferta, y para que una propuesta de celebración de contrato constituya oferta, debe dirigirse a una o más personas determinadas y ser suficientemente precisa (indicando las mercaderías y, expresa o implícitamente, señalando cantidad y precio o prever medio para determinarlos).

En lo relativo a la revocabilidad de la oferta la Convención adopta una postura intermedia entre la doctrina de la revocabilidad de la oferta hasta la aceptación y su irrevocabilidad general durante un cierto tiempo, teniendo como regla general que las ofertas pueden revocarse, pero, la revocación debe llegar a conocimiento del destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación; amén de ello, la oferta no es revocable si la misma indica que es irrevocable, lo que puede hacerse estableciendo un plazo fijo para la aceptación;

tampoco cabe revocar la oferta si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en la oferta.

La aceptación de una oferta puede hacerse de manera expresa o de manera tácita, mediante actos del destinatario que indiquen asentimiento, como la expedición de las mercaderías o el pago del precio, un acto de tal índole surtiría efecto como aceptación en el momento de su ejecución.

Para la Convención cuando la respuesta a una oferta contiene elementos nuevos o diferentes, y estos no alteran sustancialmente los de la oferta, la respuesta constituirá aceptación a menos que sin demora injustificable, el oferente objete esos elementos; Si no los objeta, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación; si los elementos adicionales o diferentes alteran sustancialmente los elementos de la oferta, la respuesta constituye una contraoferta que debe a su vez ser aceptada para que el contrato se celebre (los elementos adicionales o diferentes relativos a precio, pago, calidad y cantidad de las mercaderías, lugar y fecha de entrega, grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta).

III. COMPRA - VENTA DE MERCADERIAS.

a- Obligaciones del vendedor.

Las obligaciones generales del vendedor son:

- 1.- Entrega de las mercaderías (en cantidad, calidad, tipo y envase o embalaje fijado por el contrato)
- 2.- Transmitir su propiedad, y

- 3.- Entregar cualquier documentación relacionada a las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención.

La Convención proporciona normas supletorias para su utilización a falta de acuerdo contractual acerca del momento, lugar y la manera de cumplir esas obligaciones por parte del vendedor, estatuye reglas que precisan las obligaciones del vendedor respecto de la calidad de las mercaderías; son de particular importancia las normas que entrañan la obligación del vendedor de entregar las mercaderías libres de cualquier derecho o pretensión de terceros, inclusive derechos de propiedad industrial y/o intelectual.

La Convención dispone la obligación del comprador de examinar la mercadería en relación a la calidad pactada y debe comunicar toda falta de conformidad con lo estipulado en el contrato en un plazo razonable, a partir del momento en que haya o debiera haber descubierto, a más tardar, dos años desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en su poder, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.

b- Obligaciones del comprador.

Las obligaciones generales del comprador, básicamente, son:

- 1.- Pagar el precio de las mercaderías, y
- 2.- Recibir las en las condiciones establecidas por el contrato y la Convención.

A falta de acuerdo contractual sobre la manera de determinar el precio, momento y lugar en que el comprador debe cumplir su obligación de pagar el precio, la Convención estatuye normas supletorias.

C) Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.

Los derechos y acciones del comprador por incumplimiento del contrato por parte del vendedor se exponen en relación con las obligaciones del vendedor y los derechos y acciones del vendedor se exponen en relación con las obligaciones que pesan sobre el comprador; o sea que la pauta de los derechos y acciones es la misma en ambos casos, y al satisfacerse todas las condiciones exigidas, la parte agraviada puede exigir el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, reclamar daños y perjuicios o rescindir el contrato. Entre las limitaciones más importantes al derecho de una parte agraviada de valerse de una acción figura el concepto del incumplimiento esencial (que la otra parte sufra un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato), limitación que no se aplica cuando la parte que haya incumplido no hubiera previsto el resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en la misma situación.

Un comprador puede exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución sólo si las entregadas no eran conformes con el contrato y la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato, así mismo tiene derecho de reducir el precio cuando las mercaderías entregadas no sean conformes con lo estipulado en el contrato.

Las circunstancias que justifican la declaración de rescisión del contrato por la parte agraviada son dos, a ser:

- 1.- Existencia de un incumplimiento esencial.
- 2.- El caso de no entrega de las mercaderías por parte del vendedor o de no pago del

precio u omisión en recibir las mercaderías por parte del comprador, la parte que incumple no lo ejecute en un plazo razonable fijado por la parte agraviada.

Existen derechos y acciones restringibles por circunstancias especiales, así, si las mercaderías no son conformes al contrato, el comprador puede solicitar al vendedor que las repare para subsanar la inconformidad, a menos que esto no sea razonable atendiendo todas las circunstancias.

Una parte no puede reclamar daños y perjuicios que pudiera haber reducido adoptando las medidas apropiadas, y de igual manera una parte puede verse exenta de pagar daños y perjuicios por un impedimento ajeno a su voluntad.

D) Transmisión del riesgo.

Cuando exactamente el riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías se transmite del vendedor al comprador es de gran importancia, Las partes pueden pactarlo en el contrato mediante disposición expresa o recurriendo a una condición del comercio; sin embargo, si el contrato no contiene esa disposición, la Convención contiene un juego completo de reglas al efecto.

En términos generales, el riesgo se transmite al comprador cuando éste se hace cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición, cuando el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén identificadas a los efectos del contrato y se pueda considerar que el riesgo de su pérdida ha sido transmitido al comprador; Se dan dos situaciones especiales

que son previstas por la Convención; a) cuando el contrato de compraventa entraña el transporte de las mercaderías y, b) cuando las mercaderías se venden en tránsito.

E) *Suspensión del cumplimiento e incumplimiento previsible.*

La Convención contiene reglas especiales para la situación en que, antes de la fecha en que debía ser cumplido, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones o cometerá un incumplimiento esencial, traza una distinción entre los casos en que la otra parte puede suspender su propio cumplimiento del contrato pero el contrato sigue vigente a la espera de futuros acontecimientos y aquellos en los que puede declarar rescindido el contrato.

F) *Exoneración de la obligación de pagar daños y perjuicios.*

Estará exenta de pago por daños y perjuicios la parte que incumpla cualquiera de sus obligaciones debido a un impedimento ajeno a su voluntad, razonablemente imprevisible en el momento de la celebración del contrato, ni evitable o superable, esta exención es aplicable también si el incumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que encargó la ejecución total o parcial del contrato. No obstante, está sometida a cualquier otro recurso, inclusive a la reducción del precio, si las mercaderías fuesen de algún modo defectuosas.

G) *Conservación de las mercaderías*

La Convención impone a ambas partes el deber de conservar las mercaderías que se encuentran en su poder y pertenecen a la otra

parte, tal deber es de mayúscula importancia en la Compra - Venta internacional de mercaderías, principalmente en los casos en que la otra parte reside en un país extranjero y puede no tener mandatarios en el país en que se encuentran las mercaderías. En ciertas circunstancias la parte en cuyo poder se hallan las mercaderías puede venderlas o incluso exigirle que lo haga, cuando se efectúe la venta esta parte tendrá derecho a retener del producto de la transacción una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta y deberá abonar el saldo a la otra parte.

IV. *DISPOSICIONES FINALES.*

Estas contienen las cláusulas usuales relativas al Secretario General como depositario y donde se estipula que la Convención está sometida a la ratificación, la aceptación o aprobación de los Estados que la hayan firmado hasta el 30 de septiembre de 1981, que estuvo abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios y que sus textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos.

La Convención permite hacer algunas declaraciones, relativas al ámbito de aplicación y requisito de formalización por escrito del contrato, ya mencionadas; así mismo existe una declaración especial para los Estados en los que diferentes ordenamientos jurídicos rijan los contratos de compraventa en diferentes partes de su territorio y, finalmente, todo Estado podrá declarar que no quedará obligado por la Parte II, sobre formación de contratos, o por la Parte III, sobre los derechos y obligaciones de comprador y vendedor. Lo que se incluyó como parte de la decisión de combinar en una única convención la materia de las dos convenciones de La Haya de 1964.

IV- LA COMPRA - VENTA INTERNACIONAL EN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT.

Los Principios UNIDROIT fueron elaborados en 1994 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, organización intergubernamental independiente, con sede en Roma, que tiene como objetivo estudiar los medios para armonizar, organizar y coordinar el derecho privado entre los Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos países de una legislación de derecho internacional privado uniforme. Su objeto se encuentra definido en su estatuto orgánico y persigue la unificación del derecho privado, recurriendo, en cuanto sea necesario, a las normas de conflictos de leyes. Dicha organización está integrada por Estados miembros, pertenecientes a los cinco continentes, representativos de diversos sistemas jurídicos.⁵

Friedrich Jünger ha definido los Principios UNIDROIT como una codificación supranacional de derecho convenido. Así mismo, Valeri acoge lo indicado en el Preámbulo de los Principios y afirma que son un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio.⁶ Perales Viscasillas, indica que los mismos constituyen el último de los esfuerzos por uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales, y los enmarca, junto con otros textos de carácter

internacional, en el llamado Derecho Uniforme del Comercio Internacional.⁷

La edición correspondiente a 1994 consta de un Preámbulo y 119 artículos, expuestos en siete capítulos:

- 1.- Disposiciones Generales
- 2.- Formación
- 3.- Validez.
- 4.- Interpretación
- 5.- Contenido
- 6.- Cumplimiento
- 7.- Incumplimiento.⁸

Cada artículo está acompañado de comentarios específicos e incluye ejemplos, los cuales forman parte integral de los Principios. Las Disposiciones Generales, expuestas en el capítulo 1, tienen como principal función la de ser aplicadas a los restantes artículos de los sucesivos capítulos. La característica particular de las Disposiciones Generales es la de su tácita incorporación al contrato cuando las partes no hubieren hecho expresa omisión de algún artículo, lo que resalta el carácter dispositivo de los principios. Así mismo, contienen las principales reglas para una obligación privada: libertad en la contratación, libertad tanto en la forma como en la prueba; aceptación del principio Pacta Sunt Servanda, primacía de las reglas imperativas, indicación de la naturaleza dispositiva de los Principios, aplicación de los principios de internacionalidad y uniformidad, protección del principio de buena fe y lealtad negocial, preferencia y primacía de los usos y prácticas mercantiles internacionales y

5 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. Revista de Derecho, No.25, Universidad del Norte, Baranquilla, Colombia, 25: 47-79, 2006. pp 51. para consulta disponible en página web: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/25/2_Los%20principios%20Unidroit.Revista%20de%20Derecho%20N%2025.pdf

6 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op.cit. pp 51.

7 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op.cit. pp 52.

8 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 59.

previsión del principio de llegada. El último artículo de las disposiciones generales define algunos términos.⁹

Alix Aguirre Andrade y Nelly Manasía Fernández en su artículo “LOS PRINCIPIOS UNIDROIT EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES” publicado en la Revista de Derecho No.25 de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, identifican en los Principios de UNIDROIT los siguientes:

Libertad de contratación

El artículo 1.1 establece la libertad de contratación: Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido. Sobre este principio gravitan los contratos, el de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocido ampliamente por los distintos ordenamientos jurídicos tanto para la elección de cada uno de los elementos del contrato, sean partes, causa u objeto, como para la determinación del alcance, texto y vigencia de las cláusulas compromisorias. Ahora bien, ciertamente, el principio de la autonomía de la voluntad sufre restricciones en las distintas legislaciones, y ello aparece reflejado en los Principios UNIDROIT cuando se hace indicación, por una parte, de las reglas imperativas que no aceptan relajación alguna y, de otra parte, de los deberes de actuar bajo la buena fe y lealtad.¹⁰

Libertad de forma y de prueba

Se afirma que una de las ventajas de los Principios UNIDROIT desde su primera formulación ha sido la de servir en tiempos

de una sociedad estimulada por el proceso globalizador, por lo cual los contratantes requieren de estos principios que hacen expedito el negocio que realizan por contener fórmulas prácticas para resolver los eventuales problemas; el artículo 1.2 prescribe: “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito”. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos, lo cual determina la libertad de forma para contratar y, subsecuentemente, la prueba de la contratación. Esta libertad rige para todas las fases o facetas del contrato, sea su formación inicial u origen, perfeccionamiento, ejecución y ulterior extinción. La libertad en la prueba admite desde la testimonial hasta las pruebas más avanzadas con ocasión de las innovaciones tecnológicas, como son el correo electrónico y los mensajes de datos.¹¹

Esto es un reflejo de la realidad comercial, tanto internacional como nacional, en donde, muchas veces, las Compra – Ventas se efectúan por medio de una simple llamada telefónica, o el pedido se realiza mediante un correo electrónico, por ejemplo.

Principio Pacta Sunt Servanda

El principio Pacta Sunt Servanda constituye la regla sobre la cual se sustentan los comportamientos de las partes, este determina el efecto mandatorio para las partes, quienes habiendo perfeccionado el contrato, previo resguardo de las reglas imperativas aplicables contenidas en sus diferentes ordenamientos jurídicos, deberán desempeñarse en el cumplimiento, de conformidad con lo acordado,

9 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 60.

10 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 60.

11 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 61.

lo que significa que cualquier variación en el contrato será resultado de la voluntad mancomunada de la partes, salvo los casos previstos de acaecimientos sorpresivos, de excesiva desproporción en las prestaciones o excesiva onerosidad y de fuerza mayor.¹²

Primacía de las reglas imperativas.

Las normas imperativas o de orden público establecidas en los distintos ordenamientos nacionales o supranacionales tienen preceptuada su preeminencia respecto de la aplicación de los Principios UNIDROIT; como ejemplo de ello encontramos las restrictivas de la circulación de monedas extranjeras, establecen control de cambios, las que restringen la libre competencia o las reglas antimonopolio. Perales Viscasillas, advierte que éste es un principio plenamente aceptado en el comercio internacional, aun cuando no aparezca expresamente establecido en los distintos textos normativos; cuanto a su aplicación, resulta restrictivo de la actuación por las partes contratantes, por lo cual las reglas imperativas no resultan desplazadas por la elección que las partes hayan hecho de los Principios UNIDROIT; en ese orden de cosas, el artículo 1.4. de los principios establece: Estos Principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.¹³

Naturaleza dispositiva de los Principios.

Se encuentra contenido en el artículo 1.5, en cuanto establece la facultad atribuida

a las partes para someterse o no a ellos, ratificando con ello la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes; en relación a este principio, así mismo percibe Perales Viscasillas, que excluir las partes la aplicación de los Principios resulta cuando menos una contradicción, a menos que se considere que los Principios resultan plenamente incorporados a un contrato cuando las partes han indicado en el mismo que se regirá por los “principios generales del derecho”, la “Lex Mercatoria” o expresiones semejantes, como los “usos y costumbres del comercio internacional”.¹⁴

Principios de internacionalidad y uniformidad

Una de las principales finalidades de los Principios UNIDROIT ha sido la de validar la internacionalidad del caso y proporcionar reglas uniformes para su solución, todo a fin de encontrar soluciones que disten de la aplicación de normas contenidas en los derechos nacionales; mediante la internacionalidad del caso y la uniformidad legislativa se facilita la solución del problema, por cuanto los Principios UNIDROIT remiten incluso a la aplicación de principios generales subyacentes al no estar expresamente resuelto el problema, y dejan a un lado la posibilidad de aplicar el derecho interno como subsidiario.¹⁵

Principio de buena fe y de lealtad negocial.

Los Principios de UNIDROIT reconocen el patrón de conductas demostrativas de ética y probidad que se deben las partes en todas las fases del negocio jurídico, el principio de buena fe y lealtad negocial se complementa,

12 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 61

13 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 61-62.

14 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 62.

15 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. 62.

además, por el deber de confidencialidad y el tratamiento penalizado a las negociaciones en las cuales sea posible advertir la mala fe.¹⁶

Principio de primacía de los usos y las prácticas.

Los Principios UNIDROIT ratifican la relevancia que tienen los usos, prácticas y costumbres como factores propios del ámbito de las relaciones mercantiles internacionales.¹⁷

Principio de llegada.

Este tiene significativa importancia, pues, para las partes resulta importante determinar cuándo se tienen por aceptadas las comunicaciones que a efectos de la fase de formación de oferta, el perfeccionamiento del contrato, la ejecución o la ulterior extinción, se canjeen las partes; en tal sentido, se aceptan como comunicaciones todos los medios que resulten apropiados para la especificidad de cada contratación, lo que significa que se deja amplio margen para que los jueces o árbitros sopesen las condiciones particulares de cada negocio; el principio de llegada envuelve fundamentalmente dos aspectos: a) La comunicación, entendiéndose como todo medio que sea efectivo para el conocimiento de las particularidades del negocio, y b) La llegada, entendida como la entrega de la comunicación en el establecimiento comercial o en la dirección postal.¹⁸

Definiciones.

La última de las Disposiciones Generales de los Principios UNIDROIT define ciertos términos de frecuente alusión, así, se establecen las definiciones de tribunal, con inclusión de los arbitrales, establecimiento relevante cuando existe más de uno, acreedor y deudor, así como de lo que debe entenderse por escrito, entendido como todo medio de comunicación susceptible de reproducir de manera evidente la comunicación, lo que hace incluir el telex, el fax, el correo electrónico y los mensajes de datos, a los fines de cumplir con la finalidad de permitir la comunicación entre personas distantes físicamente.¹⁹

Por su parte el Dr. Jorge Enrique Romero Pérez, en su ponencia Principios Generales de la UNIDROIT. El Caso Costa Rica, impartida en el Congreso Internacional de Derecho Mercantil en la Universidad Nacional Autónoma de México en marzo del 2006, manifestó que los Principios de UNIDROIT juegan: 1.- Como instrumentos jurídicos que regulan las relaciones comerciales y los eventuales conflictos; 2.- Como instrumentos para interpretar y complementar normas de carácter internacional; 3.- Ayudan en la interpretación y complementación de las leyes nacionales; de igual manera expuso que los Principios Sustanciales o de Fondo son: 1.- Usos y costumbres del comercio internacional; 2.- Buena fe; 3.- Fuerza mayor; 4.- Deber

¹⁶ Aguirre Andrade, Alix; Manasia Fernandez, Nelly. Op. Cit. 63.

¹⁷ Aguirre Andrade, Alix; Manasia Fernandez, Nelly. Op. Cit. 63.

¹⁸ Aguirre Andrade, Alix; Manasia Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 63.

¹⁹ Aguirre Andrade, Alix; Manasia Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 63-64.

de minimizar las pérdidas; 5.- Pacta Sunt Servanda versus Rebus Sic Stantibus; 6.- Vicios de la voluntad o del consentimiento, y 7.- Pérdida de Oportunidades.²⁰

Los Principios UNIDROIT fueron modificados sustantivamente en el 2004; ampliándose el contenido del Preámbulo, y habiéndose iniciado con una edición de 119 artículos, éstos fueron aumentados a 185.²¹

En cuanto a las innovaciones, se estiman acertadas las caracterizadas como resaltantes por Siqueiros (2005): En el Preámbulo de la edición 2004 se indica, el propósito de los Principios de ofrecer a la sociedad mercantil internacional un instrumento contentivo de reglas generales que las partes voluntariamente acuerden en sus contratos o sean susceptibles de aplicarse, en el caso que ellas no hubiesen elegido el derecho a regularlos. El Preámbulo de los Principios en la formulación de 1994 indicaba como ámbito de aplicación: cuando las partes decidieran someter el contrato a sus disposiciones, cuando las partes acordaran que el contrato se sometiera a los principios generales del derecho, a la “Lex Mercatoria” o expresiones semejantes. Mas, la edición de 2004 señala además que a ellos se someten las partes cuando éstas no han designado ningún derecho para que rija el contrato y, así también, pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme y servir de modelo para la legislación tanto a nivel nacional como en el ámbito internacional.²²

En la versión del 2004 se modifica el texto del articulado contenido en las disposiciones Generales, pues el artículo 2.8 de la edición 1994, regulador de la aceptación de los contratos dentro de un plazo fijo, se integra a las disposiciones generales como artículo 1.12, referido al cálculo de plazos convenidos por las partes, así, las Disposiciones Generales pasan a contener 12 artículos, es decir, se adicionan dos a la formulación de 1994.²³

Por otro lado, se añaden dos secciones al capítulo 2, una relacionada con la formación y la celebración de los contratos y otra referida a las facultades de los mandatarios, cuando el representante actúa por sí mismo o con la autorización expresa del poderdante, también se regulan las atribuciones de los apoderados con otras partes involucradas, cuando actúan excediéndose de las facultades o en caso de extinción del mandato. En relación al capítulo 5, éste aparece con una sección segunda (nueva), la que regula los derechos de terceros beneficiarios de las partes; otras inclusiones o agregados se hicieron al añadir tres capítulos (8,9 y 10) referentes a: capítulo 8) Extinción de las obligaciones por compensación; capítulo 9) Cesión de derechos, transmisión de obligaciones y cesión de derechos contractuales, y capítulo 10) Plazos de prescripción.²⁴

El capítulo 8 regula la situación en la cual las partes se adeuden recíprocamente (dinero u obligaciones monetarias), determinando que cualquiera de ellas podrá compensarla mediante la cancelación mutua de las presta-

20 Romero Pérez, Jorge Enrique. Principios Generales de UNIDROIT. El Caso de Costa Rica. <http://www.ij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ij/ponencias%20070306/pdf/8-444p.pdf>. pp 5.

21 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 64.

22 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 64.

23 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 64.

24 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 65.

ciones hasta la concurrencia por la cuantía, de igual manera, en caso que los pagos estén representados en divisas, éstos se podrán compensar (cuando exista libre convertibilidad), siempre y cuando no se hubiere especificado la obligación en una divisa determinada; a fin de ejercer el derecho a la compensación, la parte interesada debe comunicarlo a la otra, por cuanto se prescribe que el mismo no opera en forma automática ni mediante declaración judicial, la notificación opera toda vez que se produzcan los requisitos para que prospere la compensación, y debe señalar las obligaciones que se deben compensar, significa que si la parte solicitante hace omisión de ello, la otra parte estará en el derecho de especificar su determinación, si la determinación es omitida por ambas partes, significará la compensación de todas las obligaciones pendientes, tomando en cuenta la proporcionalidad.²⁵

El adicionado capítulo 9 contiene tres secciones: a) La cesión de derechos: la cual se define como la transmisión que se realiza por pacto o convenio entre cesionante y cesionario a cambio de una contraprestación consistente en dinero o realización de un servicio; también contempla la regulación de la onerosidad o costo excesivo que pudiera resultar para el obligado el tratar de cumplir con la obligación, cuando ésta no sea monetaria, y en tal caso se establece un derecho a favor del obligado a ser retribuido por los gastos extras en que incurra como consecuencia de la cesión; por otro lado, de forma expresa se establece que la cesión opera entre cedente y cesionario, sin que sea requerida la notificación al obligado, con la expresa excepción cuando éste se

hubiere comprometido a la realización de una prestación calificada como “singular”, “íntima” o de carácter “muy personal”, en cuyos casos se hace necesaria la notificación de la cesión efectuada; b) La transmisión de obligaciones, se establece que aquellas de carácter pecuniario o en las cuales se debe cumplir una contraprestación, se pueden transmitir por la persona directamente deudora al nuevo obligado, por convenio entre ambos o por acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor; y c) La cesión de derechos contractuales, definida como aquella realizada por convenio entre cedente y cesionario tanto de los derechos como de las obligaciones que se derivan de una relación contractual con un tercero, para lo cual se requerirá el consentimiento de éste último, quien podrá darlo por anticipado.²⁶

Para finalizar, el nuevo capítulo 10 regula la materia de la prescripción, entendida como la liberación de las obligaciones por el transcurso del tiempo, plazo que transcurre en el tiempo breve de tres años, aun cuando también está regulada la prescripción liberatoria por el intervalo de diez años, contados a partir del día siguiente en el cual el acreedor tiene conocimiento de hechos relevantes para el ejercicio de su derecho; de manera expresa señala que el lapso de prescripción se entiende como una excepción que debe oponer el deudor ante el órgano jurisdiccional, ya que el simple transcurso del tiempo no extingue los derechos para el acreedor.²⁷

Aunque los Principios de UNIDROIT serán aplicados en la práctica solamente debido a su valor persuasivo, pueden tener un papel

25 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 65.

26 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 65 – 66.

27 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 66.

muy significativo en muchos contextos, como proveer de reglas y criterios a las Cortes de los Estados y árbitros privados en lo concerniente a interpretar y suplir los instrumentos internacionales existentes; y en que los árbitros pueden encontrarlos convenientes cuando están invitados a decidir según “los usos y costumbres del comercio internacional”, entonces es conveniente tener a mano este conjunto de reglas que son el resultado de la investigación intensiva y deliberación prolongada.²⁸

V.- ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, CONEXIONES CON LA CONVENCION DE VIENA DE 1980 Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT.

Arbitraje es el procedimiento aceptado por las partes para que un grupo de personas competentes resuelva una disputa (Artículo 43 Constitucional de Costa Rica estima, Derecho a Arbitraje)²⁹; en voto No. 2307-95 de las dieciséis horas del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco la Sala Constitucional de Costa Rica manifestó que “el proceso de arbitraje es dentro de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que ha sido prevista en tanto podría resultar para las partes más rápida y ágil.”³⁰; para Alfonso Calvo Caravaca y Luis Fernández

de la Gándara en sus dos libros: “El Arbitraje Comercial Internacional” y “Derecho Mercantil Internacional” definen el Arbitraje como “ un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes que eligen por si mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordado por ellas – por ejemplo delegando en un tercero imparcial persona física o jurídica- a simples particulares a los que se les confía la adopción de una decisión obligatoria –el laudo arbitral- que ponga fin a la diferencia entre ellas.”. Así se concibe al arbitraje como: obligatorio por su resultado; voluntario por su origen, y, jurisdiccional por su función.³¹

En resumen, podemos decir, que lo tratado en el presente acápite, es lo referente a la aplicación de la “Nueva Lex Mercatoria” en el Arbitraje Comercial Internacional, sin embargo, antes de pasar a ello, es necesario refrescar algunos conocimientos, así en relación a la expresión “Nueva Lex Mercatoria”, nos ilustra María del Carmen Tovar Gil, que “Este nombre surgió en el plano doctrinal, impulsado principalmente por los profesores Schimithoff y Goldman. Estos juristas denominaron Nueva “Lex Mercatoria” al conjunto de normas conformado por principios generales, codificaciones profesionales, contratos tipos y jurisprudencia arbitral, que se dan a través de las organizaciones profesionales, como respuesta a las necesidades del comercio internacional.”³² De ahí, es notorio que los

28 Matute Morales, Claudia. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-5.pdf>. pp 4.

29 Romero – Pérez, Jorge Enrique. Tratado de Libre Comercio, Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana, Análisis desde la perspectiva ideológica del Derecho Económico. San José, Costa Rica, Instituto de Investigación Jurídica. 2006. pp 329.

30 Araya Obando, Verónica de los Ángeles. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el Derecho Comercial Internacional, Tesis de Graduación para optar al Título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 2006. pp 61.

31 Araya Obando, Verónica de los Ángeles. Op. Cit. p 62.

32 Tovar Gil, María del Carmen; Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los Árbitros; Revista Lima Arbitration No. 2; 2007; Lima, Perú, pp 107.

Principios de UNIDROIT y la Convención de Viena de 1980, son parte conformante de la “Nueva Lex Mercatoria”, y por ende, lo que acá se trata es la aplicación de estos dos componentes de la “Nueva Lex Mercatoria” en otro componente de la misma, entendiendo como este otro componente a la Jurisprudencia Arbitral.

También nos parece necesario, mencionar lo referente a la, llamada por nosotros, naturaleza de la “Nueva Lex Mercatoria” como sistema jurídico, en lo que acogemos la opinión de Antonio Boggiano quien expresa al respecto que la *lex mercatoria* puede ser concebida no como un sistema jurídico autónomo, o hasta cierto punto “autónomo”, creado por términos y usos del comercio internacional fuera de los derechos nacionales, sino como un conjunto de reglas y principios dentro de ellos, en los intersticios y límites que los sistemas de Derecho Internacional Privado les dejan para crear, con delimitada libertad, un nuevo derecho común del comercio internacional, común a todos los derechos nacionales. A nuestro modo de ver, la *lex mercatoria* es un derecho intersticial. Es también un derecho común porque puede considerarse aceptado en los límites de los distintos sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado.³³

Esta opinión de Antonio Boggiano, que compartimos, la encontramos reforzada en el mismo texto de los Principios de UNIDROIT al consignar estos (desde su primera versión) en su Artículo 1.4 que “Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional,

internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.”, claro está en este texto transcrito, que la “Nueva Lex Mercatoria” es un derecho “intersticial”, a como lo llama Boggiano, al ubicarse en los espacios que las normas nacionales, internacionales y supranacionales le dejan.

Al entender que la “Nueva Lex Mercatoria” (de la que son parte los Principios de UNIDROIT) no es un derecho estatal, sino uno “autónomo” o “intersticial”, cabe el cuestionamiento de su fuerza de aplicabilidad y consecuente acato por las partes que, sometiendo un asunto a un Tribunal Arbitral este haya resuelto conforme a la “Nueva Lex Mercatoria”, al respecto comparto la opinión de Hernany Veytia, quien manifiesta que “Los italianos suelen utilizar dos vocablos que no encuentro traducción exacta al español: *autorità* y *autorevoleza*. La primera hace referencia a la fuerza, poder, potestad de imponer sanción y la segunda al prestigio, reconocimiento y respeto que lleva una intrínseca convicción para aceptar lo dicho. Posiblemente el camino andado hasta ahora por los Principios más ha sido por la ruta de la *autorevoleza* que de la *autoridad*. En opinión de quien esto escribe los Principios UNIDROIT no necesitan la «potestas» del legislador porque les sobra *autorevoleza* por su intrínseco contenido, por los autores que participaron, por el prestigio e independencia política del Instituto para la Unificación del Derecho Privado y finalmente, porque si se extirpa la buena fe, diligencia contractual no habría desarrollo comercial.”³⁴

33 Boggiano, Antonio; Curso de Derecho Internacional Privado, Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales; Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo – Perrot, 2da. Ed.; 2000; pp 879.

