

# COMENTARIOS EN RELACIÓN CON LA REFORMA OPERADA A LA LEY DE PROTECCIÓN AL REPRESENTANTE DE CASAS EXTRANJERAS, N° 6209 Y DEROGACIÓN DEL INCISO B) DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LEY N° 3284.

*Lic. Carlos José Carrera Castillo\**

## **I- INTRODUCCIÓN:**

Dentro de los compromisos suscritos y asumidos por la República de Costa Rica, con ocasión de la aprobación mediante **Referendo** del Tratado de Libre Comercio con República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (en lo sucesivo, indistintamente **TLC o CAFTA**), en el capítulo 11, anexo 11.13 (compromisos específicos, la sección a) del Tratado relacionado, encontramos la obligación de derogar parcialmente y modificar o reformar la Ley N° 6209 (Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras) y el artículo 361 inciso b) del Código de Comercio.

Mediante **Ley N° 8629** publicada en La Gaceta N° 243 del 18 de diciembre de 2007, ha operado una reforma de la Ley N° 6209 sobre la premisa de adecuar la legislación interna a los compromisos adquiridos por Costa Rica dentro del Tratado de Libre Comercio o CAFTA.

Pretendemos desarrollar en este artículo, haciendo comentarios y glosando las modificaciones, reformas, adiciones y derogatorias al texto legal citado, para los efectos de describir de manera general la nueva regulación sobre ésta materia y las reformas y adiciones legislativas que introduce.

## **II- REFORMAS:**

El artículo 1° de la Ley N° 8629, reforma en primer lugar el inciso e) del artículo 4° de la Ley N° 6209, consistente en introducir un nuevo apartado que contiene el siguiente supuesto:

*“Artículo 4.- Son causas justas para la terminación del contrato de representación, distribución o fabricación, con responsabilidad para la casa extranjera:..e) El nombramiento de un nuevo representante, distribuidor o fabricante, cuando los afectados hayan ejercido la representación,*

---

\* Posgrado de Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica.  
Profesor de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

*distribución o fabricación en forma exclusiva y tal exclusividad haya sido pactada expresamente en el contrato respectivo. (lo subrayado no es del original).*

Lo destacado constituye el agregado que contiene la reforma legal realizada. En el texto original del **TLC o CAFTA**, capítulo 11, anexo 11.13, sección a), apartado 2, punto c), se dispone el término “*explícitamente*” en lugar de “*expresamente*” como ha quedado en el artículo 4 inciso e) de la Ley.

Se incluye, a partir de la entrada en vigencia de ésta ley, que para alegar o invocar ésta causal (nombramiento de un nuevo representante, distribuidor o fabricante en el territorio nacional) **debe** la casa nacional demostrar o comprobar la existencia de una cláusula o disposición convencional en la que se haya pactado con la casa extranjera de manera expresa (no tácita o verbal) la “**exclusividad**” de la representación, distribución o fabricación.

Desde el punto de vista de los contratos de colaboración empresarial, entre los que sobresalen la agencia y distribución comercial, el legislador nacional, en principio, no ha considerado los caracteres **consensual y no formal** que le reconoce la doctrina mercantil a este tipo de contratos (1) (**MARZORATI**, Osvaldo J. Sistemas de distribución comercial. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1° reimpresión, 1992, páginas 62 y 63. En igual sentido: **FARINA**, Juan M. Contratos Comerciales Modernos, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2° edición actualizada y ampliada, 1997, páginas 415 y 416, sostiene que: “ *El contrato de distribución es un contrato consensual, en el cual impera la libertad de formas*). Nuestra

legislación, afirmamos, al exigir la forma expresa impone la escritura como criterio probatorio de la existencia del “pacto de exclusividad”, lo que viene a contrariar lo que ha sostenido un sector calificado de la doctrina. La exclusividad es un *elemento natural* del contrato de distribución comercial y **MARZORATI** sobre el tema ha expresado: “*La cláusula de exclusividad puede ser estipulada o no, tal como ocurre en gran variedad de contratos, y ser unilateral o bilateral*” (2) **MARZORATI**, en su *ibid*, pág. 66. Es decir, la “exclusividad”, no necesita ser pactada de manera expresa, dado los caracteres consensual y no formal del contrato, que prevén como posible la conclusión (perfección) del contrato de manera tácita y verbal.

El numeral 411 del Código de Comercio regula el principio de libertad de la forma de los contratos comerciales, al estipular genéricamente que no están sujetos, para su validez a formalidades especiales, sin embargo, ese precepto reconoce las excepciones a esta norma general, entre ellas las previstas por las leyes especiales que exigen o requieran formalidades o solemnidades especiales, lo que se desarrolla en los subsiguientes artículos 412 a 414 del Código de Comercio y en el artículo 4 inciso e) de la Ley N° 8629. Así las cosas, siendo una excepción al principio general de libertad de la forma, la exigencia del pacto expreso a propósito de la “exclusividad” queda cubierta por lo previsto en el Código de Comercio. Entonces, según nuestra opinión, ha operado la supresión de la denominada “*exclusividad de hecho*” o “contrato realidad” que ha sido reconocida por algunos fallos de nuestros Tribunales de Justicia (ver, **Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia**, N° 941, de las 16:16 horas del 20 de diciembre de 2000),

es decir, aquella originada tácitamente como consecuencia de prácticas consuetudinarias entre las partes.

