

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 87

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. 31331

SUMARIO

	Pág
PRESENTACIÓN	5
<i>DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS</i>	
PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CONTROL DE LAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS	11
<i>DR. MAURO MURILLO A.</i>	
CÓDIGO CIVIL: APUNTES SOBRE SU SITUACIÓN ACTUAL Y EVOLUCIÓN EN LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL, COMUNITARIA E INTERNACIONAL	21
<i>DR. ENRIQUE NAPOLEÓN ULATE CHACÓN</i>	
BREVE ACERCAMIENTO AL CONTRATO DE FACTORING	33
<i>LIC. LUIS ALBÁN ARIAS SOSAS</i>	
LOS ÓRGANOS DE LA QUIEBRA	49
<i>LIC. RONALDO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ</i>	
APLICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA A LAS CATEGORÍAS TRIBUTARIAS	83
<i>LIC. CARLOS ANDRÉS D'ALOLIO JIMÉNEZ</i>	
EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL.....	105
<i>LICDA. MARIANELA CARVAJAL CARVAJAL</i>	
REFLEXIONES ACERCA DEL CONCEPTO DE TRAZABILIDAD	125
<i>LICDA. MA. DE LOS ÁNGELES SOLÍS MOYA</i>	
“LA FILOSOFÍA PERSONALISTA EN LA OBRA DE CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO”.	129
<i>DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS</i>	

PRESENTACIÓN

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

En esta ocasión, ofrecemos trabajos sobre Contratación Administrativa, Derecho Civil, Concesión de obra pública, Derecho de Quiebras, Derecho Tributario, Derecho Comercial, Sistemas de trazabilidad y Filosofía del Derecho.

Es un gran honor para la Revista Judicial contar en esta ocasión con el aporte de uno de los grandes maestros del Derecho Público costarricense, el Dr. Mauro Murillo A., quien participa con “Principio Constitucional de Control de las Contrataciones Administrativas”, trabajo donde analiza el contenido de ese control, tema que compromete las cuestiones de la autonomía que corresponde al ente descentralizado y la sujeción a la Constitución, su interpretación y los principios constitucionales, particularmente los contenidos en los artículos 182, 182 y 184 de la Carta Magna. El autor expone, concretamente, la tesis de que la de que los controles puntuales que incidan sobre la validez o eficacia de actos o contratos públicos (menos sobre privados), aun ejercidos por la CGR, no están autorizados en la Constitución si no están específicamente allí dichos. Advierte que si se pretende congruencia con la posición de principio, y la evolución del asunto demuestra que la habrá, toda contratación concursada, de todo ente público o privado que administre fondos públicos, acabará sometida no solo a objeciones a los carteles, apelaciones de adjudicaciones, refrendo del contrato que se formalice, sino también a anulaciones oficiosas y a cualquier otra autorización, aprobación, apelación o cosa parecida que vaya apareciendo, conocida hoy día o no.

El Doctor en Política y Derecho Agrario, Enrique Napoleón Ulate Chacón, Magistrado Suplente de Casación, Miembro del Tribunal Agrario, Ganador del Premio Aquileo J. Echeverría 1999, Premio Alberto Brenes Córdoba 2003-2004, Premio Ulises Odio 2005 y Profesor en la Cátedra de Derecho Privado de la Universidad de Costa Rica, colabora con “Código Civil: Apuntes sobre su situación actual y evolución en la dimensión constitucional, comunitaria e internacional”. El Profesor Ulate asevera que los valores constitucionales constituyen el marco para la interpretación de los derechos civiles y, por ello, la tutela del ambiente, el desarrollo sostenible, la alimentación y solidaridad entre los Pueblos, originan nuevos sujetos de tutela, representantes de intereses colectivos o difusos, cuya amplia legitimación comprende la posibilidad para los privados, o grupos de ellos, acudir no sólo a la jurisdicción constitucional, sino también de demandar directamente ante la justicia comunitaria o internacional. En sus propias palabras: “No es posible seguir interpretando el Código en forma literal o histórica. Se requiere de jueces más estudiosos, más preparados, más instruidos, más civilistas pero también más humanistas. La renovación del método de interpretación tradicional (exegético) por uno sistemático, material y evolutivo es imperiosa.”

“Breve acercamiento al contrato de factoring”, lleva por título el trabajo que nos ha enviado desde San Ramón de Alajuela, el Lic. Luis Albán Arias Sosa, especialista en Derecho Comercial y Profesor de la Universidad de Costa Rica. El Profesor Arias nos introduce en esta nueva modalidad

contractual de transmisión crediticia, complementada con servicios tecno-administrativos mediante un contrato por el cual el cliente, previa notificación a sus deudores, transmite los créditos, provenientes de la explotación de su empresa, por el tiempo acordado, a un factor que paga los mismos, por anticipado o al vencimiento de éstos, asumiendo los riesgos del cobro y reservándose el derecho de seleccionarlos. El autor estudia los elementos del contrato y las diversas modalidades que puede asumir.

Frente a la dispersión normativa en la regulación de la quiebra el Lic. Ronaldo Hernández Hernández, Juez de lo Contencioso Administrativo y especialista en Derecho Comercial de la UCR, nos presenta en forma clara y sistematizada su estudio titulado “Los órganos de la quiebra”. Este aporte se refiere la quiebra en general, a sus presupuestos y a sus notas más caracterizantes. Después de un análisis de la doctrina sobre los diversos órganos de la quiebra, el autor hace alusión a los componentes, derechos y obligaciones de lo que podemos llamar como órganos de la quiebra en el ordenamiento jurídico costarricense y en especial en el Código de Comercio, de todos los cuales el órgano más importante de la quiebra es el Juez, ya que es él quien dirige y finalmente aprueba las actuaciones y acuerdos de los otros órganos, tales como el curador y la junta de acreedores.

“Aplicación de la Prescripción Liberatoria a las Categorías Tributarias” lleva por título el artículo del Lic. Carlos Andrés D’Alolio Jiménez, Juez Supernumerario y especialista en Derecho Comercial de la UCR. Después de recordar algunas nociones generales sobre la eficacia preclusiva de la prescripción negativa, nos muestra que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha reforzado la idea de pérdida de una acción y no del derecho, expresando que no extingue la obligación de impuestos, sino su exigibilidad o determinación. Se trata de un estudio muy bien estructurado y amplio. Entre muchas otras cosas interesantes, nos enseña que el cómputo de la prescripción en materia fiscal tiene una variante respecto del Derecho Común, pues el artículo 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios expresa que el conteo corre desde el primero de enero del año calendario siguiente a aquel en que el tributo debe pagarse. El autor aclara que los precios públicos o tarifas por servicios básicos de agua, alcantarillados, luz y telefonía, no pueden calificar como tasas por la forma monopolística, de no concurrencia en que son prestados (con consecuencias sobre el régimen prescriptivo). Y que los Tribunales de Justicia computan su prescripción y plazos, bajo las reglas del Derecho Común.

En las últimas décadas se ha desarrollado ampliamente una modalidad contractual denominada usualmente “franchising”, que carece de específica regulación en Costa Rica, razón por la cual, ha sido la jurisprudencia la que se ha venido encargando de caracterizarla. Sobre este tema la Licda. Marianela Carvajal Carvajal, especialista en Derecho Comercial de la UCR, participa con “El contrato de franquicia comercial”. La autora explica las clases de Franquicias y sus elementos y nos recuerda la pionera resolución sobre franquicias comerciales dictada por el Lic. Frank Araya Knudsen, Juez Quinto Civil de San José, confirmada por el TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA, en sentencia N. 294 de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en Ordinario Industria de Alimentos del Comal S.A. vs Derivados del Maíz Alimenticio Sociedad Anónima, DEMASA. En tal ocasión el Lic Araya Knudsen,

como características fundamentales de este contrato que conviene recordar citó: “a. exclusividad territorial; b. posibilidad de subfranquicias; c. duración del contrato; d. mínimo de ventas que deberá conseguir el franquiciado, e. fijación del precio de los productos que suministrará el franquiciante al franquiciado cuando exista obligación de suministrar; f. derechos que concede el franquiciante al franquiciado: licencia de marca, prestaciones de know how, suministro de productos, instrucciones técnicas, sistema de comercialización y, en su caso, asistencia técnica; g. autorización al franquiciado y a la vez obligación de éste para el uso del nombre, emblemas, colores, etc; h. pagos del franquiciado al franquiciante, según el tipo de franquicia, i. El franquiciante proporciona manuales que detallan sistemas y procedimientos de operación y proporciona especificaciones sobre: relación con terceros, publicidad y promoción; diseño y construcción del local; muebles, útiles y enseres; equipamiento en general: controles contables sobre la actuación del personal, el pago de impuestos, lista de productos y precios; relaciones con el personal dependiente; contratación y pago de seguros; entrenamiento para el franchisee y su personal, etc; j. el contrato puede prever (sic) el desarrollo de una campaña nacional, regional o local de publicidad y promoción; k. el franchisor puede suministrar productos o servicios, o ambos, al franchisee; l. generalmente el franquiciante limita la elección del lugar para ubicar el establecimiento, pues se produzca una zona adecuada para la mayor y mejor venta del producto y m. es prudente que se prevean las condiciones para la renovación o extinción del contrato y sus causales”. La Licda. Carvajal plantea, además, importantes problemas, como los relacionados con los casos en que resulta aplicable la Ley 6209 o Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, para los supuestos de terminación del contrato y las eventuales indemnizaciones a favor del franquiciado.

La Licda. Ma. de los Ángeles Solís Moya, especialista en Derecho Comercial de la UCR en “Reflexiones acerca del concepto de trazabilidad”, nos explica que la trazabilidad es un sistema de identificación de los productos o grupos de productos a lo largo de toda la cadena agroalimentaria. Gracias a ella se asegura al consumidor que el producto que adquiere es inocuo, seguro, saludable y con los más altos estándares de calidad. La autora sostiene que “el país posee la maquinaria e institucionalidad para iniciar la ardua pero indispensable labor de ejecutar con carácter urgente un “Sistema de Trazabilidad” que otorgue la posibilidad a nuestros productores de exportar productos con estándares adecuados para competir en los mercados internos y externos, así como el aseguramiento al consumidor y a los mismos Estados de productos seguros en términos alimentarios y de sostenibilidad ambiental”.

El nuevo Código Civil peruano ha marcado un hito en Latinoamérica, por introducir conceptos personalistas, principalmente sobre la sólida base del pensamiento de Mounier. Su promotor y principal autor es el maestro, de padre costarricense, Dr Carlos Fernández Sessarego, a quien dedicamos este comentario titulado, precisamente, “La Filosofía Personalista en la obra de Carlos Fernández Sessarego”.

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CONTROL DE LAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS

DR. MAURO MURILLO A.

ÍNDICE

1.	Introducción.	11
2.	Nociones jurídicas elementales. Repaso.....	11
3.	Disposiciones involucradas.	13
4.	Posición de la Sala Constitucional. Crítica	15
5.	Reflexiones finales.....	17

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CONTROL DE LAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS

DR. MAURO MURILLO A.

1. INTRODUCCIÓN.

En el voto 998-98 (uno de los clásicos de la Sala Constitucional) se sentó:

“sexto: el sistema de contratación administrativa está conformado por los principios constitucionales que emanan de la propia Constitución, y como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado (de la) vigilancia de la hacienda pública-Contraloría General de la República, según se dispone en los artículos 183 y 184 constitucionales, que se establece como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público”.

O sea: un principio constitucional de control, por parte de la CGR y respecto del manejo de la Hacienda Pública. Lógicamente la preocupación que nos causó semejante afirmación era la del contenido de ese control; en suma, si se limitaba a lo que la Constitución decía o si podía ir más o incluso mucho más allá.

De esto trata este ensayo: precisamente, de cuál es el correcto contenido de ese principio constitucional. En concreto, se analizará si los contenidos que ya se han dado (y los que podrían darse) son plausibles o no.

Hacemos este pequeño esfuerzo porque nadie más lo hace. Porque entendemos que es fatal que la Sala sacuda el sistema con tesis inesperadas y que nadie las analice. Porque el Derecho, como sistema racional y justo de reglas de juego, no puede prosperar

acertadamente nunca si simplemente nos limitamos todos a aplaudir con la cabeza agachada, sin intentar siquiera un análisis serio y honesto.

2. NOCIONES JURIDICAS ELEMENTALES. REPASO

Racionalmente debemos empezar por hacer nítidas nuestras bases técnicas, en las que todavía creemos. Sin bases técnicas macizas no se construye nada que valga la pena. Las coyunturas, la mera conveniencia, el mero sentido práctico, pueden inducir a soluciones a contrapelo de la mejor doctrina, pero serán posiciones pasajeras, construcciones que no soportarán por mucho tiempo el peso de la razón. Por supuesto que aquí resultan involucrados muchos temas. Respetaremos solo las concepciones más relevantes e indispensables, al efecto que nos propusimos.

El tema compromete las cuestiones del control, de la autonomía, la sujeción a la Constitución, su interpretación y los principios constitucionales.

2.1. La Administración Pública (A.P.) está compuesta por un sector centralizado y por otro descentralizado; este último está conformado por los entes públicos menores (doctrina recogida en el art. 1° de la Ley General de la Administración Pública -LGAP-).

Los entes descentralizados están sujetos a “tutela” por parte de órganos del Estado-sujeto. Uno de los contenidos de esa tutela es el **control**. La autarquía (en otras latitudes auto-administración) excluye la jerarquía, la que es sustituida por el control (MARIENHOFF,

Tratado de Derecho Administrativo, t. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965, ps. 371 y 374). Una modalidad de control es el administrativo-financiero que ejerce la Contraloría General de la República (CGR). Según JINESTA LOBO (Tratado de Derecho Administrativo, vol. I, Dík, 2002, p.25), “La tutela es el conjunto de poderes limitados que tiene el Estado... respecto de los entes públicos menores... dispuestos por una norma expresa”. Como enseña GIANNINI (Diritto Amministrativo, vol. I, Giuffré, Milán, 1970, p. 309), “Fuera de las relaciones de subordinación la relación de control debe fundarse sobre precisas normas de ley”.

Dentro de este ámbito de relaciones Estado-entes menores, entonces, el control debe definirse por ley, pese a que, como indica GALLI (Corso di Diritto Amministrativo, Cedam, Padua, 1996, p.766), el control es connatural a la función pública, en especial, cuando se trate de las figuras concretas que condicionan la validez o la eficacia de actos (o contratos). Tal es el caso de la autorización y de la aprobación (de la cual última es especie el refrendo de contratos), y de la apelación de adjudicaciones de licitaciones, controles ejercidos por la CGR. La aprobación es la revisión de un órgano de actos de otro, a fin de otorgarle o negarle eficacia, pues “atribuye eficacia a un acto ya completado y perfecto (GALLI, op. cit., p. 768; en igual sentido GARCÍA-TREVIJANO FOS, Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, t. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1971, p. 457). La autorización se da antes de que el acto se produzca y condiciona su validez. La apelación es la impugnación de un acto por un tercero que pretende su anulación. GIANNINI (op. cit., p. 1124 del vol. II) enseña que la aprobación “es típico acto de control” y que los recursos jerárquicos impropios están “específicamente contemplados por las normas” (op. cit., p. 1070). La apelación ante la CGR, dicha, es un recurso jerárquico impropio por ser una alzada fuera de la vía jerárquica, según la terminología usual. Para JARICCI (Il Ricorso Gerarchico Improprio, Giuffré, Milán, 1970), los recursos administrativos tradicionalmente han sido vistos como formas de control (p. 39); el

jerárquico impropio es “atípico” (p. 84) y como remedio excepcional cabe solo por “expresa previsión de ley” (p. 83). JINESTA LOBO (op. cit., p. 49) tiene a la apelación citada ante la CGR, como recurso jerárquico impropio.

- 2.2. La descentralización implica tutela, como se dijo. El otro lado de la medalla es la **autonomía**, que corresponde al ente descentralizado.

En cuanto aquí interesa, todo ente tiene autonomía administrativa, limitable por ley solo cuando la Constitución no la garantice. Tal autonomía significa que el ente se autoadministra sin condicionamientos de ningún órgano administrativo externo, especialmente en cuanto a la validez y eficacia de sus actos (y contratos). Como enseñó SAYAGUES LASO (Tratado de Derecho Administrativo t. I, Montevideo, 1959, p. 245), “La creación de una persona jurídica supone atribuirle capacidad de autodeterminación en la materia... Esta capacidad se presume plena, salvo que los textos establezcan limitaciones. Por lo mismo, el criterio de interpretación de las normas es siempre a favor del ente”.

Sabido es que el aparato público recurre al instrumento de la empresa pública; sabio es que una modalidad de empresa pública es la que constituye ente privado, que no tiene naturaleza jurídica de ente público y que, por lógica elemental, no integra entonces la A.P. Usualmente son sociedades anónimas (S.A.). Por no ser entes públicos descentralizados, no se plantean las cuestiones analizadas de la sujeción a tutela y de la autonomía. Sencillamente, como entes de naturaleza privada, están sometidos solo a las restricciones que la ley disponga.

- 2.3. La Constitución es el conjunto de las normas supremas del ordenamiento. Como toda norma, está sujeta a **interpretación**.

La Constitución tiene normas de variados tipos, pero algunas son normales, en tanto

disponen reglas concretas, como si fueren leyes ordinarias, solo que constitucionalizadas. No hay la menor duda de que esas reglas deben entenderse según los principios generales de interpretación, o sea conforme a su sentido e intención, tal y como dispone el artículo 10 de las “preleyes” contenidas en el Código Civil: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativa y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”.

Si alguna tentación sufre el intérprete, a cualquier nivel, es la de ahorrarle al país el trámite de una reforma. Se da a menudo la interpretación extensiva. Solo que a veces es demasiado claro el texto y la interpretación produce una mutación manifiesta, que incluso va más allá de la vivencia misma que se da. Sería una interpretación *contra constitutionem*, que falsea la Constitución (v. SAGUES, Elementos de Derecho Constitucional, Astrea, Bs.As., 1993, p. 54 del t. I); como recuerda HERNÁNDEZ VALLE (El Derecho de la Constitución, vol. I, Juricentro, 1993, p. 225), en cita de HESSE: “Allí donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla”.

Es claro que la Constitución no es solo normas (escritas). Están también los **principios generales** constitucionales. La Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) es muy clara al respecto. Referente a los principios generales del ordenamiento jurídico, TEMISTOCLE MARTÍNES (Diritto Costituzionale, Giuffrè, Milán, 1992, p.121) advierte que se trata de aquellos que “presiden el entero ordenamiento” y que son “deducibles o de normas escritas... o de la estructura misma” del ordenamiento.

Los principios generales son formulaciones teóricas, hechas por la doctrina o por los jueces, en definitiva aceptadas o elaboradas por la corte constitucional, cuando de constitucionales se trate. Solo que no se elaboran a la libre, por la sencilla razón de

que la misma Sala Constitucional (SC) está sometida a la Constitución (art. 14 LJC), cuya supremacía debe garantizar (art. 1 *ibidem*).

La Constitución refleja la voluntad popular, que políticamente es lo más sagrado. La SC no es la Constitución; es un simple guardián, garante de su efectiva vigencia y de su correcto entendimiento. La SC está por debajo de la Constitución; no se hizo para superarla, ni para sustituir a los órganos encargados de su reforma.

No pueden elaborarse principios constitucionales solo para superar la Constitución (escrita); porque ello es sobreponerse a la soberanía popular. Los principios reconocibles o elaborables (en cuanto aquí interesa) son solo los que se deduzcan del texto constitucional o los que lo informen o fundamenten. No pueden haber principios *contra constitutionem*. La Constitución es solo lo que el texto emanado de la Constituyente y reformado por la Asamblea Legislativa dice; que la Constitución sea simplemente lo que la S.C. diga es algo no aceptable ni a título de broma.

3. DISPOSICIONES INVOLUCRADAS.

Es necesario mostrar la normativa atinente al asunto. Constitucionalmente, está el numeral 182:

“Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante **licitación**, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”.

Es una norma mal redactada, pero sin dudas lo que impone es el principio de licitación o concurso. Puede entenderse lícitamente que

lo impone para todo contrato administrativo. Rige para los órganos y entes a que se refiere expresamente, pero extendible razonablemente, como principio, a todo el aparato público. De control no se ocupa ni por asomo; a controles puntuales que incidan sobre la validez o eficacia de los contratos, menos alude.

También está el 183 y el 184: El 183.1 constitucionaliza a la Contraloría como un órgano fundamental del aparato central y le encomienda genéricamente la “vigilancia de la Hacienda Pública”. El 184 describe las atribuciones de la CGR. Según el 184 le corresponde:

- “1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República”.

Nótese como este inciso se refiere exclusivamente al “Presupuesto de la República”, locución que no ofrece la menor duda, pues según los artículos 176 ss. es el presupuesto del Estado-sujeto (llamado erróneamente “administración pública” en el 176). Ese inciso 1) del 184 tiene un párrafo 2 que dice:

“No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;”

Esto último es lo que da fundamento al refrendo de los contratos del Estado-sujeto, o sea en ejecución del Presupuesto de la República, que es el contexto en que se encuentra el párrafo. Para las “Municipalidades e instituciones autónomas” **se dispuso otra cosa**, según se ve del inciso 1) del mismo 184:

- “2) Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;”

redacción formal e intencionalmente diferente. Con esta distinción se normó en los dos casos de organizaciones y así se entendió claramente.

En la primer Ley Orgánica de la CGR (1252/50), se dispuso que correspondía a la Contraloría “Refrendar las obligaciones del Estado”. En algún momento se sostuvo que allí “Estado” incluía a toda la A.P. Luego la misma Contraloría estimó que una interpretación acorde con la Constitución excluía a los entes descentralizados. En la nueva LOCGR (7428/94), artículo 20, se señala que la Contraloría “aprobará los contratos que celebre el Estado **y los que por ley especial** deben cumplir con este requisito”. Se interpretó que se refería solo a los contratos del Estado-sujeto. Es una norma clarísima. Una interpretación amplia del vocablo “Estado” solo conduce a negarle todo efecto a la frase que sigue.

Cabe notar que la LOCGR también prevé que pueda, de oficio o a gestión de interesado, “declarar la nulidad absoluta” de los contratos administrativos (art. 28).

En cuanto a los entes privados actuando en administración de transferencias del sector público, artículos 4 y 5, la LOCGR lo que prescribe es que “estarán sujetos a la fiscalización facultativa” del órgano fiscalizador superior.

La apelación de adjudicaciones de licitaciones públicas aparece en la Ley de la Administración Financiera de la República (1279/51), aplicable literalmente, a las Municipalidades y a las instituciones autónomas. Con la reforma de 1976 (Ley 5901), las apelaciones quedan expresamente referidas a todo contrato administrativo de toda la A.P. En 1995 (Ley 7494), se dicta la Ley de Contratación Administrativa (LCA) que alcanza también a las empresas públicas (incluidas las S.A.) y a todo ente privado en cuanto administre recursos públicos, pero solo respecto de los “principios” de esa Ley. Para la LCA son “principios generales” de la Contratación administrativa el de eficiencia (art. 4), los de igualdad y libre competencia (art. 5) y el de

publicidad (art. 6). Nótese que no incluye ningún principio de control. Otorga la apelación en las adjudicaciones de licitaciones públicas (art. 42 inc. j) y en las licitaciones por registro (art. 46). La LCA regula también una “objeción a los carteles” de las licitaciones (arts. 42 inc. d. y 81), que es un verdadero recurso jerárquico impropio, creado en el primer Reglamento de la CGR (D.E. N° 9/62, art. 66).

4. En el voto 998-98 la S.C. establece el principio general constitucional de control de la CGR sobre las contrataciones administrativas. Al respecto no tenemos el menor trauma. Es decir, si a la Contraloría compete la fiscalización general de la Hacienda Pública y esta comprende la contratación administrativa, el asunto no ofrece ninguna duda. El problema es darle contenido constitucional a ese principio. Es claro que la Constitución prescribe controles puntuales; el asunto es entonces si caben otros, no prescritos, igualmente puntuales, particularmente los que inciden sobre la validez o eficacia de los contratos (autorizaciones, aprobaciones, apelaciones, anulaciones oficiosas).

En realidad ya en el voto 998-98 estaba el anuncio de lo que seguiría, sea, que la S.C. estaba dispuesta a darle contenido concreto al principio; es más, a irlo perfilando, poco a poco, sin fronteras. Ello, por cuanto en el mismo voto ya se creaba una autorización: de la CGR, para prescindir de la licitación y recurrir a procedimientos “light”, autorización que según la Sala no puede estar ausente, aunque no la exija la LCA. Ya aquí se superaba todo: la Constitución y la Ley, pues ninguna de las dos la impone. Incorre en estos casos la Sala en una violación a la Constitución y a la Ley, misma en que incurrió cuando sostuvo que las tasas locales requerían aprobación de la CGR, aunque no lo dijera la ley (voto 5445-99). Constitucionalmente la CGR lo que tiene es una fiscalización general y los controles puntuales que establece, y dichas autorizaciones no se contemplan. Jamás pueden elaborarse principios constitucionales creando controles

puntuales no dichos en la Constitución, ni siquiera previstos por Ley. Hacerlo es violentar la Constitución y la Ley. El artículo 14 LJC señala que “La Sala Constitucional y su jurisdicción estarán sometidas únicamente a la Constitución y a la ley”, lo que, para empezar, significa que debe respetar ambos tipos de normas; algo elemental, indiscutible, esencial, derivable directamente del artículo 11 de la Constitución: “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede.”

En el voto 2000-3027: la SC sostiene que la CGR puede reglamentar sus competencias constitucionales. Ello referido al Reglamento de refrendos de contratos. La tesis de la potestad reglamentaria de la Contraloría es demasiado dudosa, frente al texto claro y tajante de la C.P., pero no es nuestro tema aquí; sin embargo, lo que sí es nuestro tema es si realmente es competencia constitucional de la CGR el refrendo de todo contrato. Ya señalamos que solo está constitucionalizado el de los contratos concluidos en ejecución del Presupuesto de la República y que para las Municipalidades e instituciones autónomas, a los únicos entes descentralizados que se refiere la Constitución, ésta establece otro tipo de control, totalmente diferente, de donde no es cierto que el refrendo de contratos de los entes descentralizados tenga rango constitucional.

En ese mismo voto 2000-3027, la S.C. sostiene que la reglamentación de la CGR incluso se da “frente al legislador, si éste afecta su independencia”, con base en su absoluta independencia funcional y administrativa, garantizada constitucionalmente. No es fácil entender la afirmación; empero, si es que se está diciendo que la reglamentación de la CGR tiene fuerza superior a la de la ley, la tesis es totalmente inadmisibile. El Contralor General es un simple funcionario público y como tal, y la misma Contraloría, está sujeto a la ley (art. 11 C.P. cit.). Que una ley que se ocupe de las atribuciones de la Contraloría puede ser inconstitucional, no por razones

de competencia frente a la Contraloría, sino por violentar las normas mismas que definan constitucionalmente la independencia o la competencia concreta de que se trate, eso es otra cosa y es plenamente admisible.