34 Veytia, Hernany; Back to the Future: Los Principios de UNIDROIT 3; Revista Lima Arbitration No. 2; 2007; Lima, Perú; pp 128 – 129.

Para comprender la repercusión de la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT en el Arbitraje internacional, en primer lugar se ha de tener claro que estos dos cuerpos normativos no son contradictorios entre sí, sino, que se complementan el uno con el otro y que mucho de lo preceptuado en la Convención es retomado por los Principios de UNIDROIT, lo que se aprecia de manera muy clara en los “Principios Generales” (Capítulo I) y en “Formación del Contrato” (Capítulo II), de los Principios de UNIDROIT, notando que estos son prácticamente una copia de los establecido en la Convención³⁵; teniendo de esta manera que la Convención Incidió en los Principios de UNIDROIT y estos pueden ser usados para complementar la primera, así las cosas, cuando un laudo arbitral alude a los Principios de UNIDROIT se deberá entender que, al menos de manera implícita, también se refiere a la Convención y viceversa.

Amén de lo expresado en el párrafo anterior, también es necesario al menos enumerar los Principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), los que para una mejor comprensión se han agrupado en categorías: en instrumentales y sustanciales, así como establecer tendencias en temas específicos, y de igual manera se tomará en cuenta las últimas tendencias de la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI. En una primera categoría se encuentran los principios llamados instrumentales, los cuales se agruparon tomando en consideración problemas propios del arbitraje comercial

internacional y las soluciones dadas a los fines de definir la extensión de los poderes que se le reconocen a los árbitros. Una segunda y tercera categoría, en la cual se agrupan los principios sustanciales fundamentales y los aplicados en algunos temas específicos, constitutivos de la Ley Mercantil Internacional o de esa “Lex Mercatoria” que se ha venido formando y que aún se encuentra en evolución. Una cuarta categoría que tiene que ver directamente con los Principios de UNIDROIT, en la cual se agruparon las últimas tendencias de los árbitros en cuanto a la aplicación o no de los mismos como una manifestación de la “Lex Mercatoria”³⁶; por ello seguimos la clasificación que hace Claudia Matute Morales en su texto EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional, así tenemos³⁷:

A) Principios Sustanciales Fundamentales:

1. Principio de Buena Fe.

a- Deber de Cooperación de las Partes.

Este es uno de los principios de la lex mercatoria que los árbitros del comercio internacional hacen respetar afanosamente. Claramente es una prolongación del principio de Buena fe que se le impone a las partes. Este encuentra su ámbito de aplicación en materia de formación y ejecución de los contratos. Este deber implica una obligación de informaciones recíprocas sobre elementos susceptibles

35 Perales Viscasillas, María del Pilar. Los Principios de UNIDROIT y CISG: Su Mutua Interacción. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/12.pdf> pp 6.

36 Matute Morales, Claudia. LA LEX MERCATORIA Y LOS PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc27/27-4.pdf> pp 26.

37 Matute Morales, Claudia, EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Los principios Jurisprudenciales.... Op. Cit. pp 6 – 13.

capaces de influir en la conclusión del contrato o sobre las condiciones de la ejecución; así las cosas, la Corte Internacional de Arbitraje en un laudo (dictado en el asunto 9593 de 1998) ha consagrado que según lo que reflejan los Principios de UNIDROIT (Artículo 5.3) los usos en el comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los contratos. Así lo venía sosteniendo la Corte Internacional de Arbitraje desde 1975, cuando el Laudo correspondiente al asunto 2443 de ese año sostuvo “Las partes deben ser perfectamente conscientes de que sólo una colaboración leal, total y constante entre ellas podrá eventualmente permitir resolver, por encima de las dificultades inherentes a la ejecución de cualquier contrato, los numerosos problemas derivados de la extrema complejidad de la formulación y enmarañamiento de los compromisos litigiosos”, agregando que “Se impone esta obligación de cooperación que, con toda razón, la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato.”

b- Deberes de Minimizar Pérdidas.

Según los árbitros de comercio internacional, la víctima de la inejecución de una obligación debe cautelarse contra los efectos de la falta de cumplimiento por parte de su co-contratante; sólo en la medida en que haya hecho lo posible para disminuir, la pérdida sufrida, el acreedor de una obligación inejecutada puede pretender la concesión de daños-intereses por el árbitro. Este principio de mitigación de pérdidas o daños, ha sido reiterado por la Corte en el laudo dictado en el asunto 7210 de 1999 en

donde lo relaciona con el Artículo 7.4.8 de los Principios de UNIDROIT.

En julio del dos mil dos en Costa Rica se dicta laudo que establece la obligación de minimizar pérdidas, y en lo conducente manifiesta el laudo:

“La demandada, ..., ha alegado que era dueña de la estructura. Pero aunque era dueña, la estructura estaba destinada a un proyecto concreto y era objeto de sus obligaciones de cumplimiento, por lo que no tenía facultades de disposición libre, sin consultar a la actora. Tal actuación es contraria a su deber de minimizar pérdidas. En la jurisprudencia arbitral internacional se ha aplicado el DEBER DE MINIMIZAR PÉRDIDAS y el DEBER DE LIMITAR EL DAÑO, en la aplicación de UNIDROIT, artículo 7.4.8 (Cámara de Comercio Internacional, Caso 7110 de 1995,98 y 99).³⁸

c- Culpa In Contrahendo.

Este principio considera que aquel que causa un daño durante una negociación, faltando a sus deberes de diligencia o a los deberes dictados por la buena fe o la equidad, debe repararlo. Yves Derains en su libro “Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional”, en relación a este principio menciona el laudo dictado en el asunto 2291 en 1975, en que se señala que este deber de buena fe no podrá excluirse de las negociaciones que se refieran a la readaptación de un contrato. Pero la obligación de negociar de buena fe implica, entre otras cosas, la de “abstenerse de cualquier clase de propuesta inaceptable, y que deba necesariamente conducir al fracaso de las conversaciones”

38 McLaren Magnus, Rosemarie; Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional; Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho; Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica; 2003; pp 102.

2) Principio de Diligencia.

Las partes deben hacer prueba de una diligencia normal, útil y razonable en la salvaguardia de sus intereses, este es el soporte de numerosas decisiones arbitrales. Hace recaer, de modo general, sobre las partes una presunción de competencia profesional. Este principio explica el rigor que manifiestan los árbitros con respecto a las partes que se han abstenido de prever en su contrato una cláusula de adaptación a la evolución de las circunstancias externas.

B) Principios Instrumentales

1) La Competencia Arbitral (Principios Kompetenz – Kompetenz)

El Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la C.C.I (artículo 13.3) se encuentra redactado de la siguiente manera:

Quando una de las partes alega una o varias excepciones relativos a la existencia o a la validez del convenio de arbitraje, la Corte, habiendo probado prima facie la existencia de este convenio, puede decidir, sin prejuzgar la admisibilidad o el fundamento legal, de estas excepciones, que el arbitraje tenga lugar. En este caso, corresponderá al árbitro proveer sobre su propia competencia.

Se trata pues de la expresión de un principio general del arbitraje internacional cuyos árbitros no dudan en aplicar. Es, en efecto, una condición sine qua non para la eficacia del arbitraje como modo de solución de los litigios.

La posibilidad que el árbitro tiene que proveer sobre su propia competencia se considera

como una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral.

Veamos entonces como ha sido la posición de la Corte de Arbitraje de la C.C.I sobre este particular:

Que no habiéndose discutido la existencia material de la cláusula que establece el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, incumbe al árbitro en virtud de las disposiciones del artículo 13.3. del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, proveer sobre su propia competencia; así se desprende del Laudo dictado el asunto No.1.507 en 1970.

En ese mismo sentido, se había expresado la Corte de Arbitraje de la C.C.I en 1968 en el asunto No. 1.526, al manifestar que “Es norma admitida en materia de arbitraje comercial internacional, la de que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia.”

De igual manera, el Tribunal Arbitral ha resuelto sobre su propia competencia en otros laudos, de los que solamente citaremos algunos y otros solamente los enunciaremos, así tenemos:

El laudo de 1974 No. 2138, en que el Tribunal Arbitral expresa: “ Resultando que el litigio... hace referencia no al arreglo de una desavenencia susceptible de solucionar mediante conciliación sin obstaculizar el curso de la ejecución del contrato, sino a la inejecución misma, por parte de los compradores, sus obligaciones derivan del contrato. Resultando, pues, que no debe tenerse en cuenta la estipulación relativa a la conciliación. Resultando que, habiéndose constituido legalmente el Tribunal Arbitral, procede que se declare competente para

conocer el litigio que enfrenta a las partes del contrato de...”³⁹

El laudo dictado en el asunto No. 2476 en 1976, que en su texto dice: “Así pues, el Tribunal Arbitral reconoce que es competente para conocer el presente litigio después de haber comprobado que ninguna estipulación del acuerdo de las partes se opone a la afirmación propia de su competencia, y esto también porque el defecto y los vicios de consentimiento alegados por la demandada no afectan para nada a la cláusula de arbitraje, afectando sólo el fondo del contrato.”⁴⁰

Enunciando otros laudos dictados en el mismo sentido encontramos: El laudo en el asunto No. 2321, de dos empresas israelitas demandando a un Estado africano y a un establecimiento Público de este Estado; el laudo en el asunto No. 2521 de 1975, de una empresa francesa demandando a un establecimiento público de un Estado africano; el laudo No.2558 de 1976, de un ciudadano francés demandando a una sociedad francesa; y el laudo del asunto No. 3383, de una sociedad belga demandando a una sociedad iraní.⁴¹

2) La Separabilidad de la Cláusula Arbitral (Autonomía de la Cláusula Arbitral)

La autonomía de la cláusula de arbitraje en relación con el contrato que la contiene es una regla indiscutible del derecho de arbitraje comercial internacional.

Ya en 1968 en el asunto No. 1.526 se expresó “También es una regla admitida actualmente

en materia de arbitraje internacional, o en vías de serlo de un modo uniforme, que, según la fórmula del Tribunal Supremo de Francia, el acuerdo compromisorio ya se haya concluido por separado de éste o esté incluido e el acto jurídico al que se refiere, tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica, excluyéndose que pueda verse afectada por una posible invalidez de este acto.”

En el mismo sentido encontramos otros laudos, así como el correspondiente al asunto No. 1507 dictado en 1970, así tal resolución expresó: “...en virtud de la función que la cláusula compromisoria cumple en el comercio internacional, es autónoma y está sometida a un régimen distinto del reservado para el contrato.”; en 1972 en el asunto No. 2694, se dicta el laudo que además de reafirmar la autonomía jurídica de la cláusula compromisoria, también amplía sus alcances al establecer la inoponibilidad de excepciones a este principio.⁴²

3) Interpretación Restrictiva de la Cláusula Compromisoria

La C.C.I, en el Laudo dictado en el asunto No. 4.392 en 1983, se ha pronunciado sobre este particular en los siguiente términos:

De todos modos, en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenderse, en primer lugar al texto. Ya que la intención de una parte de someterse a un juez distinto al juez estatal, es decir a un juez que en sí mismo es

39 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 45 – 46.

40 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 48.

41 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 46, 47, 49 y 50.

42 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 42 – 43.

incompetente, debe manifestarse claramente. La aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje, tendría como efecto restringir los derechos garantizados a las partes para recurrir ante los Tribunales Estatales, y no resistiría la interpretación restrictiva de los convenios relativos al arbitraje, aún cuando los dos contratos se encontrasen reunidos en un mismo contexto.

C) Algunas Interpretaciones Sobre Temas Específicos:

1) El Derecho Aplicable:

El poder que tiene el árbitro para separarse de los sistemas jurídicos nacionales y aplicar un Derecho “anacional”, es afirmado con gran rigor en el siguiente laudo, correspondiente al asunto No.1641 de 1969:

Las partes no indicaron en sus acuerdos ni en su correspondencia el derecho nacional que, llegado el caso, estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. De este modo han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en su defecto, los usos del comercio.

En esta parte resulta imprescindible hablar de los “usos mercantiles”, toda vez que según lo que establece la Convención de Viena sobre la Compraventa internacional de Mercaderías, si bien es cierto que no ofrece un concepto autónomo, sí le otorga un lugar preponderante a los usos mercantiles en determinados sectores económicos, por ejemplo, la compraventa y el transporte internacionales.

Puede perfectamente escogerse que el Tribunal arbitral aplique para la solución del

conflicto, específicamente los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 1994, como hicieron las partes reclamantes en el caso 8331 de 1996.

2) El Principio “Pacta Sunt Servanda”

La seguridad de las transacciones es una preocupación primordial para los árbitros de comercio internacional, y es por ello que no admiten que las estipulaciones contractuales puedan ser discutidas más que en casos excepcionales.

En efecto, los árbitros no proceden a tal revisión o adaptación más que cuando haya sido contractualmente prevista o está autorizada por el derecho aplicable. En caso contrario, se niegan a ello, concediendo preferencia al principio “Pacta Sunt Servanda” sobre el adagio “Rebus Sic Stantibus”.

A este respecto la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional en el laudo publicado en el JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL de 1974 de la Cour d’Arbitrage de la Chamber de Commerce International y citado por Yves Derains en su obra de 1985 “Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional”, laudo del que aquí se reproduce un extracto, en este no se aceptó el principio Rebus Sic Stantibus alegado por una de las partes:

Considerando además que el principio “Rebus Sic Stantibus”, invocado por X, no puede ser aplicado en este caso. Conviene en efecto, retener esta noción con reserva y prudencia, sobre todo cuando la intención de las partes se ha manifestado claramente en el contrato. Esta presunción se impone aún más, cuando se trata de transacciones internacionales, en las que en general las partes conocen los

riesgos que pueden sufrir, y por ello formularlos de manera precisa.

Esta decisión viene a reforzar la tendencia de los árbitros, que se niegan a poner en ejecución el principio “Sebus Sic Stantibus”, cada vez que las partes no han incluido en su contrato una cláusula que prevea la adaptación a la evolución de las circunstancias externas.

Otro laudo en que la Cámara de Comercio Internacional aplicó el principio Pacta Sunt Servanda fue en el asunto No. 8486 de septiembre de 1996.⁴³

En Costa Rica, al respecto, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, en laudo dictado en agosto del 2001, reafirmó la tendencia internacional de no admitir la aplicación del principio Rebus Sic Stantibus, a menos que, las partes mismas, hayan incluido en el contrato cláusulas que permitan la adaptación de las circunstancias; sosteniendo el Tribunal Arbitral que “A este respecto, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional e el extracto de sentencia que aquí se reproduce no aceptó el principio “Rebus Sic Stantibus”.⁴⁴ Procediendo el Tribunal a citar el extracto del laudo arbitral que ya hemos transcrito y que aparece en el JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL de 1974 de la Cour d’Arbitrage de la Chamber de Commerce International y citado por Yves Derains en su obra de 1985 “Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional”.

3) La Exceptio Non Adimpleti Contractus.

Una de las partes puede ser excusada del cumplimiento de sus obligaciones, si hay un incumplimiento sustancial por parte de la otra.

Para la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI este principio legal ampliamente aceptado consagra que si un comprador no cumple con su obligación de pago del precio cuando es debido, el vendedor puede, en ausencia de una provisión contractual expresa en contrario, suspender la ejecución de su obligación respecto al embarque y/o entrega. Este concepto civil correspondiente a la EXCEPTIO NONADIMPLETI CONTRACTUS corresponde al principio establecido en los Principios de UNIDROIT, 7.1.3.; Así fue sostenido por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en el laudo del asunto No. 7119 de 1999.

D- Últimas Tendencias

Se ha hecho referencia a los Principios de UNIDROIT en al menos 23 casos sometidos a la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI hasta finales de 1998.

Los Principios de UNIDROIT pueden ser aplicados en una gran variedad de contextos, tal como mencionan en su Preámbulo. Y específicamente dentro del arbitraje existen tres categorías de aplicación en las cuales son particularmente útiles:

1. Primeramente, ellos pueden ser aplicados propiamente como la ley del contrato, en virtud de escogencia expresa de las partes o mediante la cual implícitamente esa decisión pueda apreciarse.

⁴³ McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 110.

⁴⁴ McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 111.

2. En segundo lugar, no obstante las partes hayan escogido la ley municipal, los principios pueden ser aplicados cuando se haga difícil determinar reglas específicas en la ley nacional aplicable. A este respecto, los principios han sido utilizados para llenar vacíos en las leyes internas así como para dar una interpretación internacional á esas leyes nacionales.
3. Y en tercer lugar, los Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar otros instrumentos de leyes uniformes, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

Esta categorización es la que refleja la actual práctica de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI con relación a la aplicación de las Principios de UNIDROIT en el Arbitraje de la Cámara.

Se verá a continuación como se han aplicado estos principios de acuerdo a estos escenarios planteados:

1. Los Principios de UNIDROIT Aplicados Propiamente como la Ley del Contrato Internacional.

Los principios de UNIDROIT han sido utilizados como la *lex contractus* algunos casos llevados a la CCI.

Lo primero que examina el Tribunal arbitral es el punto relativo a la lección del derecho, no encontrando ninguna elección expresa, esta ausencia les hace llegar a la conclusión de que cada parte lo que realmente deseó fue excluir la aplicación de la ley nacional de la otra.

El tribunal arbitral interpreta una escogencia implícita que hace referencia a los “principios de la justicia natural”.

En efecto en el laudo dictado en el asunto No. 7375 el tribunal encuentra que ante la ausencia de elección de una ley el contrato debe ser interpretado como si cada parte hubiese deseado evitar la legislación nacional de la otra parte u otra ley en general. “El contrato entonces se desnacionaliza, y se aplican los Principios generales del Derecho y los Principios de UNIDROIT en cuanto ello puedan ser considerados como el reflejo de principios y reglas generalmente aceptados.

Así encontramos también el Laudo dictado en el asunto No. 8817 de 1999, en el que se hizo uso tanto de los Principios de UNIDROIT como de la Convención de Viena de 1980, para resolver el fondo del caso, este asunto versó sobre un contrato exclusivo de distribución, estableciendo el árbitro que tanto la Convención junto con sus principios, ahora contenidos en el texto de los principios de UNIDROIT, constituían la fuente legal más apropiada para la resolución de la disputa. También en el caso No. 9474 (Incumplimiento de contrato de suministro de notas bancarias entre entidad bancaria estatal y compañía manufacturera de “securities”), el Tribunal Arbitral propuso a las partes el uso de los principios y reglas generales en materia de contratos internacionales, lo que fue aceptado, en base a tal aceptación, se hizo uso de los parámetros contenidos en los Principios de UNIDROIT, justificándose en que estos principios y reglas generales en materia de contratos internacionales no se encuentran directamente materializados en ninguna convención internacional, pero pueden ser

encontrados en diversas fuentes, entre ellas, los Principios de UNIDROIT.⁴⁵

En el asunto No.8331 de 1999, las partes de manera expresa acordaron el uso de los Principios; las partes no eligieron una ley nacional, en su lugar establecieron que el Tribunal Arbitral debía utilizar los acuerdos relevantes entre las mismas partes, y en caso de ser necesario y apropiado, los Principios de UNIDROIT, a partir de tal acuerdo el tribunal hizo uso de los Principios de UNIDROIT.⁴⁶

En el 2001 al resolverse el caso No. 9875, se estuvo a que las partes no incluyeron estipulación sobre el derecho a aplicar y, ante lo complicado de establecer los factores de conexión que determinaran cual derecho nacional aplicar (francés o japonés), los árbitros establecieron que las reglas más apropiadas para resolver el caso eran las de la “Lex Mercatoria”, manifestadas en instrumentos como los Principios de UNIDROIT, considerando el tribunal, que una licencia remanufactura y distribución de productos de varios países del mundo no podía ser regulada apropiadamente por la ley de un país específico dada la ausencia del acuerdo de las partes en este sentido. En similar situación se encontraba el caso No. 7110 de 1999 (entre compañía inglesa y una institución de Medio Oriente, derivada de varios contratos entre ellos); algunos contratos no incluían estipulación sobre el derecho a aplicar, otros hacían referencia al concepto de justicia natural y a las regulaciones de arbitraje de la Cámara de París; la parte actora solicitaba la aplicación de los principios generales de

Derecho, en cambio la parte solicitaba la aplicación de la ley inglesa; el Tribunal Arbitral determinó que las partes habían excluido la utilización de la ley nacional y que al elegir el arbitraje internacional de la Cámara, su intención era recurrir a las reglas y principios generales en materia de contratos, además, estableció que estas reglas y principios se encontraban reflejados fundamentalmente en los Principios de UNIDROIT.⁴⁷

De similar manera se resolvió el asunto No. 7375 (también basado en una serie de contratos, aquí una compañía de Estados Unidos y su compradora en Medio Oriente), se determinó que la ausencia de elección contractual del derecho aplicable implicaba que ninguna de las partes aceptaba la aplicación de las leyes nacionales de su contraparte; a partir de esta elección negativa implícita, se determinó utilizar las reglas y principios generales aplicables en materia de obligaciones contractuales internacionales y que gozaran de amplio reconocimiento y aceptación en la comunidad empresarial internacional, incluyendo en esto los conceptos de “Lex Mercatoria” y tomando en cuenta los Principios de UNIDROIT.⁴⁸

Un caso muy interesante, y que refleja en pleno la influencia de la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT en el arbitraje internacional, así como los demás componentes de la “Nueva Lex Mercatoria”, es el laudo en el asunto No. 8502, tal caso se dio entre una compañía exportadora de arroz y otras compradoras de Francia y Holanda en un contrato de suministro; el contrato era omiso en relación a la ley a aplicar, pero hacía

45 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 17 – 18.

46 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 18 – 19.

47 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 21 – 22.

48 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 23.

referencia a los INCOTERMS 1990 y a los UCP 500, el Tribunal interpretó esta referencia como indicador que las partes estaban dispuestas a que el contrato fuese regulado por los usos y costumbres comerciales internacionales, y para tal fin haría alusión al Convención de Viena y los Principios de UNIDROIT, como evidencia de las prácticas reconocidas en el derecho comercial internacional.⁴⁹

Nos parece claro, que al hacerse alusión en un contrato a los INCOTERMS (cualquiera que sea su versión) y/o a los UCP (500 ò 600), se está estableciendo que el contrato se rige por usos y costumbres de la “Nueva Lex Mercatoria”, y por tanto el aplicar otros componentes de ésta (“Nueva Lex Mercatoria”) a la resolución de una diferencia surgida de tal contrato es plenamente válido con el espíritu e intención de las partes de ser regulada su relación jurídica por las reglas, principios, usos y costumbres aceptadas internacionalmente en el marco de la contratación comercial de carácter internacional.

2) Los Principios de UNIDROIT como Complemento para Aplicar la Ley Doméstica Aplicable.

Los principios de UNIDROIT han sido aplicados como complemento o interpretación de la ley doméstica en algunos casos recientes de la CCI. De acuerdo a los comentarios que acompañan “las letras negras” de la publicación de los Principios en 1994, el uso de estos principios para interpretar la ley interna aplicable se justifica cuando esa regla de la ley aplicable resulta difícil de establecer y la solución pueda ser encontrada en los principios.

Nótese, en el siguiente laudo (extracto) de factura costarricense, dictado en el 2001, en que se señalan los Principios de UNIDROIT a efecto de complementar la ley y jurisprudencia de Costa Rica, que dice “No solamente la legislación y jurisprudencia nacional son aplicables, sino también la normativa propia de la contratación comercial internacional, compuesta fundamentalmente por los principios y usos generalmente admitidos en el comercio, por cuanto las partes mismas convinieron el cláusula décima de la carta de intenciones que actuarían entre ellas “con base en la buena fe y sanas costumbres, de conformidad con las más sanas prácticas comerciales y términos amistosos”. Este enunciado faculta al Tribunal para aplicar tales reglas, como lo ha hecho en casos semejantes la corte de la Cámara de comercio Internacional (V. Casos 8908 de 1996 y 8873 de 1997. International Court of Arbitration Bulletin, vol 10/2-Fall-1999, p. 78 y ss) aplicando directamente los principios de UNIDROIT (V. BORTOLOTTI, Fabio, *Il Diritto dei Contratti Internazionali*. Cedam, Padova, 1997, p. 784 y ss. V. Lamb. Traducción de GARRO, Alejandro, Columbia University School of Law, New York, 1993).”⁵⁰

3) Los Principios de UNIDROIT como Complemento e Interpretación de Convenciones Internacionales.

Los principios de UNIDROIT han sido utilizados como complemento de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de mercaderías en algunos casos.

Existe entonces una necesidad de una herramienta comparativa de emergencia

49 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 23 – 24.

50 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp. 38.

como estos Principios de UNIDROIT, capaces de ofrecer soluciones en los lugares donde existan vacíos en la ley uniforme y en donde los variados sistemas legislativos nacionales no sean capaces de proveer una solución satisfactoria.

4- Exclusión de los Principios de UNIDROIT

En pocos casos, se ha considerado excluida la aplicación de los Principios de UNIDROIT.

El laudo dictado en el asunto 8873 encontraron que las reglas de UNIDROIT relativas a la excesiva onerosidad sobreviniente no representan un uso mercantil internacional.

El Dr. Jorge Enrique Romero Pérez en su ponencia dictada en el Congreso Internacional de Derecho Mercantil en Marzo del 2006, titulada Principios Generales de UNIDROIT. El Caso de Costa Rica; hizo clara mención de algunos laudos arbitrales en que se han aplicado la Convención de Viena de 1980 y/o posprincipios de UNIDROIT, los que a continuación se resumen⁵¹:

Laudo del 30 de abril del 2001, en este se aplicó el Principio de Buena Fe, expresando tal laudo que cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no la pueda perjudicar. Indicando que es aplicable también la normativa propia de la Contratación Comercial Internacional, compuesta por los principios y usos generalmente admitidos en el comercio.

Los argumentos por los cuales el Tribunal arbitral de Costa Rica considera que los Principios de UNIDROIT resumen las más

sanas prácticas comerciales, que las partes indican son:

- Recopilación hecha por expertos internacionales procedentes de todo el mundo, sin intervención de los Estados o gobiernos, lo que favorece la neutralidad, calidad y habilidad para demostrar el estado actual de consenso en este campo.
- Están inspirados por el derecho internacional uniforme, especialmente la Convención de Viena de 1980.
- Son particularmente idóneos para ser aplicados en el terreno arbitral.
- Se han construido para ser aplicables a los contratos internacionales.
- Son reglas concretas sumamente útiles.

En el Laudo del 13 de agosto del 2001, se ratifica en Principio de Pacta Sunt Servando. Se rechazó el Principio de Rebus Sic Stantibus cuando las partes no lo han incluido en el contrato.

Se presume que este principio no se aplica en las transacciones internacionales, ya que en general las partes conocen los riesgos que pueden sufrir en la evolución de circunstancias externas o cuando la onerosidad sobreviniente es excesiva y extraordinaria.

En el Laudo del 5 septiembre del 2001, se aplicaron los principios de la presunción de la competencia profesional y el de la presunción de la apreciación de los riesgos de los operadores del comercio. El Tribunal arbitral

51 Romero Pérez, Jorge Enrique. Principios Generales de UNIDROIT. El Caso de Costa Rica... pp 7- 10.

manifestó que comparte la doctrina sostenida por la Corte de Arbitraje de la CCI que aplica el principio de la presunción de competencia profesional y la presunción de la apreciación de los riesgos de los operadores del comercio.

En el Laudo del 29 de julio del 2002, el Tribunal Arbitral aplicó el artículo 7.4.8 de los Principios de UNIDROIT. Se delimitó el daño sufrido (daños y perjuicios), como indemnización a que tiene derecho la parte que se ve afectada por la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales de su contraparte.

La Fuerza Mayor es eximente de responsabilidad en caso de incumplimiento, es menester que el hecho alegado cumpla con las condiciones de ser ajeno a la voluntad de las partes, ser imprevisible y a la vez irresistible. Así se sostuvo en laudo de factura costarricense de julio del 2002, en el cual se citan varios laudos de la C.C.I en ese sentido; en relación a la fuerza mayor alegada por la parte demandada, el laudo señala: “En cuanto a la supuesta fuerza mayor; La imposibilidad subjetiva no es fuerza mayor: “..no puede admitirse como justificación de la inejecución ... Es de apreciación constante que una imposibilidad subjetiva no exime a una persona de ejecutar un compromiso contractual” (ha dicho la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional, caso 1782 de 1973). La fuerza mayor es imprevisible e irresistible: “Un suceso de fuerza mayor es strictu sensu un suceso anónimo que presenta los caracteres de imprevisibilidad (es decir que en el momento en que se produce, no hay ninguna razón especial para pensar que se va a producir) y de irresistibilidad (es decir que el demandado se ha encontrado en la imposibilidad absoluta

de ejecutar el contrato)” (Cámara de Comercio Internacional, doctrina del caso 2139 de 1974). No se dan en la especie tales elementos. No se dan para (la demandada) los elementos de fuerza mayor.”⁵²

VI.- SE TRABAJA LA TERCERA EDICIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT.

De lo tratado en los acápites anteriores se tiene la clara impresión y certeza de la utilidad práctica de los Principios de UNIDROIT, los que han sido aplicados en sus dos diferentes ediciones, sin embargo, al ser el comercio internacional sumamente cambiante y dinámico, y al darse también una dinámica pujante en las diferentes ramas de la tecnología, la que siempre ha sido, es y seguirá siendo instrumento del comercio internacional, se hace inobjetable la necesidad de la revisión, actualización y adición de los Principios de UNIDROIT, así como de todos los demás componentes de la “Nueva Lex Mercatoria”, en virtud de ello es que se está preparando una tercera edición de los Principios.