El fundamento para establecer el “**pacto de exclusividad**” de manera expresa encuentra su explicación en las siguientes razones:

**a)** La asunción del compromiso de Costa Rica con la aprobación del Tratado de Libre Comercio (NAFTA), en tanto, se adquieren obligaciones en el capítulo 11, sobre comercio transfronterizo de servicios, específicamente, en el anexo 11.13, que se denomina compromisos específicos, la sección a) de Costa Rica y particularmente responde al párrafo segundo inciso c), en donde se establece que Costa Rica deberá adecuar un nuevo régimen legal y donde el inciso c), que la operación se entenderá exclusiva sólo si el contrato explícitamente establece que la relación es exclusiva, b) por lo dispuesto en los artículos 10 y 12 de la Ley de Promoción Efectiva de la Competencia y Defensa del Consumidor (Ley N° 7472) que las consideran prácticas monopolísticas relativas.

Retomando el tema de la forma expresa en relación con la cláusula de exclusividad, estimamos que la interpretación que procede en relación con ese tópico es la que exponemos: No debemos llevar a extremos la exigencia de la forma escrita para todo el contenido del contrato; tal requisito está previsto limitadamente a la “cláusula de exclusividad”. Ello significa que la relación convencional puede pactarse entre la casa nacional y extranjera en forma consensual, de manera tácita incluso verbalmente. La necesidad de contar con la “cláusula de exclusividad”, de manera expresa, opera solamente para el caso de la terminación del

contrato por el nombramiento de un nuevo distribuidor, representante o fabricante y cuando la casa nacional alegue ese motivo o razón para la finalización de la relación contractual. Estimamos, que la “cláusula de exclusividad” expresa puede ser demostrada al amparo del canon 413 del Código de Comercio mediante cartas, telegramas o facsímiles, siempre que el original esté firmado por el remitente, o se pruebe que han sido debidamente autorizados por este. También, dentro de esa categoría debe incluirse el correo electrónico o cualquier otro medio electrónico que sea susceptible de ser probado dentro del proceso judicial (artículo 431 del Código de Comercio y 368 del C.P.C.). La forma escrita para los efectos de interpretación y comprobación de la existencia de la “cláusula de exclusividad” resulta recomendable, sin embargo, dentro de las relaciones comerciales, como consecuencia de los usos y costumbres mercantiles (artículo 2° del Código de Comercio) en ciertos casos, esas convenciones que incorporaran la “exclusividad” se perfeccionan sin recurrir a la forma escrita, siendo que nuestro legislador ha dejado éstas últimas sin tutela o protección para el supuesto de una terminación por nombramiento de otro distribuidor o representante por la Casa Extranjera en el territorio nacional.

La “cláusula de exclusividad” es válida solamente entre las partes contratantes pero no es oponible a terceros (3) **MARZORATI**, *ibid*, pág. 95. En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional en el fallo de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 216 de las 15:30 horas del 6 del 12 de 1991: “*El contrato realizado entre P. M. S.A. y T. M. C. surte efectos legales únicamente entre las partes contratantes, sin que puedan alcanzar a terceros ni derivarse*

*de él que la exclusividad otorgada a la actora, vede a otras personas o empresas la importación y venta de los vehículos con la relacionada marca”.*

No se regula o se prevé con la reforma legal operada, el supuesto de hecho cuando la Casa Matriz termina la relación convencional con el distribuidor, representante o fabricante nacional y decide instalarse ella, o por medio de una sociedad nacional por acciones que controla mediante la propiedad de su capital accionario u otro tipo de control. Esta última hipótesis, sostenemos, queda cubierta por el inciso e) del artículo 4° de la ley, en tanto, se reputará como nuevo distribuidor, representante o fabricante, independientemente del propietario de las acciones o quien ejerza el control sobre ella, dado que la ley no distingue ese supuesto. En el caso de nombramiento de la Casa Matriz por sí misma o inscribiéndose como sociedad extranjera (226 a 232 del Código de Comercio) para desarrollar la actividad que realizaba la casa nacional en el territorio nacional la situación ha quedado aparentemente sin tutela, salvo que se interprete extensivamente el mencionado precepto.

En otro orden de ideas, la tendencia actual, según nuestra experiencia, aunque sea limitado a los contratos de distribución, ha sido la concesión de la “*distribución no exclusiva*” de los bienes o servicios por la Casa Extranjera al representante o distribuidor nacional. La reforma legal ha operado en beneficio de la Casa Extranjera y en detrimento de la nacional, en virtud que ante supuestos de ausencia de “cláusula de exclusividad expresa” desaparece la obligación de indemnizar o resarcir al distribuidor nacional ante el nombramiento

de un nuevo distribuidor en el territorio o en su caso de uno o varios co-distribuidores no exclusivos.

**b)** La otra reforma que determina el texto de la nueva ley está contenida en el artículo 7. Dice el artículo en su actual versión:

*“Los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta Ley, serán irrenunciables.*

*La ausencia de una disposición expresa en un contrato de representación, distribución o fabricación para la solución de disputas, presumirá que las partes tuvieron la intención de dirimir cualquier disputa por medio de un arbitraje vinculante. Dicho arbitraje podrá desarrollarse en Costa Rica. No obstante, la presunción de someter una disputa a arbitraje no aplicará cuando una de las partes objete el arbitraje”.*

Se mantiene el carácter de “**irrenunciabilidad**” de los derechos, aunque con la reforma legal, los derechos que otrora tenía la Casa Nacional han sido desmejorados o atenuados con esta nueva legislación.