Allí mismo la Sala reitera lo dicho en el voto 9524-99, que a su vez ratifica lo sostenido en el 5947-98, que es el que crea el refrendo como principio constitucional, extendible a toda la “administración pública” (todo el “sector público”). La Sala pretende que ello tiene fundamento en los artículos 182 y 184, pero hemos abundado en que ninguno de los dos da fundamento para semejante principio, más allá de la ejecución del Presupuesto de la República. Según la Sala, “Es función esencial de la Contraloría General de la República la fiscalización de la hacienda pública, por mandato constitucional—artículo 183 constitucional— (lo que no tiene discusión), pudiendo realizar esta función a través de diversas modalidades de control, sea el refrendo y otros medios, como el auditoraje o las inspecciones, o la misma apelación o la intervención a posteriori.” Nótese el portillo abierto que la Sala se receta a sí misma, sea el de llenar sin tope cierto el contenido de ese control. Que la fiscalización general incluya auditorajes o inspecciones no ofrece dudas. Que incluya cualquier control es total y absolutamente inadmisibles. Violenta la Constitución, la ley y los más elementales principios doctrinarios. Constituye una auto atribución de dispensa de todo el ordenamiento. La Sala se autoriza, a sí misma, estar por encima de todo el ordenamiento. Demuestra que la Asamblea Legislativa ya puede estar sobrando, que no hace falta recurrir ni a la reforma de la Constitución ni a la reforma de la ley. Y es que no es cuestión de que sea “buena” la posición de la Sala en esta materia, desde otros ángulos, metajurídicos. Al respecto ni siquiera opinamos, pues estamos pretendiendo hacer ciencia jurídica. (Es conveniente resaltar esta faceta de la cuestión, por cuanto es muy probable que más de una persona acepte los fallos de la Sala solo porque consciente o inconscientemente comulgue con la supuesta bondad metajurídica de la solución).

El Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública (La Gaceta del 9-02-00), emanado luego de los votos 5947-98 y 9524-99, alcanza también a las empresas públicas-S.A., las que pueden no integrar la A.P., según la misma Sala lo tiene admitido. Esta se había referido solo a la Administración Central y a “los órganos descentralizados y desconcentrados de la Administración Pública”, al prescribir la necesidad del refrendo. En el voto 2005-9802 se sostiene que correctamente la CGR extendió la obligación de refrendo a las empresas públicas-S.A. Primero, porque el control de la CGR “es en general, sobre todas las instituciones que conforman el aparato estatal”. Pero es obvio, acotamos, que las S.A. no conforman el aparato (público) estatal. Segundo, porque el control de la CGR comprende a todas las empresas públicas, “sin distingo alguno”; “ni las disposiciones constitucionales ni legales establecen diferencias ni excepciones”. Acotamos que el asunto no es si la CGR fiscaliza a todas las empresas públicas sino la modalidad de fiscalización que pueda tenerse como principio constitucional. Por lo demás, es demasiado evidente que la Constitución no se ocupa de las empresas públicas-S.A., ni tiene el menor sentido tratar de meter a estas en las mismas restricciones de la A.P., menos en las propias de la Administración Central, pues las empresas públicas-S.A. se utilizan precisamente para evitar las restricciones propias y tolerables solo en la A.P. Pero, como siempre, lo que se saca por la puerta acaba devolviéndose por la ventana. La Sala admite que el caso de estas empresas públicas merece una consideración especial. Las llama “empresas públicas conformadas como entes de derecho privado”. Hasta aquí, bien. Pero no podemos compartir que acto seguido diga que “se trata de entidades públicas que en lo relativo a su organización se rigen por el derecho público”. Según ello, serían simultáneamente entes privados y entes públicos. Sobre este tipo de temas, es contundente GARCIA-TREVIJANO FOS (op. cit., p. 375): “**En derecho no caben hermafroditismos**”. La Sala agrega que

es que “manejan y se sustentan con fondos públicos”. Si esto es cierto, entonces todos los contratos de toda clase de ente público, estatal o no, y aun de todo ente privado en cuanto administre recursos públicos transferidos, debe someterse al refrendo contralor. Allí se llegará, si hay congruencia. Es cuestión de tiempo. Es más, si estamos frente a un principio constitucional, no tiene la menor importancia que el Reglamento de la CGR aun omita referirse a estos contratos de los entes “totalmente” privados. Con el agravante de que la CGR sostiene que la ejecución (siguiera un principio mínimo de ejecución) del contrato impide que pueda otorgarse el refrendo, tesis a contrapelo de la doctrina y de la ley (v. GALLI, op. cit. ps. 769 y 770; el art. 20 LOCGR ciertamente habla de “nulidad” en caso de ejecución sin refrendo, pero esa nulidad racionalmente va referida a lo ejecutado, no a lo por ejecutar al momento de la solicitud de refrendo).

Sobre el tema del refrendo véase a ROMERO PÉREZ, Contratación Pública, IIJ, UCR, 2003, texto en el que no se hace el análisis crítico que aquí hacemos.

En cuanto a la apelación de adjudicaciones, está clara su procedencia legal y la ausencia total de regulación constitucional. Sin embargo, la SC ha sostenido que es inconstitucional atribuir una apelación no jerárquica a órganos diferentes de la CGR (voto 5947-98), criterio que no compartimos porque sencillamente la Constitución no establece en cabeza de la CGR el conocimiento de esas apelaciones, lo cual hemos harto justificado *supra*. Debe anotarse que en el Anexo IV de los Acuerdos Comerciales Multilaterales que administra la OMC, se concede apelación contra las contrataciones ante “un tipo o un órgano de examen imparcial e independiente” (ver SOLERA VÍQUEZ, El Recurso de Apelación en las Licitaciones, IJSA, 2005, p. 21).

De hecho ya en el voto 4013-92 la Sala había sostenido que toda adjudicación de “contrataciones relativas a bienes

públicos y con fondos igualmente públicos” constitucionalmente quedaba sujeta a apelación ante la CGR, aunque el recurrido fuese un ente privado. Recordemos que los entes privados, administrando fondos públicos, no están sujetos a la LCA completa, sino solo a sus “principios”. Según SOLERA VÍQUEZ (op. cit., p. 25, en tesis que sin reservas suscribimos), “Los principios no involucran otras partes de la Ley de Contratación Administrativa relativas a la forma en que se desenvuelven los procedimientos, y dentro de ello se encuentra la apelación”. Sin embargo, el mismo autor no cuestiona el principio creado por la Sala, a nivel constitucional, de procedencia de todos modos de la apelación, en razón de la naturaleza de los fondos comprometidos. La Contraloría, en concordancia con la jurisprudencia constitucional, da curso a toda apelación (contra concursos públicos no licitaciones, contra licitaciones de empresas públicas no sujetas a toda la LCA y contra entes absolutamente privados, v. RSLs. de la CGR, 77 y 100-99). La Contraloría también se ha declarado competente para conocer de “objeciones” a carteles de entes privados (ver SOLERA VÍQUEZ, op. cit., p. 29).

5. REFLEXIONES FINALES.

Por supuesto que ante la jurisprudencia constitucional *o se sigue y callado, o se cuestiona* explícita y transparentemente. Preferimos lo segundo.

El Derecho ciertamente es dinámico. Pero hay cosas que se pueden hacer y otras que no. **Es vital que el operador del Derecho se conduzca con el respeto elemental del ordenamiento y de la mejor doctrina.**

El Derecho requiere certeza. Admitimos que los principios son reglas en constante formación. Pero esta elaboración no se autoriza para modificar el ordenamiento escrito.

El problema de superar el ordenamiento escrito es que entonces ya nadie conoce las

reglas, ni nadie puede prever lo que sigue. El problema es, en suma, que el Derecho pasa a ser lo que deseé aquel que se siente investido para superar el régimen jurídico. Esto es absolutamente inadmisibile, por más visionario que nos resulte ese operador.

Las cortes constitucionales siguen teniendo el problema de que sus resoluciones no tienen recursos. Pero esto no tiene solución formal. Solo queda el reclamo científico, aunque usualmente sea inútil.

Nuestra tesis concreta es, en síntesis, la de que controles puntuales que incidan sobre la validez o eficacia de actos o contratos públicos (menos sobre privados), aun ejercidos por la CGR, no están autorizados en la Constitución si no están específicamente allí dichos. Nuestra advertencia es la de que si se pretende congruencia con la posición de

principio, y la evolución del asunto demuestra que la habrá, toda contratación concursada, de todo ente público o privado que administre fondos públicos, acabará sometida no solo a objeciones a los carteles, apelaciones de adjudicaciones, refrendo del contrato que se formalice, sino también a anulaciones oficiosas y a cualquier otra autorización, aprobación, apelación o cosa parecida que vaya apareciendo, conocida hoy día o no. Por supuesto que en el fondo lo que hay es una fe fundamentalista en el control como lo más sagrado que puede haber y una postura igualitaria que no concibe que las organizaciones difieren entre sí y que no hay nada más racional que requieran regímenes diferenciados, lo que debe precisamente quedar en manos del legislador, facultad que si se ejerce razonablemente (y en este campo hay una gran discrecionalidad legislativa) no queda nada por objetar.

Enero, 2006.
(permau58)

CODIGO CIVIL: APUNTES SOBRE SU SITUACIÓN ACTUAL Y EVOLUCIÓN EN LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL, COMUNITARIA E INTERNACIONAL

DR. ENRIQUE NAPOLEÓN ULATE CHACÓN
DOCTOR EN POLÍTICA Y DERECHO AGRARIO (*)

Su permanencia...

« Mon seul code par sa simplicité a fait plus de bien en France que toutes les lois qui m'ont précédé... Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil » (NAPOLEÓN, à Sainte-Hélène, Mémorial de Las Cases).¹

Su utilidad...

« Francia, a quien se debe el más célebre de los códigos, y el que ha servido de modelo a tantos otros » (Andrés BELLO, Mensaje del Código civil chileno)

Su estudio...

“Il Code Civil può essere studiato quindi: (I) Come técnica de legislación...(II) Como strumento di unificazione legislativa...(III) Como strumento di unificazione política; (IV) Como strumento di soppressione dell'Ancien Régime e come veicolo delle libertà fondamentali...; (V) Como veicolo della matrice filosofica precapitalista....; (VI) Como veicolo della tradizione romana. (ALPA, Guido. *La cultura giuridica delle regole. Storia del Diritto Civile italiano*, 2000)

Su reto actual

“La unificación es más difícil de realizar en derecho civil que en cualquiera otra materia, porque las relaciones privadas se fundan en tradiciones, sentimientos e intereses que raramente son comunes a los hombres de varios pueblos” (PLANIOL, Marcel Y RIPERT, Georges. *Derecho Civil*)

(*) Magistrado Suplente de Casación, Miembro del Tribunal Agrario, Ganador del Premio Aquileo J. Echeverría 1999, Premio Alberto Brenes Córdoba 2003-2004, y Premio Ulises Odio 2005.

1 “Mi código por su simplicidad ha hecho más bien a Francia que todas las leyes que me han precedido...Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada borrará, aquello que vivirá eternamente, es mi Código Civil”.

CÓDIGO CIVIL: APUNTES SOBRE SU SITUACIÓN ACTUAL Y EVOLUCIÓN EN LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL, COMUNITARIA E INTERNACIONAL

SUMARIO:

1.-	Memoria Histórica.....	23
2.-	Código Civil y Derechos Humanos. Desmembración del tronco común. El rol de la jurisprudencia	23
3.-	Las reformas constitucionales del S. XX, y su impacto en el Código Civil: La función económica y social, de los institutos jusprivatistas. La legislación especial. ...	24
4.-	Los derechos de solidaridad en una óptica, nacional, comunitaria e internacional.....	25
5.-	Repensar el Código Civil, ¿Es suficiente el capítulo preliminar? Realidad actual del Código Civil y aportes de la Jurisprudencia constitucional y civil.	26
6.-	Nuevas realidades, nuevos modelos. jus conditium–jus condendum. Qué hacer del Código Civil. Un Código de derecho privado, o el fortalecimiento de las disciplinas especiales? - ¿Qué se ha hecho en otros países Latinoamericanos? ..	28
7.-	Los retos jusprivatista moderno. El rol del intérprete y la misión del juez y la jurisprudencia en la solución de controversias, atendiendo a la realidad económica y social. Consideraciones conclusivas.	29

1.- Memoria Histórica.

El Código Civil Francés, promulgado el 21 de marzo de 1804 por Napoleón Bonaparte², unificó en un cuerpo uniforme y sistemático, las 36 leyes civiles *comunes*³ *más importantes, que sirvieron de base para afirmar los principios de la revolución francesa: libertad, igualdad y fraternidad.*

De origen liberal, exalta las libertades individuales y coloca al centro del sistema al instituto de la propiedad, entorno al cual giran todas las relaciones jurídicas (contractuales, obligacionales, el sistema de responsabilidad, la constitución, modificación y extinción de los derechos reales, y, en fin, el régimen sucesoral *inter vivos* y *mortis causa*).

La codificación de 1804, acto político de gran real relevancia histórica, ha sido la clave del sistema jurídico y la verdadera Constitución Civil de Francia. Fortaleció la cohesión nacional, reemplazando la diversidad de costumbres por la autoridad de la ley, ante la cual, todos aparecen como iguales. Contribuyó a difundir los valores de la revolución en el conjunto del derecho.

Hoy, en su remembranza histórica, al celebrarse el Bicentenario del Francés, también recordamos la promulgación de nuestro Código Civil en 1886, puesto en vigor el 1 de enero de 1888. En el Congreso Jurídico de 1987, celebramos el Primer Centenario, se discutió sobre su vivencia y realidad actual, así como la necesidad de su reforma⁴. Hoy, pasados ya 17 años de aquella celebración, se nos presenta un nuevo motivo histórico para reflexionar, junto a

otros prestigiosos juristas franceses, sobre las bondades y debilidades de nuestro Código, así como su evolución y futuro.

2.- Código Civil y Derechos Humanos. Desmembración del tronco común. El rol de la jurisprudencia

El Código Civil Francés, nace como parte del programa político-ideológico de la revolución francesa, y refleja en su redacción el contenido de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*. Asimismo, constituye el instrumento jurídico por excelencia de la Constitución liberal, donde se consagran los derechos civiles y políticos de los ciudadanos.

Nuestro Código, de influencia napoleónica, también es producto de una fase liberal pre-capitalista, nutrido de los postulados de la Constitución de 1821, y enraizado prevalentemente en la doctrina francesa clásica (Planiol y Ripert, Aubry y Rau, Colin y Capitant), pero también con matices de doctrina española (García Gollena) y chilena (Andrés Bello).

La estructura del Código, en su esencia institucional, sigue siendo casi idéntica a la del Francés, con 4 libros, denominados, "De Las Personas", "De los bienes y de la extensión y modificaciones de la propiedad, "De las obligaciones" y "De los contratos y cuasicontratos, y de los delitos y cuasi delitos como causa de obligaciones civiles". Quizás, el cambio más significativo, como veremos, ha sido la introducción, al cumplir su centenario, del nuevo Título Preliminar, reformado en 1986.⁵

2 Código Napoleón: Código Civil Francés. San José, Investigaciones Jurídicas, 1ª. Ed., 2001 (Prólogo del Dr. Walter Antillón Montealegre).

3 Code Civil. Paris, Ed. Dalloz, 64ª. Edición, 1965, pág. IX-XI.

4 Quizás, una de las obras jurídicas de ese entonces, digna de recordar, es el ensayo "Código Civil y realidad" (de Ricardo Zeledón), quien con meridiana claridad expuso los problemas y límites de la codificación, y enjuiciando su realidad actual justificó algunos criterios importante para su reforma, sobre todo en la orientación de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. ZELEDÓN, Ricardo. Código Civil y Realidad. San José, Alma Mater, 1987.

5 Título Preliminar del Código Civil. Ley 7020 del 6 de enero de 1986.

Como bien lo ha indicado la doctrina, se trata de un código que tiene como sujeto, especialmente “la propiedad”, entorno a la cual se informa todo el cuerpo normativo⁶. Los bienes exaltan la capacidad y libertad del hombre. La propiedad inmueble es la suma divisio. Los contratos y las obligaciones tienen sentido y están vinculados a la disponibilidad de los bienes privados.

Pese a su disparidad con la realidad social y económica de la época, el Código de 1888, permaneció prácticamente inalterado durante más de cuatro décadas, pues grandes juristas civilistas, de la talla de nuestro Tratadista, Alberto Brenes Córdoba, de Pablo Casafont Romero y Rogelio Sotela Montagne fueron los encargados de su aplicación e interpretación, con base a los criterios de la doctrina civilista francesa de la época⁷.

Dicho sistema, fundado sobre el régimen de los bienes materiales, y sobre todo en la propiedad fundiaria estática, pronto comienzan a mostrar sus debilidades, con el cambio de las exigencias económicas y sociales. Su insuficiencia da origen primero a normas complementarias y luego nacen otros códigos o leyes especiales. El de Comercio, para regular los actos de comercio, la actividad económica de producción e intercambio de bienes y servicios, comenzando a manifestarse otras serie de actividades y relaciones jurídicas vinculadas al desarrollo industrial y la propiedad intelectual. En las empresas colectivas se verifica el crecimiento de diversas formas jurídicas societarias. Surge la necesidad de crear normas para el trabajo asalariado, pues el contrato de locación de obra (que trata al trabajo humano como mercancía), es totalmente insuficiente. La ausencia absoluta, de normas sobre las relaciones laborales y las asociaciones de profesionales, los riesgos y la seguridad

social, la organización sindical y la realidad de la contratación laboral, exigieron una pronta respuesta.

En el régimen contractual y la iniciativa económica, que giraba en torno a la propiedad, comienza a tener cada vez mayor impacto la actividad organizada para la producción, es decir, el concepto de *empresa*. La doctrina social de la Iglesia católica y el socialismo jurídico, unidos al sector político y sindical, exigen del legislador, la promulgación de nuevas leyes, ya no solamente complementarias al Código Civil sino más bien especiales.

3.- Las reformas constitucionales del S. XX, y su impacto en el Código Civil: La función económica y social, de los institutos iusprivatistas. La legislación especial.

En los albores del siglo XX, y por influencia de los movimientos sociales y de la honda expansiva del Estado Social de Derecho, operan en Costa Rica, importantes reformas legislativas, que modifican los institutos clásicos del Derecho Civil. Sólo en materia de propiedad, el Código Fiscal, La Ley de Terrenos Baldíos de 1939, la Ley de Cabezas de Familia de 1941, y la Ley de Informaciones Posesorias de 1941 se implementan para resolver el vacío normativo. Pero la verdadera reforma al Código, viene a operar con la introducción en la Constitución Política, del capítulo de las Garantías Sociales en 1948, regulando los derechos económicos, sociales y culturales, a tal punto que muchas de sus normas devienen contradictorias con el texto de la Constitución.

La evolución constitucional, marca la frontera entre un Derecho Privado estático hacia un Derecho Privado dinámico, cuyas instituciones,

6 RESCIGNO, Pietro. Trattato di Diritto Privato, I, Torino, UTET, 2ª. Ed., 1999, p. 9-10.

7 ZELEDÓN, Ricardo. Código Civil y Realidad, cit., pág. 34-35.

comienzan a replantearse, a fortalecerse, para impregnarles una función no solamente individualista, sino también económica y social, en donde se ubica al centro del sistema la *persona humana*, y con ello el *trabajo* que la dignifica, y que es la fuente primaria para el ejercicio de actividades económicamente organizadas cuyo parangón es la *empresa*.

Los principios y valores que inspiran la Constitución del '48, exigen el ejercicio de los derechos de libertad y propiedad, bajo el respeto de criterios de justicia social y solidaridad nacional, de fomento a la producción y de equidad en las relaciones contractuales⁸, los cuales constituyen el marco jurídico fundamental de interpretación de los derechos civiles.

Las materias especiales, al igual que ocurrió en Francia y en Italia (antes del Código Civil unificado de 1942), y en la mayor parte de los países de América Latina, se separan del Código Civil, alcanzando una autonomía relativa (legislativa, didáctica y científica), pero continúan amarrados en su cordón umbilical al Código Civil.

La reforma parcial del Código operada en 1952 no fue suficiente para ajustarlo a la Constitución. Se debió promulgar el Código Laboral, el Código de Comercio de 1964, el Código de Familia en 1973, la Ley de Tierras y Colonización en 1961, La Ley Forestal de 1969, la Ley de Inquilinato, entre muchas otras leyes especiales, renovadas en la última década, y nuevas leyes como la Ley de igualdad real, la ley de protección al trabajador, la ley de protección al consumidor, normas en materia de propiedad intelectual, entre otras.

A toda esa promulgación normativa, le sigue una Jurisprudencia Constitucional y Civil, cada vez más dinámica, que va impregnando a los institutos clásicos del Derecho Privado, y en particular del Derecho Civil, una función económica y social diversa. Por influencia de

la doctrina europea, especialmente francesa e italiana, se comienza a "reelaborar" el Código Civil con criterios más sólidos. Se habla de nuevos Institutos centrales y satélites del Derecho Privado. Por ejemplo, la teoría del negocio jurídico, los nuevos "tipos" de derechos reales, fuentes modernas de obligaciones y contratos económicos.

4.- Los derechos de solidaridad en una óptica, nacional, comunitaria e internacional

La constitucionalización de los nuevos derechos de solidaridad también impregnan a los derechos civiles. La tutela del ambiente, el desarrollo sostenible, la alimentación y solidaridad entre los Pueblos, originan nuevos sujetos de tutela, representantes de intereses colectivos o difusos, cuya amplia legitimación comprende la posibilidad para los privados, o grupos de ellos, acudir no sólo a la jurisdicción constitucional, sino también de demandar directamente ante la justicia comunitaria o internacional.

El juez civil (o iusprivatista) está obligado a aplicar las normas del Código, bajo criterios de interpretación amplios, atendiendo a los antecedentes históricos y legislativos y a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 10 del Código Civil en relación con el 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). La Jurisprudencia Constitucional sobre el Código Civil y otras leyes especiales, se convierte en obligatoria y debe ser respetada por el juzgador.

Ningún sujeto privado, puede hacer un uso abusivo de sus derechos, y por ende debe ejercerlos respetando los principios y valores constitucionales, y los derechos colectivos e intereses públicos de orden superior.

Los valores y derechos fundamentales de la personalidad deben ser respetados y tutelados,

8 Constitución Política, artículos 45, 50, 69 y 74. JURADO FERNÁNDEZ, J. Acerca del Derecho Agrario Constitucional. En: Derecho agrario costarricense, ILANUD, 1992.

mediante mecanismos jurídicos efectivos. Se impone la necesidad de resolver problemas relacionados con nuevas biotecnologías, clonación, fecundación *in Vitro*, derechos de información, riesgos informáticos, matrimonio entre parejas del mismo sexo, la protección de grupos minoritarios o personas en situación de desigualdad real, son entre otros, los retos de hoy.

Desde la perspectiva del Derecho Comunitario regional, cuyas fuentes constitutivas en nuestro país se encuentran básicamente contenidas en el Protocolo de Tegucigalpa (1991), de Guatemala (1993) y en el Tratado de Integración Social Centroamericana (1995) se presenta una contradicción insalvable en el Código Civil, cuando establece en su artículo 5 que las normas jurídicas contenidas en tratados y convenios internacionales no serán de aplicación directa si no han sido ratificadas por la Asamblea. Esa norma, que excluye toda referencia al Derecho comunitario, está en contradicción con el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 121 de la Constitución Política, que le impone al Juez la obligación de aplicar la normativa comunitaria, que posee eficacia y aplicación directa, cuando su contenido es concreto y crean derechos y obligaciones para los sujetos privados⁹.

El Derecho Comunitario regional centroamericano, nos presenta también retos para la armonización y unificación paulatina del derecho privado regional (como conjunto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico comunitario que regulan las relaciones entre sujetos privados), especialmente de aquél relacionado con las relaciones económicas. La globalización de los mercados, la internacionalización del trabajo, y la comunitarización de empresas, traen también como consecuencia que se vaya comunitarizando el derecho privado, y con ello algunos institutos del derecho civil clásico son transformados.

Nos enfrentaremos a normas sobre, competencia, contratos, responsabilidad de productores, abuso de posición dominante, tutela del consumidor, seguridad alimentaria, propiedad industrial e intelectual, entre otras. Así como la obligación de aplicar reglamentos emanados de los Consejos de Ministros en materia económica, agrícola, aduanera, bancaria, educativa y así sucesivamente.

Es necesario que el jurista-civilista tome actuación en esta evolución actual y futura del Derecho civil, es decir, lograr una armonía regional de las reglas jurídicas.

Por otra parte, en las últimas décadas, las iniciativas de codificación plurinacionales o de acercamiento entre las diversas legislaciones han proliferado: la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercaderías (1980); los Principios europeos de derecho de los contratos (elaborados por la « *Comisión Lando* »); los Principios UNIDROIT (1994); el proyecto de *código civil europeo* (grupo de estudios *von Bar*, constituido en julio de 1999). La iniciativa expresada en diversas conferencias internacionales de lograr una uniformidad del derecho, en particular en materia contractual, en América Latina. Y por fin, la aceleración de la unión aduanera y la integración económica centroamericana, con la eventual suscripción del Tratado de libre comercio con los Estados-Unidos.

5.- Repensar el Código Civil, ¿Es suficiente el Capítulo Preliminar? Realidad actual del Código Civil y aportes de la jurisprudencia constitucional y civil.

Todo lo anterior nos hace repensar en la suficiencia o insuficiencia de nuestro Código Civil, y la realidad a la que se enfrenta el

⁹ Sobre el tema, consúltese, ULATE CHACÓN, Enrique. Integración Regional y Derecho Comunitario Europeo y Centroamericano, I, San José, 2004, pág. 166 y siguientes..

jurista, el estudioso, y sobre todo el aplicador del derecho en cada caso concreto.

Con las escasas modificaciones legislativas operadas debemos preguntarnos, ¿Será suficiente con la introducción del Capítulo Preliminar del Código? Antes de dar una respuesta, o proponer alternativas, es menester exaltar el valor de la Jurisprudencia (Constitucional y civil) y el rol trascendental que ha jugado el intérprete en el redimensionamiento de la materia, que ha permitido y reconocido la evolución de los institutos jurídicos más importantes.

Desde el punto de vista de la iniciativa privada, y la libertad económica de empresa, la Jurisprudencia Constitucional ha operado los límites contenidos en la constitución, al ejercicio abusivo de tales derechos, legitimando, por ejemplo, medidas cautelares (tomados por el órgano administrativo) contra empresas privadas, cuando afectan la competencia o los derechos del consumidor. Igualmente, ha declarado que no se violan los derechos de iniciativa privada y libertad de empresa, cuando el particular realiza una actividad que perjudique el medio ambiente, o la salud humana de la colectividad.¹⁰ Asimismo, en muchas sentencias, ha reconocido la pluralidad de los derechos reales, atendiendo a su especialidad, así, solo para el derecho de propiedad, ha señalado la existencia de una diversidad de propiedades, tales como la urbana, la horizontal, la forestal, la ambiental y la agraria¹¹.