El Grupo de Estudio para la preparación de la tercera edición de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales tuvo su primera reunión en Roma del 29 de mayo al 1 de junio de 2006. Asistieron a la reunión Guido Alpa (Italy), M. Joachim Bonell (UNIDROIT), Paul-André Crépeau (Canada), Samuel Kofi Date Bah (Ghana), Benedicte Fauvarque - Cosson (France), Paul Finn (Australia), Marcel Fontaine (Belgium), Michael Philip Furmston (United Kingdom), Henry D. Gabriel (United States),

52 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 91 – 92.

Sir Roy Goode (United Kingdom), Arthur Hartkamp (Netherlands), Alexander Komarov (Russian Federation), Ole Lando (Denmark), Takashi Uchida (Japan), João Baptista Villela (Brazil), Pierre Widmer (Switzerland), Zhang Yuqing (China) y Reinhard Zimmermann (Germany). Asistieron además en calidad de observadores: Ibrahim Al Mulla for the Emirates International Law Center, Christine Chappuis for the Group de Travail Contrats Internationaux, François Dessemontet for the Swiss Arbitration Association, Alejandro Garro for the New York City Bar, Emmanuel Jolivet for the ICC International Court of Arbitration, Richard Mattiaccio for the American Arbitration Association, Hilmar Raeschke-Kessler for the German Arbitration Institute, Giorgio Schiavoni for the Chamber of National and International Arbitration of Milan, Jeremy Sharpe for the Center for American and International Law, Institute for Transnational Arbitration, Matthew Sillett for the London Court of International Arbitration and Renaud Sorieul for the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).⁵³

Del 4 al 8 de junio de 2007 el Grupo de Estudio para la elaboración de la tercera edición de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales se reunió para tratar los temas que se incluirán en la tercera edición. Se ha anticipado que se abordarán tópicos como (a) unwinding of failed contracts (el retiro de contratos frustrados), (b) illegality (ilegalidad o asuntos que involucran temas

pocos transparentes), c) plurality of obligors and of obligees; (pluralidad de acreedores y deudores), (d) conditions; (condiciones) y (e) termination of long-term contracts for just cause (terminación de los contratos de larga vigencia por justa causa).⁵⁴

La tercera sesión del Grupo de Trabajo para preparar la tercera edición de los Principios de UNIDROIT se llevó a efecto del 26 al 29 de mayo del 2008, y el resumen de lo tratado en esta tercera sesión, según la página web de UNIDROIT, aún se encuentra en elaboración.⁵⁵

A como se puede notar, de la lista de participantes, por América Latina solamente participa Brasil por medio de João Baptista, lo que es incongruente, en muchas maneras con la realidad comercial de América Latina respecto al mundo, tomando en cuenta, por ejemplo, que es América Latina la mayor productora de café y otros granos, Honduras es el mayor productor de tilapia a nivel mundial, y así en Latinoamérica se ubican gran cantidad de países que ocupan puestos preponderantes a nivel mundial en la producción de algún rubro específico, en razón de ello, y de la modernidad a la que nuestro subcontinente aspira y a que al final de cuentas somos usuarios y/o destinatarios de la “Nueva Lex Mercatoria”, es que considero importante una mayor participación de América Latina en la discusión y redacción de la tercera edición de los Principios de UNIDROIT.

⁵³ Veytia, Hernany; Op. Cit.; pp 130 – 131.

⁵⁴ Veytia, Hernany; Op. Cit.; pp 126.

⁵⁵ <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/wg03/wg-2008.htm>.

VII.- CONCLUSIÓN

Es más que manifiesto que en el ámbito de contratación comercial internacional se necesitan normas que presten un marco general acorde a las características propias del comercio, este tipo de normativas estuvieron dispersos por mucho tiempo, pero luego se dio inicio a una labor, que podríamos llamar, compiladora hasta lograr la creación de la “Nueva Lex Mercatoria”, de la cual son componentes importantes la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT, normas que interactúan entre sí y que tienen una especie de carácter de complementación, y ambas son de aceptación cada vez más generalizada tanto por Estados como por los sujetos intervinientes en los tractos comerciales internacionales.

Amén de la cada vez más amplia aceptación de estas normativas, siempre se darán diferencias entre los contratantes y he ahí la necesidad de medios de resolución expeditos de tales controversias, siendo uno de estos medios el arbitraje, sin embargo, este debe basarse en alguna disposición normativa que ha de aplicar para solucionar las controversias sometidas a su consideración, así encontramos

que tanto la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, caminan en el mismo sentido, en razón de aceptar la validez y utilidad de la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT para fundar sus laudos, al considerar que lo contenido en estas normativas es lo que mejor refleja la realidad del tracto comercial internacional y por ello inspira resoluciones apegadas a la equidad y justicia en el ámbito comercial internacional.

Sin embargo, también compartimos la opinión de Hernany Veytía, en el sentido que es necesaria una mayor difusión, y así lograr una más amplia aplicación de los mismos, no solo aplicación al momento de resolver las controversias, sino una aplicación ab initio, desde el mismo momento de las tratativas o conversaciones preliminares a efectos de contratar y en la contratación misma. De igual manera es necesaria una mayor difusión, al menos en América Latina, en el plano académico, pues, muchos colegas abogados no han, si quiera, escuchado hablar de tan importantes Principios. Así como la necesidad de una mayor participación de América Latina en la discusión y redacción de la tercera edición de los Principios de UNIDROIT.

BIBLIOGRAFÍA

- 1- Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. Revista de Derecho, No.25, Universidad del Norte, Baranquilla, Colombia, 25: 47-79, 2006.. para consulta disponible en página web: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/25/2_Los%20principios%20Unidroit.Revista%20de%20Derecho%20N%2025.pdf
- 2- Araya Obando, Verónica de los Ángeles. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el Derecho Comercial Internacional, Tesis de Graduación para optar al Título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 2006.
- 3- Boggiano, Antonio; Curso de Derecho Internacional Privado, Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales; Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo – Perrot, 2da. Ed.; 2000.
- 4- El texto completo en español y con la Nota Explicativa a la que se ha hecho alusión y en la que basan los comentarios del presente texto, se descargó de la página web que responde a la siguiente dirección: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>
- 5- Matute Morales, Claudia. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-5.pdf>.
- 6- Matute Morales, Claudia. LA LEX MERCATORIA Y LOS PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc27/27-4.pdf>
- 7- McLaren Magnus, Rosemarie; Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional; Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho; Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica; 2003.
- 8- Oviedo Albán, Jorge. Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT a los Contratos Comerciales Internacionales. http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf
- 9- Perales Viscasillas, María del Pilar. Los Principios de UNIDROIT y CISG: Su Mutua Interacción. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/12.pdf>
- 10- Romero Pérez, Jorge Enrique. Principios Generales de UNIDROIT. El Caso de Costa Rica . <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20070306/pdf/8-444p.pdf>

- 11- Romero – Pérez, Jorge Enrique. Tratado de Libre Comercio, Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana, Análisis desde la perspectiva ideológica del Derecho Económico. San José, Costa Rica, Instituto de Investigación Jurídica. 2006.
- 12- Tovar Gil, María del Carmen; Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los Árbitros; Revista Lima Arbitration No. 2; 2007; Lima, Perú; 2007.
- 13- Veytia, Hernany; Back to the Future: Los Principios de UNIDROIT 3; Revista Lima Arbitration No. 2; 2007; Lima, Perú; 2007.
- 14- <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/wg03/wg-2008.htm>.

RESPONSABILIDADES DEL CARGADOR EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE

Lucía Carro Zúñiga

SUMARIO

Introducción

Capítulo Único: Los Contratos de Transporte Marítimo

Sección I: Contrato de Transporte de Carga General

Sección II: El Contrato de Fletamento

Sección III: El Contrato de Transporte Marítimo de Contenedores

Sección IV: Contrato de Transporte Aéreo Internacional de Mercancías

Conclusión

RESPONSABILIDADES DEL CARGADOR EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE

Lucía Carro Zúñiga

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre las responsabilidades del cargador en el contrato de transporte marítimo, por medio de contenedores y el transporte aéreo.

Sin embargo, para poder entender más sobre las responsabilidades del cargador en este tipo de contratos, me pareció prudente exponer primero las partes generales de los diferentes contratos, sin ahondar mucho en el tema, pues ese no es el contenido principal de la presente investigación.

Valga decir, que la responsabilidad del cargador, en general, es muy poco tratada a nivel doctrinal, legislativo e inclusive en los diferentes tipos de convenciones que han surgido en virtud del intercambio comercial a nivel marítimo.

Teniendo este pequeño preámbulo pasaremos a continuación al desarrollo de la investigación. En ella se tratará de explicar en que consiste la responsabilidad del cargador en los diferentes tipos de contratos.

CAPÍTULO ÚNICO: Los contratos de Transporte Marítimo

Sección Primera: Contrato de Transporte de Carga General

A- DEFINICIÓN

Acuerdo entre un cargador y un naviero para el transporte de una carga a cambio de un flete.

B- CARÁCTERES DEL CONTRATO SEGÚN EL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO:

Consensual (no real):

Se perfecciona con el mero acuerdo de las partes, ya que puede haber contrato antes de la carga; la falta de carga no implica inexistencia del contrato, y además la entrega en destino significa ejecución y no perfeccionamiento de aquél¹. Se perfecciona, entonces, con el acuerdo, no con su ejecución. Ej. Reserva de espacio en un buque que llegará al país

Oneroso:

El transporte es a cambio de un flete (y viceversa)

1 GONZÁLEZ LEBRERO (Rodolfo), Op.cit. p. 185.

C- PARTES EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

Cargador

Es la persona que entrega carga a un transportador para su transporte y se obliga al pago de un flete.

Transportador o Transportista

Es la persona física o jurídica que se obliga a efectuar el transporte, mediante vehículos adecuados (buques, camión, aeronave, tren, etc.)

Obligaciones del transportador:

- Navegabilidad del buque: El transportador debe, en primer lugar, facilitar al cargador un buque convenientemente armado, con todos sus elementos, accesorios, provisiones, tripulantes, etc., en estado de navegabilidad, antes de iniciar el viaje o de recibir la carga².
- Como se dijo anteriormente, navegabilidad refiere a la aptitud del buque para realizar el transporte convenido en condiciones de seguridad respecto de la mercadería.
- Puesto del buque designado a disposición del cargador: Es esencial en estos contratos la designación del buque, no pudiendo el transportador sustituirlo, salvo que se hubiera convenido dicha facultad, de manera que aquél debe poner a disposición del cargador el buque determinado en las circunstancias de lugar, modo y tiempo pactadas³.
- Carga de la mercadería: Transportador tiene la obligación de cargar la mercadería. El capitán del buque notifica al cargador que el buque ha llegado al lugar convenido y esta listo para recibir la carga, enviándole una nota de alistamiento (notice of readiness) que sirve para determinar el punto de partida de los plazos para cargar.
- El plazo de carga puede comprender días corridos o días laborables o computarse según varias modalidades, excluyéndose los días domingos y feriados o los días en que las condiciones atmosféricas impiden operar⁴.
- Estiba de la mercadería: Luego de cumplida la operación técnica de la carga de las mercaderías a bordo, éstas deben ubicarse en las bodegas del buque según ciertas reglas de arte. Se deben estibar convenientemente, disponiendo su adecuada distribución, de manera tal que no afecte la estabilidad del buque o su estructura, ni se averíe la carga, pudiéndose entregar la misma en el puerto de destino en el mismo estado que al tiempo de su embarque.
- Entrega del conocimiento de embarque: Cuando las mercaderías son cargadas, el transportador debe entregar recibos provisorios, con la descripción general de los efectos, los cuales son posteriormente canjeados por los conocimientos de embarque.

2 GONZÁLEZ LEBRERO (Rodolfo), Op.cit. p. 189.

3 Ibidem.

4 Ibidem.

- El conocimiento de embarque (bill of lading) cumple tres funciones fundamentales: -Recibo de la mercadería a bordo; - es el título representativo de la mercadería, y - es el documento que instrumenta el contrato de transporte⁵
- Cumplimiento del viaje. R. de La Haya (1924): 1-e: La ejecución del viaje debe cumplirse en el tiempo estipulado o en el razonable según las circunstancias del caso, y por la ruta convenida o habitual.
- Cuidado y conservación de la mercadería: El transportador, al recibir las mercaderías a bordo por intermedio del capitán, asume el carácter de depositario de ellas, y como tal está obligado a su guarda y conservación y a adoptar todas las medidas al respecto, como si las cosas que custodia fueran propias. El primer cuidado se relaciona con la estiba de la carga, pero luego debe velar por su conservación durante el viaje, vigilando su estado, proveyendo adecuada ventilación, etc., a fin de evitar que sufra averías o que averíe al resto de las mercaderías ubicadas en su proximidad⁶. -R. de La Haya (1924): 3-2,
- Descarga de la mercadería: El buque debe dirigirse al puerto de destino de las mercaderías. El transportador debe notificar al cargador que el buque está listo para descargar, mediante el envío de una "carta de alistamiento"⁷.
- Entrega de la mercadería: Con la entrega de la mercadería, este contrato queda ejecutado. El transportador debe entregar

la mercadería tal como esta descrita en el conocimiento de embarque, en el puerto de destino, al legítimo tenedor de dicho documento.

Obligaciones del cargador

- Entrega de mercadería al transportador en el puerto de carga: El cargador debe poner la mercadería a disposición del transportador en el lugar convenido o usual.
- Pago del flete: El flete es el precio que el cargador paga al transportador como contraprestación por la obra consistente en la entrega en destino de la mercadería⁸. Esta obligación puede ser también, por cuenta del destinatario. De conformidad con los Incoterms la obligación de pagar el flete marítimo puede estar a cargo del vendedor o del comprador.
-R. de La Haya (1924): a) el puerto o b) tres días después si no son aparentes; acciones un año.
- Recibo de la mercadería: El destinatario debe recibir la mercadería en el puerto o lugar convenido y dentro de los plazos convenidos, pagando además del flete, las sumas que adeudare al transportador como contribución de avería gruesa si en el viaje se hubiera dispuesto un acto de esa naturaleza.

Derechos del cargador:

Plazo para el ejercicio de acciones:

-R. de La Haya (1924) : 6, 4-2-d f. may.

-R. de Hamburgo (1978): 5-3 resp: 60 días;

5 GONZÁLEZ LEBRERO (Rodolfo), Op.cit. p. 190

6 Ibidem.

art. 19, días laborables; no aparentes-15 días; facilidades de inspección; prescripción-2 años-artículo 20.

D- OBJETO

Flete

Es el precio que el cargador se obliga a pagar a cambio del transporte de las mercancías (o “carga”).

Carga

Es la mercancía. Son las cosas que son objeto del transporte a cambio de un flete.

E- FORMA

Conocimiento de embarque:

Es el documento del contrato de transporte marítimo.

“El conocimiento de embarque es una creación de la costumbre mercantil, una típica institución de comercio internacional. Entró en vigencia en el siglo XVI. Un libro de derecho mercantil publicado en unos 1686 manifestaba que “conocimientos de embarque eran comúnmente tenidos en imprenta en todos los lugares y en varias lenguas.” El carácter del conocimiento de embarque como título de crédito fue reconocido por primera vez por las cortes inglesas en 1794 en el caso *Lickbarrow vs. Mason*⁹”

El conocimiento de embarque normalmente indica: descripción del artículo, cantidad, nombre del embarcador, puerto de embarque, puerto de descarga, consignatario, nombre del buque y fecha.

Funciones de conocimiento de embarque:

- Es recibo de la mercadería.
- Es título representativo de la mercadería.
- Es el instrumento que documenta el contrato de transporte.
- En el crédito documentario, en la orden de pago documentaria, es normalmente necesario para que el vendedor pueda obtener el pago.

F- CAUSA

Obligación de transporte de la mercadería y el pago de la misma (del transporte de la misma).

G- RESPONSABILIDAD DEL CARGADOR

Dado que los cargadores no acompañan a sus efectos durante el viaje, difícilmente hallaremos su obrar culposo después que han sido recibidos por el transportador. La culpa del cargador es previa, y aparece en aquellos casos en que omite dar exacto cumplimiento a sus obligaciones, al ocultar la verdadera naturaleza de la cosa, al remitir mercadería cuya exportación esté

7 *Ibidem*.

8 GONZÁLEZ LEBRERO (Rodolfo), *Op.cit.* p. 190

9 MALINEX, *Lex Mercatoria en The Export Trade, the Law and Practice of International Trade*, Stevens and sons, London, 1969, p 291, cit. p. OSTOJA, p. 138, citado por PÉREZ VARGAS (Víctor), *Vocabulario de Derecho Marítimo*.

prohibida en el país de origen, o cuyo ingreso esté igualmente prohibido en el de destino, al embarcar mercaderías peligrosas sin hacer mención de sus características, al presentar efectos en mal estado de acondicionamiento o embalaje, etc¹⁰.

En consecuencia, es lógico que el transportador no se vea perjudicado por una situación creada exclusivamente por su contratante, por lo que se explica su liberación.

Es muy poco lo que la doctrina habla sobre la responsabilidad del cargador, pues generalmente se refieren más a la responsabilidad del porteador, sin embargo para ampliar más el tema me referiré a las Convenciones de Bruselas, Haya Visby y Hamburgo.

Valga decir que en el Convenio de Bruselas de 1924, son muy pocos los artículos que tratan sobre la responsabilidad del cargador. Es interesante rescatar que el artículo primero de dicho convenio da una lista de definiciones, en las cuales no se menciona el concepto del cargador.

Con respecto a los artículos que hablan sobre tal responsabilidad, establece el artículo tres inciso quinto, que se considerará que el cargador ha garantizado al transportador en el momento de la carga la exactitud de las marcas, del número, de la cantidad y del peso, según él los ha facilitado, y el cargador indemnizará al transportador por todas las pérdidas, daños y gastos provenientes o resultantes de inexactitudes sobre esos puntos. El derecho del transportador a dicha indemnización no limitará en forma alguna su responsabilidad y sus compromisos en virtud del contrato de

transporte con respecto a toda persona que no sea el cargador.

Además el artículo cuatro inciso tres establece: *“El cargador no será responsable de las pérdidas o daños sufridos por el transportador o el buque y que provengan o resulten de cualquier causa en que no haya acto, culpa o negligencia del cargador, de sus agentes o empleados”*.

Por último, el mismo artículo cuarto, pero ahora el inciso sexto habla sobre la carga peligrosa, donde siempre se ha entendido que es obligación del cargador informar al transportador sobre el tipo de carga que esta introduciendo, sobre todo si es carga peligrosa, para que así el transportador tenga el cuidado debido con respecto a este tipo de mercadería. Esta carga debe estar bien señalada, con los símbolos y signos conocidos mundialmente.

Dicho artículo menciona:

“Las mercaderías de naturaleza inflamable, explosiva o peligrosa, cuyo embarque no habrían permitido el transportador, el capitán o el agente del transportador en conocimiento de su naturaleza o su carácter, podrán en cualquier momento antes de su descarga ser desembarcadas en cualquier lugar o destruidas o hechas inofensivas por el transportador sin indemnización, y el cargador de estas mercaderías será responsable de todo daño y gastos que provengan o resulten directa o indirectamente de su embarque”

Lo cual es perfectamente razonable, pensando que ese tipo de carga podría generar grandes tipos de problemas para la tripulación y la embarcación en sí.

10 GONZÁLEZ LEBRERO (Rodolfo), Op.cit. p. 222.

Por su parte la Haya Visby, indica en su artículo dos, inciso h lo siguiente:

“Ni el transportador ni el buque serán responsables en ningún caso o pérdida o daño causado a las mercaderías, o que les conciernan, si en el conocimiento el cargador ha hecho conscientemente una falsa declaración sobre su naturaleza o valor”.

Este artículo trata precisamente sobre el actuar doloso del cargador, donde éste intencionalmente emite una falsa declaración sobre la naturaleza de la mercancía. Cabe aquí entonces el concepto de dolo omisivo o reticencia.

Establece el Dr. Víctor Pérez sobre la reticencia que ésta ocurre cuando concurren factores que una de las partes conocía y la otra no, era deber de la primera comunicarlo a la otra, so pena de dolo omisivo negocial, llamado también dolo negativo, consistente en callar intencionalmente circunstancias esenciales, en un silencio desleal hacia el otro contratante. Se trata, pues, de determinar la influencia del silencio sobre la determinación de la otra parte a negociar¹¹.

Este incumplimiento de informar a la otra parte va en contra del principio de la buena fe. Nuestra jurisprudencia ha aclarado que para determinar el abuso y la ausencia de buena fe, “se deben tomar en cuenta todos los factores” o las “exigencias reales que las circunstancias del caso pueden manifestar”.

Establece nuestra jurisprudencia al respecto, *“Cuando el contrato supone una recíproca confianza entre las partes, la obligación*

*de informar con exactitud se convierte en obligación jurídica y la reticencia, es causa de nulidad del contrato”*¹²

Ahora bien, con respecto al computo de la prescripción en el tema de la reticencia, establece nuestro Código Civil en su artículo 841 del Código Civil, que la prescripción será de cuatro años, el problema es que establece que los cuatro años se contarán a partir de que se dé el hecho, cosa que resulta absurda pues puede ser que la persona víctima de la reticencia no se de cuenta de la misma inmediatamente, sino tiempo después, incluso hasta después de haber pasado estos cuatro años que establece el artículo, siendo lo más prudente y coherente que se interprete que esos cuatro años correrán a partir del momento en que la víctima se entere del engaño.

Resulta obvio, pues que en estos casos el transportador no tenga responsabilidad alguna sobre la pérdida de dichas mercancías que inclusive pueden llegar a significar un grave peligro para la aventura marítima.

Con respecto al tema de la prescripción, establece el Convenio de Bruselas en su artículo 3 inciso sexto que el derecho a solicitar indemnización en cuanto a la responsabilidad del transportador prescribirá en un año. Nada menciona en cuanto a la responsabilidad del cargador.

Ahora bien, con respecto a las Reglas de Hamburgo, el tema de la responsabilidad del cargador sí se encuentra más desarrollada que en las anteriores dos convenciones.

11 PÉREZ VARGAS (Víctor), La Prescripción de la Acción de Reticencia, o dolo omisivo, como vicio del consentimiento contractual, Antología de Derecho Privado.

12 SALA DE CASACION, N. 103 de 10 y 30 hs de 3 de diciembre de 1956, semestre II, Tomo II, p. 1988, citado por ibídem.

Ejemplo de esto es que Hamburgo en su artículo primero sí da una definición de lo que es cargador. Al respecto establece: “Por cargador se entiende toda persona que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre o por su cuenta ha celebrado un contrato de transporte marítimo de mercancías con un porteador, o toda persona que por sí o por medio de otra actúe en su nombre o por su cuenta entrega efectivamente las mercancías al porteador en relación con el contrato de transporte marítimo”.

La parte tercera de dichas reglas, la cual esta compuesta por dos artículos, refieren exclusivamente a la responsabilidad del cargador.

Tales artículos indican:

Artículo 12. Norma general

El cargador no será responsable de la pérdida sufrida por el porteador o por el porteador efectivo, ni del daño sufrido por el buque, a no ser que tal pérdida o daño hayan sido causados por culpa o negligencia del cargador, sus empleados o agentes. Los empleados o agentes del cargador tampoco serán responsables de tal pérdida o daño, a no ser que hayan sido causados por culpa o negligencia de su parte.

Este artículo es muy parecido al artículo cuarto inciso tres del Convenio de Bruselas, donde vuelve a mencionar el concepto de culpa o negligencia del cargador, extendiendo tal responsabilidad a los empleados o agentes del cargador.

Por su parte, el artículo 13 establece:

Artículo 13. Normas especiales relativas a las mercancías peligrosas

1. El cargador señalará de manera adecuada las mercancías peligrosas como tales mediante marcas o etiquetas.
2. El cargador, cuando ponga mercancías peligrosas en poder del porteador o de un porteador efectivo, según el caso, le informará del carácter peligroso de aquéllas y, a ser necesario, de las precauciones que deban adoptarse si el cargador no lo hace y el porteador o el porteador efectivo no tienen conocimiento del carácter peligroso de las mercancías por otro conducto:
 - a) El cargador será responsable respecto del porteador y de todo porteador efectivo de los perjuicios resultantes del embarque de tales mercancías; y
 - b) Las mercancías podrán en cualquier momento ser descargadas, destruidas o transformadas en inofensivas, según requieran las circunstancias, sin que haya lugar a indemnización.
3. Las disposiciones del párrafo 2 de este Reglas de Hamburgo. Artículo no podrán ser invocadas por una persona que durante el transporte se haya hecho cargo de las mercancías a sabiendas de su carácter peligroso.
4. En los casos en que las disposiciones del apartado b) del párrafo 2 de este Reglas de Hamburgo. Artículo no se apliquen o no puedan ser invocadas, las mercancías peligrosas, si llegan a constituir un peligro real para la vida humana o los bienes, podrán ser descargadas, destruidas o transformadas en inofensivas, según requieran las circunstancias, sin que haya lugar a indemnización, salvo cuando exista

la obligación de contribuir a la avería gruesa o cuando el porteador sea responsable de conformidad con lo dispuesto en el Reglas de Hamburgo. Artículo 5.

Vuelve a mencionar estas Reglas la responsabilidad que tiene el cargador en cuanto a la no declaración y debido señalamiento o marca de las mercancías peligrosas. Tiene, pues, el deber el cargador de señalar adecuadamente las mercancías peligrosas.

Ahora bien, con respecto a la prescripción de las reclamaciones o acciones, establece el artículo 19 inciso 7 que sí el porteador o el porteador efectivo no dan por escrito al cargador aviso de pérdida o daño especificando la naturaleza general de la pérdida o el daño, dentro de un plazo de noventa días consecutivos contados desde la fecha en que se produjo tal pérdida o daño o desde la fecha de entrega de las mercancías de conformidad con el párrafo dos del artículo cuatro de las Reglas de Hamburgo, si esta fecha es posterior se presumirá, salvo prueba en contrario, que el porteador o el porteador efectivo no ha sufrido pérdida o daño causados por culpa o negligencia del cargador, sus empleados o agentes.

Además establece el artículo 20 inciso primero que toda acción relativa al transporte de mercancías en virtud del presente Convenio prescribirá si no se ha incoado un procedimiento judicial o arbitral dentro de un plazo de dos años.

Sí bien es cierto las responsabilidades del cargador señaladas en estas tres convenciones no son tan amplias como las responsabilidades del transportador, no desmerecen por eso importancia, sobre todo el hecho de la carga peligrosa, que como mencione líneas arriba, puede, no sólo poner en peligro la propia carga

del cargador, sino también las otras mercancías que vayan en el buque y en sí toda la aventura marítima, poniendo en peligro inclusive hasta la vida de los tripulantes del buque.

Con respecto a Costa Rica, ninguna de estas convenciones ha sido debidamente ratificada por nuestro país, sumado esto al problema de que el Código de Comercio de 1853, el cual esta vigente en materia marítima, es realmente omiso en cuanto a una regulación adecuada de la responsabilidad de los sujetos intervinientes en los diferentes contratos de Derecho Marítimo, existiendo entonces grandes lagunas con respecto a este tema de gran trascendencia.

Sección Segunda: El Contrato de Fletamento

A- DEFINICIÓN:

Por este contrato se pone un buque a disposición de un fletador, por un tiempo, o por viajes, según las condiciones de una póliza.

Establece el artículo 677 del Código de Comercio de 1853 que en todo contrato de fletamento se hará expresa mención de lo siguiente: a) clase, nombre y porte del buque; b) Su pabellón y puerto de su matrícula; c) El nombre, apellido y domicilio del capitán; d) El nombre, apellido y domicilio del naviero, si éste fuere quien contratare el fletamento; e) El nombre, apellido y domicilio del fletador, y obrando éste por comisión, el de la persona de cuya cuenta hace el contrato; f) El puerto de carga y el de descarga; g) La cabida, número de toneladas o cantidad de peso o medida que se obliguen respectivamente a cargar y recibir; h) El flete que se haya de pagar; i) El tanto que se haya de dar al capitán por capa; j) Los

días convenidos para la carga y la descarga;
k) Las estadías y sobreestadías que pasados aquéllos habrán de contarse y lo que se haya de pagar por cada una de ellas. Y por supuesto, todo lo que las partes por mutuo acuerdo le introduzcan.

Se define diversamente según el tipo:

**Fletamento a casco desnudo
(Bareboat charter):**

Más bien arrendamiento. Es similar al fletamento por tiempo, pero la plena responsabilidad de la operación se transfiere del propietario al fletador.

Fletamento parcial:

Se limita a una sola parte de la capacidad útil de la embarcación (por ejemplo, una bodega del buque).

- Código de Comercio 1853: 677: flete por la cavidad; V. también 692, 693 y 697.

Fletamento por tiempo: (Time Charter):

En el fletamento por tiempo el dueño del buque es responsable de la operación de este. El buque debe tener la navegabilidad del caso y estar totalmente equipado a la orden del fletador.

Se ha definido como “la cesión del buque por un período determinado de tiempo que hace el propietario, mediante un precio, para su

explotación comercial por el fletador, poniéndolo a su disposición equipado y tripulado”.

Fletamento por viaje

El fletamento por viaje es el más usado; es un contrato que cubre, normalmente, el movimiento de una carga de un lugar determinado a otro, a un determinado precio por tonelada, para uno o más viajes o para viaje redondo, o sea de ida y vuelta.

El fletamento por viaje se contrata unas veces para un puerto de destino, otras para “destino alternativo”, reservándose el derecho a indicar en ruta el puerto o puertos donde a de terminar el viaje el buque; también se usa la fórmula “a tal o tales puertos para recibir órdenes”.¹³

Fletamento total

Se refiere a toda la capacidad útil del buque puesta a disposición del fletador.