En relación con el tema de la “**cláusula compromisoria**” o de arbitraje legal, presunta o implícita que introduce el ordinal relacionado, que fue objeto de amplia discusión en la Comisión Dictaminadora de la Asamblea Legislativa, estimamos que no tiene la relevancia o trascendencia que en principio se le pretendió atribuir. La polémica se suscitó en relación con la redacción del tema si el arbitraje debería ser (utilizando la forma imperativa) celebrado en Costa Rica o de manera facultativa o potestativa (podrá ser). Finalmente prevaleció la última tesis o posición y se empleó el verbo

“podrá”. Para fundamentar esta posición se esgrimieron aspectos tales como los Tratados internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica (4) (Los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio contenidas en el Acta de Marrakech, acta final, por lo que se incorporan los resultados de la Ronda de Uruguay, de Negociaciones Comerciales Multilaterales, suscrito el 15 de abril de 1994, que fue aprobado aquí en el país mediante la Ley N.º 7475. El Convenio sobre Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones entre Estados y Naciones de otro Estado, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965 y que en el país fue aprobado el 16 de abril de 1993, mediante la Ley N.º 7333. El Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones suscrito en Seúl el 11 de octubre de 1985, incorporado al derecho interno mediante la Ley N.º 7318 del 27 de octubre de 1992. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrita en Washington en 1958, con la adhesión de Costa Rica aprobada mediante la Ley N.º 6157 del 2 de diciembre de 1977.

Iguals regulaciones hay en materia de fomento y protección recíproca de inversiones, catorce convenios rigen esta materia, que son: el Tratado entre Alemania y Costa Rica, sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones y su Protocolo Incorporado por la Ley N.º 7695; el Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, incorporado al país en su ordenamiento interno por Ley N.º 8068. El Acuerdo entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de Canadá, Ley N.º 7880, incorporado al país el acuerdo de la República de Costa Rica y la República

de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, incorporado por Ley N.º 7748. El Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República de China, Ley N.º 7994. El Acuerdo entre Costa Rica y el Gobierno de Corea, para la promoción y protección recíproca, Ley N.º 8217. Acuerdo entre Costa Rica y el Reino de España, Ley N.º 7869. Acuerdo entre Costa Rica y la República Francesa, Ley N.º 7691. Acuerdo entre el Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Ley N.º 7715, es la Ley que autorizó la incorporación al Derecho Interno. El Acuerdo entre Costa Rica y el Reino de los Países Bajos, Ley N.º 8081. La Ley N.º 8076, Acuerdo con la República Checa. La Ley N.º 8218 con Suiza. La Ley N.º 8069 con Paraguay y la Ley N.º 8067 con Venezuela. Legislación interna (Ley de Resolución Alternativa de Conflictos), el numeral 43 de la Constitución Política, que limitaban la imposición del arbitraje doméstico en forma obligatoria.

Analizando con detenimiento la redacción del texto legal aprobado se puede inferir lo siguiente: el arbitraje como medio de solución de disputas queda pactado implícitamente en aquellos contratos en que **“las partes no fijaron expresamente la forma de resolver las controversias”** que se puedan presentar en el desarrollo, interpretación y ejecución del contrato respectivo. Entonces, las partes pueden en el momento de suscribir el contrato excluir de manera expresa la vía del arbitraje a los efectos de no quedar vinculadas por este medio de composición del conflicto que se regula en ausencia de pacto expreso, también es posible regular el supuesto contrario, es decir, estipular la cláusula arbitral para la solución de disputas, ello queda sujeta al principio de autonomía de voluntad.

La cláusula legal que presume la existencia de la cláusula arbitral en el supuesto abordado, no tiene efecto si alguna de las partes objeta su aplicación. Ello significa que la solución en la justicia arbitral dependerá siempre del concurso de voluntades de todas las partes involucradas.

En relación con el tópico acerca del domicilio o lugar del arbitraje ha quedado abierta la posibilidad que se realice en el extranjero. Seguramente, la Casa Extranjera exija como requisito *"sine qua non"* para conceder la distribución, fabricación o representación al nacional que se pacte la cláusula de arbitraje internacional, sea allende de nuestras fronteras con todas las dificultades y costos excesivos que ello provoca al nacional, lo que se revela en una desprotección de este como consecuencia de la globalización. La doctrina extranjera abordando la verticalidad de este tipo de convenios ha señalado: *"En estos contratos, las condiciones son impuestas por la parte dominante mediante cláusulas predispuestas que colocan al distribuidor (o concesionario o franquiciado) a su absoluta voluntad, estipulando plazos cortos de duración y condiciones de "preaviso" que configuran el abuso de ese poder en la contratación"*. FARINA, Juan M. Resolución del contrato en los sistemas de distribución. Buenos Aires, Editorial Astrea, pág. 22

### **III- ADICIONES.**

Se incorpora al artículo 4° de la ley de marras (causas justas para la terminación de la relación contractual con responsabilidad de la casa extranjera), los incisos i) y j), que regulan como motivos o causales constitutivas de responsabilidad de la casa extranjera:

*"la terminación del contrato antes del vencimiento del plazo acordado por las partes o no otorgar el aviso previo establecido en el contrato" y " la terminación del contrato no notificada al representante, distribuidor o fabricante al menos con diez meses de anticipación, cuando el contrato no indique fecha de vencimiento o en ausencia de disposición respecto al aviso previo".*

La adición de los nuevos incisos i) y j) incorpora en ésta legislación la figura del "preaviso" o "aviso previo", tanto para los contratos con o sin plazo determinado. En realidad, esta norma debe ubicarse dentro del principio de la buena fe contractual que debe estar impregnada en el contrato (artículo 21 Código Civil). La omisión o falta de comunicación en los plazos fijados convencionalmente o en su ausencia el plazo legal generan responsabilidad a la Casa Extranjera y surge un derecho resarcitorio a favor de la Casa Nacional.