La Jurisprudencia Civil y Comercial, ha desarrollado el concepto de empresa (civil,

comercial, agraria, etcétera), siguiendo la más rica doctrina europea. La empresa se mueve con el trabajo humano, y por ello se revaloriza la actividad económica del productor. Los contratos giran entorno a ella, clasificándose como constitutivos y de ejercicio. Y mediante la teoría de la función económica y social de los institutos, se comienzan a desmembrar nuevas figuras contractuales fuera de las previstas en el Código Civil (como por ejemplo, la contratación agroindustrial y el arrendamiento agrario, contratos muy distintos a la compraventa y al arrendamiento de fundos rústicos; o bien el *leasing*, *factoring* o *franchising*).

Esta evolución permite al especialista encontrar el núcleo de los institutos agrarios, no en la propiedad estática del Código civil, sino en la actividad agraria, ejercida en forma de empresa, objeto de regulación en muchas leyes especiales, que sumadas sistemáticamente en un *Código agrario o rural* (como el Francés), permiten asegurar su autonomía relativa.

Lo mismo ocurre para el especialista en Derecho Comercial, que en sentencias más recientes encuentra en la jurisprudencia, el reconocimiento de la empresa comercial, siendo la naturaleza de la actividad la que califica la empresa, asumiéndose un criterio totalmente diferente al de los actos de comercio.¹²

Asimismo, en los más variados temas de derecho privado¹³, derechos reales¹⁴ y contractuales¹⁵, se ha creado un verdadero

10 Sala Constitucional, N° 2233-93 y No. 741 de 10:55 horas del 13 de marzo de 1992.

11 "Por tales razones, se incluyen, dentro del criterio de propiedad del referido numeral 45, en relación con el 50, ambos constitucionales, la propiedad forestal, la propiedad agraria, la propiedad ecológica, la propiedad ambiental, etc., todas con asidero constitucional en los citados artículos y con una específica regulación y naturaleza jurídicas..." (S.C., N° 5893-95 de 9:48 horas del 27 de octubre de 1995)

12 Sala Primera de Casación, N° 7 de 14:30 horas del 2 de febrero de 1994 y N° 44 de 14:30 horas del 15 de junio de 1994.

13 PÉREZ VARGAS, Víctor. Jurisprudencia de Derecho Privado

14 ULATE, E. Y MEZA, A. Los derechos reales en la Jurisprudencia Costarricense. San José, Juritexto, 1999.

15 PARIS, Hernando. Los Contratos Privados en la Jurisprudencia de Casación. San José, 3ª. Ed., El Cano, 2003.

derecho civil jurisprudencial, renovando y revitalizando las normas jurídicas inmutables del Código.

En su remozamiento, también ha contribuido enormemente la doctrina moderna (con juristas de gran prestigio en nuestro país, como Víctor Pérez, Luis y Diego Baudrid Carrillo, Francisco Luis Vargas, Roberto Iglesias, Wilberth Arroyo, entre otros).

6.- Nuevas realidades, nuevos modelos. Jus conditum–Jus condendum. ¿Qué hacer del Código Civil. Un Código de derecho privado, o el fortalecimiento de las disciplinas especiales? ¿Qué se ha hecho en otros países latinoamericanos?

Frente a la realidad actual del Código, reducido en su ámbito de acción pero enriquecido en su contenido (como bien afirma el Profesor Jean-Louis GILLET), en donde su estructura formal representa el *ius conditum*, mientras que su contenido material y su actuar cotidiano en la jurisprudencia se traduce en *ius condendum*, debemos preguntarnos qué hacer de nuestro Código.

Como pieza jurídica, su valor sigue siendo innegable. Se hace necesario conservarlo, ampliarlo, y revitalizarlo, para cumplir con el sueño de Napoleón, de que él vivirá eternamente. Pero sobre todo, para garantizar que los derechos humanos en él contenidos, los derechos civiles, estén acordes y se actúen bajo el respeto de los derechos económicos, sociales y los de solidaridad, en atención a nuestras futuras generaciones.

En el Derecho Comparado se han seguido, al menos tres diferentes vías alternativas.

- a) Los proyectos de renovación de la codificación se han multiplicado en América Latina: el Código civil peruano de 1984; el

Código de comercio boliviano de 1994 y el ante-proyecto de Código civil boliviano de 1997; el proyecto de Código civil argentino de 1998; el Código civil brasileño de 2002.

- b) El fenómeno de descodificación, presente muchos países de Europa y en América Latina, tiene lugar por la vía de la jurisprudencia, de una manera tan radical que hoy es imposible aplicar el *Code* sin conocer aquella. Esta solución, sin cambios o pocos cambios legislativos, dependerá en mucho de la labor de nuestros Magistrados, que deben asumir un rol protagónico en la actuación e interpretación del Código para ajustarlo a los requerimientos modernos de la Sociedad.
- c) En Francia, frente a la crítica por el retraso de una posible codificación, se ha cambiado el método. La ley n° 2000-321 del 12 de abril de 2000, sobre derechos del ciudadano en sus relaciones con la administración, dispone en su artículo 3 : « *La codificación legislativa reúne y clasifica en los códigos temáticos el conjunto de leyes en vigencia a la fecha de adopción de los referidos códigos. Esta codificación se hace à droit constant, bajo reserva de las modificaciones necesarias para mejorar la coherencia en la redacción de los textos reunidos, asegurar el respeto de la jerarquía de normas y armonizar el estado de derecho* ». Sin embargo, esta codificación « *à droit constant* » ha sido también criticada por alejar los códigos del ideal de síntesis y de claridad propios de la codificación tradicional.

Creo en la necesidad de integrar las tres alternativas. Es decir, seguir creyendo en el rol creciente de la jurisprudencia para la renovación del Código Civil, pues para el comparatista, resulta cada vez más evidente el acercamiento entre los sistemas del *Civil Law* y el *Common Law*¹⁶, con lo cual aventaja el aporte de fallos

16 PIZZORUZZO, Alessandro Sistemi giuridici comparati. Milano, Giuffrè, 1998, p. 377 s.s.

judiciales renovados. En segundo lugar, hacer esfuerzos de recopilación de todos esos textos especiales, para darles organicidad en nuevos Códigos (hoy conocemos, por ejemplo el Código Agrario, cuyo contenido es cada vez mayor al mismo Código Civil, como ocurre en Francia con el Code Rural), y permitir su renovación constante, aplicando el segundo método, como se hace en Francia y España. Por ejemplo, en España, se han agregado al Código, sólo en la última década, normas sobre nacionalidad (1990-1995), responsabilidad civil (1991), protección jurídica del menor (1996), propiedad horizontal (1999), servicios de la sociedad de información y comercio electrónico (2002), entre otros. El mismo Código Civil Francés, como hemos visto, ha sufrido una transformación impresionante en los últimos decenios.

Finalmente, es necesario retomar la idea abandonada, de proyectar un nuevo Código de Derecho Privado, quizás respetando la tradición y su estructura, pero que sea comprensivo de normas relacionadas con los más variados sectores Derecho Privado, resaltando las especialidades. Quizás, los ejemplos de Brasil y Argentina podrían servirnos, sino de instrumentos, al menos como fuente de inspiración.

7.- Los retos del jusprivatista moderno.

El rol del intérprete y la misión del juez en la solución de controversias, atendiendo a la realidad económica y social. Consideraciones conclusivas.

En el logro de esas aspiraciones, juegan un papel trascendental, en primer lugar, las Cátedras de Derecho Privado, de Contratos y Obligaciones, de Derechos Reales, y otras Cátedras especializadas. Docentes y Estudiantes, estamos obligados a profundizar más sobre las normas del Código Civil y su contenido material actual. Es un deber imperioso renovar el interés por las publicaciones, por los libros, por las revistas especializadas en Derecho Civil o en Derecho

Privado (que no existen en nuestro medio, lo cual es absolutamente injustificado). En España, una parte de la doctrina da cuenta, de la ausencia total en los medios virtuales, crítica que también es válida en nuestro medio, donde es necesario multiplicar las actividades académicas como ésta y publicar más obras jurídicas.

Los Abogados litigantes tienen el gran reto de proponer soluciones jurídicas, a través de los casos, de los alegatos en los procesos judiciales, citando nuevas teorías, estudiando doctrina y jurisprudencia comparada, y no conformándose —como ocurre usualmente— con criterios preestablecidos.

Los Jueces y Magistrados, especialmente de la materia civil, pero también de otras disciplinas especiales, tenemos el deber de aplicar y adaptar las normas jurídicas del *Code*, a la realidad económica y social en la cual se desenvuelven, no podemos permanecer ligados a una estructura clásica de los Institutos. Cada uno de ellos, es objeto de renovación, especialmente con los derechos humanos económicos, sociales, y de solidaridad. En esta labor, es indispensable el conocimiento y aplicación de las normas internacionales y regionales comunitarias, que repercuten en la esfera privada, dentro del proceso de integración económica.

No es posible seguir interpretando el Código en forma literal o histórica. Se requiere de jueces más estudiosos, más preparados, más instruidos, más civilistas pero también más humanistas. La renovación del método de interpretación tradicional (exegético) por uno sistemático, material y evolutivo es imperiosa, y siguiendo nuestra jurisprudencia, debe afirmarse que: “*VI.-Las normas del Código Civil, en cuanto ley general, así como los institutos del Derecho Agrario, permiten encontrar soluciones a los problemas no previstos en un ordenamiento jusagrario incompleto (sentencia de esta Sala N° 217 de las 16 horas del 27 de junio de 1990, explicable en relación con el artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder*

Judicial No. 7333, publicada en La Gaceta No. 124 de 1 de julio de 1993). Por su parte la jurisprudencia como fuente informadora del ordenamiento jurídico es la llamada a suplir, por la vía de interpretación extensiva, los alcances de las normas encargadas de resolver los conflictos jurídicos cuando no exista norma para el caso concreto o no haya sido concebida para las nuevas exigencias jurídicas (artículo 9 del Código Civil)¹⁷.

Recordemos que Napoleón, más que codificador, fue un gran humanista, pues se inspiró en los valores que aún siguen siendo pilares de nuestra Constitución Civil, libertad, igualdad y fraternidad.

Este último término, en su manifestación actual, no representa otra cosa que los derechos de solidaridad.

17 Sala Primera de Casación, N° 36 de las 9:40 horas del 27 de mayo de 1994.

BREVE ACERCAMIENTO AL CONTRATO DE FACTORING

LIC. LUIS ALBÁN ARIAS SOSA

ÍNDICE

Introducción general	33
I- Noción del Factoring	34
A- Concepto	34
B- Calificación	35
C- Características	36
1- Consensual	36
2- Bilateral	36
3- Oneroso	36
4- Conmutativo	37
5- Tracto sucesivo	37
6- De adhesión	37
II-Particularidades del Factoring	38
A- Partes	38
1- Delimitación	38
a- Cliente	38
b- Factor	39
2- Prestaciones	39
a- Transmisión crediticia	39
b- Garantía de los créditos	40
c- Carga del riesgo	40
d- Facultad de aprobación	40
e- Gestión de cobro	40
f- Notificación a deudores	41
g- Remuneración al factor	41
h- Revisión de la contabilidad	41
i- Deber de información	42

B- Clases	42
1- Conforme al contenido	42
a- Factoring con financiamiento	42
b- Factoring sin financiamiento	42
2- Conforme a la ejecución	42
a- Factoring con notificación	43
b- Factoring sin notificación	43
3- Conforme a los servicios	43
a- Factoring tradicional	43
b- Nuevo estilo de factoring	43
4- Conforme al ámbito territorial	43
a- Factoring doméstico	43
b- Factoring internacional	43
C- Duración	44
Conclusión general	45
Bibliografía	46

BREVE ACERCAMIENTO AL CONTRATO DE FACTORING

LIC. LUIS ALBÁN ARIAS SOSA

A dos apreciadas instituciones:
A.D.R. S.O. – U.C.R.

Factoring: “... figura negocial de corte unitario, que permite atender de forma conjunta y global a una finalidad económica variable y compleja.”

INTRODUCCIÓN GENERAL

El mundo cada día se complica más. Derivadamente el ámbito jurídico se torna cada vez más complejo. Las formas contractuales tradicionales comienzan a no responder a las necesidades actuales. Por ello, vemos nacer nuevos contratos que procuran cumplir con las exigencias modernas.

Dichos convenios, desgraciadamente, no son de amplia difusión en nuestro medio. Razón por la cual hay un buen grado de desconocimiento respecto de ellos. El factoring no escapa a esta problemática. De allí nuestro interés en dar un pequeño aporte en su difusión y esclarecimiento.

En consecuencia, los objetivos guías del estudio son los siguientes:

- **Proporcionar una adecuada definición de factoring.**
- **Explicar la función económica concreta que despliega.**
- **Reseñar los más prominentes rasgos del contrato.**
- **Establecer las condiciones comunes que presentan las partes intervinientes.**

- **Conocer aquellas prestaciones de suma relevancia propias del convenio.**
- **Exponer las diversas modalidades que el pacto puede asumir.**
- **Describir los posibles mecanismos de extinción del factoring.**

Para el logro de éstos, usando un método de índole deductivo, en primer término, examinaremos la situación conceptual, de naturaleza, y características. Posteriormente, ya particularizando, nos ocuparemos de los sujetos contratantes, y los nortes que dan al convenio, por el tiempo estipulado, según el tipo de factoring que lleven a cabo. De esta manera esperamos cumplir la meta propuesta.

BREVE ACERCAMIENTO AL CONTRATO DE FACTORING

La novísima figura contractual objeto de este trabajo tiene como cualidad distintiva una transmisión crediticia, complementada con servicios tecno-administrativos, que posibilita cumplir una función económica concreta. Misma que es deseada por las partes al acudir, según lo quieran, a alguna clase específica de factoring. Al detalle de éstos y otros temas nos dedicamos enseguida.

I-Noción de Factoring

El factoring, como cualquier otro contrato, necesita ser delineado en forma debida. Hacia ese esfuerzo se encamina esta primera parte del presente estudio. Por eso, es menester revisar varios puntos que nos acercan al fin aludido.

A- Concepto

Este singular contrato, un tanto desconocido en nuestro medio, cuenta con gran renombre en otros sitios.¹ Al igual que otras novedosas formas contractuales de reciente data, responde a los requerimientos de la empresa contemporánea.

Ya particularizando, debemos entender que el crédito es un dispositivo fundamental en la sociedad de hoy.² Todos lo ocupan: los industriales para producir, los comerciantes para abastecer el mercado y los consumidores para obtener bienes y servicios. En síntesis el crédito anima la producción y apoya el consumo.³

El problema para muchas empresas radica en la dilación en el pago de créditos a favor suyo, por las ventas a plazo efectuadas. Así deben afrontar la gestión de cobro, el riesgo de impagos y algún grado de iliquidez.⁴

En virtud de lo anterior, es conveniente encomendar la dura tarea a otro: el factor. Quien,

basado en el contrato que estudiamos, se encarga de menesteres como los vistos.

Expuesto lo precedente, resulta necesario tratar de precisar una definición de "Factoring". Empezaremos con la etimología. El latín "face-re"⁵ o "factus"⁶ significa "el que hace". Lo cual no aclara, mayormente, el sentido moderno del término. Ocurre así, por cuanto el vocablo no tiene un pasado remoto, al contrario, su aparición es reciente y con origen en otra lengua.

Por eso debe respetarse la denominación inglesa y no tratar de traducirla. Resultaría muy difícil dar con un término, en español, que resuma la compleja figura contractual de comentario.⁷ Una traducción podría no ser fiel y desvirtuar la idea. Además, el vocablo ha ingresado – con éxito – al lenguaje jurídico mundial.⁸

La complejidad aludida en el párrafo anterior y las diversas modalidades que puede revestir, hacen complicado el acceso a un concepto fidedigno del factoring.

Unos han optado por definiciones amplias que, tratando de abarcarlo todo, se tornan poco manejables. En general expresan: se trata de un contrato por el cual el cliente – previa notificación a sus deudores – le transmite los créditos, provenientes de la explotación de su empresa, por el tiempo acordado, a un factor que paga los mismos, por anticipado o al vencimiento de éstos, asumiendo los riesgos del cobro y reservándose el derecho de

1 "...., ha tenido gran difusión en la Europa Continental, Estados Unidos de Norteamérica, y en países como México, Israel y Japón, entre otros." Zito, 1991, p. 175.

2 "No puede vivirse sin él." Rodríguez, 1990, p. 509.

3 "Sin financiación accesible la producción y comercialización masiva y en serie de bienes y servicios se vería notablemente obstaculizada." Boneo y otro, 1994, p. 159.

4 Ver en igual sentido: Martorell, 1993, p.451; Zito, 1991, p. 175.

5 Ver al respecto: Arias, 1996, p. 15; Sánchez, 1972, p. 11.

6 Ver al respecto: Hinestrosa, 1995, p. 629; Zito, 1991, p. 177.

7 Ver en igual sentido: Rodríguez, 1990, p. 505; Sánchez, 1972, p. 12.

8 "...., todo intento por encontrar una palabra castellana que sustituya a la anglosajona no conduce a resultados positivos, ..." Jinesta, 1988, p. 49.

seleccionarlos. El cliente, por su parte, paga al factor una comisión o —en su caso— los intereses correspondientes.⁹

Estas amplias concepciones, aparte de que dependiendo del tipo de factoring serán más o menos completas, olvidan los servicios técnico-administrativos comúnmente prestados por el factor.

Otros, sin alejarse del vicio apuntado, apuestan a la reducción. Usualmente dicen: el cliente hace la transmisión de créditos al factor, para que éste realice la cobranza a cambio de una remuneración.¹⁰

Pero también tenemos conciliadores. Aquellos que —buscando una fórmula intermedia— insisten en ciertamente acortar la definición, pero incluyendo la prestación de servicios complementarios contabilidad, estudios de mercado, investigación de la clientela, etc.¹¹

El desarrollo que traemos nos permite advertir la existencia de aspectos continuamente presentes en el contrato transmisión crediticia y servicios técnico-administrativos, junto a otros aspectos —simplemente— probables por ejemplo: notificación a deudores, anticipo de los créditos. Por lo tanto, el enfoque debe ir dirigido a los aspectos continuos y no tanto a la extensión del concepto.

De conformidad con lo dicho, la mejor definición hallada reza: el factoring es aquel contra-

to caracterizado por una transmisión de créditos, del cliente al factor, que lleva aparejada una serie de servicios de colaboración con la gestión empresarial.¹²

Fijado —de la manera anterior— el concepto de factoring, debemos dirigir nuestra atención hacia la calificación jurídica a otorgarle.

B- Calificación

El factoring se contextualiza dentro del fenómeno de la contratación masiva. Ésta requiere de asistencia muy adecuada, por lo que el desenvolvimiento de la empresa se dificulta. Siendo oportuno acudir ante el especialista. En nuestro caso: el factor.¹³

Éste tiene los medios para tomar a su cuidado ciertos aspectos de la actividad empresarial del cliente.¹⁴ Pero sucede que la acción del factor no resulta posible mediante un contrato común. Ello por cuanto se pretende una función económica concreta, misma que no es alcanzable con una forma contractual ordinaria.¹⁵

La función citada versa —se ha dicho— sobre el interés en satisfacer la necesidad, propia del fenómeno nombrado al inicio del presente aparte, de relevar al cliente de una porción de su actividad.¹⁶ En pocas palabras, se trata de una provechosa cooperación entre empresas cliente-factor.¹⁷

9 Ver al respecto: - entre otros — Boneo y otro, 1994, p. 160; Gherzi, 1992, pp. 150 — 151; Zito, 1991, p. 176.

10 Ver al respecto: - entre otros — Bonfanti, 1993, pp. 293 — 294; Cano, 1993, p. 637; Sánchez, 1972, p. 29.

11 Ver al respecto: - entre otros — Arias, 1996, p. 17; Jiménez, 1992, p. 269; Martínez, 1979, p. 561.

12 García Cruces, 1990, p.69. Ver en igual sentido: Jinesta, 1988, p. 44.

13 Ver en igual sentido: Jinesta, 1988, p. 101; Roca, 1977, p. 24.

14 Véase aparte A del I capítulo.

15 Ver en igual sentido: Boneo y otro, 1994, p. 78; Gherzi, 1992, p. 152.

16 Roca, 1977, p. 30.

17 Es una figura "... que permite atender de forma conjunta y global una finalidad económica variable y compleja." García de Enterría, 1996, p. 170.

Esta función, parcialmente factible usando otras figuras contractuales, justifica que las partes acojan al factoring. Engendrándose una situación jurídica vinculante, para cliente y el factor, que hace posible la transmisión crediticia y los servicios complementarios.

A este respecto se ha manifestado:

“... el contrato de factoring crea una situación jurídica básica de carácter obligatorio que sirve para caracterizar como actos debidos lo que serían efectos propios de negocios – o contratos – independientes, que en el factoring se vinculan y funden para lograr la función que justifica el contrato.”¹⁸

Lo precedente nos sirve de base para considerar al factoring como un nuevo y complejo contrato.¹⁹ En él hay una serie de aspectos provenientes de otras formas contractuales por ejemplo: asesoría, arrendamiento de servicios, seguro, crédito, que se desdibujan y funden en subordinación mutua. Todo ello para lograr una función económica determinada.²⁰

Sintetizando, la persecución de una función propia, reuniendo –de modo singular– aspectos de figuras ordinarias, implica el surgimiento de un novedoso contrato: el factoring. Cumplido el presente aparte, es momento de

considerar las características más renombradas del convenio que nos ocupa.

C- Características ²¹

1- Consensual

Contrato consensual es el que se perfecciona con el consentimiento de las partes, basta el acuerdo de voluntades.

Aunque –por su complejidad– suele estipularse por escrito, el factoring es consensual. Su conclusión, como contrato, opera con la conformidad cliente–factor.²²

2- Bilateral

“El contrato en examen genera obligaciones correlativas para el cliente y el factor, lo que lo hace devenir en “bilateral”.²³ Es decir, cada contratante se obliga porque el otro hace lo propio.²⁴

3- Oneroso

A título oneroso es un contrato en el que las partes afrontan el sacrificio de su prestación, para conseguir el provecho consecuencia de la contraprestación.

18 Roca, 1977, p. 33. Lo entre guiones no es del original.

19 Contrato complejo –dicen en España– es aquel en que las prestaciones de las partes se han fusionado, pese a provenir de tipos contractuales preexistentes. García Cruces, 1990, p. 112.

20 “..., la calificación del factoring como un contrato mixto o complejo, en el que confluyen elementos propios de distintas figuras negociales, puede resultar sumamente clarificadora e ilustrativa.” García de Enterría, 1996, p. 171.

21 Para una visión sinóptica. Bollini y otro, 1990, p. 364; Bonfanti, 1993, pp. 294 – 295; Hinestrosa, 1995, pp. 630 – 631; Jiménez, 1993, p. 344; Rodríguez, 1990, p. 511.

22 Ver en igual sentido: Boneo y otro, 1994, p. 184; Ruiz, 1992, p. 579; Zito, 1991, p. 180 “ Esto no impide que las partes puedan fijar un término inicial a partir del cual comenzarán a producirse los efectos propios del contrato de factoring ejecución diferida.” Gherzi, 1992, p. 158.

23 Arias, 1996, p. 23.

24 En general: “Para el factor: adquirir los créditos. Para el factoreado: entregar y transferir esos créditos al factor.” Gherzi, 1992, p. 158. “En el factoring el factor es acreedor por la comisión que le corresponde, y deudor por lo relativo a la cobranza y los servicios complementarios. Totalmente a la inversa le sucede al cliente.” Arias, 1996, p. 24.

No otra circunstancia es la acontecida en el factoring. Tanto el factor como el cliente obtienen, o esperan obtener, una ventaja patrimonial proveniente de su contraparte.²⁵

4- Conmutativo

En el factoring, desde el perfeccionamiento, las partes conocen las prestaciones y obligaciones derivadas del pacto.²⁶ La conmutatividad de un contrato, precisamente, viene dada por la certeza, nacida con el acuerdo, de las ventajas y desventajas presentes.

La certeza, correspondiente al contrato de comentario, alude al conocimiento –desde un inicio– de la importancia económica del convenio para el cliente y factor.²⁷

5- Tracto sucesivo

Se dice que un contrato es de tracto sucesivo cuando las obligaciones de los contratantes se deben cumplir continuamente. Existe una prolongación temporal.

Dicho rasgo está presente en el contrato en estudio. Pues obliga a las partes a un conjunto de prestaciones repetidas.²⁸

Bien, se ha manifestado: “Todas las prestaciones propias del factoring, en sí mismas consideradas, constituyen una serie de actos jurídicos de obligada realización que se prolongan en un lapso de tiempo, ...”²⁹

6- De adhesión

Para celebrar el factoring se usan formularios, redactados por el factor, a los cuales el cliente sencillamente se adhiere. Al cliente, si quiere contratar, no le queda más remedio que aceptar las cláusulas establecidas por el factor.³⁰

El carácter adhesivo radica en que el pacto es creación exclusiva de un contratante, el otro tan solo expresa su acuerdo.

La contratación en masa exige uniformar el modo de convenir con los clientes. Desde un punto de vista económico, la multiplicidad de contratos constituye una unidad. Sobre esa base trabaja todo el esquema organizativo del factor.³¹

Determinados los rasgos primordiales del pacto en estudio, observemos la configuración subjetiva del factoring.

25 Ver en igual sentido: Gherzi, 1992, p. 158; Sánchez, 1972, p. 70; Zito, 1991, p. 180. “... carece de sentido la prestación de los servicios de “factoring” de forma gratuita.” Ruiz, 1992, p. 580.

26 Ver en igual sentido: Arias, 1996, pp. 24–25; Gherzi, 1992, p. 159.

27 Ver en igual sentido: Jinesta, 1988, p. 104; Zito, 1991, p. 182. “Ni los alcances de los servicios de financiación y de gestión administrativa ni el precio pactado son intrínsecamente aleatorios. Esto le da certeza ejecutiva a las obligaciones asumidas por cada parte.” Boneo y otro, 1994, p. 185.

28 Ver en igual sentido: Arias, 1996, p. 25; Boneo y otro, 1994, pp. 185 – 186; Ruiz, 1992, p. 580. “... el financiamiento y el resto del servicio que se presta como consecuencia de este contrato, hacen que esté destinado a producir efectos durante un lapso más o menos prolongado.” Zito, 1991, p. 181.

29 Martorell, 1993, p. 463.

30 Ver en igual sentido: Arias, 1996, p. 26; Boneo y otro, 1994, p. 186; Sánchez, 1972, p. 71. Discontinua el factoring podría ser de “libre discusión”: “... es un contrato que se presta a que las partes deliberen sobre las cláusulas que han de incorporarse a él, ...” Gherzi, 1992, p. 160. “... nada obsta a que las partes puedan discutir algunas cláusulas y modificarlas.” Zito, 1991, p. 181.