Si el fletamento es por entero no es lícito al fletante recibir efectos de otros cargadores.¹⁴

B- CONSENTIMIENTO:

Es un contrato consensual.

“Aunque el contrato debe constar por escrito en un documento denominado póliza de fletamento, su perfección no la determina este documento, sino el consentimiento de las partes sobre las condiciones del contrato, declarando expresamente su voluntad de estipularlo¹⁵.” Es consensual, (no real...)

13 FARINA, Francisco, Derecho Comercial Marítimo, T. II, Bosch, Barcelona, 1955, p 11, cit. p. OSTOJA p. 93, citado por PÉREZ VARGAS (Víctor), Vocabulario de Derecho Marítimo.

14 *Ibidem*.

15 FARINA, Francisco, Derecho Comercial Marítimo, T. II, Bosch, Barcelona, 1955, p 11, cit. p. OSTOJA p. 93, citado por PÉREZ VARGAS (Víctor), Vocabulario de Derecho Marítimo.

C- ELEMENTOS DEL CONTRATO

Elementos personales.

- Fletante: Es la persona que asume la obligación de realizar el transporte, sea con un buque determinado (fletamento típico), sea con el buque que tenga por conveniente (transporte)¹⁶.
- Fletador: Fletador es la persona que contrata con el naviero (fletante) la utilización del buque para el transporte¹⁷.

Obligaciones del fletante:

- Antes de emprender el viaje, el fletante debe poner el buque a disposición del fletador cuando el contrato designa un buque determinado, o sea no puede sustituir el buque designado. El buque, por supuesto debe estar en disposiciones e navegar.
- Respetar la ruta designada en el contrato.
- Entregar las mercancías al final del viaje.

Obligaciones del fletador:

- Poner a disposición, a tiempo, del naviero las mercancías que han de ser embarcadas.
Al respecto establece el artículo 685 del Código de Comercio de 1853:
"Artículo 685.- Demora en la carga o descarga; dilación en poner la carga al costado; no recepción de la carga. Pasado el plazo para la carga o la descarga, y no habiendo cláusula expresa que fije

la indemnización de la demora, tendrá derecho el capitán a exigir las estadías y sobreestadías que hayan transcurrido sin cargar ni descargar; y cumplido que sea el término de las sobreestadías, si la dilación estuviere en no ponerle la carga al costado, podrá rescindir el fletamento, exigiendo la mitad del flete pactado; y si consistiese en no recibirle la carga, acudirá al tribunal de comercio de la plaza, y en el caso de no haberlo, al Juez ordinario para que providencie el depósito".

- Pagar el flete.

D- ELEMENTOS REALES:

- Buque: Como se estableció anteriormente el buque es el medio de transporte sobre agua en el que se da ejecución al contrato de transporte, lo mismo que al fletamento. Un buen estado de navegabilidad del buque es un supuesto para la ejecución del contrato.
- Carga o mercancía que se transporta. Son las cosas que son objeto del transporte a cambio de un flete.

E. FORMA DE CONTRATO DE FLETAMENTO

Póliza de fletamento

(Charter Party) Orígenes: Charta Partita (latín), Charte Partie (Francés): carta partida; el documento se partía en dos.

Documento donde consta un contrato de fletamento; se realiza frecuentemente en documentos impresos con cláusulas

¹⁶ GARRIGUES (Joaquín), Op.cit. p. 661.

¹⁷ Ibidem.

particulares: «Para los fletamentos normales por viaje rigen... determinadas póliza tipo, que establecen las condiciones... Se fijan en ellas -porejemplo-las cláusulas generales referentes al embarque, los gastos de embarque (que suelen ser a cargo del armador), los días de plancha y el turno conforme a los usos del puerto estipulándose además las demoras (sobrestadías), el «despatch money» o premio a la velocidad de las operaciones de cargas y descarga, el pago del flete, con el anticipo del tercio al embarque y los dos tercios a la entrega, etcétera. Estas estipulaciones de las pólizas-tipo son conocidas por los cargadores por sus denominaciones particulares y por esto con la referencia o mención del título de cada póliza sin necesidad de más trámites, se entienden aceptadas las condiciones del contrato. Estas pólizas-tipo varían según la clase de tráfico comercial.

Prueba el contrato:

Aunque la póliza es el documento fehaciente respecto a las estipulaciones convenidas, la prueba del contrato y de sus condiciones puede articularse también mediante los medios de prueba admitidos en Derecho con carácter general para las obligaciones y contratos.»¹⁸ La póliza contiene las condiciones contractuales, mientras que el conocimiento tiene otra función que viene a ser una especie de complemento de la póliza.

Requisitos de la póliza de fletamento:

- Relativos a los elementos personales: La designación del nombre, apellidos y domicilio del fletante y fletador¹⁹.
- Relativos a los elementos reales: La identificación del buque mediante su clase, nombre, porte, pabellón y puerto de matrícula. La cláusula relativa al flete es de gran importancia, pues mediante ella sabremos qué clase de fletamento será el pactado: sí por viaje, o por meses, sí total o de parte del buque, o sí se trata del transporte de una cierta cantidad de mercaderías determinadas por su peso o su medida, etc²⁰.
- Relativos a la ejecución del contrato. La designación del puerto de carga y de descarga: Cuando no se designe el primero se entenderá que es el mismo en que el contrato se celebre. En cuanto al puerto de descarga, es frecuente indicarlo también por radio, carta o telegrama durante el viaje y dentro de cierto plazo. También se suelen indicar los días convenidos para la carga y descarga, así como las estadías y sobre estadías y lo que por cada una de ellas se hubiere de pagar²¹.

Por estadía se entiende el plazo contractualmente concedido para realizar las

18 FARINA, Francisco, Derecho Comercial Marítimo, T. II, Bosch, Barcelona, 1955, p 11, cit. p. OSTOJA p. 95, citado por PÉREZ VARGAS (Víctor), Vocabulario de Derecho Marítimo.

19 GARRIGUES (Joaquín), Op.cit. p. 666.

20 Ibidem.

21 GARRIGUES (Joaquín), Op.cit. p. 669

operaciones de carga o descarga. Por sobreestadía se entiende el período de tiempo comprendido entre la terminación de la estadía y el momento de terminarse efectivamente la carga o descarga.

Con respecto a la póliza de fletamento el artículo 678 del Código de Comercio de 1853 establece lo siguiente:

“Para que los contratos de fletamento sean obligatorios en juicio, han de estar redactados por escrito en una póliza de fletamento, de que cada una de las partes contratantes debe recoger un ejemplar firmado por todas ellas”.

Conocimiento de embarque:

En el fletamento:

Documento en el que el capitán reconoce (de aquí el nombre de conocimiento) haber recibido a bordo determinadas cosas para su transporte, las cuales una vez terminado éste, promete entregar al legítimo tenedor del título²².

Documento cuya función es constituir recibo de las mercaderías y, a falta de póliza, probar el fletamento mismo, cuando el conocimiento se emite dentro de un contrato de este tipo; es al mismo tiempo título representativo de las mercaderías.

Este documento, al igual que la póliza, y a falta de esta, configura un contrato de adhesión. Normalmente el cargador acepta las condiciones preestablecidas en las fórmulas impresas.

²² Ibidem.

²³ SÁNCHEZ MORA (Randall), El Contrato de Transporte Marítimo en Contenedores, Tesis de grado para optar al Título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1987, p. 99.

²⁴ Ibidem.

F- RESPONSABILIDAD DEL FLETADOR

Con respecto a la responsabilidad del fletador, aquí es aplicable lo visto en el contrato de transporte de carga general, en cuanto a la responsabilidad del cargador en el Convenio de Bruselas, ya que este convenio es aplicable al contrato de Fletamento. Para no ser repetitiva, remito al lector a dicha sección.

Sección Tercera: El Contrato de Transporte Marítimo en Contenedores

A- DEFINICIÓN

Contrato o acuerdo en virtud del cual una persona se compromete a trasladar de un lugar a otro por vía marítima, debidamente unificadas en un contenedor, un conjunto de mercancías que le ha entregado otra persona²³.

B- PARTES

1- El Porteador o Transportista:

Es la persona física o jurídica que se compromete a la realización del transporte de las mercancías por la vía marítima²⁴

Obligaciones

- Proporcionar el contenedor: A menos que el cargador vaya a utilizar sus propios contenedores, el naviero esta en la obligación de proporcionar el

mismo. Deberá reunir las características específicas para el tipo en especial de mercadería a transportar.

- Cargar el contenedor: En aquellos casos en que la carga del contenedor es menos que carga completa (LTL: less than trailer load), normalmente el naviero es quien se encarga de realizar la carga del contenedor. En este caso el naviero será responsable por la forma en que se carga el mismo, y en cierta manera por el contenido del mismo, en la medida en que tenga directo conocimiento del contenido de los bulos o mercancías que se carguen²⁵.
- Recibir el contenedor y pagar el marchamo: Una vez cargado el contenedor, el naviero debe recibirlo y proporcionar el respectivo marchamo que cierra el contenedor, el cual es colocado por el cargador.
- Cargar el contenedor a bordo del buque: Una vez llegado el contenedor al puerto, este debe ser cargado en el buque. Tal operación se realiza a través de compañías estibadoras generalmente.
- Realizar el transporte: Transportar el contenedor desde el punto de partida hasta el punto de llegada.
- Descargar el contenedor.
- Transportar el contenedor al punto de entrega y entregar la mercadería: Esto sucede cuando el punto de entrega se encuentra tierra adentro. Si no fuera así el contenedor se entrega en el puerto.

2- Cargador

Es la persona que entrega carga a un transportador para su transporte y se obliga al pago de un flete.

Obligaciones:

- Cargar el contenedor: Normalmente, el cargador es quien debe cargar las mercancías dentro del contenedor. El cargador será responsable por aquellos daños que ocurran a las mercancías, e inclusive al contenedor mismo, provenientes de la forma en que se han cargado las mercancías. Por tal razón generalmente las compañías navieras proporcionan a los cargadores folletos instructivos en los cuales se explican las formas más seguras y eficaces de realizar la carga²⁶.
- Garantizar al naviero lo manifestado como cargado en el contenedor: O sea debe garantizarle que lo manifestado es lo efectivamente cargado.
- Notificarle al naviero las mercancías peligrosas que se carguen y marcarlas: Debe también marcar las respectivas mercaderías peligrosas, con sus leyendas y símbolos.
- Pagar el flete: Se pagará en la forma y condiciones en que se haya contratado. Esta obligación puede ser por cuenta del destinatario. De conformidad con los Incoterms la obligación de pagar el flete marítimo puede estar a cargo del vendedor o del comprador.

25 SÁNCHEZ MORA (Randall), Op.cit. p.154

26 Ibidem.

3- Consignatario

Es la persona a la cual van dirigidas las mercancías.

C- CONTRATO CONSENSUAL

Priva el acuerdo entre partes contratantes.

D- OBJETO

Transporte de una caja, flete, mercancía, cajón.

Mercancía ilícita y peligrosa

Cuando la mercancía peligrosa es permitida por el naviero, la aclaración de su contenido es de gran importancia; su texto indica las condiciones de la mercancía (embalaje y etiquetado reglamentario y descripciones exacta); se le anexan certificados de transportabilidad, de resistencia, etcétera. (Recientemente en las Naciones Unidas se publicó "Transporte de Mercancías Peligrosas").

Código de Comercio 1853: 703: el caso de las mercancías ilícitas aceptadas a sabiendas, el fletante es responsable; y si sufre daño no tiene derecho a indemnización.

R. de La Haya (1924): en el caso de las mercancías peligrosas: 4-6 destrucción, casos (consentida y no consentida)

Contenedores

El contenedor (o "container") es la forma más perfeccionada de "carga unitarizada".

El contenedor (o "container") es un elemento de transporte, que puede ser transbordado de un medio a otro; hay variedad de tipos. En la ONU en 1980 se elaboró el Convenio Sobre Transporte Multimodal de Mercancías²⁷.

Es, normalmente, una caja con piso de madera y armazón metálica que permiten cargas de unas 25 000 libras.

Tipos de Contenedores o "Containers":

Ro Ro; roll on roll of:

Este tipo de unitarización requiere buques con rampas que permitan a los vehículos entrar y salir.

Su inconveniente es la cantidad de espacio que se pierde entre las ruedas y la imposibilidad de colocar unos sobre otros.

Lo Lo; lift on lift of:

En este tipo de unitarización se emplea una caja contenedora definida por la International Standard Organization así: "de configuración rectangular, contra las inclemencias del tiempo, para estibar y transportar un número de unidades, paquetes o mercaderías a granel, que proteja su contenido de pérdida o daño, que puede utilizarse separadamente por los diferentes sistemas de transporte, pero manipulado como una unidad de carga y transportado, sin que sea manipulado nuevamente su contenido."

²⁷ Documento TD/MT/CONF/16, de 10 de Junio de 1980. Adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas para la elaboración de un Convenio sobre el Transporte de Carga Internacional el 24 de Junio de 1980.

E- FORMA

Conocimiento de embarque

Es el documento del contrato de transporte marítimo.

“El conocimiento de embarque es una creación de la costumbre mercantil, una típica institución de comercio internacional. Entró en vigencia en el siglo XVI. Un libro de derecho mercantil publicado en unos 1686 manifestaba que “conocimientos de embarque eran comúnmente tenidos en imprenta en todos los lugares y en varias lenguas.” El carácter del conocimiento de embarque como título de crédito fue reconocido por primera vez por las cortes inglesas en 1794 en el caso *Lickbarrow vs. Mason*²⁸”

El conocimiento de embarque normalmente indica: descripción del artículo, cantidad, nombre del embarcador, puerto de embarque, puerto de descarga, consignatario, nombre del buque y fecha.

Responsabilidad del Cargador

Responsabilidad por el contenido del contenedor

Al respecto establece el artículo 17 de las Reglas de Hamburgo: “El cargador garantiza al porteador la exactitud de los datos relativos a la naturaleza general de las mercancías, sus marcas, número, peso y cantidad que haya proporcionado para su inclusión en el conocimiento de embarque. El cargador indemnizará al porteador de los perjuicios resultantes de la inexactitud de esos datos.

El cargador seguirá siendo responsable aun cuando haya transferido el conocimiento de embarque. El derecho del porteador a tal indemnización no limitará en modo alguno su responsabilidad en virtud del contrato de transporte marítimo respecto de cualquier persona distinta del cargador”.

Aquí entraría pues la responsabilidad del cargador en cuanto a la declaración de la mercadería peligrosa, debe entonces marcarlas y etiquetarlas adecuadamente, sino correría con la responsabilidad.

Recordemos lo dicho por el artículo cuarto, inciso sexto del Convenio de Bruselas, que al respecto establece:

“Las mercaderías de naturaleza inflamable, explosiva o peligrosa, cuyo embarque no habrían permitido el transportador, el capitán o el agente del transportador en conocimiento de su naturaleza o su carácter, podrán en cualquier momento antes de su descarga ser desembarcadas en cualquier lugar o destruidas o hechas inofensivas por el transportador sin indemnización, y el cargador de estas mercaderías será responsable de todo daño y gastos que provengan o resulten directa o indirectamente de su embarque”.

Aquí sería también aplicable por supuesto el artículo 13 de las Reglas de Hamburgo, que se refiere a las mercaderías peligrosas, que se había mencionado en el aparte de la responsabilidad de los cargadores en el contrato de Transporte de Carga General.

En general, es importante establecer que el cargador será responsable respecto al porteador

28 MALINEX, *Lex Mercatoria en The Export Trade, the Law and Practice of International Trade*, Stevens and sons, London, 1969, p 291, cit. p. OSTOJA, p. 138

de todos los perjuicios ocasionados a éste por el transporte de las mercaderías peligrosas.

Es importante también indicar aquí que el cargador, según lo visto líneas arriba es el encargado, generalmente, de cargar el contenedor, correspondiéndole a él la responsabilidad en cuanto a la estiba de la carga. Aun así, el transportador no se le exige de responsabilidad del todo, pues éste siempre guarda el deber general de cuidado y vigilancia que se debe tener en todo contrato²⁹.

Responsabilidad por daños al Naviero

El artículo 12 de las Reglas de Hamburgo establecen en el artículo 12 que el cargador no será responsable de la pérdida sufrida por el porteador o por el porteador efectivo, ni el daño sufrido por el buque, a no ser que hayan sido causados por culpa o negligencia de él, sus empleados o agentes. Pero los empleados o agentes del cargador tampoco serán responsables de tal pérdida o daño, a no ser que hayan sido causados por culpa o negligencia de su parte.

En principio en este tipo de contratos el cargador es responsable de la estiba de sus mercaderías.

Sección cuarta: Contrato de Transporte Aéreo Internacional de Mercaderías

I- Definición

Acuerdo mediante el cual un porteador se compromete, contra el pago de un precio, a transportar, de un Estado a otro (o de un lugar a otro, pero haciendo escala en otro Estado), por vía aérea, las mercancías remitidas por un cargador y a entregarlas, en el lugar de destino, a un consignatario.

II- Partes Intervinientes en el Contrato de Transporte Aéreo.

Antes de entrar en materia, y con el fin de entender mejor el régimen de responsabilidad, es necesario primero delimitar quienes son los sujetos intervinientes en este tipo de contrato.

Porteador: El Porteador es toda persona física o jurídica que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre, celebre un contrato de transporte aéreo con un cargador. El porteador necesita contar con permisos especiales, que en Costa Rica consisten en un “Certificado Operativo”, o “Certificado de Operador Aéreo”, que otorga la Dirección Nacional de Aviación Civil, y que debe ser aprobado por el Poder Ejecutivo cuando se trate de servicios internacionales. También se le denomina transportador o transportista³⁰.

²⁹ Ver al respecto, voto número 653-F-99 de la Sala Primera de Justicia, Cooperativa Matadero Nacional de Montecillos R.L., contra Seaboard Marine Ltda.

³⁰ PÉREZ UMAÑA (Daniel), El Valor Jurídico de las Indicaciones en el Embalaje en el Transporte Aéreo Internacional de Mercancías, Tesis de Grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2004, p. 74.

Cargador: Toda persona física o jurídica que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre o por su cuenta, celebre un contrato de transporte de mercancías con un porteador. También se le llama expedidor, remitente, consignante.

Consignatario: La persona física o jurídica que de acuerdo a lo pactado en el contrato (o las indicaciones posteriores del cargador), está autorizado para recibir las mercancías en el lugar de destino. Esta persona puede coincidir con el cargador o ser un tercero interesado y es en definitiva, el acreedor de las obligaciones del transportista en la fase final de la ejecución del contrato. Aun así, no es considerado por la doctrina como parte del contrato de Transporte Aéreo.

III- Objeto

- La aeronave
- La mercancía y el equipaje.

El equipaje son las cosas personales del pasajero que se pueden llevar en el vuelo. Las mercancías y equipajes deben ser distinguidos, especialmente porque el trato económico y las tarifas aplicables son distintas y porque son diferentes las presunciones y los límites de responsabilidad entre unos y otros.

IV- Tipos de indicaciones en el Embalaje

Antes de entrar de lleno en el tema de la responsabilidad del cargador, es importante

establecer los tipos de embalaje existentes pues allí radica gran parte de la responsabilidad del cargador.

Establece el Licenciada Daniel Pérez Umaña en su tesis de grado, que el marcado o etiquetado de los embalajes para el transporte debe ser:

- **Legible:** O sea que se pueda leer y entender.
- **Duradero:** Que la legibilidad mencionada dure todo el proceso del transporte.
- **Visible:** Que sea perceptible por medio de la vista. Evidente.
- **Comunicativo:** Que se comunique a los demás, o sea que las demás personas entiendan el significado del marcado o etiquetado. Preferiblemente entonces, se utilicen marcas conocidas mundialmente.

Ahora bien, en términos generales, es posible identificar cuatro tipos diversos de indicaciones en los embalajes de transporte, a saber:

- **Las marcas de expedición:** Hacen referencia a todos los datos necesarios para la entrega del embalaje a su destinatario. No obstante, este formato no es el utilizado en el transporte aéreo, pues en éste, según los lineamientos de la IATA³¹, las marcas de expedición y las de información suelen reemplazarse o complementarse con una etiqueta de identificación de la carga, que se adjunta a cada bulto³².

31 Internacional Air Transport Association.

32 PÉREZ UMAÑA (Daniel), Op.cit, p. 156.

- **Las marcas de información:** Incluyen diversos datos adicionales que pueden ser útiles tanto para el consignatario como para los trabajadores que intervienen en el proceso de transporte. Este tipo de marcas tampoco son comunes en el transporte aéreo por las razones que se indicaron anteriormente³³.
- **Marcas de precaución:** Se colocan con el fin de prevenir al transportista y a sus empleados de determinadas características de la carga contenida dentro del embalaje. Este tipo de marca sí es utilizada dentro del transporte aéreo, en donde es posible identificar dos categorías:
 - Las marcas o etiquetas para envíos especiales, por ejemplo mercancías perecederas.
 - Las marcas o etiquetas para mercancías peligrosas.
- **Las marcas de manipulación:** las cuales son instrumentos gráficos sobre la manera de manipular las cargas que requieran de un manejo especial para que no sufran ningún daño durante el transporte. Estas marcas consisten en los símbolos gráficos reconocidos a escala mundial mediante la norma ISO 780:1999³⁴, la cual contiene disposiciones aplicables a todas las diversas modalidades de transporte.

Sí bien es cierto las anteriores marcas son las generales para todo tipo de transporte, en el transporte aéreo se presentan ciertas particularidades. En este tipo de transporte se suele utilizar una "Etiqueta de Identificación de la Carga", como se indicó líneas arriba,

cuyo formato se encuentra normalizado por la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), y que obligatoriamente debe contener la siguiente información:

- Nombre de la compañía aérea
- Número de la carta de porte aéreo
- Destino (con el código de IATA del aeropuerto)
- El número total de unidades en el envío y el número concreto del embalaje que está siendo marcado.

Es importante resaltar qué de las indicaciones anteriormente mencionadas se pueden extraer importantes obligaciones que tendría el expedidor, como consecuencia de lo expuesto líneas arriba.

Por ejemplo el expedidor tiene la obligación de marcar de manera apropiada y de forma completa y veraz la mercancía. También debe dar una información completa y veraz al transportista para que este pueda evaluar sí la carga se encuentra marcada de forma adecuada y por último debe cumplir con las rectificaciones que éste le sugiera de manera fundamentada, y pagar, de ser necesario y procedente, un costo adicional por los cuidados extraordinarios que deban tenerse³⁵.

V - Las indicaciones para Mercancías Peligrosas

Por ser de extrema importancia, desarrollaré aún más el tema de las mercancías peligrosas y su respectivo embalaje.

33 Ibidem.

34 Ibidem.

35 PÉREZ UMAÑA (Daniel), Op.cit, p. 196.

Establece el licenciado Pérez Umaña, es su tesis de grado que las mercancías peligrosas son artículos o sustancias que, por sus características intrínsecas, son capaces de producir daños a diversos intereses jurídicamente relevantes³⁶.

Es por esta razón que se ha creado toda una regulación internacional que limita (según su nivel de riesgo) la posibilidad de transportar por vía aérea dicha clase de mercancías, de la siguiente forma:

- Prohibiendo su transporte: Algunas mercancías son demasiado peligrosas, y por ello se prohíbe del todo su transporte por vía aérea.
- Limitando su transporte a aviones cargueros y al cumplimiento de una serie de requerimientos especiales de seguridad, por ejemplo, tipos especiales de embalaje.
- Aceptando que puedan ser transportadas en aviones mixtos (carga/pasajeros) respetando, naturalmente, diversos requerimientos especiales de seguridad.

La determinación de cuáles mercancías son peligrosas se hace siguiendo los criterios de las nueve Clases de Riesgo de las Naciones Unidas y sus correspondientes subdivisiones en divisiones de riesgo.

Las marcas o etiquetas deben cumplir con los colores indicados, tener unas dimensiones mínimas de 100 x100 mm y deben ser colocadas junto a la dirección del expedidor

o del destinatario en cada paquete que contenga mercancías peligrosas. El expedidor está obligado a incluir la marca o etiqueta que indica cuál es la parte superior del bulto y tiene la obligación de llenar una declaración formal de mercancías peligrosas. Se debe indicar que excepto en el caso de las etiquetas correspondientes a materiales radioactivos, el texto que indica la naturaleza del riesgo en la etiqueta es facultativo³⁷.

El cargador también podría incurrir en otro tipo de responsabilidades, pero desde el punto de vista extracontractual, por ejemplo cuando le cause daños a otros cargadores del mismo transportista por inadecuado etiquetaje de la carga, o también los daños causados a otros terceros no vinculados contractualmente con el transportista.

VI- La responsabilidad del Cargador por Indicaciones Insuficientes o Equívocas en el Embalaje

Daños causados al transportista por información insuficiente, equivocada o falsa acerca de la naturaleza, las características o los requerimientos de manipulación de la carga.

El cargador tiene la obligación de suministrar al transportista la información adecuada para que éste pueda cumplir apropiadamente y sin inconvenientes sus obligaciones contractuales.

Es por ello que al incumplir el cargador dicha obligación, éste deberá responder por todos los daños que haya causado al transportista con su conducta³⁸.

36 Ibidem.

37 PÉREZ UMAÑA (Daniel), Op.cit, p. 160.

38 Ibidem.

Ahora bien, sí la información suministrada por el cargador es insuficiente o errónea, pero ésta fuere fácilmente subsanable por el transportista (deber genérico de cuidado) y este aun así no lo subsanare, abría entonces una culpa concurrente de ambos, atenuándose así la culpa del cargador.

Daños causados al transportista por causa de un etiquetaje inadecuado de la carga

Aquí el cargador tiene la obligación concreta de embalar adecuadamente la mercancía (debe demarcarla adecuadamente).

Ahora bien, sí bien es cierto el cargador es el obligado principal en este punto específico, el transportista también podría acarrear con algún tipo de culpa (atenuando entonces la del cargador) sí se demuestra por ejemplo, que no actuó con la diligencia normal para determinar la presencia de una insuficiencia o inexactitud en el embalaje, ya que ello deriva de su deber genérico de cuidado. Pero sí la insuficiencia o inexactitud de dichas indicaciones son insubsanables por el transportista, él no incurriría en culpa alguna, debiendo entonces el cargador responder por todos los daños causados

Daños causados al transportista por manipulación indebida de una carga adecuadamente etiquetada.

No hay responsabilidad del cargador en aquellos casos en los cuales la información indicada en las etiquetas se encontrara contenida también en los documentos de transporte³⁹.

Esto es así pues el cargador habría cumplido cabalmente con sus deberes de información y consecuentemente, los daños causados al transportista por la indebida manipulación de las mercancías serían atribuibles solamente a la conducta del transportista mismo.

Qué ocurre cuando, por culpa concurrente, se han ocasionado daños recíprocos?

La doctrina y la legislación no se han referido en lo absoluto a este tema. Sin embargo, establece el Licenciado Daniel Pérez Umaña, que con base a un criterio de equidad, pareciera que dicho caso debería ser resultado recurriendo al principio general imperante en materia de concurrencia de culpas, donde cada uno responde dentro de los límites de las consecuencias que pueden ser imputadas a su propia conducta antijurídica⁴⁰.

Habría entonces que determinar de acuerdo a cada caso concreto, cual fue la participación de cada una de las partes en el hecho culposo y sus consecuentes daños, para así determinar el monto de reparación.

CONCLUSIÓN

Después de haber concluido la presente investigación, se ha tenido una visión más amplia, no sólo de las responsabilidades del cargador en los diferentes tipos de contratos analizados, sino también los diferentes tipos de contratos en sí, sus conceptos, características, sujetos, etc.

Como expuse en la introducción, es muy poco lo que se puede encontrar en doctrina, a nivel

39 PÉREZ UMAÑA (Daniel), Op.cit, p. 240

40 PÉREZ UMAÑA (Daniel), Op.cit, p. 240.

jurisprudencial, legislación e inclusive los diferentes convenios que rigen la materia, sobre la responsabilidad del cargador, pues siempre se le da más énfasis a la responsabilidad del transportador, la cual por supuesto tiene una gran importancia, pero considero importante que sobre todo a nivel doctrinal, se le debería poner más atención a la responsabilidad del cargador, pues él también es parte importante del contrato de transporte marítimo, y es necesario su estudio y análisis.

Valga decir que sería bueno que a nivel nacional se le de más importancia al tema, pero no solo al tema de la responsabilidad del cargador, sino al tema global del transporte marítimo, ya que ha sido muy abandonado por

los legisladores de nuestro país y en general va de la mano con el desarrollo nacional, con el crecimiento de nuestro país, por que la exportación nos permite crecer.

Por medio de los diferentes tipos de contratos vistos aquí es que se exporta e importa en Costa Rica. Es un asunto de mucha actualidad, y de gran importancia, donde nuestro país no debería quedarse atrás, sobre todo con los tantos tratados internacionales que se han aprobado en Costa Rica en los últimos años. Sería absurdo hacerle frente a estos intercambios comerciales con el Código de Comercio de 1853. Es urgente una reforma inmediata.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BECERRA TORO, Teoría General de los Títulos Valores, citado por PÉREZ VARGAS (Víctor), Vocabulario de Derecho Marítimo.

BELTRAN MONTIEL (Luis), Curso de Derecho de la Navegación, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1994, séptima edición.

FARINA, Francisco, Derecho Comercial Marítimo, T. II, Bosch, Barcelona, 1955, cit. p. OSTOJA, citado por PÉREZ VARGAS (Víctor), Vocabulario de Derecho Marítimo.

GARRIGUES (Joaquín), Curso de Derecho Mercantil, tomo II, sexta edición, Editorial Porrúa, 1984, México.

GONZÁLEZ LEBRERO (Rodolfo), Manual de Derecho de la Navegación, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, primera edición.

RIVAROLA, Mario, Tratado de Derecho Comercial Argentino, T. III, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939. OSTOJA, citado por PÉREZ VARGAS (Víctor), Vocabulario de Derecho Marítimo.