Cabe advertir, que en Costa Rica por vía de jurisprudencia (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 1, de las 15:00 horas del 5 de enero de 1994,) se había venido resolviendo el tema del aviso previo como causa o motivo que debe tenerse en consideración en el momento de dictar la decisión de fondo en torno a conflictos en que debe aplicarse la Ley N° 6209, así: "La relación instaurada entre las partes lo fue sin plazo definido. Ante esta situación, como bien lo señala el Tribunal Superior, no es admisible mantener vinculadas a las partes en forma indefinida. Por ello, tratándose de este tipo de relación obligatoria, es admisible la decisión unilateral de una de las partes como causa de extinción del contrato. Se trata de una facultad que no tiene que fundarse

en ninguna causa especial...Claro está, el ejercicio de esta facultad debe realizarse mediante una declaración de voluntad que ha de ser recepticia y, además, de buena fe, **respetando un plazo de preaviso, el cual si no ha sido expresamente establecido en la reglamentación contractual, deberá regirse por los usos y costumbres o por el tiempo necesario para que, dada la naturaleza de la relación comercial que se quiera finalizar, la otra parte pueda tomar las medidas oportunas sin ser sorprendida por la decisión unilateral de la otra**...Asimismo, la doctrina jurídica que ha analizado este tipo de contrato, concuerda en afirmar que una de las causas de extinción de la relación de distribución, cuando no exista un término final, es precisamente la voluntad unilateral de cualquiera de las partes, dando un aviso oportuno antes de la terminación del vínculo. El plazo de preaviso dado por la demandada para concluir la relación, dada las circunstancias del contrato de distribución existente entre las partes, permitía al actor tomar las medidas oportunas para reorganizar la actividad...” (lo destacado no es del original). Otra resolución señaló: “quien ejercite esa facultad debe guardar los recaudos necesarios que según la buena fe (artículo 21 del Código Civil) y el principio de equidad, sean requeridos para no infligir daño a la contraparte, **otorgándole un plazo razonable para que anticipe las consecuencias de la cesación adelantada del negocio**, (en este sentido puede consultarse la sentencia de esta Sala N° 153 de las 10 horas 30 minutos del 21 de marzo del 2003), (lo subrayado es suplido). Ver **RES: 000399-F-03. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** de las nueve horas cuarenta minutos del once de julio del dos mil tres. La ley viene a desarrollar en materia de preaviso de manera

explícita requisitos que habían sido previstos por la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales de Justicia.

Procedemos a realizar un análisis acerca de cada uno de los incisos adicionados:

Inciso i): Este inciso prevé dos hipótesis: a) la Casa Matriz termina (revocación) del contrato antes del vencimiento del plazo acordado por las partes. Aquí debe estimarse lo siguiente: la existencia de una relación convencional con plazo determinado o fijado previamente por las partes, y en segundo lugar que se trata de una revocación o terminación contractual “ordinaria”, es decir, donde la Casa Extranjera no alega o invoca ningún motivo o causa justa para terminar el contrato, simplemente ejercita su “facultad” de extinguir unilateralmente la relación contractual. Cuando la Casa Extranjera argumente razones o causas graves, importantes y justificativas (revocación extraordinaria) para dar por terminada la relación, el preaviso previsto en este inciso no resulta necesario o indispensable, quedando a elección de la Casa Extranjera, si argumenta lo previsto en el inciso b) del artículo 5° de la Ley acudir a obtener la declaración judicial previa de la terminación por causa justa, en los demás casos, dar por terminada la relación contractual.

El segundo supuesto (b) que regula el inciso j) del artículo 4° de la Ley consiste en la responsabilidad de la Casa Extranjera por “no otorgar el aviso previo establecido en el contrato”. Amparado en el principio de buena fe contractual, tratándose de una revocación ordinaria, la entidad extranjera debe conceder el preaviso al distribuidor, representante o fabricante nacional acerca de la terminación del contrato en el plazo previsto, fijado o

pactado entre las partes. Conviene abordar un punto no previsto por el legislador en este tema del “aviso previo”. No se establece, a diferencia de lo que sucede en el inciso j) del artículo 4 de la ley de comentario, un plazo de preaviso estipulado legalmente. Tal plazo queda abierto para que sean las partes mediante el “principio de autonomía de voluntad” (1022 del Código Civil) las que lo regulen en definitiva. Se trata de un “preaviso” convencional y decidido por las partes. Su duración puede ser corta, breve, amplia o extensa. En otras legislaciones (Alemania) se establecen plazos escalonados dependiendo de la duración que haya tenido el contrato (artículo 89 del HGB o Código de Comercio de Alemania).

La ley nacional, regula residualmente –según nuestro punto de vista- en caso de ausencia de pacto concreto sobre el plazo del preaviso en los contratos con plazo determinado, al establecer el plazo de 10 meses de anticipación, en ausencia de disposición respecto del aviso previo (artículo 4° inciso j) de la Ley 6209), aunque puede interpretarse perfectamente que esa previsión únicamente se aplica para los contratos con plazo indeterminado y sin regulación específica de preaviso. El punto, en su oportunidad, deberá ser definido por nuestros tribunales.