31 Ver en igual sentido: Jinesta, 1988, p. 116; Zito, 1991, p. 181.

II- Particularidades del Factoring

Teniendo clara la noción del factoring, toca pasar revista a los sujetos contratantes y a las modalidades que podrían ser acogidas por ellos durante el tiempo de vigencia del pacto. Procuraremos dar especial atención a las prestaciones más importantes que pueden convenirse.

A- Parte

1- Delimitación ³²

a- Cliente

¿Quién es el cliente del factor? Empecemos señalando que normalmente será una empresa otorgante de crédito. Es decir, aquella enarbolante de una política comercial de concesión de crédito a sus clientes en adelante les llamaremos deudores.³³

La política mencionada reclama un eficiente esquema organizativo de información y cobro. Así las cosas, por lo común, quienes no cuentan con el esquema anterior son los necesitados de un factor. En otras palabras, generalmente, los servicios de factoring interesan a la pequeña y mediana empresa.³⁴

Para éstas representa simplificar su administración y bajar costos. Inclusive, significa traspasar eventuales resultados negativos –como el impago de los deudores– a otro. Además, muchas veces, el factor puede suplirle sus necesidades financieras factoring con financiación.³⁵

Usualmente las grandes empresas no requieren del factoring. Ocurre de ese modo, por tener ellas el esquema organizativo imprescindible – con alta tecnología y personal calificado – para investigación y cobranzas.³⁶ No es habitual – ni pensamos conveniente– el contrato de factoring, sin importar la dimensión, en empresas con deudores mutantes o escasos.³⁷ Pues se tornarían inmanejables la transmisión de créditos y el resto de servicios complementarios. Esto último revela que la facturación del cliente debe ser significativamente elevada.³⁸

b- Factor

En principio, cualquier persona –física o jurídica– puede ser factor. Pero, en realidad, es complicado que un individuo se constituya en factor. El volumen de las operaciones, la complejidad de las mismas y la magnitud de la inversión necesaria para realizarlas, difícilmente lo permitan.³⁹

32 Las descripciones que se efectuarán están referidas a las situaciones típicas que presentan los contratantes. Ver al respecto: García Cruces, 1990, p. 77.

33 Por lo general se trata de empresas que venden, a corto plazo, bienes no perecederos. Ver al respecto: Bonfanti, 1993, p. 303; García Cruces, 1990, p. 77.

34 Sobre todo si está recién constituida o en expansión. Ver al respecto: Bollini y otro, 1990, p. 379; Martorell, 1993, p. 454.

35 Ello es muy importante "... considerando los problemas financieros que ese tipo de empresa tiene para con la banca en general, debido a su menor solvencia ..." Bonfanti, 1993, pp. 303 – 304.

36 Sin embargo: "Puede ser útil – el factoring – para empresas fuertes y bien administradas pero que necesitan racionalizar la gestión de deudores." Bollini y otro, 1990, p. 379. Lo entre guiones no es del original.

37 Ver en igual sentido: Bollini y otro, 1990, p. 379; Martorell, 1993, p. 454.

38 Tan destacable es el rasgo, que hay quien define al cliente como: la persona natural o jurídica, industrial o comerciante, que tiene un volumen importante de cartera crediticia. Rodríguez, 1990, p. 512.

39 Ver en igual sentido: Arias, 1996, p.17.

Por eso, normalmente, son los bancos, compañías financieras o sociedades especializadas quienes se encargan de efectuar el contrato comentado.⁴⁰ Sea cual fuere el sustrato material de la persona del factor, se considera que desarrolla una –amplia– actividad empresarial.⁴¹

Muestra de ello es su esquema organizativo que le permite realizar un análisis de dos fases.⁴² En la etapa inicial debe examinar a su cliente y a los deudores de éste por ejemplo: informes comerciales y estadísticos. Vigilándolos posteriormente, en la etapa de ejecución, por diversos medios por ejemplo: revisión de contabilidad y deber de información. El diseño organizacional permite activa investigación y enérgico cobro. Razones que motivaron al cliente para acudir al factor.⁴³

De conformidad con lo expuesto, no deja de agradar la idea –proveniente de otros lares– a que entiende por factor: la entidad con recursos, financieros y estructurales, que ofrece múltiples servicios tecno-administrativos en especial la adquisición de créditos.⁴⁴

2- Prestaciones

a- Transmisión crediticia⁴⁵

El cliente debe transferir los créditos, obra de su actividad, al factor. Trasladándole todo documento que verse sobre los mismos. Ello tiene como finalidades: verificar la armonía de las operaciones con lo convenido y facilitar la cobranza de éstas.⁴⁶

Dos principios resultan fundamentales en este punto: universalidad y exclusividad. El primero establece que deben remitirse todos los créditos al factor.⁴⁷ Un par de razones explican el principio enunciado.

Por una parte, la pluralidad de pactos –cliente/deudores– significan una unidad, con base en la cual se desarrolla todo el esquema organizativo del factor.⁴⁸ Dicho esquema sufriría graves trastornos desde un ángulo económico y administrativo, si se fragmenta la transmisión. La segunda razón previene la posibilidad –injusta–a de que se traspasen al factor sólo aquellos créditos considerados incobrables.

40 Se ha indicado que quienes prestan el “servicio”: están consagrados a él o lo practican como extensión de su especialidad financiera. Hinestrosa, 1995, p. 631.

41 Ver en igual sentido: Bonfanti, 1993, p. 304; García Cruces, 1990, p. 81. Se entiende por ésta: la actividad económica, organizada y profesional, relacionada con la producción y /o el intercambio de bienes y servicios. Alvarado, 1995, pp. 39-50.

42 En ésto seguimos a un autor español. García Cruces, 1990, pp. 82-83.

43 Véase inicio de este aparte.

44 Rodríguez, 1990, p. 512.

45 Por lo común se lleva a cabo mediante: cesión, subrogación, endoso. Ver al respecto: Bonfanti, 1993, pp. 304-305; García Cruces, 1990, pp. 66-67; Hinestrosa, 1995, pp. 633-637; Jinesta, 1988, pp. 142-157.

46 Ver en igual sentido: Álvarez, 1995, p. 34; Jinesta, 1988, p.173.

47 Ver en igual sentido: Rodríguez, 1990, p. 516; Zito, 1991, p. 186.

48 Véase aparte C.6 del I capítulo.

Amparado en razones como las expuestas, el postulado de la exclusividad determina la transferencia crediticia a un único factor.⁴⁹

b- Garantía de los créditos

El cliente garantiza la existencia y legitimidad de los créditos, y documentos conexos, que han sido trasladados al factor.⁵⁰ La realidad de las operaciones crediticias es un imperativo del contrato.

c- Carga del riesgo

La transmisión crediticia es garantizada, por lo común, en virtud de que el factor asume el riesgo del no pago de los deudores por motivos imputables a éstos.⁵¹ Los impagos causados por disputas comerciales —entre clientes y deudores— o circunstancias socio-políticas, generalmente, no son asegurados por el factor.⁵²

Éste carga con el riesgo, hasta por el monto decretado —para cada caso— en el convenio.⁵³ Además, como resulta lógico, no hay recurso contra el cliente.⁵⁴ Justamente, esa es una de las funciones del factoring: desvanecer el riesgo crediticio.

d- Facultad de aprobación

En profundo ligamen con la prestación anterior, observamos como el factor se reserva la atribución de calificar a los deudores del cliente. Requiriendo que toda petición le sea consultada para su aprobación.⁵⁵

Puede hacer las aprobaciones —en cada ocasión— deudor por deudor, o establecer topes para los pedidos de un deudor específico. Obviamente, teniendo la posibilidad de no autorizar las operaciones que considere dudosas y poco confiables.⁵⁶

Consecuentemente, con lo explicado, el cliente tiene la obligación de consultar los pedidos al factor.⁵⁷ De modo que los créditos, a transferir luego, estén autorizados.

e- Gestión de cobro

El cliente, ya lo hemos señalado⁵⁸, está obligado a trasladar toda la documentación facturas, títulos valores, etc. relativa a los créditos al factor. Ello con la finalidad de poder diligenciar la cobranza.

49 Ver en igual sentido: Hinestrosa, 1995, p. 632; Sánchez, 1972, p. 88. "... cláusula de exclusividad, por la que el proveedor se compromete a confiar a un solo factor, sus operaciones de factoring." Zito, 1991, p. 186.

50 Ver en igual sentido: Rodríguez, 1990, p. 522; Sánchez, 1972, p. 89. Sobre los créditos no debe haber "... gravamen ni incidencia relacionada con la mercadería o la entrega." Zito, 1991, p. 187.

51 Ver en igual sentido: Cano, 1993, p. 370; Zito, 1991, p. 187.

52 A manera de ejemplo, se han mencionado las siguientes causas: controversias por mercancías defectuosas, líos por demora en las entregas o errores en las cantidades, guerras civiles, huelgas, etc. Álvarez, 1995, p. 26; Jinesta, 1988, p. 160.

53 Ver en igual sentido: Cano, 1993, p.370; Sánchez, 1972, p. 87.

54 Ver en igual sentido: Rodríguez, 1990, pp. 515-516; Zito, 1991, p. 187.

55 Para el factor "... la solvencia económica de los deudores es fundamental." Zito, 1991, p. 184.

56 Ver en igual sentido: Álvarez, 1995, p. 27; Sánchez, 1972, pp. 82-83.

57 Ver en igual sentido: Jinesta, 1988, p. 172; Rodríguez, 1990, p. 521.

58 Véase aparte A. 2.a del II capítulo.

Para no tener problemas en la misma, el factor celosamente vigila que los créditos sean de los aprobados y que estén respaldados por los documentos pertinentes. En general, se muestra atento para verificar que los créditos cumplan con las exigencias pactadas.⁵⁹

Por otro lado: “Si bien es cierto que al actuar como propietario tiene el derecho a cobrar por todos los medios las sumas debidas, en los contratos de factoring puede pactarse que, en ciertos casos y respecto a determinados clientes, el factor, antes de ejercitar una acción judicial, consulte con la sociedad adherente, ...”⁶⁰ Se trata de una estipulación para conservar a determinado deudor del cliente.

Éste, para seguir manteniendo una provechosa relación comercial, prefiere tratar con indulgencia a algún deudor. Por eso, elige otorgar una recompensa compensatoria al factor.⁶¹

f- Notificación a deudores

La transferencia crediticia al factor, en el factoring que lo amerita, va seguida de la comunicación a los deudores. Debiendo distinguirse la notificación genérica aviso global del contrato y sus efectos de la específica indicar en los diferentes documentos –referentes a los créditos– el traslado al factor, único a quien habrán de pagar los deudores.⁶²

Estamos frente a una manera de relacionar al factor con los deudores. Previendo: clientes viles que cobrarían aún después de la transmisión y deudores – de buena fe – que cancelarían erróneamente al antiguo acreedor.

De todos modos, el cliente está en la obligación de entregar – al factor – los créditos equivocadamente pagados a él.⁶³

g- Remuneración al factor

El factor tiene dos posibilidades de cancelar los créditos al cliente: en forma anticipada⁶⁴ o al vencimiento de los mismos. Cobrando un interés o una comisión, según se esté –respectivamente– en el primer o segundo caso.⁶⁵

También, como resulta lógico, percibe ingresos por los demás servicios que presta al cliente. Por lo tanto, vistos estos parágrafos, la mayoría de las veces, la retribución será mixta para el factor.

h- Revisión de la contabilidad

En cualquier momento, el cliente tendrá que poner a disposición del factor su contabilidad para ser examinada.⁶⁶ Puede estipularse, incluso, que los aspectos contables se lleven según condiciones que establezca el factor.⁶⁷

59 Inclusive, suele participar en la redacción de las facturas. Así se asegura que sean adecuadas para el cobro. Ver al respecto: Jinesta, 1988, p. 161.

60 Rodríguez, 1990, p. 521.

61 Ver en igual sentido: Álvarez, 1995, p. 26; Jinesta, 1988, p. 174.

62 Ver en igual sentido: Cano, 1993, p. 370; Hinestrosa, 1995, p. 632.

63 Ver en igual sentido: Bollini y otro, 1990, p. 375; Boneo y otro, 1994, p. 193.

64 La tasa de interés varía –se manifiesta– según el tiempo que falte para el vencimiento. Zito, 1991, p. 186.

65 Ver en igual sentido: Bollini y otro, 1990, p. 375; Cano, 1993, pp. 369-370.

66 Recordemos que el factor se “juega” mucho. Véase aparte A.2.c del II capítulo.

67 Ver en igual sentido: Boneo y otro, 1994, p. 193; Sánchez, 1972, p. 84.

Es hasta posible convenir que este último asuma, en forma total, el manejo de la contabilidad.⁶⁸

i- Deber de información

Hace referencia a la comunicación⁶⁹, debida por el cliente al factor, sobre la situación económica, comportamientos, y otras circunstancias suyas y de los deudores.⁷⁰ Especial relevancia tienen los informes acerca de pagos, efectuados por los deudores al cliente, que pertenecen al factor.⁷¹

Una vez que se ha delimitado a las partes, así como señalado sus más destacadas prestaciones, conviene examinar los tipos de factoring más difundidos.

B- Clases^{72 73}

1- Conforme al contenido

a- Factoring con financiamiento

En esta modalidad el factor cancela de inmediato los créditos transferidos por el cliente. Esa actuación le permite al primero cobrar intereses al

segundo, como contrapartida del financiamiento que le otorga.⁷⁴ Se ayuda, de esta manera, a mantener la liquidez del cliente.⁷⁵

Así éste coloca sus bienes y servicios “al contado”, gracias al anticipo, mientras los deudores pagan al factor en los plazos originales.

b- Factoring sin financiamiento

Aquí el factor cancela hasta la fecha de vencimiento de los créditos. Obteniendo una comisión por su gestión de cobro,⁷⁶ El cliente logrará los importes respectivos, hasta la finalización de los plazos pactados con sus deudores.⁷⁷

La razón del contrato, en éste caso, radica en el interés de encargar la cobranza crediticia a un factor. Con el aliciente de conseguir –también– los servicios concomitantes.

2- Conforme a la ejecución

a- Factoring con notificación

Según este tipo de factoring, ha de informarse a los deudores el traslado de los créditos. Eso se hace, como ya vimos, genérica y específicamente.⁷⁸

68 Ver en igual sentido: Bollini y otro, 1990, p. 374; Cano, 1933, p. 370.

69 Justificada por “... la relación de buena fe y de ... cooperación nacida del contrato de factoring ...” Sánchez, 1972, p. 369.

70 Ver en igual sentido: Bollini y otro, 1990, p. 375; Cano, 1993, p. 369.

71 Ver en igual sentido: Álvarez, 1995, p. 34; Jinesta, 1988, p. 172.

72 El vocablo “factoring” engloba distintas actividades, presenta variantes de país en país, se amolda a diferentes preceptos económico-legales, etc.; esas razones explican la diversidad de modalidades que reviste. Ver al respecto: Boneo y otro, 1994, p. 166; Ghersi, 1992, p. 155; Roca, 1977, p. 17.

73 Algunos autores hablan, siguiendo un criterio referido a los alcances del contrato, de factoring con asunción y sin asunción del riesgo. Ello según que el factor asuma o no el riesgo por impagos. Esta categoría, por ser poco difundida y privatoria de uno de los principales atractivos del factoring, no la compartimos. Ver al respecto: Álvarez, 1995, pp. 15-16; Ghersi, 1992, p. 157.

74 Véase aparte A.2.g del II capítulo.

75 Ver en igual sentido: Boneo y otro, 1994, p. 167; Jinesta, 1988, p. 73.

76 Véase apartes A. 2.e y A. 2.g del II capítulo.

77 Ver en igual sentido: Roca, 1977, p. 18; Sánchez, 1972, p. 32.

78 Véase aparte A. 2.f del II capítulo.

Para liberarse los deudores, estando debidamente comunicados, tendrán que cancelar al único legitimado: el factor. De lo contrario, el pago no estaría bien realizado.

b- Factoring sin notificación

Acá no hay información, a los deudores, acerca del convenio de factoring existente. Se cancela directamente al cliente. Éste, por su parte debe enviar los importes por los créditos, con posterioridad, al factor.⁷⁹

¿Por qué ocultar al factor? Las motivaciones pueden ser de diferente índole: tributarias, económicas, personales, etc. Sin embargo, destaca aquella que teme generar desconfianza —en los deudores— sobre la liquidez del cliente.⁸⁰

En fin, esta clase de factoring:

“Supone que el cliente se encarga directamente del cobro de ... facturas y vendrá obligado a remitir inmediatamente su importe al factor. Se excluye de las prestaciones tradicionales del factor la prestación del servicio de cobro, conservando sus demás obligaciones de la cobertura de riesgo, contabilidad y en su caso, anticipo financiero.”⁸¹

3- Conforme a los servicios

a- Factoring tradicional

Bajo esta modalidad, el factor se limita a la gestión de cobro.⁸² Brindando servicios complementarios de escaso número al cliente.⁸³

b- Nuevo estilo de factoring

Aquel que, encargándose siempre de la cobranza, posibilita servicios, técnico-administrativos, en número mayor.⁸⁴ La diferencia con el supracitado es —básicamente— cuantitativa.

4- Conforme al ámbito territorial

a- Factoring doméstico

En este caso el cliente y los deudores —compradores de sus bienes y servicios— se hallan en el mismo país.⁸⁵ Rige, como se puede observar, un criterio basado en la circunscripción espacial. Igual ocurre en el siguiente tipo.

*b- Factoring internacional*⁸⁶

La diversidad de ubicación es la nota distintiva de esta clase de factoring. En él, cliente y deudores se encuentran en diferentes países.

Se habla, en doctrina, de dos posibles combinaciones. En la primera; el factor y el cliente están en un mismo territorio, los deudores radican en el extranjero. En la segunda; los deudores y el factor se localizan en un mismo lugar, estando afuera el cliente. Factoring de exportación y factoring de importación, en

79 Ver en igual sentido: Bollini y otro, 1990, p. 367; Martorell, 1993, p. 466.

80 Ver al respecto: Jinesta, 1988, p. 72; Roca, 1977, p. 18.

81 Sánchez, 1972, p. 33.

82 Véase aparte A. 2.e del II capítulo.

83 En especial, el servicio de financiamiento. Ver al respecto: Álvarez, 1995, p. 14; Sánchez, 1972, p. 31.

84 “... el énfasis está puesto tanto en la función financiera como en el resto de servicios prestados a la clientela, como el asesoramiento administrativo, contable y jurídico, estudio de mercados, entre otros.” Zito, 1991, p. 186.

85 Ver en igual sentido: Rodríguez, 1990, p. 514; Zito, 1991, p. 185.

86 “... aplicable el derecho del lugar donde se realiza el servicio de factoring, esto es, la sede de la entidad financiera...” Boggiano, 1991, p. 701.

su orden, es la denominación que reciben las combinaciones expuestas.⁸⁷

Quedan así descritas las principales modalidades del contrato en estudio. Restando, únicamente, algunas palabras acerca de su duración.

C- Duración

Por tratarse de un contrato de tracto sucesivo⁸⁸, el factoring puede desarrollarse a plazo fijo o indefinido. Siendo a término definido, se suele pactar una duración de uno a tres años. Estableciendo, de antemano, posibles acuerdos de renovación.⁸⁹

Siendo a plazo indeterminado, en virtud de la buena fe, se pacta un previo aviso para que alguna de las partes lo dé por finalizado.⁹⁰

Existen medios normales y anormales de concluir el convenio. Dentro del primer caso, pueden mencionarse: la expiración del término, el mutuo consentimiento, desistimiento unilateral y agotamiento del contrato.

La expiración del plazo significa que acabó el lapso pactado por el factor y el cliente.⁹¹ En el mutuo consentimiento se está en presencia de un acto voluntario de las partes.⁹² Cuando dicho acto pertenece a una sola de ellas, se habla de desistimiento unilateral.⁹³ El agotamiento hace referencia al "... cumplimiento anticipado de los fines estipulados en el contrato ..."⁹⁴

Pasando a los medios anormales, merece especial atención la resolución contractual. Ésta es posible, por tratarse de un pacto bilateral⁹⁵, siempre y cuando ocurran incumplimientos a cargo de las partes. Otras terminaciones no ordinarias son: la quiebra de una o ambas partes, disolución de la sociedad cliente o factor, prohibición de ejercer el comercio, etc.⁹⁶

Sin importar el supuesto de terminación, el factor y el cliente cumplirán con las operaciones inconclusas hasta acabarlas. Incluso, con posterioridad a eso, todavía se deben fidelidad sobre lo que cada uno conoció del otro.⁹⁷

87 Ver al respecto: - entre otros – Álvarez, 1995, pp. 14 – 15; Gherzi, 1992, pp. 157- 158.

88 Véase aparte C. 5 del I capítulo.

89 Ver en igual sentido: Hinestrosa, 1995, p. 633; Martorell, 1993, p. 487.

90 Ver en igual sentido: Álvarez, 1995, p. 35; Hinestrosa, 1995, p. 637.

91 Ver al respecto: Martorell, 1993, p. 487; Rodríguez, 1990, p. 523.

92 Ver al respecto: Álvarez, 1995, p. 36; Gherzi, 1992, p. 167.

93 Ver en igual sentido: Gherzi, 1992, p. 167; Sánchez, 1972, p. 95.

94 Jinesta, 1988, p. 175.

95 Véase aparte C. 2 del I capítulo.

96 Ver en igual sentido: Álvarez, 1995, p. 36; Hinestrosa, 1995, p. 637.

97 Ver en igual sentido: Gherzi, 1992, p. 189; Martorell, 1993, p. 488.

CONCLUSIÓN GENERAL

Es pertinente, una vez realizado el desarrollo del trabajo, presentar las ideas fundamentales que asoman en virtud del estudio efectuado.

Una acertada conceptualización del factoring debe dirigirse a los aspectos continuos en él, no preocupándose en demasía por su extensión.

El convenio de interés tiene como notas distintivas: la transmisión crediticia y los servicios técnico-administrativos concurrentes.

Se trata, el pacto de comentario, de un nuevo y complejo contrato que, reuniendo singularmente elementos de figuras comunes, persigue una función propia.

Nuestro factoring, aunque estipulado por escrito, es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo —en el sentido del conocimiento sobre la importancia económica del convenio— de tracto sucesivo y sólo excepcionalmente de libre discusión.

Por lo general, el Cliente —en los pactos de comentario— es una pequeña o mediana empresa, sin esquema organizativo idóneo y con gran facturación, que otorga crédito a sus clientes deudores.

Normalmente, el Factor será una persona jurídica que desarrolla una actividad

—empresarial— de alta investigación y enérgica cobranza.

El contrato, según lo denotan sus más importantes prestaciones, por lo común, se mueve así: el cliente traslada créditos garantizados —todos— a un único factor, este sujeto —como generalmente carga con el riesgo de la insolvencia— tiene la facultad de aprobarlos previamente, para luego gestionar su cobro ante los deudores —normalmente notificados— y así obtener la remuneración por su trabajo.

Respecto a las clases de factoring, éste será “con” o “sin” financiamiento, según exista o no el anticipo de créditos. Se denominará notificado o sin notificar, dependiendo de que haya o no comunicación a los deudores.

Por el menor o mayor número de servicios, el convenio devendrá en tradicional o en nuevo estilo. Y conforme a la ubicación espacial del cliente y los deudores, se le nominará doméstico están en el mismo lugar o internacional se encuentran en diferente sitio.

El pacto, que puede ser a plazo fijo o indefinido, presenta medios normales y anormales de extinción.

Así las cosas, consideramos haber cumplido con los criterios rectores propuestos por este estudio en sus inicios.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BESCOS Modesto

Factoring y Franchising, nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores, Madrid, Editorial Pirámide, Primera Edición, 1990.

BOGGIANO Antonio

Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Tercera Edición, T.II, 1991.

BOLLINI Carlos y BONEO Eduardo

Manual para operaciones bancarias y financieras, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Tercera Edición, 1990.

BONEO Eduardo y BARREIRA Eduardo

Contratos Bancarios Modernos, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1era edición, 1994.

BONFANTI Mario

Contratos Bancarios, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1era edición, 1993.

CANO José

Manual práctico de contratación mercantil, Madrid, Tecnos, Tercera Edición, T.I, 1993.

GARCÍA CRUCES José

El Contrato de Factoring, Madrid, Tecnos, 1era edición, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA Javier

Contrato de factoring y cesión de créditos, Madrid, Editorial Civitas, Segunda Edición, 1996.

GHERSI Carlos

Contratos Civiles y Comerciales, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición, T.2, 1992.

JIMÉNEZ Guillermo

Derecho Mercantil, Barcelona, Editorial Ariel, 2 edición, 1992.

JIMÉNEZ Guillermo – coordinador –

Lecciones de Derecho Mercantil, Madrid, Tecnos, Segunda Edición, 1993.

MARTINEZ José

Derecho Mercantil, Barcelona, Editorial Bosch, 1era edición, 1979.

ROCA Juan

El contrato de factoring y su regulación por el derecho privado español, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1era edición, 1977.

RODRÍGUEZ Sergio

Contratos Bancarios, Bogotá, FELABAN, Cuarta Edición, 1990.

RUÍZ Adolfo

Manual de Derecho Mercantil, Bilbao, Ediciones Deusto, 1era edición, 1992.

SÁNCHEZ José

El Factoring, Madrid, Asociación para el Progreso de la Dirección, 1era edición, 1972.

Tratado

MARTORELL Ernesto

Tratado de los contratos de la empresa, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1era edición, T.I, 1993.

Obras Colectivas

ARIAS Luis Albán

Aspectos generales del contrato de factoring, Estudios de Derecho Mercantil, San Ramón, Sede de Occidente – U.C.R., 1996, pp. 9 – 26.

HINESTROSA Fernando

El Contrato de Factoring, Curso de Contratación Comercial Internacional, San José, S.E.P. – U.C.R., T.II, 1995, pp. 626 – 639.

RODRÍGUEZ Sergio

Factoring, Curso de Contratación Comercial Internacional, San José, S.E.P. – U.C.R., T.II, 1995, pp. 640 – 646.

ZITO Otilia

Factoring, Derecho Comercial y Económico, Buenos Aires, Editorial Astrea, T.I, 1991, pp. 175 – 201.

Trabajo Final de Graduación

JINESTA Ernesto

Los contratos de factoring y leasing financiero, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988.

Trabajos de Investigación

ALVARADO Edgar

Concepto Jurídico de Empresa, San José, S.E.P. – U.C.R., 1995.

ÁLVAREZ Luis y otros

Contrato de Factoring, San José, S.E.P. – U.C.R., 1995.