VALENTIN BUDIC, citado por PÉREZ VARGAS (Víctor), Vocabulario de Derecho Marítimo.

TESIS

PÉREZ UMAÑA (Daniel), El Valor Jurídico de las Indicaciones en el Embalaje en el Transporte Aéreo Internacional de Mercancías, Tesis de Grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2004.

SÁNCHEZ MORA (Randall), El Contrato de Transporte Marítimo en Contenedores, Tesis de grado para optar al Título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1987.

REVISTAS

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ (Óscar), Revista del Registro Público de la Propiedad Mueble: El Registro de Buques.

ANTOLOGÍAS

Antología de Contratación Comercial

Antología de Derecho Privado

CÓDIGOS

Código de Comercio, Ley número 104 del 06 de junio de 1853.

CONVENCIONES

Convención Internacional para la Unificación de ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de 1924.

Protocolo de Bruselas, de 23 de febrero de 1968 (Reglas de la Haya Visby). Protocolo por el que se modifica la Convención Internacional para la Unificación de ciertas Reglas en Materia de Conocimiento, firmado en Bruselas el 25 de Agosto de 1924.

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978, Reglas de Hamburgo.

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

María del Rocío Madrigal Salazar

SUMARIO

Introducción sobre contrato de franquicia

1- Comentarios Preliminares

2- Antecedentes

3- Definición

4- Naturaleza Jurídica

5- Elementos Diferenciadores

6- Derechos y Obligaciones (Franquiciado/Franquiciante)

7- Cláusulas importantes

Límites al Control del Franquiciado

Inversión

Exclusividad

Fechas de implementación

Causales de resolución

Licencia

Cesión de la Franquicia

8- Principales modalidades

Distribución

Producción

Servicio

Corner

9- Ventajas y Desventajas del Contrato de Franquicia

10- Tratamiento Tributario

11- Jurisprudencia UNIDROIT

12- Extensión de la Responsabilidad al Franquiciante

13- La Terminación del Contrato

Reflexiones Finales

Bibliografía

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

María del Rocío Madrigal Salazar

INTRODUCCIÓN

En el trabajo que a continuación realizaré, hablaré sobre el contrato de franquicia y también conocido doctrinal y jurisprudencialmente como contrato de concesión mercantil, aspectos generales, elementos diferenciadores con el contrato de distribución y su tratamiento desde la perspectiva tributaria costarricense.

Este trabajo de investigación está estructurado en secciones, cada una abarcando un tema diferente. Para realizar dicho trabajo, he recurrido a autores como los Licenciados Juan M. Farina; Jaime Alberto Arrubla Paucar, Jorge Mosset Iturraspe, Osvaldo J. Marzorati y la jurisprudencia nacional.

De vital importancia para esta estudiante resulta conocer el tratamiento nacional a esta figura con la finalidad de poder contribuir al uso práctico y correcto de dicho instrumento.

Desde su inicio, la cuestión no viene a ser un tema de fácil estudio y por lo tanto, atenta a tales limitaciones, este trabajo de investigación se ha realizado con un enfoque general tratando de abarcar cada tema individualmente en forma sencilla pero clara.

1- COMENTARIOS PRELIMINARES

Este contrato es conocido internacionalmente con el término de franquicia tomado de la palabra "Franchising" del Idioma Inglés, o también conocido como contrato de concesión mercantil que para muchos se originó en los Estados Unidos. Jaime Alberto Arrubla Paucar en su obra Contratos Mercantiles- Contratos Atípicos dice que se les muestra como "creaciones contemporáneas del mundo de los negocios y de la economía."¹

Lo anterior por cuanto son relativamente recientes comparados con otras formas contractuales. Su aparición se le atribuye a los cambios económicos que obligan a intensificar los esfuerzos por expandir productos y servicios a más usuarios y consumidores, conquistando nuevos y mayores clientes, unificando sistemas de ventas, reduciendo costos y mejorando la rentabilidad del producto o servicio.

Otros autores señalan que la palabra "franquicia" es de origen francés, cuyo significado es libertad o derecho concedido. También señalan que originalmente, la palabra se utilizó en las épocas medievales y el derecho tenía que ver con la explotación de las tierras ríos, bosques o algún otro dominio del rey.

1 ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles- Tomo II-Contratos Atípicos. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín 2002, p.283.

Sostiene Marzorati al respecto lo siguiente "En los últimos años se ha desarrollado en el derecho de los negocios una figura vinculada a una moderna forma de distribución comercial. Se trata del franchising, que si bien conoce antecedentes en los Estados Unidos a principios de siglo, recién toma auge en el contexto muy diferente en la década de 1950."²

El abandono de la concepción romana del *numerus clausus*, fue sustituida por la concepción del esquema de los contratos atípicos proveniente del Código Civil Italiano que Jorge Mosset Iturraspe cita de la siguiente forma: "Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses mercedores de tutela según el ordenamiento jurídico."³

Justamente, como veremos, el contrato de franchising pertenece a los contratos atípicos que aunque la mayor parte de los doctrinarios le atribuyen sus orígenes en Estados Unidos de América, otros autores sostienen que no es un fenómeno exclusivamente norteamericano porque su desarrollo logró atravesar fronteras, tanto así, que es de uso muy común y frecuente en Europa e inclusive en América Latina.

2- ANTECEDENTES

Como ya se dijo, para algunos autores, este tipo de contratos tiene sus orígenes en los Estados Unidos a finales del siglo pasado, primordialmente en la industria automovilística, comidas rápidas y de las

bebidas gaseosas. Algunos autores afirman que el primer fabricante de automóviles en utilizar este sistema fue la General Motors en 1898. La doctrina también señala que el modelo de la franquicia comercial fue utilizado por las grandes marcas de combustibles y cadenas hoteleras.

En términos generales, el mecanismo de franquicia consistía en otorgar una licencia a los distribuidores y embotelladoras locales con la finalidad de establecer redes de distribución que a la vez lograran introducir los productos en nuevos mercados.

Por otro lado, Marzorati sostiene que la franquicia tiene un antecedente muy próximo en Europa en donde la Iglesia Católica concedía a ciertas personas autorizaciones para que representaran a la Iglesia con la finalidad de recolectar los tributos que les correspondían. Los recolectores obtenían el derecho a ser remunerados mediante la modalidad de retención de un monto de lo recolectado, teniendo obligación de entregar a la iglesia lo restante.

Para otros autores, la franquicia nació en 1850 cuando la empresa estadounidense Singer Sewing Machine Company otorgó una serie de franquicias a comerciantes independientes, quienes habían manifestado su interés en comercializar esos productos. Los comerciantes fueron autorizados a comercializar los productos de la empresa, pero no solo eso, sino que se les otorgó autorización para el uso de la marca en conexión con la actividad de comercialización de los productos de la Singer.

2 MARZORATI, Osvaldo. *Sistemas de Distribución Comercial*. Editorial Astrea, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1990.

3 MOSSET, Iturraspe, Jorge. *Contratos*. EDIAR. Buenos Aires 1988. p 58.

Este modelo permitía a las empresas ahorros importantísimos ya que evitaban realizar inversiones de capital en virtud de que éstas debían ser efectuadas por los concesionarios. Es por esto que la doctrina afirma que desde el punto de vista económico, la franquicia es un método vinculado a la comercialización de productos o servicios.

Dice Marzorati al respecto que el franquiciante tiene un producto o servicio que sabe que llena una necesidad en el mercado y su primordial interés es definir un sistema de mejor distribución de ese producto o servicio de la manera mas eficiente y efectiva que le permita penetrar con mayor rapidez la mayor extensión de posible de un segmento determinado del mercado, “para acceder lo mas rápidamente posible a nuevos territorios, cruzar límites estatales o políticos y aun fronteras nacionales.”

Cabe señalar que en sus orígenes, este modelo poco a poco se fue extendiendo, y para los años treinta, las grandes empresas petroleras incursionaron en esta figura, para luego ser utilizado por otras empresas de productos alimenticios.

Algunas de las empresas que han acogido enormemente esta figura son Kentucky Fried Chicken, Pizza Hut y McDonald’s. Este sistema ha resultado tan exitoso que hoy en día se aplica en casi todos los ámbitos de la industria y el comercio.

Como resultado de este modelo se dice que los sistemas tradicionales de distribución han evolucionado de un sistema de completo control a uno de descentralización en donde los dueños de una empresa depositan en terceras personas la fabricación, distribución, venta y comercialización de sus productos y servicios.

Este sistema es el que ha permitido desarrollar ampliamente redes de comercialización utilizando a los minoristas independientes como medio para llegar al consumidor.

Es importante señalar que con el tiempo, las empresas fabricantes también optaron por utilizar mecanismos de distribución exclusivos. Esto se debió a la sencilla razón de que ciertos modelos de distribución y comercialización incluidos el de franquicia comercial, crean un alto nivel de dependencia en el distribuidor. Por el contrario, existen otros sistemas que le permiten al distribuidor comercializar productos de otros fabricantes, inclusive algunos que podrían considerarse competidores entre si. En ese tipo de contratos se perciben niveles de dependencia muy bajos y el lazo entre el fabricante y el distribuidor, por lo general no son tan estrechos.

Por otro lado, cabe señalar que la calidad de los productos o su contenido tecnológico ha obligado al uso de distribuidores exclusivos porque esta estrategia permite al fabricante mantener un mayor control y protección sobre el prestigio de la marca cuyo aspecto resulta de vital importancia para competir en un mercado cada día mas competitivo.

3- DEFINICIÓN

A nivel doctrinario, no existe un consenso sobre su definición, siendo en aproximación un contrato por el cual, un comerciante denominado franquiciante, otorga a otro- denominado franquiciado-, una licencia, para que venda sus productos o servicios. Por lo general, el franquiciado paga un canon por este privilegio, mas una regalía (royalty) que es un monto calculado sobre el monto de las ventas que concrete el franquiciado en un periodo determinado.

Para otros autores, es un sistema de distribución comercial utilizado por empresas independientes y con una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba, la transmisión de un know how, la licencia y posibilidad de utilizar sus marcas, asistencia técnica y contable bajo control de otorgante y sujeto estrictamente a un método preestablecido por él, en contraprestación de lo cual se paga un canon y otras prestaciones adicionales.

La doctrina también sostiene que al hablar de franquicia se habla de prestigio. Se hace también referencia a lo que se denominó en la Edad Media como Cartas Blancas que fueron ciudades que contaban con ciertos privilegios atinentes al pago de impuestos y el derecho de circulación con el que contaban los ciudadanos.

Dice Farina que “Básicamente el franchising es una suerte de simbiosis: una parte, que es conocida como franchisor (franquiciante), le otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franchisee (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad. El franchisee generalmente paga un canon por este privilegio, más una regalía (royalty) sobre grandes ventas.”⁴

En lo medular, la franquicia permite la distribución continua y permanente del producto y servicio de un fabricante. En la franquicia se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, que generalmente está limitado a un ámbito territorial de distribución del producto o servicio que se le identifica con una marca comercial propiedad del fabricante a cuyo estricto control y asistencia técnica se obliga el franquiciado y se obliga el franquiciante.

Por lo general los empresarios que obtienen una franquicia lo hacen en virtud de la imagen con la que cuenta el producto o servicio, situación que de alguna forma les asegura un buen posicionamiento en el mercado y el éxito del negocio. Justamente, este éxito radica primordialmente en que el franquiciante enseña al franquiciado las técnicas o métodos que desenvuelve para comercializar sus productos y/o prestar los servicios y según los cuales el franquiciado deberá desempeñar sus actividades siempre sujeto a las normas e instrucciones y sujeto a un nivel muy estricto de supervisión continua del franquiciante.

Por este motivo, el sistema puede resultar sumamente ventajoso para ambas partes del contrato porque en la medida en que mejor posicionado esté el producto o servicio, el franquiciado o concesionario podrá aumentar las ventas y el franquiciante, podrá obtener mayores sumas por concepto de regalías, puesto que éstas se calculan en consideración al monto de las ventas brutas que realiza el franquiciado.

Desde la perspectiva del franquiciante, este modelo tiene muchas ventajas ya que le permite apartarse de los riesgos propios con conlleva la iniciación de una actividad comercial autónoma tales como conocimientos técnicos, desarrollo de productos, promoción y estructuración de ventas, publicidad, y mercadeo.

También es común que el franquiciante preste capacitación continua a los empleados del franquiciado con la finalidad de que el servicio y producto sea el mismo sin importar el lugar o el tiempo en que presta o vende el mismo, agencias para selección de personal, asesoramiento a cargo de expertos en tasas

4 FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Astrea, Argentina, 2005 p.555.

de impuestos y otros servicios. Lo anterior es lo que ha venido llamando la doctrina como las ventajas indirectas del contrato de franquicia.

Se advierte que no existe un concepto análogo de contrato de franquicia en los textos consultados. No obstante, es importante indicar textualmente el concepto dado por Arrubla puesto que nos parece bastante completo: "Cabe conceptualizar, en general, el contrato de concesión comercial, como aquella convención por la cual el fabricante o importador (el concedente) de cierto tipo de productos, de características especiales (llamados de alta tecnificación), regula detalladamente las condiciones de la venta permanente de los mismos a los consumidores y el posterior servicio de mantenimiento o reparación, por intermedio de la actividad de su contratante (el concesionario), quien actúa en nombre propio, con autonomía patrimonial y jurídica, corriendo con los costos de su explotación, pero, en cuanto a la venta, de los productos, por cuenta del primero, a quien está económicamente integrado en forma vertical, a través de un haz de variadas obligaciones, que tienden a estimular, dirigir y controlar su acción, desarrollada en un régimen de exclusividad, que le impide trabajar con productos concurrentes fabricados por la competencia; todo a cambio de una comisión por unidad de producto vendida y el suministro normalmente en condiciones redituables, de los accesorios y repuestos necesarios para el servicio de postventa de los productos."⁵

De la anterior definición es importante extraer varios componentes claves que se detallan a continuación:

- 1- Concesión de cierto tipo de productos
- 2- Características especiales
- 3- Regula detalladamente condiciones de venta y servicio
- 4- Actuación en nombre propio del franquiciado o concesionario
- 5- Autonomía patrimonial y jurídica del franquiciado o concesionario
- 6- Modelo o métodos de negocio mediante los cuales controla y dirige la acción del franquiciado
- 7- Derecho de carácter exclusivo
- 8- Pago de una comisión

4- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En este tipo de contrato, se produce una correlación de intereses entre los contratantes que los hace dependientes uno del otro. En virtud de estos intereses mutuos, es muy común que en el contrato de franquicia converjan varios tipos de contratos que comúnmente podemos ver también en forma separada, como lo son el de licencia de marcas y know how, este último conocido como la actividad de explotación de fórmulas, prestigio e ideas desarrolladas por el franquiciante a lo largo de muchos años.

La doctrina más autorizada califica este tipo de contrato como uno de colaboración empresarial, que implica básicamente, un modelo de cooperación recíproca entre distintas empresas independientes, a los fines de que por medio de la acción común de las mismas, se logre, el desarrollo de los negocios en forma más efectiva y segura.

5 ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. Ob. Cit. p. 289.

Pero si bien debería existir un equilibrio de poder. en realidad la franquicia crea una situación de sometimiento al franquiciado y a cambio pone a su alcance una técnica empresarial para asegurar el éxito de la franquicia. Por otro lado también le ofrece al franquiciado un producto y marca que gozan de una fama y buen nombre. Estos elementos claves resultan de carácter uniforme para todos los franquiciados que integran la red del franquiciante, creando así una imagen de distribución.

Al respecto opina Farina “El franchising implica, básicamente, un método de colaboración entre empresas distintas e independientes, pues se requiere la acción común de las partes para lograr eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en sus respectivas empresas. La condición ideal para ello está en la colaboración sobre la base de un equilibrio de poderes y de ganancias entre las partes, pero en realidad de los hechos, es el franchisor quien impone las condiciones y el franchisee se somete.”⁶

Como ya se dijo anteriormente, para otros autores, el franchising contiene todas las características del contrato de concesión manifestando que son de aplicación las normas reguladoras de la misma y agregando las normas relativas a la transferencia de marcas, designaciones comerciales y tecnología.

Como se dijo líneas atrás, el contrato de franquicia corresponde a la categoría de contratos atípicos modernos, no regulados expresamente en el ordenamiento jurídico costarricense.

Su regulación la encontramos vía jurisprudencia nacional de conformidad con el precepto consagrado en el Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cual establece que: “(...) Los principios generales del derecho y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.”⁷

Sobre la naturaleza del contrato de franquicia la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario interpuesto por Femada Sociedad Anónima contra Derivados de Maíz Alimenticio, S.A., sostuvo lo siguiente “La contratación verificada entre las partes constituye un contrato mercantil moderno. Es el de franquicia. Ese tipo de convenio no está regulado por nuestro ordenamiento. Siguiendo la doctrina y los principios generales del Derecho mercantil puede ser identificado jurisprudencialmente (Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es un contrato de concesión mercantil. En él un empresario concedente, llamado franquiciante, se obliga a otorgar a un empresario concesionario, denominado también como franquiciado, la distribución de sus productos o servicios, o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos exclusivos. En contrapartida recibe una retribución, denominada en el common law como royalty. Esta puede consistir en un precio o porcentaje fijo o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus

6 FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. ASTREA. Buenos Aires, Argentina, 2005.

7 Ley Organica del Poder Judicial. Artículo 5.

rendimientos y su posición en el mercado. Es diferente del contrato de distribución. Pese a ser ambos mercantiles. Este último otorga al empresario distribuidor el derecho de vender en un sector determinado los artículos producidos por el empresario concedente. Ellos mantienen un mismo precio en el mercado. Lo fija el productor y lo respeta el distribuidor. A falta de pago del cliente el distribuidor paga porque él asume todos los riesgos una vez recibida la mercadería. Generalmente el distribuidor es un mayorista cuyos clientes son comerciantes detallistas quienes revenden en forma directa al público. El empresario concedente amplía sus negocios mediante empresas independientes. Con esto evita costosas estructuras administrativas y elude responsabilidades de diverso orden. En ambos las partes fijan un plazo, y a falta de éste se entiende indefinido. Por principio general, en ambos casos, quien incumple debe indemnizar. La diferencia principal entre ambos, señalada en el sistema del common law está en el know how o saber como en español. El franquiciante da toda la asistencia necesaria al franquiciado para la constitución de la empresa entregando los manuales operativos y de funcionamiento necesarios. Transmite todo el conocimiento indispensable para la explotación comercial.⁸

El contrato de franquicia se trata de un contrato atípico, innominado, conmutativo, no formal, bilateral, oneroso de ejecución continuada, siéndole de aplicación, los principios generales de los contratos. la autonomía de la voluntad y los principios de orden público y buena fe en su celebración y ejecución.

5- ALGUNOS ELEMENTOS DIFERENCIADORES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicia impone al franquiciado la aplicación de métodos muy específicos y rígidos de mercadotecnia, iguales a los utilizados por el franquiciante. El contrato también incluye cláusulas contractuales muy detalladas tendientes a permitir el control del franquiciante en cuanto al estricto cumplimiento por parte del franquiciado relativos a la ejecución de los métodos de mercadeo.

Se dice que este es justamente uno de los elementos diferenciadores del contrato de distribución, ya que en éste, el distribuidor no necesariamente está obligado a seguir un método determinado de mercadotecnia, como si lo estaría en la modalidad de franchising.

Otro de los elementos diferenciadores de este contrato con el de distribución, consiste en que en el de distribución, la fabricación o preparación del producto la realiza exclusivamente el productor sin que la otra parte intervenga en el proceso de fabricación. En el contrato de franquicia, lo normal es que el franquiciado no solo fabrique el producto que vende, sino que con ello adquiere el know-how que le transmite el franquiciante precisamente con esa finalidad.

No obstante las distinciones que se hicieron en los párrafos anteriores, algunos autores insisten en que la franquicia es un sistema de distribución utilizado por empresas

8 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 73 de las 15:40 del 17 de julio de 1996.

independientes y que se basa en una relación contractual permanente en donde el otorgante de la franquicia esta obligado en proveer, organizar, otorgar derechos de propiedad industrial y entrenar al franquiciado.

El contrato de franquicia entonces tiene una serie de diferenciaciones o rasgos dentro de los cuales, los mas importantes son los siguientes: a) independencia entre las partes, ya que son jurídica y financieramente autónomos e independientes; 2) existe un factor de cooperación ya que ésta se manifiesta en su mayor expresión porque de ello depende el éxito del negocio para el franquiciante; 3) permanencia de la relación porque ella es continua lo que a su vez crea un relación de dependencia entre franquiciado y franquiciante; 4) uso de formato uniforme que implica fundamentalmente que el contrato de franquicia por lo general es un contrato que contiene cláusulas tipo que una de las partes presenta a la otra y que rara vez son modificadas.

6- DERECHOS Y OBLIGACIONES GENERALES DE LAS PARTES

Las partes intervinientes en el contrato de franquicia son el franquiciante, también denominado el concedente por los autores y la jurisprudencia que se refieren a él como un contrato de concesión mercantil, y el franquiciado o concesionario.

Como se ha venido desarrollando en este trabajo, se debe entender por contrato el acuerdo mediante el cual nacen obligaciones para una parte. En el caso específico que nos ocupa, el contrato de franquicia, estamos en presencia de un contrato bilateral, es decir, que hay un acuerdo de voluntades del cual nacen obligaciones y derechos para cada una de las

partes involucradas. En tal sentido, el contrato genera derechos y obligaciones reciprocas algunas de las mas importantes son las que se resumen a continuación:

Para el Franquiciante:

i) Adjudicar el derecho de explotar una unidad comercial u operativa en franquicia; ii) suministrarle al franquiciado el Know-how, las técnicas e instrucciones y el sistema para operar; iii) otorgarle al franquiciado exclusividad territorial cuando así lo han acordado; iv) otorgarle al franquiciado licencia para la utilización de nombres, marcas, emblemas (entre otros); v) proporcionar los manuales que contengan un detalle de los sistemas y procedimientos de operaciones de la franquicia de que se trate; vi) proporcionarle especificaciones de relaciones con terceros, clientes, publicidad, promoción, diseño y equipamiento del local o locales, métodos contables, la capacitación del personal; vii) suministrarle productos y servicios; implementar medidas de control y fiscalización para asegurar el cumplimiento de las condiciones acordadas en el contrato; viii) fijar las causales en lo relativo a las condiciones y plazos para que opere la renovación o la extinción del contrato.

Para el Franquiciado:

i) Pagar al franquiciante una tasa inicial por tener el derecho de formar parte de la cadena, que le permite hacer uso de la franquicia; ii) pagar al franquiciante una regalía periódica, comúnmente calculada en función de la venta bruta obtenida en un periodo determinado; iii) ajustarse a todas las instrucciones de comercialización y técnicas del franquiciante; iv) adquirir la licencia de utilización de nombre, marca; v) cumplir con el programa de

capacitación establecido por el franquiciante; vi) guardar la debida reserva, secreto, de toda la información suministrada por el franquiciante; vii) contar con un sistema informático y contable acorde con los requerimientos del franquiciante que le permitirán ejercer un control y supervisión sobre la operación; viii) desempeñar la actividad cumpliendo con la normativa vigente que regule los distintos aspectos que hacen a la operatividad de la franquicia; ix) no ceder ni subfranquiciar, claro está, a menos que el contrato disponga lo contrario; x) abstenerse de seguir utilizando el nombre y /o la marca una vez concluida la relación contractual.

7- ALGUNAS CLÁUSULAS IMPORTANTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Límites al control sobre el Franquiciado

En este punto es importante resaltar que la Franquicia se basa en un concepto de uniformidad de imagen, que crea para el cliente final la sensación de que cualquiera de los puntos de venta que forman parte de la cadena le ofrecerá la misma calidad, precio y servicio, por lo que satisfecho con uno de los puntos, no tendrá problemas en acudir a otro punto que forme parte de esa cadena.

Para lograr esta uniformidad, el Franquiciante se reserva el derecho de fijar los lineamientos del sistema, así como mantener un control sobre la operación misma. La doctrina consigna que este control no implica necesariamente tener que llegar a extremos tales que se interfiera con las actividades diarias del Franquiciado.

Se debe recordar que cada franquicia es un ente independiente, con personalidad jurídica

propia, por ello debe lograrse un equilibrio, para permitir que la uniformidad del sistema no se vea afectada, así como que el control que el Franquiciante realiza no interfiera con las actividades del Franquiciado. En términos generales, podemos decir que el Franquiciante debe limitarse a asesorar, capacitar y fijar los lineamientos del sistema estableciendo métodos de control y supervisión bajo parámetros razonables que todo caso, por lo general están contenidos en los manuales respectivos y que son de aplicación general.

Inversión

Por tratarse de un contrato de colaboración empresarial, el franquiciado deberá hacer inversiones precisas para la apertura y puesta en marcha del establecimiento, así como todas aquéllas que en el curso de su explotación pudieran requerirse para el normal ejercicio del negocio. Generalmente, en el contrato de franquicia se establece el monto de la inversión inicial tanto como cualquier otra que deba realizarse en un plazo determinado a la que frecuentemente estará sujeto el franquiciado como condición para renovar el contrato una vez vencido el plazo.

Exclusividad

Las franquicias por lo general establecen un marco de exclusividad de funcionamiento de carácter territorial, ya que se concede para su explotación en exclusiva en una demarcación geográfica concreta de la cual no puede extenderse el franquiciado. Esto por cuanto es posible que el franquiciante otorgue nuevas franquicias bajo el mismo concepto de exclusividad territorial a otro franquiciado y por lo tanto existe la obligación de respetar el derecho de explotar la franquicia dentro de los límites territoriales establecidos contractualmente.

Lo más recomendable es que la exclusividad quede pactada en el contrato mismo en virtud de que pueden suscitarse situaciones contradictorias que generalmente salen a flote cuando se presentan conflictos entre las partes. Nuestra Sala de Casación ha resuelto sobre el tema, que cuando la exclusividad no ha quedado pactada en el contrato, ésta se puede demostrar con otros documentos. Al respecto resolvió la Sala lo siguiente. “Contrario a lo que afirman, tal ligamen y su carácter exclusivo sí se derivan de las probanzas que obran en este litigio. Debe tomarse en cuenta que dentro de los medios probatorios que mencionan en sus alegatos, y que son analizados por el Tribunal, están, entre otros, una serie de facturas de Pharmacia por diversos rubros, en las que figura como deudora Trisan. En las que corren a folio 10 y 19 se detallan, junto con otros productos y servicios, una determinada cantidad de “Excenel”. En el folio 21 se observa una nota girada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería en la que informa a Trisan que debe retirar los certificados de registro de un producto, que describe como “Excenel”. A folio 23 se adjunta un oficio de Trisan a Pharmacia en el que solicita literatura del producto “Excenel” al mostrar acogida el medicamento entre veterinarios que desean conocer más de él. En el folio 25 consta un correo de un funcionario de Pharmacia quien comunica a personeros de Trisan que el precio del “Ovalyse” debe incrementarse por la baja rentabilidad. En otra nota que corre a folio 26 les pide datos sobre la presencia en el mercado de un producto competidor de origen chino. A folio 29 se relata la necesidad de otorgarle un poder a Trisan para que registre, distribuya, importe y exporte los productos de Pharmacia. También se adjuntaron notas

de débito y correos que detallan diversos tipos de asuntos de naturaleza comercial entre los litigantes. Estos medios probatorios que se aportaron con la demanda, contrario a lo que afirman, no fueron controvertidos, ni negada su veracidad. Si bien se trata –en su mayoría- de documentos privados que no se reconocieron a nivel judicial, eso no les resta eficacia probatoria per se, pues aunque no tienen igual jerarquía que los reconocidos, tampoco es jurídicamente admisible tenerles por inexistentes. Debe considerarse que del análisis conjunto con las demás probanzas es posible cotejar la veracidad de los datos que contienen, como en efecto procedió el Ad quem. De todos ellos, así como del testimonio rendido por Gustavo Adolfo Vargas Vargas, quien declaró haber trabajado para Trisan por espacio de 19 años, se colige que esa empresa fue distribuidora exclusiva para Costa Rica de los productos de Pharmacia. Este testimonio fue confrontado con el que rindió Silvia Varela Ramón, representante de Pfizer, el cual, por los motivos señalados por el Tribunal, que comparte esta Sala, no merece credibilidad alguna, pues fue esquivo y contradictorio. La actora aportó, entonces, medios de prueba que valorados en conjunto, atendiendo el mandato del ordinal 330 del Código Procesal Civil, acreditaban la existencia del ligamen exclusivo. Las demandadas por su parte, no proporcionaron ninguna probanza que descarte tal característica.⁹

Fechas de implementación

La regla general es que la franquicia fije fechas que detallan las etapas concretas y las fechas de cumplimiento que comprenden el primer contacto hasta la puesta en funcionamiento

⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 384-F-SI-2008 de las 15 horas con cincuenta y cinco minutos del 6 de junio de 2008.

del negocio. También se pueden fijar plazos máximos de tolerancia que algunas veces dependen de ciertas circunstancias determinadas contractualmente.

Causas de resolución contractual

El contrato de franquicia fija las causales que podrían hacerlo objeto de resolución anticipada. Las causales pueden ser de diferente índole, pero dentro de las más importantes que se pueden mencionar se encuentran los siguientes supuestos: i) violación de la cláusula de confidencialidad; ii) cesión no autorizada de los derechos de franquicia; iii) prestación de servicios diferentes a los que configuran la oferta de la franquicia; iv) comercialización de productos diferentes a los autorizados; v) violación a la cláusula de exclusividad; vi) uso de la marca y/o demás signos distintivos de la franquicia para fines distintos de su exclusiva explotación; vii) uso de marcas y/o signos distintivos diferentes de los de la franquicia; viii) no contar con los sistemas operativos e informáticos necesarios para la buena gestión de la franquicia; ix) por falsear u ocultar de cualquier forma a la central información relevante para que se conozca, en todo momento, la situación real de la gestión franquiciada; x) incurrirse en falta grave o reiterada en la aplicación de los procedimientos, instrucciones técnicas y demás procesos y elementos integrantes del saber hacer de la franquicia de conformidad con los manuales operativos elaborados, facilitados y regularmente actualizados por el franquiciante; xi) incumplimiento de los compromisos de pago; y xii) incumplimiento de los compromisos de no competencia.