El Inciso J del artículo 4° de la Ley 6209 regula los casos de: a) terminación no notificada al representante, distribuidor o fabricante al menos con diez meses de anticipación, cuando el contrato no indique fecha de vencimiento, b) o en ausencia de disposición respecto al aviso previo.

El plazo de diez meses de anticipación fue escogido por nuestro legislador, de manera fija, en lugar de acudir a plazos escalonados.

La pregunta en este aspecto consiste en determinar si ese plazo puede ser extendido o disminuido por acuerdo de partes. Estimamos que resulta posible la extensión o ampliación del plazo del preaviso con fundamento en el “*principio de autonomía de voluntad de las partes*”, en tanto, hay ciertas actividades muy específicas y especiales desarrolladas por la casa nacional, en las que el distribuidor, representante o fabricante debe adquirir un “*stock*” o inventario de productos (la mayoría de las veces por imposiciones o metas de ventas de la Casa Matriz), maquinarias y equipos sofisticados, de alta tecnología y sumamente especializados, que tiene utilidad únicamente para prestar dicha actividad o servicio que distribuyen, fabrican o representan, que el plazo de diez meses sería ínfimo o muy exiguo para dar por terminada la relación contractual. En algunas legislaciones se extiende hasta un plazo de 2 años.

Opinamos, que el plazo de diez meses del preaviso, por su carácter coercitivo e imperativo no puede ser disminuido en perjuicio del distribuidor o representante nacional, lo que coincide con la formulación del párrafo primero del artículo 7 de la Ley reformada que mantiene el concepto de la “irrenunciabilidad de derechos” y lo normado en el canon 18 del Código Civil.

Debe observarse que el “aviso previo” queda circunscrito como un deber u obligación de la Casa Extranjera, pues no se reguló la “denuncia” o terminación (unilateral) anticipada del contrato por la Casa Nacional. Somos del criterio o tesis, que existe la misma razón y consiguientemente debe operar la misma solución, por lo que recurriendo a una aplicación analógica de ese precepto normativo ha de considerarse que subyace el deber de

la Casa Nacional (distribuidor, representante o fabricante) de comunicar o informar con la anticipación legal o convencional a la extranjera su propósito o finalidad de terminar el contrato antes del vencimiento del plazo acordado contractualmente.

Otro aspecto que no prevé la reforma legal en esta materia consiste en la “renovación del contrato” celebrado por tiempo determinado en ausencia o falta de preaviso en los plazos pactados. Tampoco regula la situación fáctica de vencido el contrato, las partes de manera consensual deciden mantener y continuar la relación convencional. Para nosotros, en ambas circunstancias, ocurre la “renovación automática” del contrato por el periodo que han previsto las partes al suscribir el contrato, si vuelve a acontecer otra renovación, el contrato se entenderá de plazo indeterminado.

Otra inadvertencia del legislador consiste en no indicar la “forma” del preaviso. Usualmente ocurre la forma escrita, sin embargo, rigiendo en nuestro país el principio de “libertad de la forma” cualquier medio o notificación a la parte (distribuidora o distribuida) será estimada procedente y susceptible de demostración mediante las pruebas conducentes.

El artículo 5° de la Ley incorpora dos nuevos incisos: e) y f) que contienen igual redacción que los incisos i) y j) del artículo 4° de la Ley 6209, con la única diferencia, que su cumplimiento o ejercicio implican la ausencia de responsabilidad para la Casa Extranjera y se erigen como motivo o causas de justificación para dar la Casa Extranjera por finalizada la relación convencional sin tener que indemnizar al representante, distribuidor o fabricante nacional. En el anterior régimen

legal de carácter “tuitivo” y “proteccionista”, antes de la reforma operada, según nuestro punto de vista, la terminación anticipada del contrato a pesar de la notificación o preaviso no traía aparejada la exención de responsabilidad, por el carácter irrenunciable de los derechos y la naturaleza de orden público de la Ley N° 6209, aunque nuestra **Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en decisión muy estrecha y dividida de sus integrantes, en voto de mayoría, (sentencia N° 0062-F-04 de las 10 horas del 30 de enero de 2004,** resolvieron lo contrario, es decir, que si existía pacto o disposición concreta en el contrato acerca que las partes pueden terminar la relación convencional dando un preaviso a la otra, en esos casos, no surgía el deber de la Casa Extranjera de indemnizar al distribuidor o representante nacional, en cuanto, se trataba de una terminación consensualmente prevista en el convenio y que no implicaba una causa ajena a la voluntad del distribuidor, representante o fabricante nacional, salvo que el nacional impugnara la validez y eficacia de esa disposición convencional y alegara la nulidad de la disposición frente a las normas de orden público que regulaba la Ley 6209. Con la reforma operada se logra aparentemente implementar en el texto de la ley, la tesis de mayoría de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto anteriormente citado, es decir, la notificación del preaviso estipulada en el contrato constituye causa justa de terminación de la relación convencional sin ninguna responsabilidad para la Casa Extranjera.