LOS ÓRGANOS DE LA QUIEBRA

LIC. RONALD HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	51
DE LA QUIEBRA EN GENERAL	51
Notas diferenciadoras.....	
Presupuestos de la apertura del proceso de quiebra.....	54
Los órganos de la quiebra en la doctrina	55
ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y JURISDICCIÓN	57
a) El juez.....	57
Función judicial y función administrativa	57
b) El comisario de la quiebra	58
Funciones	58
ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LA QUIEBRA.....	59
Facultades de administración.....	59
Facultades de representación de los síndicos	59
El síndico	59
Funciones del síndico.....	60
Naturaleza jurídica del síndico	60
ÓRGANO DELIBERANTE.....	61
LA JUNTA DE VIGILANCIA	62
El curador	62
El depositario	62
ÓRGANOS DE LA QUIEBRA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.....	63
Normativa	63
El juez: órgano judicial.....	66
Juez legal y la constitución.....	66
El juez y la quiebra. Competencia	66
Pronunciamientos relevantes del juez en la quiebra	67
Quiebra voluntaria y quiebra fraudulenta	67
Nombramiento de curador	71

Nombramiento de depositario	71
Recurribilidad	71
Otras participaciones del juez	71
ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN EN LA QUIEBRA. EL CURADOR .	74
Curador institución	77
Curador específico	77
Obligaciones del curador	77
Curador contador.....	78
Rendición exacta de cuentas	79
Honorarios de curador.....	79
EL ÓRGANO DELIBERATIVO	79
Junta de acreedores.....	79
Conclusiones	81
Bibliografía.....	82

LOS ÓRGANOS DE LA QUIEBRA

LIC. RONALD HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

INTRODUCCIÓN

El proceso de Quiebra se encuentra regulado de manera dispersa en nuestro ordenamiento jurídico, así podemos encontrar normas en los Códigos de Comercio, Civil y Procesal Civil, lo que ha provocado que doctrinarios como los litigantes e incluso los jueces, rehuyan en cierta medida al estudio sistematizado de esta materia.

Para estudiar el sistema de quiebras en Costa Rica, tenemos que realizar un verdadero recorrido por dichos cuerpos normativos, tratando de agrupar y discernir cuáles son las disposiciones aplicables al caso concreto y cuáles no son excluyentes entre sí.

En este trabajo, se hará un breve recuento de la quiebra en general, sus presupuestos y notas más caracterizantes. Luego, veremos lo que menciona la doctrina con respecto a los diversos órganos de la quiebra para finalmente hacer alusión a los componentes, derechos y obligaciones de lo que podemos llamar como órganos de la quiebra en el ordenamiento jurídico costarricense y en especial en el Código de Comercio.

Como otro objetivo del trabajo se pretende informar la forma de cómo se ha venido implementando su funcionamiento en nuestro ordenamiento jurídico.

Otros objetivos de este estudio son los siguientes:

1. El rol del Juez de la quiebra;
2. El rol del curador en la quiebra y
3. El rol de la junta de acreedores en nuestro país.

A continuación, el resultado de la investigación.

I.- DE LA QUIEBRA EN GENERAL

La crisis de la empresa es causa, por muchos aspectos, de alarma social y esto porque múltiples intereses colectivos se ven gravemente amenazados; un primer elemento de alarma es el eventual perjuicio a los acreedores, dado que toda empresa, debidamente organizada vive ordinariamente del crédito ajeno.

Otro elemento de alarma, es también la posible desocupación de los trabajadores por las crisis económicas de las empresas, convirtiéndose o traduciéndose, en algunas ocasiones, en agudos problemas sociales. Finalmente, otro de los motivos que viene a implicar los dos primeros, es la afectación, en alguna medida, al sistema económico en donde esta inmersa la empresa y los desequilibrios que en él puede ocasionar.

Como indica Francesco Gálgano¹, el sistema jurídico esta orgánicamente equipado para hacerle frente a primer orden de intereses colectivos perjudicados por la crisis de la empresa, pues conoce un procedimiento específico,

1 Gálgano, Francesco. Derecho Comercial. El Empresario. Vol. I. Editorial Temis, 1999, pág. 185.

el de la quiebra, mediante el cual el patrimonio del empresario insolvente se destina a satisfacer la masa de los créditos en la medida más alta posible y según criterios de justicia distributiva (llamada *par conditio creditorum*)

La regla denominada “*par conditio creditorum*” o de la “igualdad de los acreedores”, no significa que haya nivelación o equiparación entre todos los acreedores: a cada acreedor le corresponde la suerte personal que su posición respectiva le asigna, así, por caso, los acreedores privilegiados.

Es decir que la regla respeta las causas legítimas de prelación: ello forma parte de la misma regla.

Mientras en el derecho común subsiste la regla *prior in tempore potior in iure*, en el derecho concursal (derecho especial) rige la regla de la *par conditio* en forma absoluta.

Por lo tanto, el proceso de quiebra se caracteriza como proceso colectivo tendiente a la reglamentación de relaciones intersubjetivas sobre la base de una regla de justicia, que tiene el valor de ser realista porque se adapta a una situación patrimonial de insuficiencia y mira a garantizar un tratamiento igualitario a todos los acreedores.

Joaquín Garrigues², nos dice que el derecho de quiebras es el conjunto de las normas legales que regulan las consecuencias jurídicas del hecho económico de la quiebra y en sentido económico, quiebra significa la situación en que se encuentra un patrimonio que no puede satisfacer las deudas que sobre él pesan, es por ello que quiebra es no poder pagar íntegramente a todos los que tienen derecho a ser pagados, es un estado de desequilibrio entre valores realizables y los créditos por pagar.

Por lo señalado, el derecho de quiebras se sustenta en un procedimiento de ejecución colectiva o universal que descansa en el principio de la comunidad de pérdidas y como en todo procedimiento reejecución, este procedimiento exige un título ejecutivo, y tal es el autor judicial declarativo del estado de quiebra, especie de título en blanco que sirve para todos los acreedores que asistan y concurran al procedimiento.

El procedimiento judicial de ejecución de créditos, en donde está inmerso el de quiebras busca:

- Asegurar el ejercicio del derecho, mediante el embargo del patrimonio del deudor (desapoderamiento).
- La declaración del derecho, mediante su insinuación en la quiebra y su calificación (reconocimiento y graduación de los créditos).
- La satisfacción del derecho mediante la distribución del activo entre los acreedores (liquidación), definiéndose en un embargo colectivo, de una declaración de derechos colectivos y de una liquidación colectiva.-

Definimos la quiebra como un complejo orgánico de normas, de carácter formal y sustancial de los actos jurídicos prevalentemente procesales, que tienen por finalidad la liquidación del patrimonio del comerciante insolvente y la repartición proporcional de lo recaudado entre todos sus acreedores, organizados unitariamente, salvo aquellos munidos de causa legítima de preferencia.

Para Bonelli el esquema del instituto es prevalentemente procesal. Para él, la falencia se encuentra adscripta en el derecho procesal,

2 Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV. Editorial Temis. 1987. pág 6.

aun debiéndose notar que el procedimiento, inicial y fundamental que se origina, no entra estrictamente en el concepto de jurisdicción contenciosa ni en el de voluntaria sino que participa de ambas.

La quiebra constituye un proceso muy especial, un instituto sui generis, difícil de asimilar a figuras conocidas. Ante que nada la quiebra es por excelencia un procedimiento concursal:

- implica que la consecuencia de la crisis económica de un patrimonio, esto es, la insatisfacción de los acreedores, sea reparada mediante una regulación de todas las relaciones, y no solamente ésto, sino con una regulación igual para todas las relaciones (par conditio creditorum), salvo naturalmente las causas legítimas de prelación, es decir, que las relaciones se presenten ya al concurso como desiguales.

La acción individual, como medio de ejecución, tiene en mira el incumplimiento, y su objeto es compeler al deudor a ejecutar aquello a que se ha obligado (dar, hacer o no hacer). Los procedimientos concursales, en cambio, tienen por mira la impotencia patrimonial del deudor, es decir, el estado de cesación de pagos.

En líneas generales es necesario aclarar que el concurso de acreedores no es suficiente para atribuir carácter colectivo al procedimiento. Este es colectivo cuando es universal, es decir, cuando atiende a la totalidad de los acreedores y de los bienes del deudor. Se liquida totalmente el patrimonio, precisamente porque se trata de dar satisfacción a todos los acreedores y recíprocamente.

La universalidad del patrimonio; la reconstrucción y la indisponibilidad del mismo. Todos los bienes son afectados por el proceso. Surge claro que el proceso de quiebra se presenta mucho más que el proceso ejecutivo ordinario como un medio idóneo para incidir en la esfera del derecho sustancial: los efectos del embargo se vuelven aquí universales, afectan relaciones jurídicas pendientes, cubren situacio-

nes futuras. Ello exige, por consiguiente, una regulación compleja que comporta también instrumentar una actividad administrativa.

El patrimonio en su totalidad se vincula a la satisfacción de los acreedores, sin distinción entre bienes destinados al ejercicio del comercio o bienes extraños al mismo (por ejemplo, bienes suntuarios, casas quintas, etc.), o bien en el caso de existir pluralidad de empresas.

Se ha dicho que las normas concursales perfilan el carácter jurídico del patrimonio falencial porque se sostiene que el mismo constituye una persona jurídica, provisoria o relativa, que tiene por objeto el interés de un sujeto definitivo, último destinatario de ese patrimonio. El fallido perdería la propiedad de sus bienes, los cuales devienen pertenencia del ente de la quiebra, a los fines de la liquidación judicial.

La doctrina moderna (Satta, De Semo, Provinciali, etcétera) no comparte esta postura y sostiene, con buen criterio, que: lo que en realidad pierde el fallido es la Administración y disponibilidad de sus bienes y no la propiedad de los mismos; satisfechos los acreedores o concluido el concordato, el fallido es reintegrado en la posesión y disponibilidad de los bienes.

Agreguemos para más claridad que aunque se proceda a la venta de todos los bienes como consecuencia de una liquidación en quiebra (ya sea un proceso original o sobreviniente de una convocatoria), si en definitiva, una vez cubiertos todos los gastos de la quiebra y de liquidación y abonados todos los créditos, sobran cosas o dinero, deberán ser entregados al deudor, que está legitimado para ello en calidad de propietario y recupera la libre disponibilidad por clausura del proceso que se le había retirado.

De Semo agrega que se trata de una universitas iuris, complejo de relaciones jurídicas a las cuales la ley imprime formal unidad.

El patrimonio falencial pertenece a la categoría de los patrimonios separados, escindidos

en dos masas: por un lado los bienes afectados por el desapoderamiento y que administrara la quiebra a través de sus órganos: bienes existentes a la fecha de declaración y los que pasan al fallido durante el procedimiento (incluidos aquellos afectados por el período de sospecha). Por otro lado, bienes de naturaleza estrictamente personal; alimentos, gastos, etcétera.

Finalmente, para Satta³ (habla concretamente de ejecución, de proceso ejecutivo concursal en lugar de proceso concursal), la única distinción entre ejecución colectiva y ejecución individual estriba en el carácter más drástico de la intervención del estado, en razón del mayor interés anexo a la materia. El interés público supera en tal modo al interés privado que fija las características primarias de la institución: organización típica del procedimiento, convenio mayoritario, etcétera.

NOTAS DIFERENCIADORAS

1. La quiebra comprende todo el patrimonio del deudor abarcando los convenios pendientes;
2. La quiebra se instaura y se desarrolla en el interés de todos los acreedores;
3. En la quiebra se establecen todas las relaciones de los acreedores con todos los bienes del deudor, según el principio de la distribución de las pérdidas en igual medida (par conditio creditorum);
4. La quiebra se declara mediante una sentencia de comprobación (certeza del derecho) de los presupuestos de la ley
5. La declaración de quiebra (o apertura de la convocatoria) excluye el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria del acreedor;
6. El proceso de quiebra es conducido por un especial órgano judicial, el cual se sustituye de modo especial a los acreedores y al deudor;
7. En la quiebra se instaura un procedimiento especial para la determinación y comprobación de la llamada masa pasiva, es decir, singular y globalmente todos los acreedores;
8. Paralelamente, en la quiebra se determinan todos los bienes del patrimonio que constituyen la denominada masa activa, destinada, previa custodia y administración, a ser liquidada y a satisfacer con el producido a los acreedores;
9. La masa activa puede incrementarse en el curso del proceso por la incorporación de bienes sobrevinientes (nunca empobrecerse), o también por el ejercicio de la revocatoria concursal en base al principio combinado de la universalidad del patrimonio y de la par conditio;
10. La quiebra exige una clausura formal por sentencia. Puede terminar con un concordato aprobado por los acreedores y homologado por el tribunal.

3 SATTÀ SALVATORE, Instituciones del Derecho de Quiebra, Traducción y notas de Derecho Argentino de Rodolfo O. Fontanarrosa, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951. Pág 158

Nos inclinamos a sostener que la quiebra o proceso de quiebra mas que una ejecución colectiva o concursal, es un proceso concursal, es decir, un proceso especial con características exclusivas y excluyentes, con matices que lo diferencian tanto en el mecanismo como en las consecuencias, si bien participa en su esencia de la naturaleza de la ejecución (liquidación y distribución de un patrimonio).

La quiebra no tiene por mira solo la liquidación de un patrimonio (como si la tendría la ejecución ordinaria sobre bienes determinados); tiene efectos y caracteres que le son particularísimos y muy intensos: consecuencias penales, fuero de atracción pasivo, sentencias paralelas sobre derechos litigiosos con efectos de cosa juzgada, etcétera.

PRESUPUESTOS DE LA APERTURA DEL PROCESO DE QUIEBRA

Por influjo del derecho romano, en el antiguo derecho común, la causa determinante del concurso es la insuficiencia patrimonial, manifestada en el hecho de la ejecución infructuosa sobre los bienes del deudor. En el derecho mercantil moderno, la quiebra encuentra su fundamento o su causa determinante en la insolventa y bajo este supuesto objetivo, surgen cuatro sistemas importantes que se enfocan de acuerdo a su criterio para suponer el estado de insolvencia:

1. Cuando la ley enumera los actos de quiebra, es decir, los hechos denotadores de la insolvencia (sistema inglés)
2. Cuando la ley atiende al estado de déficit o desbalance, es decir, al hecho de que el pasivo supere al activo (sistema alemán, portugués y mejicano)

3. Cuando la ley se fija en la cesación de pago como manifestación de la insolvencia (sistema francés) y
4. Cuando la ley permite a los tribunales que formen libremente su convicción sobre los indicios de la insolvencia (sistema alemán para la quiebra de sociedades de personas individuales y personalistas)

De acuerdo a los sistemas detallados, podemos decir, que el sistema francés, amén de ser inspiración de la gran mayoría de las legislaciones latinas, es la fuente de nuestro procedimiento de quiebras, así pues, para que se produzca la apertura del proceso de quiebra tenemos que contar con los siguientes elementos:

- a) Estado de Cesación de Pagos: La cesación de pagos es un estado económico susceptible de ser demostrado a través de ciertos hechos. Se trata de la impotencia con que se manifiesta un patrimonio para hacer frente, de manera regular, al cumplimiento de las obligaciones que lo gravan. Es un estado del patrimonio. Arts. 851.b, 853, 859 Com, 737 CPC
- b) Calidad de comerciante y deudor (sujeto pasivo): El requisito subjetivo de la quiebra mercantil, es que el deudor ostente la condición de comerciante, pues solo puede ser declarado en quiebra quien tenga el concepto legal de comerciante. Arts. 851, 852, 853, 855, 856 C.Com.
- c) Uno o varios sujetos activos intervinientes en el proceso concursal: Arts. 851.b, 852, 861 C.Com.

4 Ver en este sentido ARGIERI, SAUL A. Manual de Concursos. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 24.

- d) Declaración judicial hecha por juez competente⁴: la declaración es la *conditio iuris* del estado legal de quiebra. Arts. 868 C.Com y 740 C.P.C

II- LOS ÓRGANOS DE LA QUIEBRA EN LA DOCTRINA

La quiebra, no es una persona jurídica, sino un consorcio de los interesados en la liquidación del patrimonio del deudor común. Así, como eje fundamental, la quiebra lo que busca es liquidar los bienes del deudor y pagar a los acreedores en la medida de lo posible.

El procedimiento de quiebra implica el desarrollo de varias y complejas actividades, algunas de ellas dirigidas:

1. a la formación de la masa pasiva, o sea a la reconstrucción de la situación global como deudor del quebrado,
2. a la formación de la masa activa, o sea el conjunto de bienes del quebrado y por lo tanto dirigidas a la liquidación del activo.⁵

¿Cómo se logra ?

La consecución de estos fines no puede ser encomendada a la masa de acreedores, ellos necesitan órganos que exterioricen su voluntad y que realicen actos encaminados a la materialización de los fines propuestos. Es por ello, que para el desarrollo de estas actividades y por ser un proceso complejo, la quiebra requiere:

- el impulso,
- el poder contralor y

- la vigilancia de las distintas personas involucradas, incluso, el propio Estado.

Órgano y parte

En el proceso concursal, el concepto de órgano (procesal) se contrapone al concepto de parte. "Las partes son los sujetos del proceso (en la quiebra, el deudor quebrado y los acreedores); los órganos (personas físicas al efecto nombradas) constituyen los instrumentos mediante los cuales el proceso opera y se desenvuelve; las partes sufren su actividad."⁶

La ley determina cuáles son los órganos de la quiebra y sus funciones y además los somete al control y dirección de la autoridad judicial, que es la que representa el interés público.

El complejo o conjunto de los órganos de la quiebra forma el organismo de la quiebra, en el cual se totalizan las funciones que la ley establece a los fines de la ejecución colectiva y que se distribuyen entre las distintas personas físicas (que varían para cada procedimiento) que tienen la titularidad de los órganos mismos.

Doctrinariamente, existen diversas denominaciones en cuanto a la composición de los órganos por ello, siguiendo a Gálgano y Garrigues, los órganos se clasifican en:

1. Órgano de jurisdicción: el juez de la quiebra;
2. Órgano de Administración y Representación: los síndicos;
3. Órganos deliberantes: las juntas de acreedores y
4. Órgano de contralor: ⁷ la junta de Vigilancia;

5 Gálgano, Francesco. Op. cit, pág 195

6 PROVINCIALI, RENZO. Tratado de Derecho de Quiebra. Volumen I, Ediciones Nauta, Barcelona, 1958.

7 RODRÍGUEZ OLIVERA, NURI. Quiebras, Derecho Comercial. Editorial Universidad Ltda., Montevideo, 1988, p. 69

ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y JURISDICCIÓN

Según Garrigués⁸ en esta clase de órganos tenemos al juez y al comisario de la quiebra.



A) EL JUEZ

Al juez le corresponde:

- no sólo la declaración de la quiebra,
- sino presidir y dirigir todas las operaciones de la quiebra hasta su clausura.
- Desempeña una función compleja, a veces predominantemente administrativa y otras veces exclusivamente judicial.

Es el órgano de dirección es el Juez, tramita todo el procedimiento y constituye sin duda, el órgano supremo del procedimiento, personalmente o por delegación de algunas de sus facultades en el Comisario. En efecto de él depende, directa o indirectamente, el nombramiento e los demás órganos y le corresponde adoptar las más importantes decisiones, no solo judiciales, sino también administrativas⁹.

Función Judicial y Función Administrativa

1. La función es judicial, cuando se declara la quiebra y la resolución del incidente sobre su reposición, la resolución de los agravios contra las cuentas de la sindicatura,

la resolución de los agravios en materia de examen y reconocimiento de créditos, la calificación de la quiebra y la resolución del incidente en su caso, la resolución sobre rehabilitación del quebrado y la resolución de la oposición al convenio.

2. Su función es administrativa, cuando junto a la declaratoria de quiebra, el juez dispone la formación del balance general, la convocatoria de las juntas de acreedores, la separación de los síndicos por providencia que la misma ley llama administrativa, autorización para gastos extraordinarios, autorización para transigir los litigios pendientes, las providencias convenientes en beneficio de la masa y la aprobación del convenio.

Sus funciones son múltiples y diversas, su sentencia es declarativa y constitutiva a la vez. En ciertas instancias del procedimiento de quiebra hay rasgos propios de la jurisdicción voluntaria pues se realiza una actividad administrativa, adoptando por ejemplo medidas para la seguridad de los bienes que han sido ocupados, fiscalizando la actividad del síndico, presidiendo las Juntas de acreedores, etc.

“El Tribunal de la quiebra tiene funciones propias y exclusivas de disposición por cuanto respecto al procedimiento entero; domina y controla todos los demás órganos de la quiebra; facultad ejercitable aun de oficio, a más de por reclamación y, en general, iniciativa de parte, en todos aquellos casos en que la intervención esté justificada por la observancia de las normas del procedimiento y por los principios normativos de la institución, no encontrando otro límite que el interés exclusivo de los particulares.”¹⁰

8 GARRIGUES, (JOAQUÍN). Curso de Derecho Mercantil. Tomo V, Reimpresión de la séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987, p. 75.

9 Uria, Rodrigo, Menendez, Aurelio, Beltrán Emilio. Organos y calificación de la quiebra. Curso de Derecho Mercantil II. Editorial Civitas, 2001, pág 903.

10 PROVINCIALI, RENZO, op. cit., p. 509.

Unico Proceso

Por ser la quiebra un juicio único, ya que persigue la liquidación de todas las relaciones de los acreedores con el quebrado, no puede ser confiada, pese a sus diversas fases, procedimientos e incidencias, más que a un solo y único juzgado. De aquí que ni puedan seguirse dos juicios de quiebra, dentro de un mismo territorio, contra un mismo sujeto, ni pueda promoverse cuestión alguna de competencia, frente a la quiebra decretada y en tramitación, basada en la naturaleza mueble o inmueble de los bienes afectados por ella.

B) EL COMISARIO DE LA QUIEBRA

Es un órgano presente en el derecho italiano (juez delegado) y el español, entre otros.

Surgió por la imposibilidad práctica de que el propio juez llevara a cabo todos los actos encomendados a llevar hasta el fin a los procesos de quiebra. Según Garrigues el Comisario es un órgano de enlace entre el juez y los síndicos y el quebrado: “ Su misión consiste en inspeccionar las operaciones de los síndicos y activar las operaciones de la quiebra, dando cuenta al juez de sus incidencias y proponiéndole la solución.”¹¹

Se le conoce también como “juez delegado” , su existencia se justifica por la imposibilidad material de que el Juez pueda realizar personalmente todos los actos de gestión que reclaman las operaciones de la quiebra, de aquí que el Comisario ejerza, sobre el desenvolvimiento de la quiebra, una acción inmanente.

Quien lo nombra

Su nombramiento corresponde al juez que declara la quiebra y será él quien pueda removerlo y substituirlo, ya por libre iniciativa, ya por denuncia del quebrado o de los acreedores, de concurrir alguna causa justa.

Su actuación comienza con la comunicación de su nombramiento y acaba con el juicio de quiebra.

En el derecho español dicho cargo era gratuito y voluntario: “ La ley no establece retribución alguna para el Comisario, pese a establecerla para el Depositario (art. 1.184 L.E.C.) los Síndicos (art. 1219 L.E.C.) y los peritos (arts 423 y 427 L.E.C.) Se trata, pues, de un cargo gratuito. Lo que, a su vez, determina que el cargo sea voluntario, en el sentido de que el designado puede declinar el nombramiento en cualquier momento.”¹²

Funciones

Entre sus actividades jurisdiccionales el Juez delegado comprueba el pasivo, forma y hace ejecutivo el correspondiente estado, instruye oposiciones e impugnaciones, instancias de reivindicación, separación y restitución de cosas muebles en posesión del quebrado; procede con la asistencia del curador al examen preliminar de los créditos, de los derechos pretendidos por terceros y de las correspondientes pruebas. En el derecho español de esa época el comisario tenía funciones dobles unas delegadas del juez que conoce de la quiebra; otras privativas (inspectoras y asesoras) como elemento informador del juzgado.¹³

11 GARRIGUES, (JOAQUÍN). Op. cit., p. 76, agrega este autor: “ el comisario prepara la celebración de las juntas, autoriza la extracción de efectos de dinero y los ingresos y las ventas urgentes o los gastos indispensables, informa al juez sobre las cuentas, sobre las transacciones, sobre el estado de la administración de la quiebra, sobre la calificación de la quiebra y decide sobre el ejercicio de acciones de la masa. (arts 1342, 1345, 1352, 1353, 1354, 1356, 1360, 1362, 1382 y 1367 de la Ley Procesal española respectivamente).

12 PROVINCIALI, RENZO, op. cit., anotaciones sobre Derecho Español hechas por RAMÍREZ LÓPEZ, JOSÉ ANTONIO. p. 520.

13 Ibídem, p. 521.

Como parte de sus actividades procesales, el juez delegado es juez de la ejecución, tiene la forma de hacer que el proceso avance y acudía al tribunal cuando era necesaria su intervención.

La forma que adoptaban las resoluciones del juez delegado eran las del decreto. En el derecho español el comisario adoptaba sus decisiones con el formato de providencia formal o interina, otra mediante informes al juzgado, mediante propuestas o incluso mediante comprobación y visado.

ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LA QUIEBRA

Como se ha indicado juez y comisario tienen un poder directivo y resolutivo en la gestión del patrimonio de la quiebra, pero dicho conjunto de bienes y derechos necesita un administrador como resultado de la inhabilitación de su titular.

El sistema de la legislación española tiene previsto que la misión de administrar la masa de la quiebra y defender sus intereses no está atribuida a ningún funcionario público, más bien le corresponde a los mismos acreedores.

Serán ellos los que en la primera junta general elegirán tres síndicos, que tendrán que ser acreedores por derecho propio y comerciantes (art. 1346 de la Ley Procesal)

Estos síndicos serán representantes de la masa de acreedores de la quiebra y administradores legales de su patrimonio. (art. 1366 de la Ley Procesal).

1.- Facultades de Administración:

Están encaminadas hacia la distribución del importe líquido de la masa activa entre los acreedores, para ello los síndicos deben enajenar bienes y cobrar créditos. Entre otras cosas deben preparar el inventario, las acciones de reintegra-

ción de la masa, un estado general de los créditos a cargo de la quiebra, solicitar autorización del juez para los actos de administración que excedan la gestión ordinaria. Finalmente deben rendir cuentas de su gestión y a ellos le serán aplicables todas las reglas de responsabilidad administrativa, civil o penal en caso de anomalías en el ejercicio de sus funciones. (arts. 1355, 1357, 1364, 1365, 1380, 1384 y 1333 de la Ley Procesal española entre otros).

2.- Facultades de representación de los Síndicos:

Tienen la representación de la quiebra dentro del juicio y fuera de él, en el primer caso podríamos considerar las hipótesis de incidentes sobre reconocimiento y graduación de créditos, así como el ejercicio de las acciones de impugnación de los actos del quebrado en período sospechoso. Fuera del juicio los síndicos representarán al quebrado tanto en los contratos nuevos, como asumiendo la ejecución de los que el quebrado pactó. (arts. 1381, 1264, 1366 y ss, 1387).

3.- El Síndico:

Es quien ocupa y administra los bienes del fallido, promueve acciones para atraer bienes a la masa, participa mediante sus informes, en la determinación de la masa pasiva, gradúa los créditos verificados, interviene activamente en la etapa de liquidación, vendiendo los bienes y distribuyendo los importes percibidos de la venta entre los acreedores. Tiene además una función informativa fundamental con la cual el Juez se asesora para resolver incidentes diversos: el que tiene por fin fijar la fecha de la efectiva cesación de pagos y el juicio de calificación de la conducta del fallido.