No solamente existen causales de resolución para el franquiciado sino también para el franquiciante. Sobre este tema particular,

nuestra Sala de Casación ha venido analizando ciertas causales de resolución contractual por incumplimiento, como por ejemplo la violación del derecho del franquiciado de distribuir el producto en su zona exclusiva. Al respecto ha establecido la siguiente línea jurisprudencial: "Para la adecuada resolución del recurso debe determinarse si hubo o no incumplimiento de la recurrida y su eventual responsabilidad. La conducta de la demandada facultaba a Femaka a tener por resuelto el contrato porque le impidió, sin justa causa, distribuir el producto en uno de los lugares pactados. Con ello se violentaba el contrato. Según fue determinado pericialmente el lugar limitado a la contratación resultaba vital. Afectaba no solo una zona sino el contrato en si mismo. Y tal limitación fue impuesta unilateralmente. Sobre el tema la franquiciante no aportó pruebas idóneas oportunamente, para probar el incumplimiento de la franquiciada. En consecuencia ese perjuicio permite jurídicamente a la actora a actuar como lo ha hecho. Lo contrario sería violentar los principios fundamentales de la buena fe intrínsecos en toda relación contractual. En efecto el artículo 692 del Código Civil permite esa posibilidad. Y el mismo principio lo consagra el numeral 425 del Código de Comercio. Es la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico por transgredir un vínculo obligacional con fuerza normativa para las partes. Se trata de acciones otorgadas al cumpliente en razón del incumplimiento del otro. Precisamente porque los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y los Tribunales están llamados a garantizar su cumplimiento (artículo 1022 *ibidem*). Pero es claro, en todo caso, que las acciones derivadas del precitado 692 son otorgadas solamente a la parte cumpliente. Y ésta debe ser decisiva. No es procedente la resolución, aún demostrado un incumplimiento menor, si carece de la importancia necesaria dentro de la relación

contractual. Para aplicar la sanción más grave contemplada por el ordenamiento civil, sea la terminación de una relación contractual nacida válida y eficaz, con los efectos retroactivos y la lógica consecuencia restitutoria y resarcitoria, se requiere un incumplimiento grave. Esta es la tesis de la casación para justificar también la paz dentro de las relaciones contractuales. Para mantener la presunción de la buena fe dentro de los acuerdos de voluntades privadas. Reputar lo contrario iría contra los principios informadores de la buena fe contractual. Por esa razón la mala fe debe demostrarse.”¹⁰

Importante de extraer de la sentencia citada es que cabe resaltar que en cuanto a causales de resolución del contrato se refiere, son observadas algunas reglas tomando como punto de partida el criterio de la existencia de incumplimiento unilateral, su gravedad, el perjuicio ocasionado con el incumplimiento y la facultad que le otorga el incumplimiento a la parte cumpliente de que se resuelva el contrato con el pago que pueda corresponder por los daños y perjuicios ocasionados.

Otorgamiento de licencia

La franquicias otorgan licencias atendiendo a unos criterios de selección rigurosos y a unas determinadas características que deberá reunir el franquiciado que en lo que interesa, quedará condicionada al cumplimiento de una serie de condiciones que se incluyen en el texto contractual.

Aquí cabe señalar un punto importante al cual no nos hemos referido ya que por lo general, se dice que este tipo de contratos incluyen cláusulas que limitan la cesión de los derechos

y obligaciones en ellos contenidos. Lo cierto es que con mayor frecuencia algunas cadenas están tienden a ser más flexibles y abiertos a negociación. Algunos autores sostienen que esto se debe a que a fin de cuentas lo que le interesa al franquiciante es que la operación se mantenga funcionando exitosamente y si existe un nuevo interesado en que quiera asumir las obligaciones del franquiciado, podrá hacerlo siempre y cuando cumpla con los requisitos que se le impondrían a cualquier otro.

Ante ese supuesto, hay que tener en cuenta que no todos los pactos del contrato son, por la propia naturaleza del contrato de franquicia, negociables y en ese sentido el franquiciante necesita mantener íntegra la herramienta uniforme que le sirve para gobernar la red, ya que esta herramienta esta creada a la medida de sus necesidades.

Cesión de la Franquicia

Si bien la franquicia puede ser considerada contablemente como un activo, no constituye por sí sola una inversión, que posibilite al franquiciante transmitirla libremente. Por lo general la concesión de una Franquicia se la otorga por consideración a la persona, al concesionario, y cualquier transferencia de derechos supone que necesariamente sea calificada y autorizada previamente por el franquiciado.

Al respecto de la cesión en cierto tipo de contratos, cabe señalar lo resuelto por la Sala Primer en los términos que a continuación se indican: En la Cláusula XVI, del contrato de representación y concretamente en su párrafo

10 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 73 de las 15:40 del 17 de julio de 1996.

tercero, se estipula que la accionada está facultada para ceder, total o parcialmente, los derechos u obligaciones que surjan de ese convenio, siempre que sea en favor de otra sociedad en que ella tenga participación. No consta, al menos en forma clara e indubitable, que esa facultad se haya ejercido, o sea, que efectivamente se haya concretado la cesión. Contra lo que afirma el Tribunal Superior, cabe destacar que no hay en los autos una prueba incuestionable al respecto. Es verdad que al pie del documento principal, en un espacio posterior al que corresponde a la firma de los contratantes, según el ejemplar del documento aportado por la accionada, se puede leer lo siguiente: “En calidad de sociedad a que han sido confiados los derechos y obligaciones según párrafo XVI, inciso 3, de este convenio, el 12 de octubre de 1970” (sic). Pero de ese texto, sin perjuicio de otras cosas que más adelante se considerarán, no es posible inferir un acuerdo de voluntades proclive al nacimiento de un contrato de cesión. Para ello, debió expresamente manifestarse que se recibían, por cesión, los indicados derechos y obligaciones, o al menos es de esperar que esa leyenda hubiere estado suscrita por la cedente. El texto es, pues, ambiguo y falta la expresión escrita de esta última. Pero, además, de ese texto no se puede saber si la pretendida cesión era total o parcial, o sea cuál era su alcance y trascendencia. (...)No sobra agregar, a mayor abundamiento, que de acuerdo con el Código Civil, el objeto de la cesión pueden ser derechos y acciones, como también derechos litigiosos; pero no obligaciones personales. En el presente caso, la demandada tenía obligaciones propias con la actora de las que no podía descargarse mediante el expediente de una cesión; de aquí

que también por este motivo, la ponderación del documento se sustenta en un error jurídico. (...)Al no existir el contrato de cesión y en todo caso al no ser debidamente informada de él la casa distribuidora, las partes vinculadas por el contrato sólo pueden ser las mismas que aquí contienen, lo que nos conduce a admitir que la empresa “G. M. Pfaff A. G. Kaiserslautern”, es la persona legitimada pasivamente para resistir esta acción.”¹¹

8- PRINCIPALES MODALIDADES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicia no se presenta en una sola forma. Todo lo contrario, ha sido utilizado en una pluralidad de formas en las que influyen diferentes factores como el mercado, capacidad económica y espacio geográfico.

No obstante, la doctrina señala que existen cuatro formas o sistemas que funcionan de manera distinta los cuales se mencionan a continuación.

Franquicia de distribución

en esta modalidad el fabricante la utiliza como un mecanismo de distribución de sus productos. El franquiciado actúa como intermediario en las compras, selecciona productos que son fabricados por otras empresas y los distribuye a través de sus puntos de venta franquiciados en condiciones ventajosas. El franquiciante cede los productos que el mismo fabrica y/o la marca a sus franquiciados a cambio de regalías o precios de compra más altos. Sus características básicas se concentran en el

11 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 51 de las diez horas del 3 de abril de 1992.

desarrollo del producto o servicio, más que en la operación del negocio. Se le concede más libertad al franquiciado, pero a la vez menos aporte operacional. Se fija en este caso al franquiciado, los productos que tiene que vender con la aportación de la marca.

Franquicia de Producción

es aquella donde el franquiciador, además de ser el titular de la marca, fabrica los productos que comercializa en sus establecimientos franquiciados. En esta modalidad de franquicia, la empresa franquiciadora es la que fabrica los productos y es además propietaria de la marca, el Know-how por lo que otorga franquicias para que el franquiciado produzca los productos. Por tanto, la marca que distribuye y la que fabrica es la misma. El franquiciador actúa a modo de central de compras, seleccionando y negociando los mejores productos y las condiciones más ventajosas con los proveedores.

Franquicia de servicio

en este el tipo de franquicia se dice ser el más dinámico y con más proyección. El franquiciador cede el derecho a utilizar y comercializar una fórmula o sistema original de cualquier tipo de servicio con un nombre ya acreditado y que ha demostrado su eficacia a nivel de aceptación. Es la explotación de un determinado servicio cuya fórmula original es propiedad del franquiciador, quien la transmite a sus franquiciados. Este tipo de franquicias es la que tiene mayor auge en la actualidad.

Dentro de este tipo, el franquiciador le ofrece al franquiciado una fórmula original y específica de prestación de servicios al consumidor. Por su parte el franquiciado provee los servicios al cliente con el mismo nivel de calidad y a los

mismos precios. Es importante destacar, que debido a su carácter abstracto, esta clase de acuerdo necesita una constante colaboración y transmisión de Know-how por parte del franquiciador. Algunas de las empresas que acostumbran el uso de este tipo de franquicia son las cadenas de comidas rápidas como McDonalds, Kentucky Fried Chicken y Burger King.

Franquicia-Corner

Se da cuando un comerciante tradicional acepta destinar una parte de su local de una forma exclusiva a una determinada marca, bajo las siguientes normas: En la zona destinada sólo deberá haber productos con la imagen y la marca en cuestión y hay una mayor independencia y menor exigencia por el franquiciador. Se desarrolla dentro de un establecimiento comercial, por departamentos, en el cual existe un espacio franquiciado. En este espacio, se venden los productos o se prestan los servicios objeto de la franquicia, según los métodos y las especificaciones del franquiciador. Es aquella que se desarrolla dentro de otro establecimiento comercial, con un espacio franquiciado donde se venden los productos y/o se prestan los servicios del franquiciador de acuerdo con sus especificaciones.

9- ALGUNAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Las desventajas y ventajas pueden ser analizadas desde la perspectiva del franquiciante o franquiciado. Nos limitaremos a enumerar algunas de ellas, en términos generales. Dentro de las ventajas de esta modalidad de contratos podemos encontrar:

- La expansión rápida de los negocios;
- Inversión de capital y riesgos bajos para el franquiciante;
- Facilidad de administración para el franquiciante;
- Control en la cadena de franquiciados;
- Maximización del mercadeo, promoción y publicidad, y;
- Mayor aprovechamiento de la estructura del negocio.

Algunas de las desventajas para el franquiciado que pueden surgir de los contratos de franquicia y que requieren puntual atención, tienen que ver con:

- La determinación del territorio que comprende la franquicia;
- El plazo corto del contrato;
- Fijación de montos mínimos de ventas a los que está obligado el franquiciado para evitar perder la franquicia que algunas veces resultan excesivos;
- Fijación de los precios de los productos y servicios por parte del franquiciante y ;
- Condiciones no claras para la renovación o extinción del contrato.

Cabe señalar que aparte de lo anterior, el Franquiciado corre con un riesgo adicional, cual es realizar una inversión inicial para la puesta en marcha del establecimiento sujeto al diseño, tipo de construcción, muebles, equipamiento y ubicación del local preestablecidos por el franquiciante.

Sobre este tema Farina afirma lo siguiente: “el franchising representa la forma mas evolucionada de responder a las necesidades de la comercialización por medio de terceros. Es el equivalente a una concesión de licencia de marca, y se puede definir como la concesión de una marca de productos o de servicios, a la cual se le agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta.”

10- TRATAMIENTO AL CONTRATO DE FRANQUICIA DESDE LA PERSPECTIVA TRIBUTARIA

Cabe señalar la importancia que ha tenido particularmente en el sistema tributario costarricense lo relativo a la autonomía patrimonial y jurídica entre las partes y cómo debe interpretarse esta autonomía para efectos tributarios. Este punto ha sido debatido por nuestros tribunales de la siguiente forma: “ (...) estima esta Sala que un análisis a fondo de las probanzas que obran en el expediente, lleva a concluir que en efecto, en aplicación de la realidad económica, se está frente a una comunidad de intereses entre Glysa y La Gloria, de lo que resulta que el supuesto acuerdo privado de concesión para uso de nombre comercial (franquicia) llevado a cabo entre ambas y el “royalty” que en teoría pactaron, en realidad son formas negociales que producen un efecto minimizador en sus deberes contributivos. (...) en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado. Para tales fines, el franquiciante da toda la asistencia necesaria al franquiciado para la constitución de la empresa, transmitiendo incluso el conocimiento indispensable para la explotación comercial, lo que es denominado “know how” (en este sentido, de esta Sala, véase resolución no. 73 de las 15 horas 40

minutos del 17 de julio de 1993). Por tal, en tesis de principio, dentro de su puridad conceptual, no presupone un mecanismo fraudulento. En ese escenario, los pagos de “royalty” pactados podrían generar un efecto reductor en la base impositiva, en tanto constituyen gastos que por ser necesarios para generar la renta, de ser demostrados, podrían ser deducibles. Empero, los efectos tributarios de ese tipo de negocios (deducibilidad de gastos) no son los mismos cuando en casos como el presente, ambas entidades en realidad son componentes de un mismo grupo de interés, en razón de participación en la propiedad y en la gestión que el cedente tiene en la esfera del cesionario. En tal supuesto, si bien el pacto constituye la causa legitimante para el uso de signos o denominaciones, procesos o estrategias que a nivel formal corresponden a una persona, en el ámbito tributario, resulta ser en realidad una forma jurídica que busca deducir las partidas supuestamente pagadas por concepto de “royalty”, mediante la reducción de la base imponible, la que se reitera, en virtud de la realidad económica no sería oponible al Fisco.”¹²

Debemos partir de que el principio de realidad económica ha sido interpretado como la facultad que otorga la ley para que en ejercicio de su función, el intérprete pueda atribuirle a los hechos el significado que más se adecue a la realidad considerada por la ley al crear el tributo sin que pueda apartarse de esa realidad, con lo cual se obtiene la finalidad de las normas tributarias y un correcto sentido de justicia.

La labor interpretativa es permitida como medida correctiva ante usos anormales o

situaciones creadas artificiosamente o la utilización abusiva de las formas jurídicas con el objetivo de alterar, modificar y manipular la situación y lograr una evasión de carácter tributario. Como consecuencia, debe el interprete apreciar si con el uso de la forma se configura en un beneficio que de otra forma no hubiese sido posible obtener.

El poder interpretativo en materia tributaria se encuentra en el Artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios como poder-deber apoyándose el legislador en los artículos y principios antes indicados que le permiten establecer por un lado, un vínculo económico y por el otro, el vínculo jurídico entre diferentes personas, sean éstas físicas o jurídicas de tal forma que puede unir las personerías, capacidad y autonomía patrimonial independiente a los efectos de descubrir la realidad económica subyacente que debe necesariamente traducirse en un beneficio que solo pudo obtenerse con el uso de la forma empleada y con el objetivo de sustraerse de la obligación tributaria.

El estudio de la norma tributaria y la jurisprudencia, nos permite concluir que el legislador opta por apartarse del formalismo conceptual de las apariencias jurídicas empleadas por los contribuyentes aplicando valoraciones a la realidad de donde se desprende la verdad real y no la formal.

Esta valoración es lo que le permite al juez determinar si una conducta determinada persigue o no el sustraerse de las obligaciones tributarias, utilizando las formas como maniobra deliberada e intencionada para crear una apariencia ficticia. En otros términos,

12 RES: 000825-F-2006. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de octubre del dos mil seis.

el ocultamiento de verdades reales bajo las verdades formales, adoptando figuras contractuales, frente a la ley tributaria que genera como resultado, una disminución en la cuantía de las obligaciones fiscales.

11- EL CONTRATO DE FRANQUICIA - JURISPRUDENCIA UNIDROIT

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) cuenta con un documento muy completo y útil denominado Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional que en su introducción hace mención a las razones de peso que dieron lugar a que la UNIDROIT formulara esta propuesta y que tienen que ver fundamentalmente, con la forma en que la figura se ha extendido rápidamente, en un relativo corto plazo a nivel internacional.

La jurisprudencia de la UNIDROIT ha resuelto algunos casos relacionados con este tipo de contratos. Así encontramos que en cuanto a la formación del contrato y la posibilidad de retirarse de las negociaciones de “mala fe”, cuando el empresario ha invertido una suma prefijada con la finalidad de obtener una franquicia, y que posteriormente se le quiere obligar a invertir una suma mayor a la inicialmente acordada, éste tendrá derecho a recuperar el monto inicialmente establecido y efectivamente invertido.

También existe jurisprudencia importante en cuanto la obligación de no competencia. Generalmente, como se indicó en párrafos anteriores, los contratos de franquicia establecen el territorio en el que se otorga el derecho de franquicia y en el que opera la prohibición de no competencia.

Este tipo de cláusulas son muy comunes en los contratos de franquicia de distribución los cuales prevén inclusive que esta restricción se mantendrá hasta tiempo después de acaecido el plazo del contrato o resuelto el mismo. La jurisprudencia de UNIDROIT ha dicho que cuando el contrato no dice nada sobre este punto, debe entenderse que la prohibición se extiende exclusivamente al territorio donde el franquiciado ha explotado la franquicia.

12- EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AL FRANQUICIANTE

La franquicia no es un instituto regulado con amplitud en la mayoría de los países latinoamericanos y esto implica que se deban acudir a las normas contenidas en el Código Civil y de Comercio para resolver los conflictos que se presentan como resultado de estos contratos. Algunos autores señalan que países como México y Brasil cuentan con legislación específica para abordar el tema de la franquicia dado el desarrollo que ha alcanzado este sistema en esos países.

Señalan varios autores que no se debe caer en el error de considerar a la franquicia como un simple sistema de distribución porque el modelo de franquicia involucra no solo la concesión de productos, sino también de un esquema o un formato de negocios, esto es, propiedad intelectual.

También se debe tener cuidado de no caer en la confusión de creer que la franquicia involucra un contrato de mandato, agencia o representación o que pero aún, implica una relación laboral entre las partes. Esto por cuanto tanto el concedente (franquiciador) como el concesionario (franquiciado) son personas distintas que no se representan entre sí.

Al respecto nuestra Sala de Casación ha resuelto en casos de rompimiento o terminación contractual que la liquidación de empleados es un rubro que no puede ser concedido pues representa un rubro en los que la empresa de todas formas debe incurrir y que se derivan de la hacienda con que la empresa debe contar para cumplir con sus obligaciones contractuales recibiendo en contrapartida, una remuneración según se haya pactado.

El fundamento legal de lo anterior es atendible en virtud del 704 del Código Civil el cual establece que “En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse.”¹³

De hecho, como se indicó líneas atrás, el franquiciador y franquiciado son considerados entidades jurídica y financieramente independientes y autónomas. Por lo anterior, no existe relación societaria alguna entre el Franquiciante y Franquiciado.

No obstante lo anterior, si es importante señalar que de la relación franquiciante-franquiciador existe una posible responsabilidad frente al consumidor del primero por los hechos del franquiciado. Sostiene Farina “(...) frente a terceros, cobra especial relevancia la consideración de la responsabilidad que pueda asumir el franquiciante, en los supuestos en que media la provisión de un producto que no sea ajuste a las condiciones de calidad y cantidad establecidas, o de un servicio que no cumple adecuadamente su finalidad. A lo que corresponde agregar todo otro supuesto,

pues el público acude confiado por el prestigio de la marca y del nombre comercial, sin preocuparse en saber si el franquiciado es un empresario autónomo o no. Por ello, existe una corriente doctrinal y legislativa cada vez más importante que considera viable la extensión de la responsabilidad del franquiciado al franquiciante, en razón de que aquél desenvuelve su actividad bajo marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajuste a métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste.”¹⁴

El respecto cabe señalar que la Ley de Protección de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establecen en su artículo 35 un régimen de responsabilidad objetivo cuando regula que “el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.”¹⁵

Este tipo de normativa manifiesta la tutela de los derechos del consumidor extendiendo la responsabilidad al franquiciante en razón de los productos y servicios que se venden o prestan bajo la percepción y confianza creada en el público sobre una marca que distingue el servicio o el producto. Lo anterior por cuanto se debe entender que al público le es irrelevante- y en todo caso no tiene porqué hacer consideraciones en torno a los sujetos que intervienen en la relación de franquicia. Para el consumidor lo que interesa es que su decisión de adquirir un producto o servicio se identifica con la marca que lo distingue de

13 Código Civil.

14 FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. ASTREA. Buenos Aires, Argentina, 2005.

15 Ley De Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del consumidor.

otros y ese solo hecho crea un régimen de responsabilidad solidaria.

13- LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

En los contratos de franquicia es común que se pacten por un tiempo determinado con la posibilidad de renovación ya sea automática o por acuerdo de partes. No es inusual que la renovación del contrato este condicionada a una serie de requisitos de variada naturaleza, como lo puede ser un plan de reinversión en la imagen del establecimiento, publicidad, montos de ventas, entre otros. En algunos casos y bajo ciertas circunstancias, el incumplimiento de estos requisitos podría inclusive constituir causal suficiente para dar por concluida la relación entre el franquiciante y franquiciado.

En muchos otros casos puede ocurrir que por variadas razones se genere la ruptura del contrato de franquicia y consecuentemente, la posibilidad de perseguir el pago indemnizatorio. Una particularidad de los contratos de franquicia, es que la terminación de éste genera el derecho a favor del franquiciado de que el franquiciante adquiera el producto en inventario que no había sido vendido. En otros casos, no solamente tendrá el derecho a ser indemnizado por el inventario, sino también por los daños y perjuicios en ocasión de una terminación anticipada y contraria a lo acordado en el contrato de franquicia fundamento legal que se encuentra en el artículo 1023 del Código Civil el cual establece lo siguiente: “Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.”¹⁶

Para la terminación anticipada de los contratos de franquicia se debe establecer un plazo de “preaviso”. Esto significa que cuando así se pacte en el contrato, cualquiera de las partes podrá darlo por terminado dando aviso de su decisión a la otra con un determinado tiempo de anticipo. El plazo debe ser razonable, caso contrario, los jueces decidirán con base en los principios generales del derecho y principalmente de los relacionados con la materia contractual.

Sobre la fijación del plazo de preaviso, nuestra Sala Primera en un caso aunque no de contrato de franquicia, resolvió lo siguiente: “Le asiste razón al casacionista al argüir –en su tercer, cuarto y quinto motivo-, que el plazo de preaviso es desproporcionado y contraría la buena fe contractual. Ello se confirma al analizar detenidamente algunas características del contrato que vinculaba a los litigantes. De conformidad con el elenco de hechos probados, el señor Anderson Englehardt desarrolló personalmente desde –cuando menos- 1970 y hasta 1986, la distribución exclusiva de los productos Gallito (Hecho Probado a), labor que abarcaba los distritos 01 a 04 del cantón de Montes de Oca y 01 a 03 del cantón de Curridabat. Luego de 1986, la relación comercial continuó en forma idéntica a través de Distribuidora Anderson S.A., merced a la cesión de derechos realizada por el señor Anderson, a favor de la sociedad, situación conocida por Gallito. La relación comercial fue calificada como un contrato continuo, no escrito, de distribución exclusiva, sin sujeción a plazo determinado, según el cual, Gallito, en una zona geográfica determinada, sólo podía distribuir sus productos por medio de la Distribuidora y ésta no podía abarcar otras áreas distintas, ni estaba facultada a distribuir

16 Código Civil.

productos diferentes, similares o competitivos de terceras personas. Debía utilizar el material publicitario suministrado por Gallito, ocuparse de la manutención de exhibidores de productos, acatar disposiciones en cuanto a ventas, ajustarse a la lista de precios y tenía autorizado un porcentaje de descuento para el detallista. La Distribuidora gozaba de una línea de crédito, y descuentos de un 15% sobre los productos que compraba, siendo ese, justamente, su margen de ganancia. (Hechos b y c). No estaba facultada a ampliar su actividad distribuyendo productos diversos a los suministrados por Gallito S.A., ni podía ampliar su mercado fuera de los distritos asignados, por lo cual, su nicho de mercado era cautivo, estático y sin posibilidades de crecimiento. Amén de lo anterior, las relaciones entre los contratantes se caracterizaron por ser altamente satisfactorias y eficientes, con incrementos importantes en los porcentajes de ventas y no fue acreditada la menor insatisfacción de parte de Gallito durante la vigencia de la relación de distribución. Por el contrario, según consta en autos, las relaciones comerciales siempre se desarrollaron dentro de los mejores términos. Atendiendo a la longevidad de la relación contractual, la accionante contaba con toda una estructura organizacional destinada a atender a cabalidad cada una de sus obligaciones. Por consiguiente, no era anticipable la eventualidad de la finalización intempestiva de los vínculos negociales, menos aún, con los altos resultados de ventas obtenidos. Así las cosas, considerando las posibilidades reales de crecimiento del negocio, la exclusividad que debía seguir en cuanto al producto distribuido y la zona que podía abarcar –obligaciones negativas que le impedían diversificar la actividad o ampliar el mercado–, el plazo de aviso previo a la terminación unilateral de las

relaciones es arbitrario y desproporcionado, por lo cual, se cometió abuso de derecho y fue contrariada la buena fe contractual con el proceder de la demandada.¹⁷

El aspecto mas importante de tomar en consideración del caso anterior, es que el plazo de preaviso no puede resultar abusivo para ninguna de las partes. Según esta resolución, se deben utilizar criterios de razonabilidad especialmente cuando haya existido una relación contractual caracterizada por una duración muy prolongada (30 años) en donde en todo caso, con mayor razón se refuerzan los principios de la buena fe contractual. En este caso particular, a criterio de la Sala se resolvió que el plazo que debía mediar entre el aviso de terminación y la fecha efectiva de esta, correspondía a nueve (9) meses tomando en cuenta la duración de la relación que existió entre las partes. Al respecto la Sala dijo “Por concepto de perjuicios solicita se conceda la estimación de ventas que la empresa pudo haber obtenido entre 1996 y el 2000. Fijar un plazo de preaviso de cinco a ocho años, resultaría extraordinariamente lesivo para Gallito, y contrariaría lo dispuesto en el artículo 1023 párrafo primero del Código Civil. En criterio de esta Sala, el tiempo conveniente para dar por terminado en forma unilateral el contrato, sin generar daños a la contraparte, por las particularidades del negocio, debía ser de nueve meses, tiempo razonable de conformidad con las normas de la equidad, y la buena fe que deben inspirar los contratos. Es razonablemente presumible que dentro de ese plazo, la accionante podía reorganizar su actividad, buscar nuevos productos para distribuir, desarrollando nuevos mercados con un diferente negocio, luego de dedicarse por más de 30 años a la misma actividad.”

17 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 153-F-03 10:30 del 21 de marzo de 2003.

Como se puede apreciar del caso anterior, el contrato puede concluir aun y cuando no se haya pactado su plazo. Farina dice que no se debe confundir el vocablo “plazo incierto” como sinónimo de contrato de duración infinita porque los contratos como el de franquicia, no son considerados contratos de plazo infinito. Un plazo incierto es aquel en donde no se sabe con certeza el momento en que terminará, pero cuenta con hechos concretos como referencia para determinar el momento en que puede finalizar.

Al respecto sobre el tema, la misma resolución antes citada sostuvo lo siguiente: “Alega, en su tercer y quinto motivo, que el contrato de tiempo indefinido no podía terminarse en forma unilateral. No lleva razón el recurrente. Los convenios privados, celebrados al abrigo de los principios de autonomía de la voluntad y libertad de comercio derivados de los artículos 28 y 50 de la Constitución Política, no generan, en modo alguno, el constreñimiento de mantenerlos *ad perpetuam*, ante la ausencia de plazo de vigencia, aún cuando se eche de menos incumplimiento de alguna de las partes. Las relaciones comerciales deben desplegarse bajo la inspiración del principio de buena fe (artículo 22 del Código Civil), empero, nada obsta para que uno de los contratantes decida poner término al contrato de tiempo indeterminado, incluso ante la irreprochabilidad de la conducta negocial de la contraparte. Argumentar en sentido contrario, indudablemente entrañaría una grosera violación a las máximas relacionadas, y además significaría un insoportable corsé para la versatilidad y fluidez de las relaciones mercantiles. La ausencia de plazo de vencimiento del contrato hace suponer, que serán las vicisitudes de la negociación las que permitirán a ambas partes, o a alguna de ellas, decidir, en ejercicio de su libre arbitrio,

el momento en que desean poner término a ese vínculo obligacional. Sin embargo, debe advertirse, en modo alguno la facultad de dar por terminado un contrato, ha de ser ejercitada en forma abusiva, arbitraria, o intempestiva, pues justamente en virtud de la buena fe negocial mencionada, las relaciones jurídicas desarrolladas con carácter de permanencia y estabilidad, indudablemente podrían producir daños o lesiones en el patrimonio de la contraparte, quien al no poder anticipar debidamente la finalización del contrato, y las consecuencias derivadas de su fenecimiento, es notificada de manera abrupta sobre la finalización del negocio. Amén de lo anterior, tampoco se presenta violación del artículo 1151 del Código Civil, censurada en el cuarto y quinto motivo, porque la mención a esa fuente normativa, es realizada por el *Ad Quem* con una finalidad ejemplificativa, con el objeto de explicitar que los contratos sin plazo de término, no tienen vigencia perpetua y no con el propósito de aplicarla a la controversia.