Empero, esa tesis que le atribuye, en palabras de FARINA un “**valor mágico al preaviso**” ( ) FARINA, Juan M. **Resolución del contrato en los sistemas de distribución**, pág. 175., es decir, la completa exención de

responsabilidad del distribuido por haber preavisado al distribuidor, ha recibido serios y agudos cuestionamientos a la jurisprudencia argentina (que se ha expedido en términos similares a la de Costa Rica) por el doctrinario mencionado. El planteamiento de este autor –que compartimos- reside en sustentar la tesis que la ruptura o terminación unilateral del contrato por parte del “distribuido” o “casa extranjera” a pesar del “preaviso” o notificación previa siempre provoca u ocasiona daños y perjuicios al distribuidor, fabricante o representante nacional, dado que el “preaviso” no tiene el mérito de eliminar, enervar o hacer desaparecer estos, por que además debe considerarse que durante el plazo del preaviso subsisten los deberes, derechos, prestaciones y obligaciones establecidas en el contrato y el distribuidor o representante debe continuar con el servicio o distribución que presta a su distribuida. Las sentencias de casación (399-F-03 y 01-94 aquí citadas) le atribuyen un valor significativo y “mágico” al preaviso al estimar que ese plazo debe ser suficiente para que el distribuidor “reorganice” su actividad y anticipe las consecuencias del cese. Entonces, preavisado el distribuidor, no existe obligación de la Casa Extranjera de indemnizar al nacional, ese es el efecto práctico del preaviso. No estamos de acuerdo con esa posición. Existen en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones o preceptos que permiten, aún contra el criterio jurisprudencial relacionado y ahora fundamentado en disposiciones legales, sostener que los daños y perjuicios causados al distribuidor, representante o fabricante nacional a pesar de haber sido preavisado por la Casa Extranjera en los plazos pactados o establecidos legalmente, aún en esos casos, deben ser indemnizados o resarcidos. Debemos aplicar la doctrina

que sustenta el resarcimiento del daño infringido originado en un acto lícito y el numeral 41 de la Constitución Política que obliga a reparar todos los daños causados. En nuestro medio el estimado Dr. Juan Marco Rivero relativo a la responsabilidad por acto lícito ha afirmado: “ *Más importante aún, es la observación de que el derecho civil admite, de manera general, la categoría de la responsabilidad por hecho lícito (categoría que también se aplica al derecho contractual)....Ciertamente, la existencia de la categoría de la responsabilidad por hecho lícito nos demuestra que para que exista responsabilidad civil no es estrictamente necesario que se de la violación de un deber. El que responde civilmente en los casos de responsabilidad por hecho lícito, por definición, no ha lesionado ningún deber, ni general –impuesto por el ordenamiento jurídico-, ni especial, impuesto por una relación jurídico-negocial particular. Como ya se indicó, el juicio de responsabilidad civil por hecho lícito se fundamenta, no en la lesión de un deber que tuvo que ser observado, sino en la lesión de un derecho ajeno. De ahí el concepto de “responsabilidad por el sacrificio”...Es decir, lo que se tiene que indemnizar en estos casos es que el titular del derecho se vio imposibilitado de ejercerlo..”.* **RIVERO SANCHEZ, Juan Marco.** *Responsabilidad Civil. Curso de Derecho Privado. Vol. I, San José, 1ª edición, Mundo Gráfico, 1999, páginas 57 y 58-*. Para aquellos que fundamentan que el “preaviso” tiene el efecto de eximir a la Casa Extranjera de indemnizar a la Casa Nacional, dado que el origen o fundamento de esa exención deriva de la ley, hemos de responder que el daño debe ser resarcido aun en las hipótesis o supuestos de “actuación lícita”, aunque la revocación unilateral (que contradice el principio de “irrevocabilidad

del contrato”) no se puede calificar como un acto lícito y debe en consecuencia indemnizar los daños y perjuicios irrogados o causados. En un porcentaje muy calificado o importante las empresas distribuidoras o representantes se han preparado para desarrollar de manera exclusiva la actividad que distribuyen o representan, han adquirido inventarios, maquinaria, equipos altamente especializados para ejecutar esa función empresarial y no es suficiente avisarle con un plazo de 10 meses de antelación que la relación contractual se extingue y que ese plazo es suficiente para cambiar la actividad que han realizado por mucho tiempo. El daño que se le causa a la empresa es en algunos casos su ruina o desaparición del mercado nacional. Por ello, resulta oportuno citar al profesor Farina cuando señala: *“Según el mencionado fallo (agregamos, aplicables a las sentencias de la Sala Primera de Costa Rica citadas en este artículo), el plazo razonable de “preaviso” tiene por objeto “dar al perjudicado la posibilidad de re-organizar su actividad” Este sería el “reacomodamiento” del cual habla este mismo fallo. El fallo reconoce que, con preaviso o sin él, el distribuidor siempre será un perjudicado (lo hemos destacado precedentemente) pero entiende que – con un aviso previo....- el distribuidor, a pesar de ser un perjudicado, no merece indemnización, pues tendrá tiempo para reorganizar su actividad mediante el “reacomodamiento” de la empresa y de este modo superar su perjuicio. ¡Qué fácil! Es admirable el optimismo que trasunta esta sentencia, totalmente divorciado de la realidad y, además, por que este supuesto “reacomodamiento” resulta prácticamente imposible durante el plazo del preaviso”.* **FARINA.** Juan M. Resolución del Contrato en los sistemas de distribución, págs. 178-179.

El legislador, fue más allá y adicionalmente reguló otras causas justas para la finalización del contrato; en lo sucesivo, *“el vencimiento del plazo acordado por las partes”* constituye motivo suficiente para terminar el contrato. En vigencia de la anterior legislación, el artículo 2° de la Ley N° 6209 (que se ha derogado) previó que “cuando el contrato a plazo llegare a su vencimiento y no fuere prorrogado por causas ajenas a la voluntad de éstos” (distribuidores, representantes y fabricantes nacionales), surgía la obligación de indemnizar por la Casa Extranjera. Tal deber de reparación o indemnización para el nacional supuestamente desaparece con la introducción de ésta nueva regulación, por lo que, el contratante nacional, en lo sucesivo, debe actuar con mucha cautela y prudencia en el momento de negociar una relación convencional con una Casa Extranjera y analizar con sumo cuidado las obligaciones que asume, el plazo del contrato, etc y tener presente que la Casa Matriz puede terminar la relación convencional al vencimiento del plazo establecido o acogerse al plazo del preaviso pactado, sin que para ella surja, en tesis de principio, el deber de indemnización o reparación.