Responsabilidad:

Se le aplican las normas sancionatorias relativas a su revocación. Por analogía podría aplicarse, además, las normas sobre responsabilidad del mandatario.

FUNCIONES DEL SÍNDICO:

Funciones Administrativas:

Son las establecidas en las distintas normas relacionadas con:

1. Ocupación de bienes.
2. Recaudación de frutos de los bienes ocupados
3. Conservación de los derechos y acciones de la masa
4. Depósito por mes de lo resultante de ventas y cobros efectuados
5. Venta de bienes de difícil conservación.
6. Aceptación de herencias repudiadas por el fallido, previa autorización del Juez.
7. Pago de precio a vendedor para evitar reivindicaciones.
8. Levantamiento de hipotecas o prendas previa autorización del Juez
9. Formación de balance, en quiebra de oficio

Para tales funciones el síndico puede nombrar empleados: puede contratar empleados con la autorización de la junta de vigilancia o del Juez en su defecto; puede designar un abogado con autorización del Juez. También puede designar un procurador para hacer gestión judicial fuera de domicilio del síndico; si nombra procurador para su comodidad personal será de su cuenta el pago de sus honorarios.

Funciones Procesales:

El síndico es parte o actúa en diversos incidentes

Funciones informativas:

Debe informar sobre la calificación que le merezca la quiebra y sobre la fecha de suspensión de pagos. Además debe hacer la verificación de créditos, provisional, para su estudio por la Junta. Finalmente debe formar el estado de graduación de créditos.

Naturaleza Jurídica del Síndico:

Algunos textos le asignan representación del deudor fallido en otros juicios que se le inicien y de aceptar incluso la herencia repudiada por el fallido. Otros autores sugieren que el síndico actúa en interés de los acreedores.

Está claro que el síndico no puede ser catalogado como representante convencional del fallido ni de los acreedores por la forma en que se le designa: por el Juez, el provisorio y por la Junta o el Juez el definitivo.

No es representante del fallido, aunque en ciertas funciones actúa como tal y los efectos de sus actos recaen sobre el patrimonio del fallido. Así cuando administra bienes o cuando los vende. Esos actos los celebra por cuenta del fallido pero en interés de los acreedores. En muchos casos actúa contra el fallido, en oposición a él. Por ejemplo cuando promueve una acción revocatoria o cuando califica la quiebra o cuando fija la fecha de efectiva cesación de pagos.

No es representante de los acreedores, pues con sus actos no vincula a los acreedores. A veces puede actuar en oposición a ellos como por ejemplo cuando verifica créditos o cuando participa en el incidente posterior a la junta de verificación.

Tampoco puede ser conceptuado representante de un ente quiebra, que no existe.

Para Mezzera el síndico actúa por derecho propio. Es un particular a quien la ley impone función pública de auxiliar al Juez.¹⁴

14 MEZZERA, citado por RODRÍGUEZ OLIVERA, op. Cit. p. 89

Para Ripert es un “mandatario de la justicia”. El Síndico es designado por el Juez o por la Junta; pero sus facultades son las fijadas por la ley. Si representa al fallido es porque éste no puede administrar sus bienes. Y lo hace en función del juicio concursal, para preparar la masa de bienes que se ha de liquidar. Parece más acertado conceptuarlo como un órgano que tiene el estatuto y disciplina establecida por la ley incluyendo facultades de representación. Cumple función asignada por la ley, dentro de un juicio concursal y bajo el contralor judicial.

ÓRGANO DELIBERANTE

Es la Junta General de Acreedores, su voluntad se manifiesta en los acuerdos tomados por mayoría legal; es el órgano específico de defensa de los intereses de la masa pasiva, cuya intervención se manifiesta a los largo del procedimiento de quiebra siempre que sea necesario conocer la voluntad de los acreedores sobre los actos más trascendentales de la liquidación, en estos casos se convocará a una junta de las denominadas ordinarias; las extraordinarias se convocan para decidir sobre asuntos inusuales.

Las juntas serán convocadas y presididas por el comisario o por el juez. Todos los acreedores del quebrado podrán participar y para demostrar dicha calidad se deberá acudir a los balances de la quiebra, o a sus libros o papeles, así como a los justificantes que ofrezca el propio acreedor.

El acreedor actúa o puede actuar en la quiebra de diversas formas:

- a) Individualmente. Actúa de este modo cuando pide revocación y apela al auto de quiebra o cuando solicita la verificación de su crédito

o recurre de las resoluciones de la Junta en materia de verificaciones de crédito;

- b) Reunido en Juntas de Acreedores:

Ripert: “ hasta el día de la declaración de la quiebra los acreedores no se conocían y cada uno de ellos podía actuar contra el deudor sin preocuparse de la acción o de la inacción de los demás. A raíz de la declaración de quiebra los acreedores pierden su derecho de accionar contra el deudor, individualmente, y se les impone la comparecencia en un juicio conjunto en que recibirán un tratamiento igualitario.” ¹⁵

La junta decidirá sobre asuntos de interés común: la verificación de créditos, la forma de liquidación de los bienes, la designación del síndico definitivo, etc. Las resoluciones de la junta son obligatorias para todos los acreedores, aún para disidentes y ausentes y obligan incluso al síndico quien debe respetarlas.

Puede designarse una junta de vigilancia que impulsa y controla la actividad del Síndico, quien debe requerir su expresa autorización para la realización de determinados actos, según se verá. Se crea así, una especie de estado de subordinación del Síndico respecto a la Junta de Verificación y de Vigilancia.

La tendencia actual de las legislaciones es la de dar a los acreedores una injerencia consultiva más que decisiva. Los acreedores son desplazados, se reducen sus intervenciones, acentuando la actividad de los órganos judiciales. Se ha cambiado también porque la experiencia ha demostrado que los acreedores no concurren a las juntas o se confiaban de las opiniones del síndico y la celebración de las juntas era una carga pesada que demoraba la liquidación de las quiebras.

15 RIPERT, citado por RODRÍGUEZ OLIVERA, op. Cit., p. 81

Participan de las juntas los acreedores, el fallido y el síndico.

Los acreedores son sus integrantes naturales. Concurren voluntariamente a la junta, les interesa asistir para poder participar de las decisiones que se adopten.

Condición para que el acreedor pueda asistir a la Junta de verificación: que su crédito haya sido verificado por el Síndico, en la verificación administrativa y provisional que éste debe efectuar. El acreedor puede concurrir personalmente o por apoderado. El fallido puede asistir personalmente o por apoderado.-

El Síndico puede asistir, la ley no lo obliga, pero parece elemental que lo haga, ya que él habrá producido informes que se considerarán en la Junta.

Funcionamiento de la Junta:

La junta es convocada mediante edictos por el juez en el momento oportuno, los temas serán los fijados por ley y el juez la presidirá.

Se procede a tomar la votación de los acreedores. En la mayoría de los casos se resolverá por mayoría simple de presentes, en otros casos se requieren mayorías especiales o calificadas de personas y de créditos.

1) Naturaleza jurídica de la junta:

Siguiendo a Ripert, la Junta de acreedores, se forma como una asociación sin personería jurídica. Para Ripert los acreedores quedan unidos legal y obligatoriamente. Forman una masa cuya naturaleza jurídica es discutida pero todos los autores reconocen que es una asociación de acreedores, un consorcio de intereses si bien no una persona moral. Forman una masa y se llaman acreedores en la masa.

Si quieren ejercer sus derechos se presentarán ante la quiebra pero esta presentación no es el acto constitutivo de la masa. La unión es legal y obligatoria.¹⁶

Ripert considera el hecho del agrupamiento de los acreedores en una masa, como una institución propia del derecho comercial. La califica como obligatoria. Precisa que el acreedor que se presenta en los procedimientos es un miembro activo; pero si no lo hace no deja de ser acreedor en la masa, quedando afectado igualmente por todo lo que los acreedores resuelvan en las juntas. La junta tiene una organización legal, todos sus aspectos están regulados por ley. Se trata según Ripert de una unión legal cuyas condiciones están determinadas por la ley. Según él esta masa no tiene personería jurídica y no la tiene porque no tiene patrimonio y la personería jurídica no puede existir si no hay patrimonio.

LA JUNTA DE VIGILANCIA

Es un órgano que puede o no existir y es la junta de acreedores quien tiene la potestad de nombrarlo. Se compone de tres acreedores de los presentes, elegidos por mayoría simple, que reúnan más de la mitad de los créditos admitidos. Como funciones están: impulsa el proceso, colabora con el Síndico, lo controla y eventualmente puede sustituirlo internamente. Sus integrantes no devengan honorarios.

EL CURADOR

Es un órgano propio de la ejecución de la quiebra y corresponde a las especiales exigencias características de la misma. Tiene funciones a la vez de auxiliar al juez, de administrador, de depositario y de custodio; desapoderado el quebrado del patrimonio por efecto de la sen-

16 RIPERT, citado por RODRÍGUEZ OLIVERA, op. Cit. P. 83.

tencia declarativa, se hacía indispensable que otro sujeto ocupase su sitio, lo que no podía ser, por evidente y naturales incompatibilidades, por parte del mismo órgano judicial investido de la ejecución y de sus normales auxiliares.

Tiene un estado de órgano subordinado y ejecutivo, respecto al juez delegado. El nombramiento es hecho por el Tribunal y como condición de operatividad es exigida la aceptación del interesado.

El curador debe ser persona distinta a la masa de acreedores, para evitar que éste aproveche su cargo para beneficiarse a sí mismo y tener vasto conocimiento legal y contable, siendo indispensable que esta figura sea honesta, práctica, desinteresada y que no haga de ese cargo una profesión.

La designación de un curador de la quiebra es necesaria desde los primeros momentos del procedimiento, pero no es igualmente fácil que la urgencia en dictar la sentencia declarativa permita ponderar todas las circunstancias por las que puede ser conveniente elegir para el cargo de curador a una persona u otra.

¿A quién representa el curador?

Algunos lo consideran como un representante del fallido o de los acreedores ya como individuos o como masa, o de unos y otros al mismo tiempo.

No se puede pasar por alto que el procedimiento de quiebra, por ser un sustitutivo de la ejecución forzada, constituye el desarrollo de una función estatal; tampoco puede desconocerse que las funciones del curador no pueden ser separadas de las funciones que en el mismo procedimiento ejercen los órganos del poder judicial, pero las mismas se realizan en beneficio de intereses privados. En la quiebra la razón de la representación legal está no en

la incapacidad de los interesados, sino en el conflicto de sus intereses, de ahí que se puede afirmar que el curador es llamado a cuidar los intereses del uno y de los otros.

Él toma su poder del officium del que se le ha investido.

EL DEPOSITARIO

Esta figura surge en el propio auto que se declaraba la quiebra, pues se procedía a la designación del Depositario, él será el guardián de los bienes, para que los ocupe, guarde, conserve y liquide.

Su naturaleza jurídica es más compleja que la de un simple guardián, porque en algunas ocasiones tiene que vender bienes en forma inmediata, en otras tendrá que tomar decisiones apremiantes o realizar obras urgentes, debe agenciárselas para representar y defender la universalidad de los bienes comprendidos en la quiebra.¹⁷

Es de libre elección del juez, lo que lo convierte en un delegado suyo, pero al mismo tiempo le da una naturaleza híbrida: delegado del juez y titular de funciones de gestión, él actuará hasta el nombramiento de los síndicos, en otras palabras es un órgano temporal y provisional.

III- ÓRGANOS DE LA QUIEBRA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

Normativa

Código de Comercio, libro IV, Título I, Capítulo Primero: "De la Quiebra", artículo 851 y siguientes se regulan todos los aspectos relativos a la Quiebra en nuestro ordenamiento jurídico.

17 PROVINCIALI, RENZO, op. cit., comentarios al Derecho Español hecho por RAMÍREZ LÓPEZ, JOSÉ, p. 531

Artículo 851. Declaratoria de Quiebra
Hipótesis en que procede la declaratoria de quiebra de un comerciante o una sociedad:

- a) cuando el propio deudor lo solicite. Si se trata de una sociedad¹⁸ cuando lo pida el Gerente o el Administrador.
- b) Cuando un acreedor compruebe que el comerciante o sociedad ha dejado de pagar una o varias obligaciones vencidas, o que ha cesado en el pago de obligaciones a favor de otras personas;
- c) Cuando el deudor se oculte o ausente sin dejar al frente de sus empresa o negocio apoderado legalmente instruido y con fondos suficientes para cumplir sus obligaciones;
- d) Cuando injustificadamente cierre el local de su empresa o negocio;
- e) Cuando haga cesión total de sus bienes en favor de uno o varios de sus acreedores;
- f) Cuando se compruebe que recurre a expedientes ruinosos, fraudulentos o ficticios para atender o dejar de cumplir sus obligaciones; y
- g) Cuando concurren otras circunstancias que demuestren que se halla en estado de quiebra.

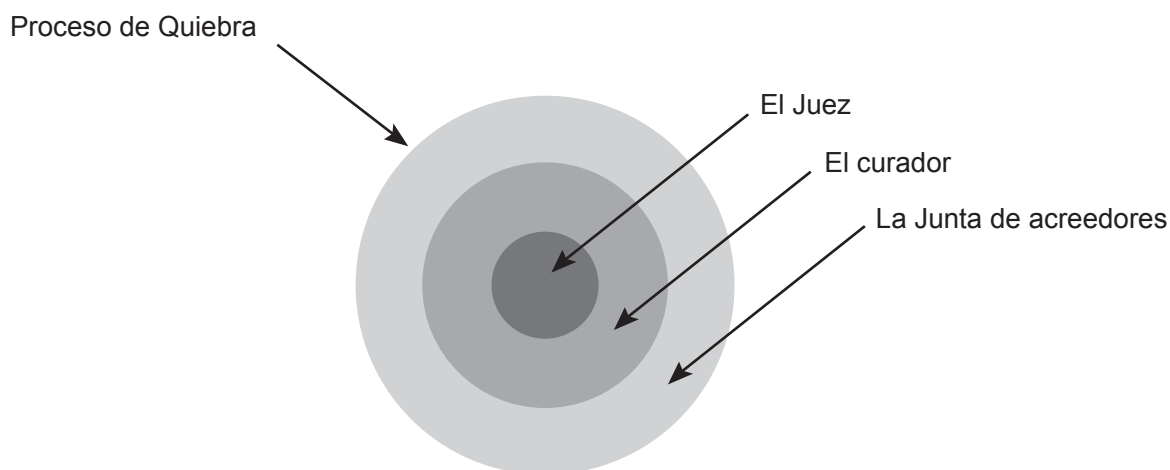
El concepto de “comerciante” lo encontramos definido en el artículo 5 del Código de Comercio, incluyendo la excepción del artículo 7 que contempla el caso del ejercicio del comercio por parte de un menor y las que establece el artículo 8.¹⁹

Son tres los órganos de la quiebra que se desarrollan en el derecho comercial nacional.

18 (...) el accionante impugna el artículo 17 del Código de Comercio que establece que toda sociedad anónima es comerciante, independientemente de su finalidad, y el inciso b) del artículo 851 del mismo código, en cuanto dispone que procede la quiebra cuando un acreedor compruebe que su deudor ha dejado de pagar una o varias obligaciones vencidas, la cual considera contrario al principio de igualdad, toda vez que en el derecho civil, se requiere el concurso de dos o más acreedores para solicitar la insolvencia de una persona, sea física o jurídica. Sin embargo, el promovente debe tener en cuenta que fue por voluntad del legislador que se concibió un sistema formalista en cuanto a la determinación de la condición de comerciante, lo que implica que se tiene como tal a las sociedades conformadas según las disposiciones del Código de Comercio (sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita, sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima), regulándose todas las consecuencias que ello implica, las cuales no resultan contrarias a normas o principios constitucionales, y de lo cual, el accionante no puede alegar desconocimiento de la ley, oportunidad y conveniencia legislativa que esta Sala no tiene competencia para entrar a valorar. Por otra parte, no resulta lesionado el principio de igualdad, toda vez que, como lo ha señalado en reiteradas ocasiones esta Sala, dicho principio no resulta absoluto, siendo que se interpreta de manera tal que debe tratarse igual a los iguales y permite que se trate desigual a los desiguales, y en este caso, los comerciantes no están en condición de igualdad del resto de las personas físicas, y las demás sociedades civiles (...)" Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2000-0882 de las 16 H 24 de 26 de enero de 2000.

19 Otros artículos relacionados con esta norma son: 8 párrafo segundo, 16, 17, 56 inciso c), 101, 265, 235 inciso k), 357 del Código de Comercio, 760 y ss del Código Procesal civil, 57, 231 y 232 del Código Penal.

A continuación veremos las principales funciones de cada uno de ellos.



De conformidad con el artículo 959 del Código de Comercio, en la tramitación de la quiebra los Tribunales deberán procurar actuar en forma rápida, acelerando en lo posible el curso del expediente. Se le exige al Curador, que deberá proceder también con la debida diligencia, siendo motivo de destitución la demora injustificada en la tramitación y fenecimiento del proceso.

Lo anterior quiere decir que, nacida la obligación positiva por parte del Estado, surge un derecho del ciudadano para exigir su cumplimiento existiendo los recursos procesales adecuados para ello. Esta exigencia no solo puede darse en actividades prestacionales sino además en actividades de fomento, actividad industrial o bien en actividades de limitación; asimismo en otro tipo de acciones

que la Administración ha ofrecido a cambio de determinados comportamientos.

Lo anterior implica que actualmente la actividad procesal no es solamente para impugnar acciones lesivas de la Administración ante el ciudadano sino para solicitar una actuación de ésta última, es decir se lesiona al individuo no por conducta activa que lesiona sus intereses sino con la omisión de actividades que a la Administración le son debidas.

Existe inactividad cuando la Administración Pública omite el cumplimiento de una obligación positiva y concreta, de carácter fáctico o declarativo, nacida del ordenamiento jurídico dispuesta en favor de uno o varios sujetos de derecho.

EL JUEZ: ÓRGANO JUDICIAL

Artículo 853. “El comerciante que cesare en el pago de una obligación, deberá dentro de los diez días siguientes, ponerlo en conocimiento del Juez Civil de su domicilio, para que se declare la quiebra.”

Se hace referencia en esta norma al derecho a que un caso concreto sea conocido por un juez natural o legal y no por uno especial,²⁰ ello en contraposición al arbitrio de las partes o la imposición de un órgano distinto al de los que integran la Jurisdicción.-

Cuando se afirma que el juez natural o legal es aquel que determina la ley, debe entender por ley la Constitución Política y luego en segundo lugar la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que es ésta la que viene a regular la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales del país, en tercer lugar tenemos el Código Procesal respectivo.

Juez legal y la Constitución:

Se quebraría el principio del juez natural, si se creara cualquier órgano con funciones judiciales en el que estuviera ausente alguna de las notas esenciales que conforman la Jurisdicción o de los principios fundamentales que han de presidir la actuación de los Juzgados y Tribunales.

En todo órgano jurisdiccional ha de concurrir una nota subjetiva u orgánica, la independencia judicial, y otra de carácter objetivo: la resolución de los litigios y controversias, a la que están destinados los órganos jurisdiccionales, debe realizarse mediante la aplicación del Derecho.

En principio del juez natural está previsto en nuestra Constitución Política en los artículos 35, 152, 153 y 155, e interesa destacar el artículo 153 que dispone:

“Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y constencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.”

Consagran estas normas el contenido del principio de Juez Natural y las garantías que el mismo conlleva para los administrados de nuestro país. De esta normativa se desprende que toda Quiebra comercial o penal debe ser conocida por los jueces ordinarios, establecidos con arreglo a la Constitución y las leyes y no por jueces especiales o excepcionales.

El juez y la quiebra. Competencia

El proceso de quiebra es especial, que ha sido encomendado por disposición legal al juez civil del domicilio del comerciante (art. 853 Código de Comercio) o de la empresa o negocio (art. 856 Código de Comercio), si se tienen varios negocios en distintas localidades, será competente el juez del lugar donde la operación que da origen a la quiebra deba cumplirse.

Si el deudor, cuando se pida la quiebra ya no tuviere negocios abiertos, será competente el de su domicilio actual, y si no se conoce su paradero ni domicilio, será competente para declarar la quiebra el juez del último domicilio o residencia conocidos. Otro caso especial de competencia se da cuando se trata de la quiebra de una sucursal o agencia de comerciante o sociedad domiciliada en el extranjero, será competente el juez del lugar donde esté radicada la sucursal o agencia, pero si hubiere varias en el país, los será uno de los jueces de la capital, si en ella hay alguna de las sucursales o agencias, en caso contrario, será competente el juez del lugar donde se halle cualquiera de ellas. (art. 867 Código de Comercio).

20 El Artículo 24 de la Constitución Española señala que :“todos tienen derecho al juez legal o natural”, la forma más abierta de violar esta norma es la creación de juzgados o tribunales de excepción.

Esta complicada receta legal es exhaustiva, clara y debe ser seguida al pie de la letra, dejando definido sin lugar a dudas que en cualquier caso es el Juez Civil el que debe conocer de los procesos de quiebra independientemente de su cuantía, es decir, se define cuál será el juez que por razón de cuantía y territorio será el encargado de llevar adelante el proceso de quiebra hasta su culminación.

Según Voto N ° 345, del TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN SEGUNDA., de las catorce horas diez minutos del ocho de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, en la QUIEBRA de ALMACEN AGRO-VERDE SOCIEDAD ANÓNIMA, seguida ante el JUZGADO CUARTO CIVIL DE MAYOR CUANTÍA DE SAN JOSÉ, se dijo con relación a este tema que: “III. Ahora bien, para los fines de determinar la competencia en asuntos de materia concursal, se ha resuelto de modo reiterado,..., que en aplicación del numeral 856 del Código de Comercio, corresponde al Juez del domicilio de la empresa o negocio, esto en principio porque la normativa establece otros supuestos, los cuales no se analizan por cuanto para el caso no se requiere en virtud de que ... si tiene domicilio conocido. Pero el domicilio para el fin indicado, se ha entendido como aquel donde la empresa explota el negocio, es decir, donde se encuentra su dirección o administración y no propiamente el señalado como tal en la escritura constitutiva. Se ha estimado de esa manera por dos razones fundamentales a saber: a) por el hecho simple de que de ese modo se interpreta de lo dispuesto en el numeral 856 antes citado, y b) evitar de ese modo que un deudor proceda a actuar de mala fe, modificando sus estatutos y cuando a bien lo tenga cambie el domicilio obteniendo con ello la posibilidad de que el juzgador proceda a su vez a

declarar su incompetencia por resultar improvable. Esta situación no puede ser avalada ni por el legislador ni por el Juez porque lejos de dar seguridad jurídica se convertiría el proceso en una verdadera incertidumbre en cuanto al aspecto de competencia porque en cualquier momento el expediente pasaría a ser conocido por otro juzgador. Por tal también se ha resuelto que el domicilio del deudor debe entenderse, por la situación del domicilio existente ab initio, relación de hecho que existe al inicio del proceso, pero tomando en cuenta las razones señaladas supra.” (de esta Sección y Tribunal, resolución N ° 421 de las 9:20 horas del 27 de setiembre de 1994, reiterado ese criterio en la número 393 de 9:15 horas del 25-11-98).

PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES DEL JUEZ EN LA QUIEBRA.

Quiebra Voluntaria y Quiebra Fraudulenta

1) *Declaratoria de quiebra*

En los artículos 853 y 854 del Código de Comercio, tenemos prevista la “quiebra voluntaria”, que consiste en aquella cuya declaración es solicitada al juez por el propio comerciante que cesa en el pago de una obligación, así esta será su primer función, declarar la quiebra, en el tanto sea procedente, porque si la petición no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 854 la ley dispone que no se le dará trámite a la solicitud, por el contrario si se brindan datos falsos o inexactos, ese será suficiente motivo para declarar la quiebra fraudulenta.

La “quiebra fraudulenta” es una figura delictiva propia del derecho penal²¹, de ahí que el juez

21 Quiebra fraudulenta: Artículo 231: Se impondrá prisión de dos a seis años e inhabilitación para el ejercicio del comercio, de tres a diez años al comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes: 1) Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos, pérdidas o créditos; 2) Sustraer u ocultar bienes que correspondieren a la masa o no justificar su salida o su enajenación; 3) Conceder ventajitas indebidamente a cualquier acreedor; y 4) Haber sustraído, destruido o falsificado en todo o en parte los libros u otros documentos contables, o los hubiere llevado de modo que se hiciera imposible la reconstrucción del patrimonio o el movimiento de los negocios. Quiebra Culposa: Artículo 232: Se impondrá prisión de seis meses a dos años, e inhabilitación para ejercer el comercio, de uno a cinco años, al comerciante declarado en quiebra que haya determinado su propia insolvencia y perjudicado a sus acreedores por sus gastos excesivos con relación al capital, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

civil nunca podrá declararla en sentencia propia. Al respecto testimoniará las piezas respectivas y se las hará llegar al Ministerio Público para lo de su cargo, quien evaluará los hechos y circunstancias y calificará las conductas respectivas.-

Así lo contempla el artículo 863 inciso f del Código de Comercio, que en lo conducente dispone: "... f) Comunicación de la declaratoria al Ministerio Público, a fin de que inicie proceso para determinar si el quebrado ha incurrido en el delito de quiebra fraudulenta o culposa".

El artículo 871 ídem, señala: "En la resolución en la que se declare la quiebra se ordenará poner tal declaratoria en conocimiento del Ministerio Público, para que inicie inmediatamente el proceso a fin de establecer si la quiebra es culpable o fraudulenta, y para que se impongan, si fuere del caso, las sanciones penales correspondientes".

Además el artículo 817 del CPC que dispone: "Proceso Penal: En cualquier momento en el que hubiere motivo para considerar que la insolvencia puede ser fraudulenta, el juez lo comunicará al Ministerio Público para lo que a éste le corresponda." Norma aplicable también a la quiebra en virtud del 818 ídem.

Calificación de la Quiebra. Sede Penal

El artículo 872 del Código de Comercio es el que aclara lo relativo a la calificación de

la quiebra al señalar: "Todo lo referente a la calificación de la quiebra se tramitará y resolverá en el proceso seguido en el tribunal penal correspondiente. De este proceso se comunicará en su oportunidad, al juzgado civil donde radique la quiebra, la sentencia o auto en el que se le ponga fin, una vez firmes tales resoluciones."

De las normas anteriores podemos colegir que el Ministerio Público y los Tribunales Penales, son órganos adventicios del proceso de quiebra, aunque por la naturaleza tajante del mandato de remitir la comunicación a las autoridades del Ministerio Público, podría llegar a considerarse que en Costa Rica, tanto el órgano acusador como la jurisdicción penal son órganos del proceso de quiebra, al igual que lo es el juez civil.

El Juez civil puede declarar la quiebra de un fallecido, de una sucesión, y en caso de que un declarado quebrado fallezca, los procedimientos continuarán con el albacea de la sucesión. (artículo 857 del Co. Com.)