REFLEXIONES FINALES

Al concluir este trabajo, toma gran importancia tener un panorama claro que nos permita, entender claramente cuando estamos o no en presencia de un contrato de franquicia. Ya sea para poder defender los derechos de nuestro cliente y para poder desplegar una defensa con propiedad de conocimiento del tema.

Las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, a través del tiempo han permitido desarrollar esta figura, la cual ha tomado un auge importantísimo especialmente en los últimos años. De suerte que la limitación por tratarse de un contrato atípico no regulado en nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa han sido superados.

Desde la perspectiva de la contratación comercial, teniendo presente que en nuestro mundo actual el profesional en Derecho debe estar cada vez mas comprometido con el conocimiento para que su asesoría tenga un valor agregado, resulta indispensable tener presente el tratamiento tributario de la figura que a la fecha sigue vigente en nuestro medio.

El contrato de franquicia como se indicó, es un contrato atípico, es también oneroso y consensual, se le llama también un contrato moderno porque su evolución en América Latina es de relativa reciente data mayormente en relación con las cadenas de comida rápida, aunque en fechas recientes, se nota una tendencia a otro tipo de servicios como por ejemplo de tiendas de ropa.

Es también deducible que no obstante su escasa regulación en nuestro sistema que puede también crear algunas desventajas al presentarse la ruptura de la relación contractual, lo cierto es que este contrato ha resultado ser muy beneficioso económicamente para el crecimiento de los negocios ya que permite que el negocio se expanda y se realce el producto y a la vez brinda prestigio calidad y familiaridad con el producto o servicio. Como resultado de este trabajo, se logra concluir que este tipo de contrato de colaboración empresarial tiene beneficios a nivel de creación de fuentes de trabajo, crecimiento y expansión de negocios.

Cabe agregar que no obstante nuestro país no cuenta con un instrumento que regule este tipo

de contrato, lo cierto es que le son aplicables las normas del Código Civil y de Comercio relativas a los contratos y particularmente, resultan de mucha importancia, aquellos aspectos resueltos mediante la jurisprudencia como por ejemplo los que se han mencionado en conexión con la exclusividad y la terminación anticipada del contrato.

Es importante no dejar de mencionar no obstante el contrato de franquicia no está regulado expresamente en nuestro ordenamiento y se cuenta con muy escasa jurisprudencia sobre el tema en particular, si existe otros casos particularmente sobre contratos de distribución que pueden servir como punto de referencia para resolver algunos conflictos que se puedan presentar en relación con esta materia.

Es importante señalar que este tipo de contratos ya empieza a ser objeto de estudio mas amplio por nuestros juzgados. Así se puede extraer por ejemplo de la Sentencia número 0136-2008 emitida por el Juzgado Civil de Cartago de las dieciséis horas del 18 de julio del presente año que sirvió para formular un análisis comprensivo sobre uno de los aspectos esenciales del contrato de franquicia – el know how que como ya se indicó consiste en la transferencia de conocimiento que hace el franquiciante al franquiciado y que es lo que garantiza el éxito del negocio. En lo medular la resolución del Juzgado resolvió que “si no se trasmite el know how no hay franquicia.”

BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA, PAUCAR (Jaime Alberto), Contratos Mercantiles, Tomo II. Contratos Atípicos, 4a Edición, 2002.

FARINA, (Juan M.). Contratos Comerciales Modernos, 3a Edición, 2005

FARINA, (Juan M.). Resolución del Contrato en los Sistemas de Distribución, 2004.

JIMENEZ, (Flabio) / FUENTES, (Bernal). El Contrato de Franchising. IJSA Investigaciones Jurídicas, S.A. San Jose, Costa Rica, 1995.

MARZORATI, (Osvaldo J.). Sistemas de Distribución Comercial. ASTREA. Buenos Aires, Argentina, 1990.

MOSSET, ITURRASPE (Jorge) Contratos, EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 1988.

PÉREZ, VARGAS (Víctor). Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras. Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica, 2005.

Código Civil

Código de Comercio

Ley Orgánica del Poder Judicial. Versión electrónica.

Ley De Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

RES: 73. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas cuarenta minutos del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y seis.

RES: 000825-F-2006. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de octubre del dos mil seis.

RES: 153-F-03. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José a las diez horas con treinta minutos del veinte uno de marzo de dos mil tres.

RES: 384-F-SI-2008. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José las 15 horas con cincuenta y cinco minutos del 6 de junio de 2008.

RES: 51-1992. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José de las diez horas del 3 de abril de 1992.

RES: 0136-2008 JUZGADO CIVIL DE CARTAGO. Cartago de las dieciséis horas del 18 de julio DE 2008.

Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional. UNIDROIT

Jurisprudencia- UNIDROIT

“APUNTES PRELIMINARES SOBRE LA POSESIÓN ECOLÓGICA”

*Lic. Luis Albán Arias Sosa
Lic. Steven Esquivel Salazar
Licda. Nacira Rivera Cruz*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

A- NOCIÓN

B- ELEMENTOS

C- DEFENSA JUDICIAL DEL BOSQUE

1-BOSQUES

2-TUTELA JUDICIAL

CONCLUSIONES

FUENTES CONSULTADAS

“APUNTES PRELIMINARES SOBRE LA POSESIÓN ECOLÓGICA”

*Lic. Luis Albán Arias Sosa
Lic. Steven Esquivel Salazar
Licda. Nacira Rivera Cruz*

INTRODUCCIÓN

La degradación del entorno hace que el ser humano intente detener su actividad destructiva, convirtiéndola en un comportamiento conciliador de sus intereses con los del ambiente. De manera que pueda continuar su devenir sin menoscabar el medio en que se desenvuelve.

El campo jurídico no escapa a esta situación, por lo que hoy en día ha tomado fuerza el denominado Derecho Ambiental. Éste, como el del consumidor, corta transversalmente el ordenamiento jurídico, imponiendo nuevas consideraciones en las distintas ramas. Por lo que no es de extrañar la aplicación de nuevos criterios, de corte ecológico, a la anteriormente incólume posesión de ascendencia civil.

En virtud de lo expresado, el propósito general de este estudio radica en manifestar los aspectos primordiales que reviste la posesión designada con el nombre de ecológica.

- Consecuentemente, los objetivos fundamentales que orientan este trabajo son los siguientes:
- Describir la acepción de la figura en examen, destacando la posibilidad de la presencia de cualidades intencionales y omisivas.

- Reseñar los elementos conformantes de esta especial posesión, haciendo hincapié en la dirección perseguida.
- Exponer, de manera genérica, los planteamientos iniciales de carácter judicial acerca de la Posesión Ecológica.

Para conseguir las metas comenzaremos por establecer la noción respectiva, de seguido revisaremos sus componentes y por último plantearemos las primeras alusiones producidas en el ámbito judicial.

APUNTES PRELIMINARES SOBRE LA POSESIÓN ECOLÓGICA

En los actuales momentos, en que se ha generado una gran conciencia ambiental, muchas de las figuras jurídicas clásicas no han quedado exentas de dicha coyuntura. La posesión, en particular, también se ha visto afectada. De allí que una nueva versión de la misma, con gran ímpetu, exige ser tomada en cuenta. Por lo cual, en estos breves apuntes, intentaremos una aproximación, desde una perspectiva doctrinal y judicial, a los rasgos esenciales del instituto.

A- NOCIÓN

La figura jurídica de la posesión comprende varias modalidades, civil y agraria por ejemplo, y recientemente se agrega una denominada ecológica. Ésta, haciendo gala de nuevos criterios, no está interesada solamente en una conservación del recurso forestal,¹ sino -muy por el contrario- preocupada por conservar la totalidad del bosque y los ecosistemas que dentro de él se encuentran.

No en vano se ha manifestado, en el ámbito judicial, que el instituto jurídico de la posesión debe comprenderse con criterios diferentes a los de la posesión civil, e incluso de la agraria, cuando estemos en presencia de bosques.²

Por posesión ecológica debe entenderse: el conjunto de actividades y/u omisiones intencionales que realice una persona, dirigidas a proteger ecosistemas debidamente delimitados. Ello con el fin de mantener el equilibrio ecológico de éstos.³ Consecuentemente, la jurisprudencia ha señalado que la posesión en estudio consiste en proteger el estado natural de las cosas conservando y cuidando que no se altere dicha situación.⁴

Los actos u omisiones pueden ser realizados por cualquier persona. Ello es así porque no

conviene limitar las aptitudes preservacionistas únicamente a las personas físicas. Además de que, en la práctica, son las personas jurídicas las que, hasta el momento, han mostrado mayor capacidad e interés por la protección de los bosques.

Existe un requerimiento de delimitar los ecosistemas a proteger, respondiendo a la necesidad -según nos parece- de circunscribir dónde es que se ejerce la posesión ecológica.

A la hora de dirigir los actos u omisiones a la protección de los ecosistemas, entonces, ellos deben encontrarse debidamente delimitados. Aquí, nuevamente, se hacen necesarios criterios especializados que permitan conocer los entornos existentes y cuál debe ser la forma de protegerlos.⁵

El fin inmediato a lograr, con la posesión de comentario, es la protección del equilibrio ecológico. Lo cual se logra a través de la conservación de los ecosistemas que -interrelacionados- se presentan en un bosque.

Es curioso observar que la posesión antes mencionada puede consistir, en actividades (lo que sería lo tradicional agrariamente hablando) y/o en omisiones. Resaltándose la necesidad de la intención de preservar.

1 "...; la propiedad forestal se concibe fundamentalmente para conservar, no para producir ni ser parte del comercio de los hombres;..." Sala Constitucional, N° 4587-97 de 15 H 45 del 5 de agosto de 1997. Acción de Inconstitucionalidad de S. F. S. A. No estamos conformes con esta explicación. Por cuanto olvida que la propiedad forestal -básicamente- tiene una orientación silvícola. De allí que la producción y el comercio encuentren su lugar en ella.

2 Juzgado Agrario de Limón, N° 04 de 13H. 45 del 8 de enero de 1992. Ordinario de F. V. V. contra L. A. S. R. y C. V. G.

3 Ver en igual sentido, CHAVERRI BARRANTES (Danilo), La Posesión Ecológica, San José, Sistema de Estudios de Posgrado, Especialidad en Derecho Agrario, Universidad de Costa Rica, 1992, p.23. YGLESIAS M. (Roberto), Aportes a la Propiedad Ecológica o Ecopropiedad, Ivstitia, San Pedro, N° 136-137, 1998, p.48.

4 Tribunal Superior Agrario (582-94) citado por Yglesias M. (Roberto), Op. Cit., p. 49.

5 Precisamente el Biólogo Ronald Sánchez nos mencionaba que antes de titular, mediante la posesión en estudio, es primordial -lógicamente- saber qué es lo que estamos poseyendo. Sólo así se cumplirá el objetivo conservacionista, inmerso en dicha posesión. Entrevista con el Master Ronald Sánchez Porras, Profesor de Biología de la Universidad de Costa Rica, 16 de Noviembre de 1993.

Ejemplo de lo anterior sería, en el primer caso, la eliminación de especies, tanto animales como vegetales, cuya súper población ponga en peligro el equilibrio del bosque. Una muestra de lo segundo, sería la actitud, por parte del poseedor, de no talar el bosque existente en el inmueble poseído (ello con la finalidad de no degradar el ambiente).⁶

Como rasgo principal del instituto en análisis está la intencionalidad de la actividad (u omisión). Distinto de cómo sucede en otras posesiones. Dicha actividad no se realiza tanto “en” el bien poseído, sino que –generalmente– se ejecuta “por” el mismo. Acertadamente se ha expresado que se trata de actos dirigidos a evitar la acción destructiva del ser humano.⁷

No otra cosa es la que se desprende de los ejemplos antes citados, los cuales podrían ser considerados actos posesorios ecológicos.

La nota principal, así pues, de la posesión ecológica radica en que puede consistir, y a menudo sucede, en una no-actividad. Es decir, en un abstenerse. “Esta omisión está referida

directamente al bien poseído, en el tanto en que es en él donde no se deben realizar ciertos actos a fin de protegerlo”.⁸

Se insiste en que las omisiones tienen que ser intencionales y no circunstanciales. No deben obedecer a la falta de medios, materiales y formales, que hayan impedido la tala de los árboles y la consecuente destrucción de los ecosistemas.⁹

Por eso, posee en forma ecológica el que se niega a talar, cazar, o a realizar una producción agrícola. Dado que su intención es proteger los ecosistemas del terreno que ostenta.

La intencionalidad adquiere ribetes importantísimos, pues, en buena medida, es posible que quien conservó, o sea poseyó ecológicamente, lo siga haciendo una vez que adquiera su título de propiedad.¹⁰

Más difícil parece, en cambio, que la persona que circunstancialmente, sin intención, conservó (tal vez por falta de los mecanismos para hacer la destrucción) lo siga haciendo luego

6 Otros ejemplos, que nos brindó el Licenciado Danilo Chaverri, son: las gestiones que se realicen, por el poseedor, para conseguir apoyo estatal o privado, para la protección del bosque; la compra de tierras tendiente a proteger los ecosistemas del bosque poseído; la vigilancia, que se establezca, para evitar que terceros provoquen algún tipo de destrucción, etc. Entrevista con el Licenciado Danilo Chaverri Barrantes, Juez Agrario de Limón, 13 de Noviembre de 1993.

7 Ver CHAVERRI BARRANTES (Danilo), Op. Cit., p.24.

8 Ibid.

9 En este sentido, al ser entrevistado, el Licenciado Danilo Chaverri nos reiteró esta característica. Y nos relató un caso, conocido por el Tribunal Superior Agrario, en el que, según él, existió la falta de intencionalidad necesaria para que la posesión ecológica se configure. Afirmaba esto en virtud de que uno de los testigos en el caso, aseguraba que la parte no había explotado la madera simplemente por lo quebrado del terreno (lo que le ocasionaría altos costos). Incluso al mismo testigo le habían ofrecido vender la madera. Entrevista con el Licenciado Danilo Chaverri Barrantes, Juez Agrario de Limón, 13 de Noviembre de 1993.

10 Ley de Informaciones Posesorias, N° 139 del 14 de julio de 1941, art. 7.

de que adquiriera el título.¹¹ Dicho esto, toca el turno de pasar ahora a examinar los componentes que conforman la posesión ecológica.

B- ELEMENTOS.

Conviene pasar ahora al examen, siguiendo la teoría de Savigny, del corpus y el animus de la posesión ecológica. En la relación física del poseedor con los ecosistemas, que interactúan dentro del bosque, es que nos encontramos la referencia al corpus. Entendiéndose que el vínculo no sólo se debe desarrollar con el bien inmueble -sino en un sentido más amplio- con todos los ecosistemas relacionados.¹²

La protección del medio ambiente -en particular de los bosques- y el consiguiente beneficio que ello trae al ser humano, se identifica con el ánimo de la posesión analizada. Es decir, no se posee exclusivamente con la intención de llegar a ser propietario (sino que un objetivo superior también es perseguido).¹³

La dirección de la posesión ecológica es, entonces y según ya hemos mencionado, la protección del ecosistema. En otras palabras, se debe realizar la posesión en cuestión de manera tal que se dirija a salvaguardar el sistema que examinamos.¹⁴

Puede asegurarse que “. . . tratándose de bosques lo que interesa, . . . es que el mismo se conserve, nunca que se destruya como está ocurriendo con pavorosa frecuencia.”¹⁵

Luego de analizar la dirección de la posesión en examen, debemos advertir que éste rumbo es un aspecto inmediato. Pues la meta final -el objeto de la preservación- es proteger la salud y la vida del ser humano mediante la consecución de un equilibrio ecológico.¹⁶

Incluso la necesidad de una posesión de este tipo ya ha sido recogida en algunas sentencias. Por ejemplo, en la N°04-92 del Juzgado Agrario de Limón, se destacó que don F.V.V. compró un inmueble, hacía algunos años, cuando el

11 Lo expresado es la tendencia predominante. No obstante, con el propósito de enriquecer la discusión, anteriormente habíamos apuntado que sería más importante el hecho en sí de la conservación, que el de por qué se conservó. Lo trascendental es que dado que se mantuvo el bosque, y los ecosistemas que allí están, dicha situación se perpetúe. Piénsese, a modo de ejemplo, en una persona que pretende titular un terreno con bosque y desea aprovechar los años de posesión de quien le transmitió dicho derecho. Muy útil le resultaría, a la persona del caso, que sin importar la intencionalidad pudiera culminar favorablemente el proceso judicial posesorio -de carácter ecológico- que emprendió. ARIAS SOSA (Luis Albán), ESQUIVEL SALAZAR (Steven), RIVERA CRUZ (Nacira), El Bosque y su Titulación, dentro de un contexto de protección del Ambiente, San José, Seminario de Graduación para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994. La siguiente cita viene a demostrar que -efectivamente- la crítica de comentario podría tener utilidad práctica. Evitando resoluciones como la siguiente: “A este Tribunal no le cabe duda de que el artículo 7 de la Ley de Informaciones Posesorias, . . ., se aparta de la regla general establecida en el artículo 1 de la Ley de Informaciones Posesorias, que establece: Cuando el titular no haya tenido la posesión decenal del inmueble podrá aprovechar la ejercida por sus transmitentes, . . .” Tribunal Superior Agrario, N° 99 de 10 H. 40 del 13 de Febrero de 1992. Diligencias de Información Posesoría de A.L.J.J.

12 Ver CHAVERRI BARRANTES (Danilo), Op. Cit., p. 25.

13 “... animus calificado en el cual se tiene la intención de proteger el bosque como ecosistema...” CHAVERRI citado por YGLESIAS M. (Roberto), Op. Cit., p. 49.

14 Entrevista con el Licenciado Danilo Chaverri Barrantes, Juez Agrario de Limón, 13 de Noviembre de 1993.

15 Juzgado Agrario de Limón, N° 04 de 13 H. 45 del 8 de Enero de 1992. Ordinario de F.V.V. contra L.A.S.R. y C.V.G.

16 En la posesión ecológica, el poseedor conserva los ecosistemas del bosque (dirección) para proteger la vida y la salud del hombre. Haciendo efectivo el Derecho Humano, de la Tercera Generación, denominado: Derecho a un Ambiente Sano y Ecológicamente Equilibrado. Ver en igual sentido, Constitución Política, del 7 de Noviembre de 1949, San José, Publicaciones Jurídicas, Primera Edición, 1995, artículo 50.

mismo era montaña y en el momento de la titulación lo continuaba siendo. De ello daban fe los testimonios rendidos. Todo lo cual demostró que la citada persona realizaba la conservación porque era su deseo.¹⁷

C- DEFENSA JUDICIAL DEL BOSQUE

1- Bosques

La posesión estudiada, según un criterio técnico, sería sumamente apta para que recayera en los bosques calificados como de conservación. Valga decir, aquellos con limitaciones muy fuertes, topográficas y de otra índole, que no son susceptibles de explotación maderera.¹⁸

Así esas áreas van a permanecer inalteradas, generando un bien para la humanidad: en agua y en la regulación del ambiente para un territorio. Esas son las zonas preferibles a proteger.¹⁹

Se considera que la posesión ecológica es de gran ayuda para las áreas boscosas que no constituyen áreas protegidas. De esta manera se le podría brindar, según los entendidos, una mayor protección al bosque.²⁰

Dentro de ese contexto, se ha manifestado que quienes destinan sus esfuerzos posesorios a la preservación de los bosques merecen auxilio legal. No sólo porque lo hacen en beneficio de toda la sociedad, sino porque anteponen al interés personal el colectivo.²¹ Éstos conscientes ciudadanos, sean propietarios o poseedores, se benefician de una protección que inclusive debe comprender el ámbito judicial.

2- Tutela Judicial²²

El poseedor ecológico, como cualquier otro, debe tener acceso a los instrumentos judiciales que le permitan defender su posesión. Para ello tenemos –principalmente- los siguientes procesos: interdictal, mejor derecho de poseer,

17 Juzgado Agrario de Limón, N° 04 de 13 H. 45 del 8 de Enero de 1992. Ordinario de F.V.V. contra L.A.S.R. y C.V.G.

18 Ver en igual sentido, Entrevista con el Ingeniero Eladio Chaves Sandoval, Jefe Regional del Programa Desarrollo Forestal Campesino, 15 de Febrero de 1994.

19 Ver en igual sentido, Entrevista con el Ingeniero Eladio Chaves Sandoval, Jefe Regional del Programa Desarrollo Forestal Campesino, 15 de Febrero de 1994.

20 Para resaltar la importancia de la posesión ecológica, en bosques de conservación, se nos ofrece el siguiente ejemplo: si se eliminan los bosques en las zonas de San Carlos y de Zarcero se aumenta la temperatura en la ciudad de San Ramón. Esto demuestra la necesidad de conservar los ecosistemas que se encuentran dentro de dichas zonas, con el consiguiente beneficio para la ciudadanía. "Pero realmente nosotros podríamos disminuir los costos de la conservación, precisamente, cuando podríamos tener acciones como estas de una posesión ecológica de las tierras, . . ." Entrevista con el Master Ronald Sánchez Porras, Profesor de Biología de la Universidad de Costa Rica, 16 de Noviembre de 1993.

21 Tribunal Superior Agrario, N° 557 de 13 H. 05 del 14 de Agosto de 1992. Ordinario de M.M.V.CH. contra M.U.V. y otros. Nota del Juez Gilberth Oconitrillo.

22 "...; la tutela de los recursos naturales ha sufrido avances significativos en los últimos tiempos; los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y desarrollo jurisprudencial han provocado cambios en la legislación interna tendientes a proteger el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; los cambios en la legislación han alcanzado a la propia constitución y actualmente se concibe al derecho al ambiente como un verdadero derecho humano; el desarrollo en este tema ha sido tal que se ha podido formular una verdadera clasificación jurídica: el derecho ecológico." Sala Constitucional, N° 4587-97 de 15 H. 45 del 5 de agosto de 1997. Acción de Inconstitucionalidad de S. F. S. A.

reivindicación y, en materia penal, usurpación y daños.²³

Hay que tomar en cuenta dos circunstancias propias de la posesión que estudiamos: 1- el fin último de la protección debe ser la conservación de los ecosistemas y 2- los actos perturbatorios, que presentan particularidades originales.²⁴

Como la dirección final de la posesión ecológica es el resguardo de la salud y la vida del hombre, a través de un equilibrio ecológico, el cual se pretende alcanzar con la preservación de los ecosistemas, es con esa orientación que debe darse el amparo de los órganos judiciales.

El acto perturbatorio -entonces- consistirá en un daño al ambiente que menoscabe -además- los derechos de un poseedor ecológico. La acción de los tribunales deberá presentar un doble sentido: la eliminación del daño y el cuidado al derecho del poseedor.

“No podemos desconocer la actualidad y aplicación de éstos conceptos en Costa Rica. El artículo 7 de la Ley de Informaciones Posesorias reconoce la protección de los bosques como posesión necesaria para alcanzar el derecho de propiedad sobre los terrenos en donde éstos se encuentran.”²⁵

Inclusive el Voto N°99 del Tribunal Superior Agrario, en mil novecientos noventa y dos, estableció la necesidad de conservar el bosque para que el poseedor, de conformidad con el artículo siete indicado, pueda adquirir un título de propiedad mediante Información Posesoria.²⁶

CONCLUSIONES

En estos momentos, luego de finiquitado el desarrollo del trabajo, es oportuno presentar las ideas fundamentales que se asoman en virtud de todo lo referido:

- Resultan aplicables a la especial posesión estudiada criterios divergentes a los tradicionales, de allí la posibilidad protectora.
- La función conservativa, generada por la Posesión Ecológica, normalmente se caracteriza por omisiones intencionales.
- La figura en examen, dirigida a proteger ecosistemas, y en último caso la salud y vida del hombre, genera particulares consideraciones tratándose de su animus y corpus.

23 “Esta abierta la discusión de si la legitimación activa ha de ser especial, y por ende no depender de la realización de actos de producción, sino antes bien de conservación y protección. Sobre la legitimación pasiva, se ha llegado a considerar que los actos perturbatorios de la posesión ecológica no requieren tener la finalidad de despojar al poseedor, sino que bastaría con acciones que hagan peligrar o dañen el equilibrio ecológico.” Ver YGLESIAS M. (Roberto), Op. Cit., p. 49.

24 Ver CHAVERRI BARRANTES, (Danilo), Op. Cit., p.13.

25 Ver CHAVERRI BARRANTES, (Danilo), Op. Cit., p.32

26 Véase Tribunal Superior Agrario, N° 99 de 10 H.40 del 13 de febrero de 1992. Diligencias de Información Posesoria de A.L.J.J. Nota del Juez Álvaro Meza.

- Los bosques de conservación por antonomasia son aptos para el instituto referido.
 - El poseedor ecológico tiene acceso a diferentes procesos, para hacer valer sus derechos, ante daños al ambiente que le perturben en su posesión.
 - El artículo 7, de la Ley de Informaciones Posesorias, permite la vigencia de todas las argumentaciones relativas a la Posesión Ecológica en nuestro medio.
- Así las cosas, consideramos haber constatado las orientaciones expuestas en los inicios de este estudio.

BIBLIOGRAFÍA

CUERPOS NORMATIVOS:

Constitución Política, del 7 de Noviembre de 1949, San José, Publicaciones Jurídicas, Primera Edición, 1995.

Ley de Informaciones Posesorias, N° 139 del 14 de julio de 1941.

ENTREVISTAS:

Entrevista con el Licenciado Danilo Chaverri Barrantes, Juez Agrario de Limón, 13 de Noviembre de 1993.

Entrevista con el Ingeniero Eladio Chaves Sandoval, Jefe Regional del Programa Desarrollo Forestal Campesino, 15 de Febrero de 1994.

Entrevista con el Master Ronald Sánchez Porras, Profesor de Biología de la Universidad de Costa Rica, 16 de Noviembre de 1993.

OBRAS JURÍDICAS:

ARIAS SOSA (Luis Albán), ESQUIVEL SALAZAR (Steven), RIVERA CRUZ (Nacira)
El Bosque y su Titulación, dentro de un contexto de protección del Ambiente, San José, Seminario de Graduación para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994.

CHAVERRI BARRANTES (Danilo)

La Posesión Ecológica, San José, Sistema de Estudios de Posgrado, Especialidad en Derecho Agrario, Universidad de Costa Rica, 1992.

YGLESIAS M. (Roberto)

Aportes a la Propiedad Ecológica o Ecopropiedad, Ivstitia, San Pedro, N° 136-137, 1998, pp.45-49.

RESOLUCIONES JUDICIALES:

Juzgado Agrario de Limón, N° 04 de 13H. 45 del 8 de enero de 1992. Ordinario de F. V. V. contra L. A. S. R. y C. V. G.

Sala Constitucional, N°. 4587-97 de 15 H 45 del 5 de agosto de 1997. Acción de Inconstitucionalidad de S. F. S. A.

Tribunal Superior Agrario, N° 99 de 10 H. 40 del 13 de Febrero de 1992. Diligencias de Información Posesoria de A.L.J.J.

Tribunal Superior Agrario, N° 557 de 13 H. 05 del 14 de Agosto de 1992. Ordinario de M.M.V.CH. contra M.U.V. y otros. Nota del Juez Gilberth Oconitrillo.

CAMBIO CLIMÁTICO Y SERVIDUMBRES AMBIENTALES

MSc. Mario Peña Chacón¹

Tal y como lo recomiendan tanto el Informe Stern² como el Cuarto Reporte de Evaluación del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático³, las políticas nacionales para la lucha contra el calentamiento global deben estar basadas en la prevención, mitigación y adaptación al cambio climático.

Dentro de las políticas sobre mitigación se encuentran aquellas que promueven el uso eficiente de la energía, así como la promoción de nuevas tecnologías para la generación de energía que reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera, tales como energía solar, eólica e hidroeléctrica.

La energía es esencial para el desarrollo económico, es el motor que sustenta todo el sistema económico y social. En el mundo dos mil millones de personas carecen de modernos servicios de energía, y adicionalmente otros dos mil millones poseen un acceso inadecuado a la misma.

La energía solar es una forma de energía renovable que puede ser utilizada para la generación eléctrica y el calentamiento del agua y de edificios. Mientras sus costos de instalación son altos, su mantenimiento es mínimo y no genera ningún tipo de contaminación, por lo que se trata de energía limpia.

Como medida de mitigación ante el cambio climático, sobre todo en la era post Kyoto, todos los Estados deberán promulgar políticas que incentiven a los particulares la utilización de nuevas energías limpias y renovables, donde se destaca la energía solar. Con el fin de garantizar el acceso irrestricto y sin obstáculos a los artefactos recolectores de dicha energía, los Estados deben promulgar disposiciones de carácter normativo que aseguren a aquel que invirtió en un panel solar, y que por tanto genera una externalidad positiva a la sociedad, que su inversión no va a ser menoscabada por terceros que obstaculicen el acceso solar de su propiedad.

El derecho ambiental actual cuenta con herramientas suficientes para garantizar el acceso a este nuevo derecho subjetivo denominado "derecho solar". Como parte de los Derechos Humanos de la tercera generación, el derecho ambiental tiene un carácter transversal. Esto implica que sus valores, principios y normas, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los Estados, nutren e impregnan el entero ordenamiento jurídico. Esto implica que su escala de valores llega a influir necesariamente en la totalidad de las ramas de las Ciencias Jurídicas. Los Derechos Reales, el Derecho Agrario,

1 Consultor legal ambiental, profesor de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, mariopena@racsa.co.cr

2 Nicolas Stern, *The Economics of Climate Change The Stern Review*, Cambridge University Press, 2006.

Derecho Urbanístico e incluso el Derecho de la Propiedad Intelectual, no escapan de tal estela de influencia. Institutos clásicos del Derecho como la propiedad, la posesión, el usufructo y las servidumbres, han sido afectados de tal forma por la axiología ambiental, que hoy en día, se habla de la función ambiental de la propiedad, del instituto de la posesión ambiental, de un nuevo tipo de servidumbres denominadas ambientales y dentro de éstas últimas las novísimas servidumbres solares objeto de este ensayo.

I- DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE.

Las servidumbres tienen su origen en el Derecho Romano⁴ para luego ser retomadas por el Código Civil Francés de 1804. Se definen como aquel derecho real que se impone a un inmueble ajeno, mediante el cual un fundo sirviente queda sometido a un poder real del titular de otro fundo llamado dominante.

Implica la existencia de dos fondos, uno denominado dominante y uno sirviente, siendo el primero aquel que se beneficia del servicio prestado por el segundo, el cual posee la obligación o carga en beneficio de otro fundo.

Consiste en un poder real que implica una limitación de la facultad de goce del inmueble que debe sufrir el propietario del fundo sirviente, a favor del fundo dominante.

Toda servidumbre debe proporcionar alguna ventaja al fundo dominante, aún cuando sea sólo comodidad o placer. Como características más importantes están: la inseparabilidad, indivisibilidad, utilidad, permanencia o perpetuidad y predialidad.

Se clasifican en aparentes y no aparentes, según cuenten o no con signos externos visibles; positivas o negativas, según impongan un hacer o un no hacer al dueño del fundo sirviente; continuas o discontinuas, según requieran o no el ejercicio de una actividad o acto del hombre para su permanencia y forzosas o voluntarias, según si provienen por imposición de ley o por acuerdo de partes.⁵

1.1- Derecho Humanos de Segunda Generación y el Instituto de las Servidumbres

Al igual como aconteció con los institutos jurídicos del derecho de propiedad y posesión, la llegada de los Derechos Humanos de segunda generación⁶ y el derecho agrario

3 Accesible en: <http://www.ipcc.ch/SPM040507.pdf>

4 "Por medio de las servidumbres, los antiguos romanos idearon una manera de obtener más beneficios de la propiedad inmueble, al hacer posible a los propietarios compartir voluntariamente la utilidad de estos con otros seres humanos. Tal vez no imaginada por sus creadores, esa figura jurídica nos ofrece una solución conjunta a las actuales necesidades humanas de producción y de protección" Atmella Cruz, Agustín, "Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales", Editorial Heliconia, 1999.

5 Sobre el tema puede consultarse la obra "Tratado de los bienes" de Alberto Brenes Córdoba.

6 La primera generación de Derechos Humanos es positivizada por el Bill of Rights norteamericano de 1776 y por la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano suscrita en Francia en el año 1789. Se trata de los denominados derechos civiles y políticos, dirigidos a proteger la libertad, seguridad, la integridad física y moral de los individuos. Se caracterizan por ser derechos exclusivos del individuo, sin atención a la sociedad, ni a ningún otro interés, porque deben responder a los derechos individuales, civiles o clásicos de libertad. La segunda generación de Derechos Humanos incorpora los derechos económicos, sociales y culturales, estos hacen referencia a la necesidad que tiene

Continúa en la siguiente página.

influyeron en la transformación del instituto real de la servidumbre. De esta forma, ocurre una separación en el instituto de la servidumbre naciendo las denominadas servidumbres agrarias, aquellas que se crean para servir a la empresa agraria

Las servidumbres agrarias, como derechos reales al servicio del fundo agrario, tienen como finalidad esencial garantizar el ejercicio adecuado de la actividad productiva agraria, entre ellas se encuentran las servidumbres de paso, de abrevadero, de aguas, etc.

II. EL ADVENIMIENTO DE LAS SERVIDUMBRES AMBIENTALES

El advenimiento del derecho ambiental junto con los derechos humanos de tercera generación⁷ llegó a modificar la naturaleza jurídica de las servidumbres, creando un nuevo tipo de éstas, denominadas “servidumbres ambientales o servidumbres ecológicas”, las cuales surgen por la conciencia ambiental de propietarios privados de fundos con aptitud ambiental, con el fin de proteger las riquezas naturales que se encuentran dentro de sus inmuebles.

el hombre de desarrollarse como ser social en igualdad de condiciones. Nacen a raíz del capitalismo salvaje y de lo que se ha conocido como “la explotación del hombre por el hombre.” Su primera incorporación la encontramos en la Constitución Mexicana de Querétaro suscrita en el año 1917, siendo desarrollada también tanto por la Constitución de las Repúblicas Socialista Federativa de Rusia del año 1918 y por la Constitución de la República de Weimar de 1919. El derecho a la educación, a la salud, al trabajo, seguridad social, asociación, huelga y derecho a la familia, forman parte de esta segunda generación de Derechos Humanos. Un sector de la doctrina denomina a esta generación como “derechos de crédito” o sea, aquellos que son invocables por el ciudadano ante el Estado al asumir éste último no ya el papel de garante de la seguridad, (estado gendarme) sino la realización de los objetivos sociales.

- 7 Se trata de derechos colectivos, pues los beneficios que derivan de ellos cubren a la colectividad y no sólo al individuo en particular. La doctrina les ha llamado derechos de la solidaridad por estar concebidos para los pueblos, grupos sociales e individuos en colectivo. Otros han preferido llamarles “derechos de la humanidad” por tener por objeto bienes jurídicos que pertenecen al género humano, a la humanidad como tal, entendiéndose por ésta, no sólo a las generaciones presentes sino que también a las generaciones futuras. Igualmente, se les suele llamar también “intereses difusos”, debido a su característica de no ser necesaria la demostración de violación de un derecho subjetivo para poder reclamarlo. Son derechos que, de manera clara, se identifican con una suerte de actio populares que legitima a cualquier persona, incluso algunas instituciones del Estado, a incoar un proceso de reclamación para la restitución del derecho violado. Al tratarse de derechos colectivos, no pueden ser monopolizados o apropiados por sujetos individuales, pues como se expuso, pertenecen al género humano como un todo. El punto es que se trata de derechos modernos, no bien delimitados, cuyos titulares no son estrictamente personas individuales, sino más bien los pueblos, incluso la humanidad como un todo. De acuerdo a la teoría de los Derechos Humanos, los derechos de tercera generación, están dentro de la categoría de derechos de síntesis, pues para que se hagan efectivos es necesario que en ellos se sintetizan los de primera y segunda generación, en una interconexión necesaria, pues a manera de ejemplo, únicamente se puede tener acceso al medio ambiente sano, cuando el hombre sea libre, se respete su vida, el Estado garantice su educación, su salud, etc. Algunos han caracterizado a la tercera generación de Derechos Humanos con el calificativo de “Soft Rights” o derechos blandos, por carecer de atribuciones tanto de juridicidad como de coercitividad. Lo anterior encuentra su justificación por la escasa positivización de los mismos en las Constituciones Políticas de los distintos Estados, lo que en cierta medida los ha convertido en categorías axiológicas superiores que forman parte de los Principios Generales del Derecho, que ayudan a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento jurídico. La tarea de incorporarlos dentro de las distintas constituciones ha sido lenta, siendo el derecho al ambiente y el derecho al desarrollo los únicos que han tenido eco en una gran cantidad de cartas fundamentales. Dentro de los Derechos Humanos de tercera generación se encuentran el derecho a la protección del ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, libre determinación de los pueblos, patrimonio común de la humanidad, derecho a la comunicación, y por último el megaderecho humano al desarrollo sostenible conformado tanto por el derecho al ambiente como por el derecho al desarrollo.

Tienen su origen en una adaptación del common law, específicamente del instituto denominado “conservation easement” o “environmental easement” Se les puede definir como: “Limitaciones temporales o perpetuas, impuestas voluntariamente a la propiedad privada por sus propietarios para fines ecológicos, que se inscriben en el Registro Público, de manera que resultan vinculantes tanto para el que las impuso como para los subsiguientes adquirentes del inmueble, sea cual sea la causa de la adquisición.”⁸

Consiste en el acuerdo legal entre dos propietarios de inmuebles, por medio del cual, se planifica el tipo de uso futuro que se le dará a uno de los inmuebles, con el fin de proteger y preservar los atributos naturales, el potencial hidrológico, belleza escénica, patrimonio histórico, arqueológico, arquitectónico y cultural del inmueble entre otros.⁹

Necesita obligatoriamente de la existencia de al menos dos fundos, uno sirviente y otro dominante, la determinación de la utilidad de la servidumbre vía contractual, y la relación con ambos fundos.¹⁰ Como características propias se encuentra que son flexibles, pues dependen de la voluntad de los contratantes y de la naturaleza del inmueble, costo-efectivas, políticamente viables y promueven

la protección temporal o perpetua por la vía voluntaria.

El fundo dominante tiene la obligación de dar seguimiento, ya sea por el plazo estipulado o bien de forma perpetua, a las actividades que se desarrollan en el fundo sirviente, de conformidad con el uso convenido en el contrato que crea la servidumbre. Por otra parte, el fundo sirviente debe regular su uso y actividades de conformidad con el plan pactado mediante por ejemplo, la limpieza y mantenimientos a los linderos, permitiendo las inspecciones por parte del propietario del fundo dominante, y realizando la rotulación de la propiedad con fines educativos y científicos.

En el caso costarricense las servidumbres ambientales se crean mediante contrato a través de una escritura pública otorgada ante un Notario Público debiendo ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble. Para deshacerla necesita del consentimiento de ambos propietarios otorgado también en escritura pública, y la inscripción de la cancelación en el Registro de la Propiedad.

De conformidad con la legislación de Costa Rica, las servidumbres son siempre prediales, lo que implica necesariamente que la misma sólo se puede realizar entre fundos, y no a

8 Atmella Cruz, Agustín, “Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales”, Editorial Heliconia, 1999. //

9 “Mediante servidumbres los propietarios pueden compartir voluntariamente determinados usos de sus inmuebles en beneficio de la protección y de la producción. Esto permite que un inmueble, sin perder su productividad, pueda ser objeto de determinadas limitaciones, que contribuyan al destino de otros inmuebles, dedicados a la protección”, Atmella Cruz, Agustín, “Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales”, Editorial Heliconia, 1999.

10 Tal y como lo señalan los tratadistas franceses Planiol y Ripert “no es necesario que los dos predios sean contiguos ni aún vecinos” (Tomo III, IV parte, Capítulo II)

favor o a cargo de sujetos u organizaciones ambientalistas privadas o a favor del Gobierno, como si sucede en otras latitudes.¹¹

Las servidumbres ambientales son indivisibles y se mantienen aún con la venta de la propiedad, de esta forma, el nuevo propietario se encuentra obligado a cumplir con lo convenido por su antecesor.

La servidumbre ecológica puede ser parcial, esto significa que afecte sólo parte del fundo sirviente, pudiendo por tanto el propietario de éste, realizar actividades productivas, turísticas o residenciales en el resto de su propiedad.

La figura de las servidumbres ha incentivado la constitución de los denominados “landtrust” definidas como aquellas organizaciones involucradas en proteger tierras por su valor natural, recreativo, escénico, histórico o productivo, realizando los estudios necesarios para el manejo sostenible de tierras. En el caso costarricense, los “landtrust” han adquirido terrenos en zonas ecológicamente estratégicas, con el fin de crear servidumbres ecológicas que sirvan como corredores biológicos entre zonas protegidas, siendo su deber la inspección periódica y a perpetuidad de los inmuebles sometidos a un uso restrictivo.

Las servidumbres ecológicas encuentran utilidad en terrenos que sirvan como los corredores biológicos, terrenos parches

boscosos o bien senderos ecológicos, fundos con belleza escénica, quintas ecológicas, en fincas deforestadas y erosionadas con aptitud forestal y en aquellos terrenos con potencial hidrológico.

Sus ventajas más importantes son las siguientes:

- Pueden constituirse a perpetuidad,
- Son menos costosas que la compra de terrenos o expropiaciones por parte del Estado,
- Son de carácter voluntario por lo que la intervención estatal es nula, permite al propietario conservar su tierra a título de dueño y continuar con actividades productivas que no afecten los ecosistemas,
- Son flexibles pues se deben ajustar a cada caso en específico y a cada fundo, permiten conservar la biodiversidad, el paisaje, el potencial hidrológico, la riqueza histórica, arqueológica o arquitectónica,
- Permite al propietario del fundo sirviente una remuneración económica a cambio de someterse a un uso controlado de su propiedad,
- Facilita el ecoturismo y ayuda a proteger y conservar el ambiente.

11 El proyecto de ley del Recurso Hídrico de Costa Rica, expediente legislativo número: 14585, en su numeral 138 se autoriza la constitución del derecho real de servidumbre ecológica sobre bienes inmuebles particulares, por partes de sus propietarios, sin la necesaria existencia de un fundo dominante, con el fin de conservar el potencial hidrológico y mantener los servicios ambientales que este brinda a la sociedad en general. En este caso, la servidumbre ecológica se constituirá a favor del Estado costarricense. Como incentivo, el proyecto de ley establece que los propietarios de bienes inmuebles que constituyan esta servidumbre tendrán prioridad en la asignación de recursos por pago de servicios ambientales.

III- SERVIDUMBRES SOLARES

Como parte de las medidas que los Estados deben tomar para mitigar los efectos negativos del Cambio Climático se encuentra la utilización racional y eficiente de la energía y el uso de energías renovables que lleguen a sustituir aquellos procesos de generación de energía que tengan como consecuencia emanaciones de gases de efecto invernadero.

Una de estas energías renovables lo es la energía solar. Mediante la utilización de la radiación solar es posible la producción de energía eléctrica por medio de celdas fotoeléctricas, así como la generación de calor.

Los usos más frecuentes de la energía solar se dan en la generación de electricidad y el calentamiento de agua en hogares y edificios comerciales. Además, puede ser usada para producir a gran escala electricidad por medio de estaciones eléctricas, pero dicho uso aún no es rentable desde una perspectiva económica.

Como ventaja fundamental, la energía solar no produce ningún tipo de contaminación, ya sea por residuos o sónica. La energía solar también puede ser utilizada por la ingeniería civil a la hora de diseñar y construir edificaciones, con el fin de aprovechar al máximo la luz solar durante el día, así como para concentrar el calor derivado de la radiación solar dentro de las edificaciones en la época de invierno y a la vez, reducir el uso de aires acondicionados en el verano mediante la reducción del calor, disminuyendo de esta forma el consumo eléctrico y el uso de combustibles para el calentamiento y enfriamiento de edificaciones.

Los equipos para la recolección de la energía solar, sea para la generación de electricidad o bien el calentamiento del agua, son

denominados paneles o recolectores solares y por lo general, por aspectos técnicos y operacionales, deben ser instalados en los techos de las edificaciones. Los paneles o colectores solares tienen como función la recolección, distribución y almacenamiento de la energía proveniente del sol.

Pueden definirse como aquel artefacto o mecanismo creado por el hombre cuya función principal lo es la transformación de la energía solar en termal, mecánica, química o eléctrica, energía que será utilizada para el calentamiento o bombeo de agua, calentamiento o enfriamiento de edificaciones y la generación de electricidad.

Al estado de la ciencia actual, todo panel o recolector solar requiere acceso libre sin obstáculos a la luz solar, para su eficiente y óptimo funcionamiento. Esto significa que su eficiencia y desempeño se ve menoscabada por la obstrucción que pueden provocar árboles, arbustos, o bien otras edificaciones que generen sombra sobre el panel o recolector solar. A lo anterior debe agregarse el hecho del alto costo de la inversión inicial para su instalación y puesta en operación, inversión que únicamente es recuperada luego del transcurso de varios años mediante el ahorro en la factura eléctrica y de gas natural.

Debido a los dos anteriores factores, es de suma importancia asegurarle a quien invierte en energía solar, y por tanto genera una externalidad positiva, acceso irrestricto sin obstáculos a la luz solar para un uso eficiente y óptimo de su sistema de energía renovable.

Ello puede garantizarse mediante múltiples opciones dentro de las que se encuentran: constitución de servidumbres ambientales-solares; aplicación de las reglas civiles de

la normal tolerancia y la prohibición del uso abusivo del derecho de propiedad; promulgación de normativa que garantice el uso de la energía solar como un derecho subjetivo denominado derecho solar, así como el uso de la planificación urbana como medio para garantizar el acceso a la luz solar.

Para efectos del presente artículo voy a concentrarme únicamente en el primero de los mecanismos antes descritos, sea la constitución de servidumbres solares.

III.i. Conceptualización

Servidumbre solar es el acuerdo legal suscrito entre dos propietarios de inmuebles, por medio del cual, se planifica el tipo de uso futuro que se le dará a uno de los inmuebles (fundo sirviente), con el fin de proteger y preservar el acceso irrestricto a la energía solar por parte del otro bien inmueble. (fundo dominante) Es el derecho de recibir luz solar que posee el fundo dominante a través del fundo sirviente.

Fundo sirviente sería aquel sobre el cual pesa una serie de obligaciones que le prohíbe obstaculizar el acceso solar al fundo dominante. Por su parte, fundo dominante es aquel fundo donde se encuentra instalado un panel o recolector solar el cual, por medio del acuerdo contractual, posee un derecho solar al uso sin obstáculos de la radiación solar para la recolección, distribución y almacenamiento de la energía proveniente del sol, con el fin de transformarla en energía termal, mecánica, química o eléctrica, misma que será utilizada

para el calentamiento o bombeo de agua, calentamiento o enfriamiento de edificaciones y la generación de electricidad.

III.ii. Aspectos relevantes del acuerdo

Al momento de suscribir un contrato de creación de una servidumbre solar, las partes contratantes, sea los propietarios de los fundos, deben al menos tomar en cuenta los siguientes aspectos técnico-legales básicos:

- El acuerdo debe ser por escrito y otorgado ante Notario Público, por tratarse de la constitución de un derecho real que debe necesariamente ser inscrito y registrado en un Registro Nacional o Regional de Bienes Inmuebles, así como constar dentro de la información registral de los inmuebles sometidos con el fin de darle publicidad de su existencia ante terceros.
- Deben describirse los fundos objeto del contrato de servidumbre solar (fundo sirviente y fundo dominante).
- Debe describirse el tipo de panel o recolector solar instalado en el fundo dominante y su posicionamiento respecto al inmueble¹², o bien, debe establecerse un compromiso por parte del propietario del fundo dominante de adquirirlo en un plazo razonable contado a partir de la suscripción del contrato de servidumbre.
- Descripción legal del espacio aéreo que permanecerá sin ningún tipo de obstáculo.¹³

12 Es importante tener en cuenta que de conformidad con el principio de buena fe que debe privar en toda relación contractual, el propietario del fundo dominante debe tomar las medidas necesarias y razonables para colocar el panel o colector solar en una zona de su propiedad que minimice los impactos en la propiedad vecina, incluyendo los impactos visuales que estos generan.

13 Para aspectos meramente teóricos, la doctrina más generalizada establece que el espacio aéreo se extiende hasta cien kilómetros de altitud contados desde el nivel del mar.

Las dimensiones de la porción del espacio aéreo sujeto al derecho de servidumbre convenido debe ser descrito y delimitado en términos de grados mediante ángulos verticales y horizontales, a través de los cuales el acceso solar se extiende sobre el fundo sirviente, así como los punto desde los cuales los ángulos son medidos.

- El espacio aéreo descrito implica una restricción de altura que pesa sobre el fundo sirviente por sobre el cual su propietario no puede obstaculizar el acceso solar del fundo dominante.
- La descripción del espacio aéreo puede incluir las horas y los días del año en donde el panel o recolector solar debe permanecer sin obstáculos, sin que ello signifique las partes puedan pactar que el acceso solar sea de veinticuatro horas, trescientos sesenta y cinco días al año
- Como acciones obstaculizadoras del acceso solar pueden limitarse la construcción de edificaciones hasta cierta altura, o bien restricciones al crecimiento de la vegetación, árboles y arbustos dentro del fundo sirviente.
- Debe establecerse si el contrato de servidumbre solar es suscrito a título gratuito u oneroso, en éste último caso, la forma de compensación económica pactada a favor del propietario del fundo sirviente.
- Existe la posibilidad de crear servidumbres mutuas o recíprocas entre dos fundos, por

medio de las cuales ambos son a la vez dominantes y sirvientes, en el eventual caso que ambos posean o pretendan implementar un sistema de recolección solar.

- Términos y condiciones bajo las cuales las partes pueden revisar o bien dar por terminado el contrato de servidumbre solar, como lo podrían ser la no instalación y puesta en operación del colector solar en el plazo definido por las partes, o bien su no utilización, destrucción o remoción.

III.3. Incumplimiento de obligaciones contraídas

Para la defensa del derecho real de servidumbre, incluyendo las novedosas servidumbres ambientales-solares, los ordenamientos jurídicos de origen romano-germánico, nos proveen de acciones reales judiciales, tales como la acción negatoria y la interdictal.

III.3.1. Acción Negatoria.

La acción negatoria compete a los poseedores de inmuebles contra los que les impidiesen la libertad de ejercicio de los derechos reales, a fin que esa libertad les sea restablecida. Se persigue el restablecimiento y plenitud de derechos reales y servidumbres contra actos que impidan su plenitud y libertad.¹⁴

La acción tiene por objeto privar al demandado de todo ulterior ejercicio de un derecho real, así como la reparación de los perjuicios, y también asegurar su abstención. Su uso más común

¹⁴ Sobre el tema puede consultarse el ensayo "El Principio Preventivo en el Derecho Ambiental" del connotado jurista argentino Néstor Cafferatta.

es hacer cesar una servidumbre que otro ha usurpado. Se trataría de perturbaciones que afectan el goce pacífico, sin que exista una clara intención de despojo. Se ejerce contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque se trate del propietario del inmueble.

Persigue la remoción del hecho motivante de su interposición, la adopción de medidas tendientes a evitar futuras perturbaciones, así como pretensión resarcitoria de los perjuicios causados, por tanto, despliega efectos a futuro y se constituye en una medida de prevención, mediante la abstención de perturbar.

Quien invoca acción negatoria debe probar: la titularidad o dominio de derecho real invocado, posesión actual del inmueble afectado y la existencia de un acto que implique perturbación en el goce pacífico de la cosa.

En doctrina la acción negatoria se admite para repelar las molestias ecológicas en ciernes. Las pretensiones principales de la acción negatoria consistentes en cesación y abstención, encuadran perfectamente con el anhelo del derecho ambiental de prevenir daños futuros, basta para poder ejercitarla la sola perturbación medio ambiental, por tanto, no exige la existencia de daños derivados de la perturbación.

Tal y como lo expresa el Dr. Néstor Cafferatta, la acción negatoria serviría para paralizar actividades que ocasionan perturbaciones ilegítimas al derecho del actor, así como obligar al demandado a abstenerse de realizar en el inmueble otras actividades perturbadoras.

III.3.2. Acción Interdictal

El objeto del proceso interdictal se refiere a cuestiones de posesión de bienes inmuebles. En el

fondo se debate la posesión real y momentánea, y por ende, se excluye cualquier pretensión sobre propiedad o posesión definitiva.

Interesa quien se encuentra en posesión, sin importar la buena o mala fe de la misma, o bien su condición de propietario o no. Esta vía protege a quien posee, y la prueba debe limitarse únicamente a ello.

En el ordenamiento costarricense existen cinco tipos de interdictos; amparo posesión, restitución, reposición de mojones, suspensión de obra nueva, derribo. El artículo 460 Código Procesal Civil permite como pretensión material en un interdicto, la condena en daños y perjuicios, siempre y cuando la sentencia sea estimatoria. La petición es en abstracto y es en proceso de ejecución de sentencia donde se cuantifica, por el mismo juez y dentro del mismo expediente.

Según la regla del 458 del Código Procesal Civil costarricense existe un plazo de caducidad de tres meses para interponer la demanda interdictal contados a partir del inicio del acto perturbador o de las obras. Se trata entonces de un proceso sumario donde la falta de oposición no genera auto-sentencia estimatoria, donde la parte actora debe probar posesión actual y momentánea así como los hechos denunciados.

El interdicto de amparo de posesión procede cuando el que se halla en posesión o tenencia de una cosa es perturbado en ella por actos que le inquieten y que manifiesten la intención de despojarlo. Se estimará que hay intención de despojo, siempre que el responsable de los hechos que se demandan haya conocido o debió conocer sus consecuencias lesivas del derecho ajeno.

Está basado en el la norma sustantiva del 309 Código Civil que al efecto reza: “Al que perturbare o molestare a otro en su posesión le prevendrá el juez que se abstenga de hacer agravio al poseedor, bajo apercibimiento de que en caso contrario se le aplicarán las penas con que la ley castiga el delito de desobediencia” Como puede observarse fácilmente el artículo 461 del Código Procesal Civil agrega un elemento que no contiene el 309 del Código Civil: “actos que manifiesten la intención de despojo” Posesión puede ser perturbada por actos realizados en fundo colindante o cercano, proveniente de inmisiones tales como humo, ruido, polvos, malos olores, así como por la privación de un derecho de servidumbre.

La jurisprudencia costarricense ha sido uniforme respecto a la protección posesoria del derecho real de servidumbre. El artículo 462 del Código Procesal Civil ¹⁵ que remite a los artículos 307 y 308 del Código Civil¹⁶, sólo conceden la vía interdictal cuando las servidumbres se encuentren debidamente inscritas en el Registro Público de la Propiedad Inmueble, de lo contrario, cualquier problema debe debatirse en un proceso declarativo mediante la acción negatoria.

III.3.3. Disposiciones contractuales.

Además de las acciones reales de protección del derecho de servidumbre antes descritas,

nada obsta para que las partes contratantes puedan estipular a priori, que tipo de sanciones pesarían sobre ellas en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de constitución de servidumbre, dentro de las cuales es perfectamente posible el establecimiento de cláusulas penales, o bien el sometimiento de la disputa algún tipo de resolución alternativa de conflicto tal como conciliación o bien arbitraje.

CONCLUSIONES

El cambio climático dejó de ser un fenómeno posible, incierto, dubitativo, para convertirse en un hecho real, inminente y científico. Sus efectos negativos ya los estamos empezando a padecer, y es de esperar su incremento en las próximas décadas.

El derecho ambiental debe entonces intentar colaborar con la prevención, mitigación y adaptación de la humanidad al cambio climático. El instituto romano de las servidumbres puede ser interpretado y utilizado para cumplir dicho fin.

Como se ha visto, la servidumbre ecológica es un instituto propio del derecho ambiental, cuya finalidad es la conservación, la protección y el uso sostenible de fundos con aptitud ambiental para alcanzar el tan deseado

15 Artículo 462 del Código Procesal Civil: “Si la demanda se dirigiera contra el que inmediata y anteriormente poseyó como dueño, o versare sobre servidumbres continuas no aparentes, o sobre discontinuas, se aplicará lo dicho en los artículos 307 y 308 del Código Civil, respectivamente”.

16 Artículo 307 del Código Civil: “Para obtener la protección de la autoridad basta probar el hecho de ser poseedor, salvo que el reclamo sea contra el que inmediata y anteriormente poseyó como dueño; en este caso, debe quien solicita la protección, probar también, o que por más de un año ha poseído pública y pacíficamente como dueño, o que tiene otro cualquiera legítimo título para poseer”. Artículo 308 del Código Civil: “Tratándose de servidumbres continuas no aparentes, o de servidumbres discontinuas, el reclamo, para ser atendido, debe fundarse en título que provenga del propietario del fundo sirviente, o de aquellos de quienes éste lo hubo”.

equilibrio ecológico. Permite que sujetos privados con conciencia ambiental sometan sus fundo a un uso sostenible con fines meramente ambientales así como científicos y educativos, ya sea a título gratuito o a cambio de una remuneración económica, brindando servicios ambientales a la colectividad, sin que el fundo llegue a salir del dominio particular, lo que implica que el propietario está facultado a continuar con actividades económicas que no contravengan las disposiciones pactadas en el contrato que crea la servidumbre.

Las recientemente nacidas a la vida jurídica servidumbres ambientales-solares, se convierten en un instrumento sumamente óptimo y fácil de ejecutar que permite, sin intervención estatal, garantizarles a los propietarios privados de fundos, un uso eficiente y renovable de energía limpia como lo es la solar. Por supuesto, que no debe ser la única herramienta a utilizar e implementar, y es entonces a los Estados a los que competará la creación de otro tipo de normas jurídicas que aseguren un nuevo derecho subjetivo denominado “derecho solar”.

BIBLIOGRAFÍA

Atmella Cruz, A, “Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales”, Editorial Heliconia, 1999.

Cafferatta, N., “El Principio de Prevención en el Derecho Ambiental, Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexis, Instituto de Derecho para un Planeta Verde, Argentina. 2004.

Peña Chacón, M., “La transversalidad del derecho ambiental y su influencia en el instituto de la propiedad y otros derechos reales”, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, junio 2003, número 96, Edición Especial de Octavo Aniversario, México, en Revista Digital de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, segunda edición, abril 2004, Paraguay, www.idea.org.py/rda/, en elDial.com Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, martes 15 de agosto de 2006, año IX, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp y en Ciberjure Portal Jurídico Peruano, www.ciberjure.com.pe. 15 de agosto de 2006, Perú.

Peña Chacón, M. “Derechos Humanos y Medio Ambiente” Revista Lex Difusión y Análisis, año VIII, agosto 2004, número 110, México. Revista Digital de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, número 4, noviembre de 2004, Paraguay, www.idea.org.py/rda/, en Revista Direito Ambiental número 39, año 10, noviembre 2005, Brasil, Revista Policy Matters the Journal of CEESP (IUCN), número 15, julio 2007, accesible en la red internet en la siguiente dirección: <http://www.iucn.org/themes/ceesp/Publications/newsletter/PM15.pdf>

Ottinger, Richard L., “UNEP Handbook for drafting Laws on Energy Efficiency and Renewable Energy Resources”, UNEP, 2007.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 34502