El artículo 5 inciso f) regula los supuestos de terminación del contrato notificada al nacional por lo menos con diez meses de anticipación, cuando el contrato no tenga fecha de vencimiento o en ausencia de disposición respecto del preaviso. Nuevamente subsiste la duda, con la formulación legal final “o en ausencia de disposición respecto al aviso previo”.

Tenemos dos incisos que regulan supuestos diferentes: el inciso e) el contrato con fecha de vencimiento acordada y el f) el contrato sin fecha de vencimiento pactada. La ausencia de disposición respecto al aviso

previo rige para ambos casos, o solamente para el contrato con fecha indeterminada, en cuanto, se encuentra prevista en la redacción del inciso f).

En las hipótesis analizadas de terminación del contrato reguladas en el artículo 5 incisos e) y f), que en lo sucesivo serán consideradas “causas justas” de finalización sin responsabilidad para la Casa Extranjera, aparece un tema adicional que debe ser abordado: *“la recompra o readquisición de las existencias de los productos que tiene en su dominio el distribuidor, fabricante o representante”*. El canon 3 de la Ley N° 6209 conserva su vigencia al no sufrir modificación alguna, razón suficiente para afirmar que a la “cancelación” o terminación del contrato subsiste la obligación de la Casa Extranjera de recompra de los productos, a un precio que incluya los costos de estos productos más el porcentaje razonable de la inversión y que se fija en el Reglamento de la Ley (Artículo 4° inciso b) del Decreto Ejecutivo N° 8599-MEIC de 5 de mayo de 1978). La tesis jurisprudencial imperante en esta materia ha consistido en que esa recompra operaba o se definía su importe hasta en el proceso judicial o en la fase de ejecución del fallo, cuando el proceso lo hubiera ganado el nacional, sin embargo, cabe cuestionarse la redimensión de este asunto, en tanto, al no discutirse de ahora en adelante en la vía judicial estos casos de terminación con justa causa, en qué momento debe acontecer la recompra del producto. Al tenor del texto legal –artículo 3° de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras- debe ser inmediatamente después de la cancelación o finalización de la relación convencional que la Casa Extranjera debe readquirir el producto por el costo más un porcentaje fijado reglamentariamente.

La principal adición a la Ley de Representante de Casas Extranjeras se incorpora mediante la inclusión del artículo 10 bis. Este ordinal viene a sustituir los derogados artículos 2 y 9 de la Ley N° 6209 que se realiza mediante la formulación del artículo 3° de la Ley N° 8269 y que nos ocuparemos posteriormente.

Con la incorporación del artículo 10 bis se elimina toda la doctrina y jurisprudencia que sobre la materia se había dictado en los últimos 39 años de aplicación de la modificada, reformada y adicionada ley de representante de casas extranjeras en relación con el tema de la indemnización tasada o reglada, en virtud que desaparece el sistema de reparación legal y la fórmula de cálculo que regulaba el artículo 2° de la Ley 6209 actualmente derogado.

A partir de la vigencia de la Ley N° 8269, estimamos y afirmamos, que se elimina el régimen “tuitivo” y proteccionista del representante de casas extranjeras y en esencia o sentido estricto para reclamar la indemnización o resarcimiento que le corresponda o pueda corresponder al representante, distribuidor o fabricante nacional se debe acudir a las normas del Código Civil, en tanto, la parte “in fine” del párrafo primero del canon 10 bis remite a dicho cuerpo legal y sus principios. En realidad el primer párrafo del artículo 10 bis tiene gran similitud con las disposiciones contenidas en los preceptos 702 y 704 del Código Civil.

Según la nueva regulación la parte reclamante debe acreditar y demostrar la existencia de todos y cada uno de los daños sufridos, su extensión y cuantía, ante la derogatoria de la fórmula prevista que eximía el deber de demostrar los daños causados.

La reparación, sostiene la legislación actual, cuando se origine en alguna de las disposiciones de ésta ley, será plenaria, global o integral, es decir, se debe indemnizar todos los daños y perjuicios causados o los que necesariamente puedan causarse, por ende, entendemos que es plausible reclamar y pretender una indemnización que comprenda daño emergente, lucro cesante, daño patrimonial y daño moral, lo que de manera categórica y reiterada (con algunas salvedades) fue materia de rechazo por parte de nuestros tribunales, quienes estimaban con fundamento en la legislación derogada (equivocadamente) que tales conceptos se encontraban incorporados en la reparación o fórmula tasada legalmente, entre otras, ha sido la posición de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 752-F, de las 13:30 horas del 5 de octubre de 2006 y de la misma Sala I, la sentencia N° 795-F-S1\_2008 de las 10:15 horas del 27 de noviembre de 2008, en el caso de Centro Cars S.A. contra Volkswagen A.G. y otros.