Documento base²²

El Juez civil podrá usar como fundamento para declarar la quiebra, cualquier título al que la ley le haya dado el carácter de ejecutivo, pero este juez también podrá declarar la quiebra teniendo como fundamento un

22 En algunos otros casos, se ha dicho, las facturas por servicios, aparte que no constituyen títulos ejecutivos, si no vienen firmadas por el deudor son inidóneas para apoyar una solicitud de quiebra. Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, N° 104 de las 9 H. 05 de 9 de mayo de 1997. También se ha dispuesto, los documentos han de ser documentos originales, no certificaciones, con salvedad hecha para los documentos aportados por los bancos del Sistema Bancario Nacional. Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, N° 301 de las 9 H. de 7 de noviembre de 1997.

documento privado²³ privado que no tenga carácter de título ejecutivo, siempre y cuando según su juicio propio, la firma o firmas del obligado sean auténticas. (art. 860 Código de Comercio). En este sentido el Voto No 172, del TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN SEGUNDA, de las a las nueve horas veinticinco minutos del cuatro de mayo del dos mil uno, dictado en proceso de QUIEBRA establecido en el JUZGADO SEXTO CIVIL DE SAN JOSÉ, por CONGLOMERADO NWIT SOCIEDAD ANONIMA contra PANAFIN MONYCARD SOCIEDAD ANONIMA hoy CORPORACIÓN MONYCARD SOCIEDAD ANÓNIMA, señaló en su considerando VIII, que: “Según se desprende de los agravios expresados por la accionante, ésta admite que el documento privado protocolizado no constituye título ejecutivo, pero que sin embargo sí es idóneo para fundar en él la declaratoria de quiebra solicitada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 860 del Código de Comercio, porque se trata de un documento privado donde la firma del obligado es auténtica, y además fue protocolizado. Sin embargo la accionante olvida que lo aportado por ella no fue el original de ese contrato, sino una certificación notarial de la escritura mediante la cual se le puso razón de fecha cierta a ese contrato, y por eso no se puede analizar si en realidad se trata de un documento privado que reúne los requisi-

tos legales para fundar en él la declaratoria de quiebra pretendida. Con su escrito de apelación presentó una fotocopia certificada notarialmente del contrato aludido –visible a folios 107 a 112–, pero tampoco esa certificación es idónea para hacer el análisis indicado, porque lo que se requiere para ese fin es el documento original, al igual que cuando la petición de quiebra se funda en un título que se considera es ejecutivo, según ya se explicó. En resumen: para que un acreedor tenga derecho a pedir la quiebra, ya sea que la funde en un título ejecutivo o en un documento privado, es indispensable que demuestre, entre otros requisitos, su calidad de tal presentando el título respectivo, el cual debe ser el original de éste y no otro. La aquí accionante no presentó el original del documento en el cual según su dicho consta su calidad de acreedora de la accionada, y por eso carece de derecho y de legitimación en su pretensión, tal y como se resolvió en la resolución recurrida, y por eso ésta debe ser confirmada....”

Cumplimiento de Requisitos. Resolución Motivada

El Juez civil sin más trámite decretará la quiebra, cuando se hayan cumplido los requisitos de los artículos 854 y 855, así se lo impone el artículo 862 del Código de Comercio.

23 Un documento privado que no tenga carácter de título ejecutivo servirá, sin embargo, de base a una declaratoria de quiebra, cuando a juicio del juez la firma o firmas del obligado fueren auténticas...”. Lo anterior significa, que para demostrar el presupuesto sustancial, como lo es el estado de cesación de pagos, debe aportarse un título ejecutivo, o en su defecto un documento privado, que no sea título ejecutivo, siempre y cuando a juicio del Juez, la firma o firmas del obligado fueren auténticas.” Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 311 de las 10 H. de 9 de julio de 1991. “(...) Ciertamente en la letra de cambio que sustenta este proceso no fue indicado el lugar de su emisión. Tampoco consta ese lugar junto al nombre del librador. Ni se indica en la letra el domicilio de la sociedad que la omitió. No obstante lo anterior, de conformidad con el artículo 670 del Código de Comercio, citado por el Juzgado, la omisión apuntada no afecta la validez del negocio jurídico que originó el documento. Además, el documento en cuestión mantiene su condición de tal, es decir, ha de tenersele como documento privado y no como un principio de prueba por escrito, como fue considerado por el a quo. De ahí que al caso le es aplicable el precepto 860 del Código de Comercio, en cuanto señala: “... Un documento privado que no tenga carácter de título ejecutivo servirá, sin embargo, de base a una declaratoria de quiebra, cuando a juicio del Juez, la firma o firmas del obligado fueren auténticas”. Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, N° 125 de las 9 H. de 3 de junio de 1997.

El siguiente numeral señala que dicha resolución motivada, debe dictarse a la mayor brevedad y nunca fuera del plazo de 24 horas, cumpliendo además de los requisitos exigidos por el artículo 763 del Código Procesal Civil.

No obstante este criterio formal y rígido, el mismo ha sido ablandado jurisprudencialmente con el siguiente sentido:

Voto N ° 235 del TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA, de las nueve horas cinco minutos del veintiuno de junio del dos mil uno, en proceso de QUIEBRA DE ERMEN TORRES ALFARO promovida por ASOCIACION SOLIDARISTA DE EMPLEADOS DE COOPE-MONTECILLOS Y AFINES establecida en el JUZGADO CIVIL DE CAÑAS. “En el Código de Comercio no se previó ninguna fase o etapa contradictoria previa a la declaratoria de quiebra, siguiéndose en su oportunidad un sistema materialista extremo, en el cual dicha declaratoria podía ser impugnada luego, en caso de haber sido dictada erróneamente (ver, como referencia histórica, lo dispuesto por el derogado Código de Procedimientos Civiles en cuanto al “incidente de reposición” establecido por el artículo 579). Así, el artículo 863 del Código de Comercio dispone que si la solicitud estuviere arreglada a derecho, el juzgado, dentro del plazo de veinticuatro horas, debe decretar el estado de quiebra. Sin embargo, tal rigurosidad fue atenuada por nuestra jurisprudencia, tomando en cuenta que la declaratoria de quiebra tiene efectos personales y patrimoniales graves para el deudor, muchas veces de difícil reparación, los cuales habría que evitar en aquellos casos donde en realidad no se dieran los presupuestos respectivos para ésta. Ante el temor de que las solicitudes de quiebra se convirtieran en instrumentos abusivos de coacción contra los supuestos deudores, y con el fin de constatar que efectivamente la solicitud estuviera arreglada a derecho, según lo dispuesto por el artículo 863 citado, se ha establecido que previo a la declaratoria se proceda a requerir de pago al presunto deudor, aplicándose por analogía lo dispuesto por el artículo 760 del Código Procesal Civil. En estos casos, el requerimiento no puede ser

de presentación de bienes sino únicamente de pago, por cuanto la solicitud de quiebra se funda en lo dispuesto por el artículo 851, inciso b, del Código de Comercio y no en el 886 del Código Civil, que regula el estado de insolvencia exigido para la apertura del concurso civil de acreedores. Asimismo, se ha considerado también aplicable el artículo 762 del Código Procesal Civil, que faculta al juez para realizar las averiguaciones y diligencias justificativas que estime necesarias, antes de proceder a la declaratoria respectiva. Por último, si bien no se dispuso en este tipo de procesos la posibilidad de oponer excepciones a la solicitud de quiebra, como sí se hace expresamente en otros como el sumario, el abreviado y el ordinario, se ha considerado, por una parte, que de alegarse el pago o la prescripción de los créditos reclamados, se procederá a darles el trámite de incidente, aplicando por analogía lo dispuesto por el artículo 673 del Código Procesal Civil, referente al proceso ejecutivo hipotecario que es de ejecución pura, pero lo atinente a la decisión del pago o la prescripción deben resolverse en el pronunciamiento de fondo que decida sobre la solicitud de quiebra, y no en forma independiente...”.

Con el anterior criterio, la declaratoria no se dictaría dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud de quiebra, sino hasta la firmeza de la prevención o requerimiento de pago y presentación de bienes, según lo dispuesto en el citado artículo 760 del Código Procesal Civil.

Contenido de la Declaratoria.

El Juez decretará la quiebra siempre que se cumplan los presupuestos, el subjetivo y el objetivo, antes estudiados (arts. 851 y 852 del C. de Co). Esta resolución deberá ser fundada y cumplir con los requisitos previstos en el art. 863 del Código de Comercio, en relación con el art. 763 del Código de Rito Civil.

Entre los requisitos a cumplir se tiene:

- Prohibición de hacer pago o entrega de efectos o bienes de cualquier clase al que-

brado, bajo apercibimiento de nulidad de tal pago o entrega.

- Orden al Registro Público, al General de Prendas y a cualquier otra oficina que se estime conveniente para que se abstenga de dar curso e inscribir cualquier documento emanado del deudor.
- Comunicación a los bancos, instituciones de crédito, almacenes generales de depósito y aduanas para que se abstengan de entregar al deudor, apoderado o encargado, títulos-valores, efectos de comercio, mercaderías y cualquier otro documento o efecto que tenga algún valor económico.
- Comunicación a las oficinas de correos, telégrafos y radio para que le entregue al curador toda la correspondencia al curador.
- Comunicación a Migración, Oficinas portuarias y demás para que se abstengan de extender pasaporte al quebrado.
- Comunicación al Ministerio Público para que inicie proceso y determine si el quebrado ha incurrido en el delito de quiebra fraudulenta o culposa.

Asimismo, del art. 763 del Código Procesal Civil, se extraen otros efectos, cuales son:

- Apertura o declaratoria de la quiebra (art. 763, inciso a), del CPC).
- Señalamiento de la fecha en que comenzó la cesación de pagos, la cual será tentativa por cuanto puede ser variada a petición del curador o de cualquier acreedor (763, inciso b), y 765 del CPC, y 868 del C. de Co).
- Nombramiento de un curador propietario y uno suplente (art. 763, inciso c), CPC).
- Ocupación e inventario de bienes del fallido (art. 763, inciso d), CPC).

- Concesión de un plazo para que aquellos acreedores que no hubieran aún legalizado sus créditos puedan hacerlo, plazo que no podrá ser menor a un mes, ni mayor de dos meses (art. 763, inciso g), del CPC).
- Prevención a todas las personas en cuyo poder existan pertenencias del fallido, cualquiera que sea su naturaleza, que dentro del plazo que el juez fije, hagan entrega de ellas al curador o al juez bajo pena de ser tenidos como ocultadores de bienes y responsables de daños y perjuicios (art. 763, inciso j), del CPC).
- Prevención al deudor de lugar o medio para atender notificaciones (art. 763, inciso j), del CPC).

Interesan resaltar de estos efectos los incisos c y d, que dicen textualmente:

“... c) El nombramiento de un curador propietario y un suplente, que deberá recaer en abogados de los tribunales. El juez no podrá nombrar en dichos cargos a parientes suyos o del concursado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o de afinidad, ni a quienes estén ligados del propio modo con jueces del mismo lugar del que decreta el concurso. Procurará, además, que los nombramientos recaigan en personas que representan, con imparcialidad, los intereses de todos los acreedores y los del deudor.”

Nombramiento de Curador

El mecanismo a seguir antes de designar al curador de la quiebra, tanto propietario como suplente sería solicitar a la Dirección Ejecutiva que provea, de la lista de curadores inscritos, los nombres que correspondan y seguidamente deberá verificarse que los mismos no estén incluidos dentro de las limitaciones previstas en el inciso bajo análisis, a fin de proceder a realizar el nombramiento, todo dentro de las 24 horas que como máximo establece la ley, lo que es sumamente difícil por no decir imposible de cumplir.

“...d) La ocupación, inventario y depósito de los bienes del fallido, para lo cual el juez podrá comisionar a un notario.”

Nombramiento de Depositario

Parece contemplar la norma, la necesidad de la existencia de la figura del depositario dentro de la quiebra como un órgano independiente pero limitado, y este depositario será aquel a quien el juez designe una vez realizada la ocupación y el inventario de los bienes del quebrado. Además no tiene las atribuciones para vender alguno de los objetos depositados bajo su custodia de ser necesario. La normativa aplicable a esta figura serían los numerales 1360 y siguientes del Código Civil.-

El artículo 779 contempla que el curador es la persona quien será designado como depositario de los bienes del quebrado, una vez que sean ocupados e inventariados, sin embargo si el caso lo amerita podrá nombrarse a un tercero (779 párrafo 2º), pero en esta hipótesis el juez deberá nombrarlo de acuerdo con el curador y él a la terminación del depósito deberá rendir cuenta de su administración a fin de que sea examinada por los acreedores.

Con respecto a este punto el artículo 880 Co. Com., manda que el curador se considerará depositario de los bienes del concurso que queden bajo su custodia; y si en el momento oportuno no entrega alguno de los bienes que estaban bajo su custodia podría cometer el delito de retención indebida; a la misma sanción se expone el tercero que sea depositario que no entregue el bien confiado a su custodia.

Recurribilidad

La anterior resolución judicial es revisable tanto por el propio Juez que la dictó, ello en razón del recurso de revocatoria, también por el Juez ad quem, quien conocería en alzada y finalmente en Casación si la cuantía lo permite.

Veamos que dice el artículo 764 del Código Procesal Civil: La resolución que decreta la apertura del concurso o la que lo deniegue, tendrá recurso de revocatoria y de apelación con efecto devolutivo. La primera admitirá, además, el recurso de casación, si lo permitiere la cuantía del asunto. (Así reformado este párrafo por el artículo 2º de la ley No.7643 de 17 de octubre de 1996)

De previo a resolver la revocatoria, el juzgado podrá ordenar y recibir las pruebas que estime indispensables. No obstante que se admita la apelación contra el auto que el que se decreta la apertura, y mientras el superior no resuelva la alzada, el juzgado deberá seguir conociendo del proceso concursal, sin que se deba rendir garantía alguna. En la interposición y trámite de los recursos podrán intervenir el deudor, el curador y los acreedores. Revocada la declaratoria del concurso, volverán las cosas al estado que tenían con anterioridad; sin embargo, deberán respetarse los actos de administración legalmente realizados por el curador, lo mismo que los derechos adquiridos por terceros de buena fe. La revocatoria se publicará de la misma manera que la declaratoria del concurso.

Oportunidad para recurrir.

La naturaleza de la declaratoria de quiebra es de un auto con carácter de sentencia, así tanto la revocatoria como la apelación deben interponerse dentro de quinto día. Si se presenta recurso de Casación, de acuerdo al numeral 596 del CPC, el plazo es de quince días y se deberá interponer ante la propia Sala.

Artículo 558.- Revocatoria y apelación conjunta. En los casos en que, además del recurso de revocatoria, sea procedente el de apelación, será potestativo usar ambos o uno sólo de ellos, pero será inadmisibles el que se interpusiere pasados tres días después del de la notificación del auto que motivare el recurso. Si el juez denegare la revocatoria, se pronunciará sobre la apelación, conforme con lo que se dispone en el capítulo siguiente.

Artículo 559.- Procedencia, plazos y requisitos. Los autos, las sentencias y los autos con carácter de sentencia tendrán recurso de apelación; el plazo para interponerlo, en cuanto a los autos, será de tres días, como se dispone en el artículo 558; en cuanto a las sentencias y autos con carácter de sentencia, el plazo será de cinco días, salvo que se establezca un plazo distinto. El recurso se interpondrá ante el juez que hubiere dictado la resolución.

Tratándose de autos, el escrito en el que se formule contendrá, necesariamente, los motivos en los que se fundamenta, sin lo cual será rechazado de plano.

Artículo 596.- Recurso de Casación.

El recurso deberá interponerse directamente ante la sala de casación correspondiente, dentro del plazo de quince días. Deberá indicarse el tipo de proceso, el nombre de las partes, la hora y la fecha de la resolución recurrida y la naturaleza de ésta.

Circunstancias relativas a la Declaración.

Como se detalla a continuación, el Juez también deberá dictar la declaración de la quiebra cuando concurren los siguientes supuestos:

Artículo 852 CoCo

Procede la declaratoria de quiebra aun cuando la obligación no esté vencida ni sea exigible, cuando el deudor se hallare en uno de los casos figurados en los incisos b), c), d), e), f) y g) del artículo anterior

Artículo 857 CoCo

La quiebra podrá declararse aún después del fallecimiento del deudor, si se comprobare que éste había cesado en el pago de sus obligaciones. También se podrá pedir la quiebra de la sucesión cuando habiéndose autorizado la continuación del negocio del causante, la sucesión sobreseyere en el pago de una o varias obligaciones. En este caso los acreedores comunes cuyo crédito haya nacido dentro del período de ejercicio del comercio autorizado, tendrán preferencia sobre los demás acreedores comunes de la sucesión para ser pagados.

En caso de fallecimiento de una persona declarada en estado de quiebra, los procedimientos continuarán con el albacea de la sucesión

Artículo 859 CoCo

También podrá declararse la quiebra de un comerciante o sociedad que ha cerrado sus operaciones, si la declaratoria se demanda dentro de los dos años siguientes al cierre de los negocios, y si la cesación de pagos ha ocurrido durante el tráfico mercantil, o en el año

siguiente por consecuencia de obligaciones dependientes o derivadas del mismo tráfico.

Otras participaciones del Juez

La resolución más importante del Juez es la declaratoria de quiebra, no obstante, por su función de director proceso se verá compelido a resolver con carácter interlocutorio y hasta final diversos asuntos:

Artículo 861.- CoCo

El acreedor hipotecario o prendario no podrá pedir la declaratoria de quiebra a no ser que compruebe que los bienes gravados son o han resultado ser insuficientes para el pago de su crédito. Cuando el acreedor pretenda hacer uso de la facultad que este artículo le concede, se le dará previamente audiencia al deudor para que pague la obligación o presente bienes que garanticen satisfactoriamente el pago de la obligación. Si el deudor paga o garantiza debidamente el crédito, el Juez ordenará archivar el expediente

Artículo 903.- CoCo

Las Juntas que celebren los acreedores tendrán lugar en el juzgado respectivo, o en el local que el mismo juzgado indique, bajo la presidencia del juez, quien dirigirá el debate y tomará nota de los asistentes y de aquellos que se hagan representar, hará el cómputo de votos, y dentro de los tres días siguientes dictará resolución en la que aprobarán o improbarán los acuerdos tomados, con explicación de las razones de su decisión.

Artículo 914.- CoCo

De toda junta se levantará acta que firmará el juez con los asistentes, el curador y el secretario.

Extinción de la Quiebra

Por Distribución del Activo

Artículo 927.-CoCo

Llenadas todas las formalidades legales y realizado el haber, el curador procederá a formular una memoria explicativa, que resuma toda la actuación y contenga su parecer acerca de la distribución del haber entre los acreedores. Esa memoria, junto con el balance final, será

presentada al juzgado con la solicitud de que se señale el día para verificar la junta que ha de conocer de ese proyecto de distribución.

Artículo 928.-

El juzgado, tomando en consideración lo acordado en dicha junta, resolverá lo que en derecho corresponda, dentro de un plazo no mayor de quince días. Esa resolución tendrá el carácter de sentencia, con la autoridad y la eficacia de la cosa juzgada material.

Por Convenio de acreedores y quebrado

Artículo 940.-

Aprobado el convenio por la junta, se publicará por una vez en el Boletín Judicial y en un periódico de circulación nacional. Si dentro de los quince días posteriores a la última publicación no se presentare incidente alguno, el juzgado resolverá lo que en derecho corresponda, con la aprobación o improbación del arreglo. Esa resolución tendrá el carácter de sentencia, con la autoridad y eficacia de la cosa juzgada material.

Artículo 947.-

Si el convenio fuese improbadamente por el Juez, o si después de aprobado fuese declarado nulo o resuelto por falta de cumplimiento, o por cualquier otra causa, el procedimiento de la quiebra reasumirá su curso y las concesiones otorgadas quedarán sin efecto

La rehabilitación

Artículo 950.- Hecha la distribución del patrimonio total del concursado, se dará por terminado éste y se rehabilitará el quebrado si se le hubiere absuelto por ser excusable la quiebra...

Artículo 954.- La solicitud de rehabilitación la presentará el quebrado ante el Juez que conoció la quiebra, acompañada de los documentos que demuestren el pago realizado, el cumplimiento del convenio o el haber purgado la pena

Artículo 956.- El Juzgado dará audiencia de la solicitud a la Procuraduría y a los acreedores y

vencido este plazo resolverá conforme al mérito y al derecho que corresponda.

Artículo 957.- El Juez dictará la sentencia, sea concediéndola o denegándola. Esta resolución será apelable en ambos efectos y contra el fallo de segunda instancia cabrá recurso de Casación si el pasivo de la quiebra alcanzare a la suma que lo permite.-

EL CURADOR.

ORGANO DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN EN LA QUIEBRA.

La administración y representación de la quiebra recaerá en el curador. Éste administrará los bienes de la fallida, con facultades de mandatario general (art 879 del C. Co. y art 1255 del CC). La aceptación del curador es inscribible en el Registro (art 776 del CPC y 879 del C. de Co). En él se depositarán los bienes, en el tanto la fallida no puede disponer de sus bienes, es lo que se conoce como el desapoderamiento (arts. 880 del C. de Co. y 899 del CC).

En la misma resolución del artículo 863 del Co. Com. el juez debe nombrar al curador propietario y a un suplente, tal y como lo manda el artículo 873 ídem, en cuanto a los requisitos para dicho órgano, la ley fija en lo que ahora nos interesa, los siguientes:

- a.- Ser mayor de edad,
- b.- Ser abogado de los tribunales
- c.- No ser empleado público;
- d.- (derogado)
- e.- No ser pariente del Juez ni del quebrado dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad.

En el Código Procesal Civil artículo 763 esta prohibición se amplía al disponerse: "... El juez no podrá nombrar en dichos cargos a parientes suyos o del concursado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o de afinidad, ni a quienes estén ligados del propio modo con jueces del mismo lugar del que decreta el concurso. Procurará, además, que los nombra-

mientos recaigan en personas que representen, con imparcialidad, los intereses de todos los acreedores y del deudor.”

Según lo previsto en el artículo 879 Co. Com. el curador tendrá las facultades del artículo 1255 del Código Civil²⁴, y por ello luego de que acepte el cargo, deberá extenderse certificación e inscribirse en la Sección Mercantil del Registro Público. Sin embargo ese poder general quedará modificado en lo que expresamente dispone el Código de Comercio. En cuanto a la inscripción del nombramiento y aceptación del cargo, en igual sentido está previsto en el artículo 235 inciso k del Co. Com.

Sobre el aspecto de a quién representa el curador veamos lo siguiente. De conformidad con la regulación del artículo 899 del Código Civil: “Desde la declaratoria de insolvencia (quiebra), el deudor queda de derecho separado e inhibido de la facultad de administrar y disponer de los bienes que le pertenezcan y sean legalmente embargables.

Esta facultad corresponde a su acreedor o acreedores, quienes, en caso de concurso, han de ejercerla por medio de un curador nombrado al efecto...” Entonces la pregunta salta a la vista: ¿Representa el curador a los acreedores o su función debe desempeñarla en interés exclusivo de ellos?

Pensamos que el 899 CC está correcto y señala que el curador es quien administrará los bienes incluso pudiendo disponer de ellos y esto no significa que él representa a los acreedores, más bien lo correcto es seguir la tesis

que plantea el 763 inciso c) del CPC que afirma que el curador debe representar con imparcialidad los intereses de todos los acreedores y del deudor.

En acción de inconstitucionalidad promovida por el Profesor Gastón Certad Maroto, contra los párrafos penúltimo y último del artículo 762 del Código Procesal Civil (Ley N°7130 de 16 de agosto de 1989), la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA., en voto 6113-96, de las quince horas doce minutos del doce de noviembre de mil novecientos noventa y seis, clarificó la función del curador dentro de la quiebra así como su remoción. Al efecto dijo:

III.- EL CURADOR DE LA QUIEBRA, SU FUNCIÓN Y REMOCIÓN: Doctrinariamente se han dado dos posiciones en relación con la figura del curador: se le ha considerado representante de los acreedores y del quebrado, porque sustituye al quebrado en la legitimación negocial y procesal activa y pasiva, y ejerce la misma sustitución en relación con determinados derechos y acciones de los acreedores. Por otro lado, se ha entendido que mantiene una posición de órgano del proceso de quiebra. Al considerársele un órgano de la quiebra se le priva de la condición de ser parte en el proceso. Esta última posición también reconoce su calidad de oficial público, dada la función pública de administración ejecutiva que el Estado le confía. Sin intentar definir la figura del curador regulada en el Código de Comercio a la luz de las anteriores teorías, resulta importante indicar en concreto que el curador es un profesional que presta sus ser-

24 Artículo 1255.- Por el poder general para todos, alguno o algunos negocios, tiene el mandatario respecto del negocio o negocios a que su poder se refiere, amplia y general administración, comprendiendo ésta las facultades siguientes: 1° Celebrar los convenios y ejecutar los actos necesarios para la conservación o explotación de los bienes. 2° Intentar y sostener judicialmente las acciones posesorias y las que fueren necesarias para interrumpir la prescripción respecto de las cosas que comprende el mandato. 3° Alquilar o arrendar bienes muebles hasta por un año; pero si el poder se limita a cierto tiempo, el período de arrendamiento no debe exceder de ese plazo. Para arrendar bienes inmuebles se requiere poder generalísimo o especial. 4° Vender los frutos así como los demás bienes muebles que por su naturaleza están destinados a ser vendidos o se hallan expuestos a perderse o deteriorarse. 5° Exigir judicial o extrajudicialmente el pago de los créditos y dar los correspondientes recibos. 6° Ejecutar todos los actos jurídicos que según la naturaleza del negocio, se encuentren virtualmente comprendidos en él como medios de ejecución o como consecuencias necesarias del mandato.

vicios dentro del proceso de quiebra, y esa sola participación en un proceso jurisdiccional además de la función de administración que realiza sobre los bienes falenciales, lo coloca en una posición en la que no solo está satisfaciendo un interés particular, con la remuneración que percibe por los servicios prestados, sino un interés general que está en la base de los procesos de ejecución colectiva y que consiste fundamentalmente en la satisfacción de los acreedores para que impere la paz social. De ahí que la función del curador, vista desde una perspectiva muy general, consiste en la administración del patrimonio de la fallida con el fin de reconstituirlo en su función de garantía de los acreedores. En ese sentido, corresponde al curador velar por una tramitación ágil y correcta de la liquidación del patrimonio de la fallida. La realización de un fin general dentro del proceso es lo que caracteriza el hecho de que el nombramiento del curador lo haga el juez en la resolución que declara la quiebra; que para el nombramiento se necesiten ciertos requisitos, dentro de los que destaca la imposibilidad de ser designado en el cargo si tiene determinadas relaciones de parentesco con el juez y el quebrado; que sus funciones –artículo 876 del Código de Comercio– y su régimen de honorarios –883 del Código de Comercio– se encuentren definidos por ley; que por faltas u omisiones en el ejercicio del cargo se le impongan sanciones más drásticas que las que corresponden a un profesional que presta sus servicios fuera de un proceso judicial, porque la ley estima más reprochable la conducta irregular de quien está revestido de cierta autoridad. Esa finalidad general que cumple el curador también determina el que se requiera que conserve dentro del proceso una posición imparcial y objetiva. De acuerdo con lo que dispone el artículo 879 del Código de Comercio –en relación con el 1255 del Código Civil–, el curador tiene sobre el patrimonio del quebrado las facultades que corresponden a un apoderado general. El poder de administración general que la ley le atribuye, se limita, en cuanto requiere, para realizar ciertos actos, de autorización judicial otorgada luego del acuerdo de los acreedores

–artículo 877 del Código de Comercio–; ese poder también se ve ampliado cuando la ley le confiere una facultad de disposición sobre los bienes sujetos a concurso, de la que carece el apoderado general. Lo anterior ocurre cuando vende los bienes del concurso por una suma igual o mayor a la del avalúo, porque en esos casos no requiere autorización previa de los acreedores ni aprobación del juez –artículo 876 inciso j) del Código de Comercio–. De lo expuesto se deduce que el curador es el órgano ejecutivo de la quiebra que cumple funciones administrativas, procesales, informativas y de vigilancia. Como parte de la función administrativa el curador se encarga de la recuperación, ocupación, conservación –material y jurídica–, custodia, representación –negocial y judicial–, y venta de los bienes y derechos que conforman el patrimonio sometido al concurso. También está obligado a procurar que se dé una adecuada y rápida sustanciación del proceso concursal, a ejercer funciones de vigilancia y control, a rendir informes periódicos sobre su gestión, y a formular el plan de distribución de los bienes. El curador debe cumplir con diligencia los deberes de su cargo porque es responsable de su gestión, como corresponde a todo administrador o mandatario. Esa responsabilidad puede acarrear, en caso de incumplimiento o irregularidades en el ejercicio de la función, sanciones administrativas, civiles o penales. La principal sanción administrativa es la separación del cargo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 762 del Código Procesal Civil, la remoción del cargo de curador trae aparejados la pérdida total de los honorarios y el impedimento para ser nombrado de nuevo en el mismo proceso. El curador puede ser removido por el juez, de oficio, o a petición de parte; en este último caso, se requiere la tramitación de un incidente. Las causales de remoción, en términos generales, regulan casos de negligencia, falta grave y mal desempeño de la función. El juez procede de oficio a remover al curador cuando falte al cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 876 inciso l) del Código de Comercio, que establece que toda suma de dinero que reciba el curador debe quedar depositada a

la orden del juez dentro del término de veinticuatro horas, o cuando rinda un informe falso respecto a los créditos, o recomiende la aceptación de un crédito sin haber sido debidamente comprobado, o simule o altere un crédito por colusión con el deudor u otra persona —artículo 882 del Código de Comercio—. El juez puede también revocar de oficio la designación del curador cuando compruebe que no ha iniciado las diligencias establecidas en el artículo 876 del Código de Comercio dentro de los ocho días posteriores a la aceptación del cargo, o cuando constate que no activa debidamente las diligencias a efecto de acelerar la tramitación del juicio. Procede la remoción del curador a petición de parte, cuando se está en alguno de los supuestos anteriores, cuando el curador no ha presentado su informe mensual de administración, o no se ha hecho presente en la causa penal en la que se examina la calificación de la quiebra artículos 876 inciso m) y 878 del Código de Comercio.