Al desaparecer la fórmula legal tasada prevista en el artículo 2 de la antigua legislación e introducirse el ordinal 10 bis de la ley, no se han estipulado criterios objetivos al juzgador para que fije el importe de la indemnización, salvo que se entienda por tales, que debe ser con arreglo a la equidad y sana crítica. Los autores **GERSCOVICH y FIEZZONI**, citados por **FARINA** en Resolución del Contrato en los sistemas de distribución, pág. 182, refiriéndose al derecho francés, han manifestado: *“la fijación del monto indemnizatorio es una cuestión de hecho que depende de la antigüedad de la relación aunque de modo diverso: para algunos fallos cuando mayor ha sido la duración menor debe ser la indemnización y en otros pronunciamientos*

*resuelven a la inversa”*, otros prefieren fijar la indemnización tomando en consideración la utilidad que hubiere obtenido la distribuidora de haber continuado normalmente su operación, hasta por un plazo de 36 meses (similar al sistema derogado). Por supuesto, todo va a depender de las pretensiones materiales que soliciten las partes litigantes, ante la indeterminación del artículo 10 bis que pregona una indemnización plenaria o total. Deberá recurrirse, proponemos, como se ha hecho hasta ahora, a la justipreciación por peritos para determinar el monto de la indemnización (sin que exista la fórmula legal) y desconocemos que conceptos o criterios objetivos se consideraran al respecto si el juez al fallar debe aplicar la equidad (artículo 11 del Código Civil) y la sana crítica.

En tema de medidas cautelares se producen cambios significativos. El precepto 10 bis párrafo final, en sustitución de la derogada “suspensión de importaciones” (antiguo artículo 9°) que funcionó como medida coactiva y eficaz a favor o protección de la Casa Nacional, ahora se ha elegido y fijado una garantía pecuniaria (prudencial y proporcional) en el supuesto de ausencia de bienes suficientes en el país para responder a una eventual sentencia condenatoria, cuya sanción a la inobservancia de depositar la garantía prevenida será de naturaleza procesal, o sea, no se escuchará en el proceso mientras no deposite el monto prevenido, medida que se revela inocua y ornamental.

Evidentemente la reforma operada significa la destrucción del régimen proteccionista creado por la Ley N° 6209. La eliminación de la sanción de la “suspensión de importaciones” mediante comunicado a la Dirección General de Hacienda del Ministerio

de Hacienda realizada por el Juzgado constituía un método eficaz y verdadera tutela del interés de la Casa Nacional dado que la omisión del depósito de la garantía traía como consecuencia el “cierre de importaciones” de todos los productos de la Casa Extranjera al territorio nacional. En una época de globalización de los mercados y comercio transnacional libre la sanción legal imperante en nuestro sistema jurídico era gravosa, quizá violatoria y conculcatoria del comercio internacional aunque nunca fue declarada inconstitucional a pesar de varios intentos al respecto.

Debe advertirse que con fundamento en el artículo 4 de la Ley 8269, se conservan y mantienen los **DERECHOS ADQUIRIDOS** al amparo de la Ley 6209, es decir, los contratos celebrados en vigencia de la ley citada, han de resolverse y tramitarse con base en dicho texto legal. Importante resulta citar la posición de nuestros tribunales, concretamente el expresado por el **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA**, sentencia N° 267, de las 9:10 horas del 16 de octubre de 2008, que dispuso: “La ley 6209 de Protección al Representante de Casas Extranjeras número 6209, fue modificada recientemente por la Ley 8269, de 30 de noviembre del dos mil siete, en la cual en forma expresa derogó entre otros los artículos 2 y 9 que fueron mencionados en el considerando número dos de la presente resolución. Ambas normas son aplicables al presente caso, ya que el artículo 4 de la Ley 8269 dispone lo siguiente: “La derogación de los artículos 2 y 9 de la Ley N° 6209, de 9 de marzo de 1978, y sus reformas, no podrá menoscabar ningún derecho adquirido, cuando sea aplicable, derivado de esa legislación o de un contrato o relación comercial establecidos antes de la

publicación de esta Ley”. Lo cual se presenta en esta litis, al encontrarnos ante un contrato previo a la publicación de la derogatoria de los citados artículos...”. En similar sentido, el **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA** confirmó una sentencia en la que el **JUZGADO PRIMERO CIVIL** de San José, había expresado: “Si ello es así, a tenor de lo que dispone el hoy derogado artículo 2 de la Ley de Protección al Representante de Casas extranjeras (pero vigente para efectos de este proceso **dado que esa relación contractual se inició con anterioridad a que esta norma fuere derogada**), la indemnización a que se refieren los apartes cuarto y quinto de esa sentencia debe calcularse sobre la base al equivalente a cuatro meses de utilidad bruta por cada año o fracción de tiempo servido, advirtiendo un plazo de nueve años de servicio como limite máximo para el cálculo aludido” (**SENTENCIA No.40-09. JUZGADO PRIMERO CIVIL** San Jose, a las quince horas cuarenta minutos del veintisiete de julio de dos mil nueve. Esta sentencia fue confirmada por el **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA**.- San José, N°456 a las nueve horas del veintitrés de octubre de dos mil nueve). En la misma orientación puede consultarse la sentencia N° 407-2011 de la **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, de las 11:42 horas del 14 de enero de 2011. Concordamos con los precedentes judiciales, dado que es correcta la interpretación de la norma 4 de la Ley 8269, lo que encuentra respaldo en el artículo 34 de la Constitución Política. Los derechos adquiridos al amparo de la legislación reformada y/o derogada se mantienen y resultan aplicables. La nueva regulación legislativa se aplicará a los contratos o relaciones comerciales iniciadas después de la entrada en vigencia de la Ley 8269.