Curador Institución

El artículo 874 Co. Com. le permite al juez que cuando lo estime conveniente para los intereses de los acreedores, "... podrá nombrar como curador a una institución bancaria o una sociedad comercial, en cuyo caso las funciones del curador serán ejercidas por el administrador bajo la dirección de un abogado."

Curador Específico

En el artículo 875 Co. Com se estipula lo concerniente al curador específico y será nombrado para que supla al propietario y al suplente cuando ellos estuvieren inhabilitados o impedidos para determinado caso. Éste debe reunir las condiciones requeridas para ser curador.

Obligaciones del Curador

El artículo 876 Co. Com., contempla las obligaciones del curador las cuales están enunciadas en 16 incisos, siendo las más importantes las siguientes:

"...b) Procurar que se aseguren e inventarién, sin pérdida de tiempo los bienes del quebrado; ..." Se busca evitar que se produzcan menoscabos adicionales en el haber del quebrado, el cual deber ser protegido y afianzado, para que responda por los créditos del deudor. Este inciso está íntimamente relacionado con el d) que impone el deber de cobrar judicial y extrajudicialmente los créditos a favor de la quiebra, obtener la devolución de los bienes de ésta que se hallen en manos de terceros..., el inciso i) contempla una excepción a esta hipótesis al señalar que el curador debe "recibir todos los bienes que componen el acervo común. Aquellos bienes que por no hallarse en el domicilio del concurso, estén depositados en terceras personas, se mantendrán en depósito ya sea en manos de los mismos depositarios o en otras, si así conviene a los intereses del concurso.

"...c) ... activar la tramitación de la quiebra... En este caso se establece la obligación para el curador de mantener activo el proceso de quiebra, gestionando su avance correcto hasta el final.

k) Una vez reconocidos los créditos y cada vez que el concurso tenga una suma que represente por lo menos el 25 por ciento del pasivo, el curador formulará un plan de distribución que someterá a la Junta de Acreedores que al efecto se convoque. Esta obligación implica la necesidad de que se lleven a cabo distribuciones de dinero a fin de que se vayan cancelando en forma equitativa y paulatina los pasivos del deudor.

El inciso l) contiene un obligación cuyo incumplimiento acarrea la destitución y consiste en que el curador cada vez que reciba dinero, debe depositarlo a la orden del Juez, dentro del implacable término de 24 horas.

El párrafo final del artículo 876 es más específico al señalar que: "Estas diligencias (refiriéndose a las indicadas en todos los incisos) debe iniciarlas el curador dentro de los ocho días

siguientes a su aceptación; de no hacerlo, se revocará su nombramiento aún de oficio, perdiendo todo derecho a percibir honorario alguno. En igual sanción incurrirá el curador que habiendo iniciado las diligencias dentro del plazo indicado, no las active debidamente a efecto de acelerar la tramitación del proceso.

El artículo 877 del Co. Com. dispone que el curador propietario será independiente para el ejercicio de sus funciones de administración, con cinco excepciones, que son:

- 1) Transigir o comprometer en árbitros un negocio cuyo valor exceda de diez mil colones.
- 2) Vender extrajudicialmente bienes inmuebles.
- 3) Reconocer la reivindicación de bienes que valgan más de diez mil colones.
- 4) Renunciar a una prescripción u otro derecho adquirido cuyo valor exceda de diez mil colones.
- 5) Continuar el negocio del quebrado.²⁵

Cuando el curador quiera realizar alguna de esas acciones el juez dará audiencia de la solicitud por tres días al deudor y a los acreedores, y luego resolverá lo que corresponda.

El artículo 878 señala: “Es obligación del curador apersonarse, sin necesidad de autorización judicial, en la causa penal como acusador (actualmente actor civil) con sus deberes y derechos y hasta poder transar y conciliar) y al efecto aducirá la prueba pertinente; hará uso de todos los recursos y defenderá el interés del concurso. Cualquier acreedor o grupo de acreedores podrán apersonarse en cualquier tiempo en la causa penal, y dentro de los términos legales, aportar prueba y hacer uso de los recursos ordinarios o extraordinarios con-

tra las resoluciones que consideren les causan perjuicio. La inobservancia de parte del curador de la obligación que le impone este artículo, da mérito para removerlo a solicitud de cualquier acreedor.”

Artículo 785 CPC, Incidente de Remoción

La remoción de que se habla en dicho numeral se ve reforzada por la previsión del artículo 785 del CPC que al efecto señala: “La remoción del curador se decretará de oficio o a solicitud de parte si: ... 2) A juicio del juez no cumple los deberes de su cargo con la corrección y diligencia debidas... La remoción implicará la pérdida de los honorarios y el impedimento para ser nombrado de nuevo en el mismo proceso.”²⁶

Sobre el incidente de remoción de albacea la jurisprudencia ha señalado: “La resolución que acoge el incidente de remoción de albacea de conformidad con la relación de los artículos 913 y 762 del C.P.C. (hoy 936 y 785, por corrimiento de la numeración según lo dispuso la ley 7643) carece de recurso de apelación, pues sólo admite revocatoria. Sin embargo debe tenerse presente que esta jurisprudencia es anterior a la sentencia de la Sala Constitucional ya indicada que declaró inconstitucional el párrafo final del artículo 785 que disponía: “Contra el auto en el que se decreta la remoción no habrá más recurso que el de revocatoria.”

Curador contador

El artículo 881 Co. Com. dispone: “El curador continuará la contabilidad, para los efectos de la liquidación de la quiebra.” Debe asociarse esta norma con el 876 inciso a) que señala que el curador debe recibir los libros de contabilidad. Este deber es esencial toda vez que las obligaciones mercantiles y sus excepciones se prueban con la contabilidad mercantil,

25 El artículo 935.- El curador propietario será independiente en sus funciones de administración y únicamente necesitará ser autorizado para: 1º Transigir o comprometer en árbitros un negocio cuyo valor exceda de diez mil colones. 2º Vender extrajudicialmente bienes inmuebles. 3º Reconocer la reivindicación de bienes que valgan más de diez mil colones. 4º Entablar procesos que tengan por objeto rescindir o anular algún acto o contrato del insolvente.

26 En Voto 6113-96 del 6-12-96, se declaró inconstitucional la palabra total del penúltimo párrafo, donde se imponía la pérdida total de los honorarios del curador y se eliminó todo el párrafo final del mismo artículo.

según lo tiene previsto el artículo 431 inciso e) Co. Com. La duda que salta a la vista es que siendo el curador primordialmente abogado, tal y como ya lo hemos analizado, será necesario la contratación de personal especializado que se encargue de esta labor con el consiguiente gasto adicional para el concurso.²⁷

Rendición exacta de cuentas

El artículo 882 Co. Com. dispone que si el curador incurre en falsedad al momento de rendir sus informes, será destituido inmediatamente por el juez y perderá sus honorarios a título de indemnización fija por daños y perjuicios, aparte de las responsabilidades penales en que pueda haber incurrido.

También insiste en la rendición de cuentas el artículo 784 del C.P.C. que en lo conducente señala: “Cuando un curador cesare en su cargo deberá rendir cuenta de su gestión en los ocho días siguientes,... Si la cuenta fuere impugnada oportunamente, se tramitará dicha oposición con el curador, por la vía incidental.”

Honorarios de Curador

El artículo 883 Co. Com. es el que establece los honorarios del curador, fijándolos en un 5% de la cantidad que efectivamente produzca el concurso. En cuanto a los curadores específicos que funcionan como ya hemos visto en determinados casos, el juez les señalará su honorario, que será pagado cuando hayan terminado su labor. Diferente sistema en cuanto a este último extremo establece el Código Civil cuando el artículo 926 prescribe que del 5% del total de los activos del concurso se extraerán los honorarios para el cura-

dor propietario, el suplente y los específicos que lleguen a nombrarse.

JUNTA DE ACREEDORES EL ÓRGANO DELIBERATIVO

La junta de acreedores está constituida por un grupo de personas que persiguen un solo objetivo, cual es la liquidación del patrimonio del deudor fallido y así satisfacer sus propios intereses económicos, ésta delibera sobre ciertos asuntos y de ahí que no es un órgano de presencia continua en el procedimiento de quiebra.

Se debe tener muy presente que en quiebra debe prevalecer el principio de igualdad en la desigualdad en lo que al trato a los acreedores se refiere.

Nuestro Código de Comercio, en su artículo 903 define a la Junta de Acreedores de la siguiente manera: “Las Juntas que celebren los acreedores tendrán lugar en el juzgado respectivo, o en el local que el mismo juzgado indique, bajo la presidencia del juez, quien dirigirá el debate y tomará nota de los asistentes y de aquellos que se hagan representar, hará el cómputo de los votos, y dentro de los tres días siguientes dictará resolución en la que aprobarán o improbarán los acuerdos tomados, con explicación de las razones de su decisión.”

De esta norma se desprende que dicha junta es un órgano altamente dependiente de la autoridad del juez, ya que requiere de su presencia para poder funcionar y será él quien deberá dictar la resolución fundada donde se aprueban o no los acuerdos que en ella se tomen, lo que nos parece correcto.

27 El artículo 938 del Código Civil dispone: El curador debe: 1) Llevar un libro en debida forma donde asiente diariamente y una por una las partidas de ingresos y egresos que tenga el concurso;... 4) Rendir oportunamente cuenta detallada y comprobada de toda su administración.

Dispone el 904 Co. Com.: para que este órgano se constituya debe ser convocado al efecto tal y como lo describe el artículo 792 C:P.C., la convocatoria se hará por edicto que se publicará en el Boletín Judicial, con no menos de ocho días de anticipación. Además la convocatoria debe indicar las cuestiones que serán objeto de resolución. (Art. 905 Co. Com.), esto a fin de evitar sorpresas y con el propósito de trazar una especie de asuntos a tratar. Un caso concreto de esta situación lo representa el artículo 876 inciso ñ que señala: "... Son obligaciones del curador... ñ) Poner en conocimiento del juez para que convoque a una Junta, cualquier proyecto de arreglo que se proponga; ..." y en igual sentido el 907 Co. Com. Dispone: "También se convocará a los acreedores cuando el deudor, un acreedor o un tercero quieran proponer un arreglo. En ese caso debe acompañarse el proyecto de arreglo para que lo conozcan los acreedores antes de celebrar la junta."

Lo que se busca con estas disposiciones es que los acreedores tengan la oportunidad de conocer lo que se tratará en la junta con suficiente anticipación a fin de que puedan prepararse y fundamentar una posición determinada sobre los extremos a tratar.

El artículo 908 Co. Com. nos señala cuáles serán las principales funciones de la Junta. "Vencido el plazo para legalizar, procederá:

- a) Conocer y calificar los créditos;
- b) Autorizar cuando fuere el caso al curador para llevar a cabo alguno o algunos de los actos comprendidos en el artículo

877,²⁸ El curador no necesita autorización para apersonarse en el juicio de calificación de la quiebra. (Por el contrario como vimos líneas atrás ello constituye en una obligación de su parte, impuesta por el 878 Co. Com.)

- c) Acordar la continuación de algún negocio del quebrado para facilitar la liquidación. Este acuerdo no se ejecutará en tanto no esté firme el auto que lo autorice, (esto tiene relación con el 877.5 Co. Com.) y
- d) Conocer y resolver las consultas o cuestiones que proponga el curador. (771 y 763 inc. g del C.P.C.)

Como se puede observar los temas a tratar por una Junta de Acreedores pueden ser muy amplios y variados, de ahí la importancia de la convocatoria previa a fin de que se conozca lo que será el orden del día.

La Junta puede apartarse de la opinión del curador sobre algún crédito, por otro lado si aquella llega a realizar una calificación favorable con respecto a un crédito, el juez puede rechazarlo si no está debidamente comprobado el derecho del acreedor, además el voto del crédito rechazado no se computará. (art. 909 Co. Com.)

Con respecto a la votación en la Junta, todo acreedor cuyo crédito haya sido debidamente legalizado tendrá un voto, independientemente del monto. En lo demás, los acuerdos se tomarán por voto personal y de capital. El voto personal corresponderá a todo acreedor admitido; y el voto de capital se formará dividiendo el capital representado, por el número de

28 El artículo 877 del Co. Com. dispone que el curador propietario será independiente para el ejercicio de sus funciones de administración, con cinco excepciones, que son:

- 6) Transigir o comprometer en árbitros un negocio cuyo valor exceda de diez mil colones.
- 7) Vender extrajudicialmente bienes inmuebles.
- 8) Reconocer la reivindicación de bienes que valgan más de diez mil colones.
- 9) Renunciar a una prescripción u otro derecho adquirido cuyo valor exceda de diez mil colones.
- 5) Continuar el negocio del quebrado.

acreedores admitidos. El cociente será el voto de capital. (art. 910 Co. Com.) Este sistema de votación parece ser justo e incluso fue introducido por reforma llevada a cabo en 1989.

La junta convocada legalmente se llevará a cabo si concurren dos o más acreedores, y las resoluciones que por mayoría adopten serán obligatorias para los acreedores de la minoría, lo mismo que para los que no concurrieron a la junta, salvo que se trate de un acuerdo ilegal. (art. 911 Co. Com.)

A la junta podrán concurrir los acreedores con sus abogados. También los acreedores podrán hacerse representar por medio de carta-poder otorgada a otro acreedor o a un abogado. La carta-poder es un mandato especial para cada junta, se extiende en papel simple con los timbres correspondientes firmada por el mandante y refrendada por dos testigos, o por un abogado o notario. (art. 912 Co. Com.) Esta norma tiene relación con el 118 CPC y el 1289 CC)

Luego de la Junta de calificación de créditos puede realizarse otra en la que se conozca del arreglo o convenio con el deudor, ya que sólo los créditos admitidos y aprobados por auto firme pueden concurrir a esa junta con la exclusión referida en el artículo 938 Co. Com. y el acuerdo que imponga el arreglo debe ser tomado por el voto de capital que represente por los menos las tres cuartas partes del pasivo. No se tomarán en cuenta el voto de capital para el cómputo respectivo, de los acreedores cuyo crédito no alcance el cociente de capital necesario para tomar parte en la votación. (art. 913 Co. Com.).

La junta quedará registrada en un acta (art. 914 Co. Com.) donde se recogerán las firmas de los presentes, así como del curador y el secretario. La denominación de este funcionario fue cambiada recientemente, lo que sin embargo no significa ningún tropiezo para la confección del acta respectiva.

Cuando un acreedor ha sido impugnado, mientras se tramita su demanda dentro de la

quiebra, no tendrá voz, voto, ni intervención alguna, pero el curador, al distribuir el activo, lo tomará en cuenta al reservar el dividendo respectivo a fin de que el juzgado lo entregue a quien corresponda, conforme lo que se resuelva en sentencia definitiva. (art. 915 Co. Com. relacionado con el 752 párrafo 3, 753 párrafo 1° y 775 del CPC)

CONCLUSIONES

Del estudio realizado se desprende que el órgano más importante de la quiebra lo es el Juez, ya que es él quien dirige y finalmente aprueba las actuaciones y acuerdos de los otros órganos, tales como el curador y la junta de acreedores. Esto es lógico, porque el juez representa la imparcialidad, sobre todo en un proceso donde tantos intereses están mezclados y muchos se contraponen entre sí, de ahí que es necesario que exista una figura de autoridad que sea quien decide finalmente lo más conveniente para la masa de acreedores y para el deudor, sin perjuicio de que los involucrados puedan recurrir de sus decisiones.

Es importante resaltar, que este procedimiento es sumamente importante para mantener la buena salud y el dinamismo de la economía de una nación de ahí que su tramitación y regulación sea un asunto de sumo cuidado.

Lo que se desea al final de cuentas, es que se llegue a una solución de una situación sumamente delicada y que las partes obtengan la mejor tutela posible de sus intereses, tanto por parte del Estado como por parte de ellos mismos.

En la legislación costarricense el curador viene a ser un órgano fundamental y realmente estimamos que el hecho de que se señale que debe ser abogado no es positivo, porque en muchas ocasiones para el proceso de quiebra es más favorable la designación de un Contador Público Autorizado o un Economista que un profesional en derecho, el cual siempre puede estar presente ya sea como director o como asesor legal del curador. Esto sobre todo teniendo presente que el curador debe llevar libros de contabilidad, recibir y rendir informes económicos y obtener cuentas, créditos

y asignar partidas lo que no es fácil para la mayoría de los abogados, lo que motiva que tengan que contratar personal auxiliar y ello al final representa una carga adicional para el haber en la Quiebra.

Una vez llevado a cabo el análisis de los órganos de la Quiebra, podemos concluir que la regulación de este proceso está dispersa en el Código de Comercio, el Código Civil y el

Procesal Civil, lo que no deja de ser un inconveniente práctico para el buen funcionamiento de este proceso.

Lo ideal sería que dicha normativa estuviera concentrada en un solo cuerpo legal, por lo menos la parte sustantiva y que de ésta se excluyeran todas las normas procesales que quedarían incorporadas al código de rito.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ALEGRÍA, HECTOR y MOSSET ITURRASPE, JORGE, Concursos y Quiebras: Jurisprudencia Civil y Comercial I, II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996.
- 2) ARGERI, SAÚL A. Manual de Concursos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.
- 3) BONFANTI, MARIO ALBERTO y GARRONE, JOSÉ ALBERTO. Concursos y Quiebras, Tercera Edición, Segunda reimpresión, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.
- 4) BROSETA PONT, MANUEL. Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, Décima Edición, España, Reimpresión 2000.
- 5) CERVANTES AHUMADA, RAUL. Derecho de Quiebras, Editorial Herrero S.A., México D.F., 1990.
- 6) CUZZERI, MANUEL y CICU, ANTONIO, BOLAFFIO-ROCCO-VIVANTE. Derecho Comercial, Tomo 18: De la Quiebra, Volumen 1, traducción de Jorge Rodríguez Aime y Santiago Sentís Melendo, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, 1954
- 7) Gálgano, Francesco. Derecho Comercial. El Empresario. Vol. I. Editorial Temis, 1999
- 8) GARRIGUES, JOAQUIN. Curso de Derecho Mercantil. Tomo V, reimpresión de la séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987.
- 9) GIL SANCHEZ, ALBERTO, Estudio Comparado sobre Quiebras, Editorial Teoría, Medellín, Colombia, 1943.
- 10) MAJADA, ARTURO. Práctica Concursal, Editorial Bosch, 2ª edición, Barcelona, 1989.
- 11) MIGLIARDI, FRANCISCO. El Procedimiento en la Quiebra, Ediciones Forum, 1ª edición, 1966.
- 12) PROVINCIALI, RENZO. Tratado de Derecho de la Quiebra. Volumen I, Ediciones Nauta, S.A., Barcelona, 1958.
- 13) RAMÍREZ, JOSÉ A. La Quiebra, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1951.
- 14) RIVERA, JULIO CÉSAR. Instituciones de Derecho Concursal, Tomos I y II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997.
- 15) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JOAQUÍN. Derecho Mercantil, Editorial Porrúa S.A., Tomo II, decimocuarta edición revisada por José V. Rodríguez, República Argentina, 1979.
- 16) RODRÍGUEZ OLIVERA, NURI. Quiebras, Derecho Comercial. Editorial Universidad Ltda., Montevideo, 1988
- 17) SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. Manual de Derecho Comercial, Tomo II, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- 18) SATTA SALVATORE, Instituciones del Derecho de Quiebra, Traducción y notas de Derecho Argentino de Rodolfo O. Fontanarrosa, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.
- 19) Uria, Rodrigo, Menendez, Aurelio, Beltrán Emilio. Organos y calificación de la quiebra. Curso de Derecho Mercantil II. Editorial Civitas, 2001

- 20) VARGAS, FRANCISCO LUIS. Contribuciones al Estudio del Derecho de Quiebra Costarricense, 2ª edición, San José, 1980.
- 21) CONSTITUCION POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
- 22) Código de Comercio.
- 23) Código Civil.
- 24) Código Procesal Civil.
- 25) Ley Orgánica del Poder Judicial.

APLICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA A LAS CATEGORÍAS TRIBUTARIAS

LIC. CARLOS ANDRÉS D'ALOLIO JIMÉNEZ*

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	87
CAPÍTULO PRIMERO:	
PRESCRIPCIÓN COMO MEDIO EXTINTIVO DE LAS OBLIGACIONES	87
Sección Primera: Nociones generales	88
A) Concepto doctrinario y jurisprudencial.....	88
B) Teorías sobre su naturaleza jurídica.....	89
C) Fundamento de los plazos ordinarios y breves	90
Sección Segunda: Requisitos de operatividad	91
A) Interrupción y suspensión	91
B) No declaración oficiosa.....	93
C) No renuncia	93
CAPÍTULO SEGUNDO: ESPECIFICIDADES EN MATERIA FISCAL.....	93
Sección Primera: Prescripción alegada por el contribuyente.....	94
A) Supuestos en materia cobratoria.....	94
B) Reglas para el cómputo según la categoría tributaria	96
C) Extensión del plazo por no inscripción del contribuyente o mala fe	99
Sección Segunda: Prescripción alegada por el Estado	100
A) Supuestos en el especial tributario.....	101
B) Cómputo	101
C) Plazos	101
CONCLUSIONES.....	102
BIBLIOGRAFÍA.....	103

* Juez Supernumerario y Especialista en Derecho Comercial de la UCR

APLICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA A LAS CATEGORÍAS TRIBUTARIAS

CARLOS ANDRÉS D'ALOLIO JIMÉNEZ

INTRODUCCIÓN

El tributo tiene una importancia fundamental para financiar al Estado y a sus entes menores. Su efectivo recaudo, facilita el desarrollo de sus proyectos de inversión. Permite saldar gastos de su planilla y sostener al aparato administrativo. En buena teoría, la actividad medial de recaudar, propende a la prestación de los servicios públicos y a la redistribución de la riqueza para el bienestar de la población.

El deber general de contribuir, combinado con la noción de capacidad económica, están plasmados a nivel constitucional. Todos los sujetos que resulten contribuyentes, no pueden escapar a ese mandato, salvo casos previstos expresamente por ley. Pagar los impuestos, resulta ineludible, en principio.

La existencia de un crédito a favor cualquier Administración Tributaria, inquieta a cualquier deudor. No sólo por la posibilidad de ser constreñido al pago de una suma de dinero. Además, según la naturaleza y circunstancias del adeudo, existe la amenaza latente de pasar por mayores penalidades.

Empero, el mismo ordenamiento, contiene supuestos hipotéticos pueden enervar los anteriores asertos. En las siguientes páginas, se hace referencia a uno de ellos. En particular, uno que tiene que ver con los medios extintivos de las obligaciones. Es tentador ponerlo a trabajar, por su eficacia. Entraña la fuerza y el efecto preclusivo de la cosa juzgada material.

No es otro que la prescripción liberatoria. El primer capítulo, se ocupa de cuestiones meramente generales. Se acude ahí, a hacer

una mención de las ideas universales sobre la prescripción. Y cuando corresponda, se relacionan con el tema tributario.

El segundo capítulo, desdobra el análisis. En sus dos apartes, se especifican las particularidades de la materia fiscal. Sin embargo, se trata por separado, dos posibles casos. Por un lado, cuando es el contribuyente quien opone la defensa extintiva. Y por otro, cuando el Ente Público formula la excepción para librarse de responsabilidades relativas a los impuestos, exigidas por algún reclamante.

Los insumos necesarios para llevar adelante la faena apuntada, son bibliográficos. Además, otros que provienen de pronunciamientos judiciales y administrativos.

Esa información se pondera con los métodos crítico, analítico, comparativo e histórico. La finalidad, es obtener una panorámica de cómo opera el instituto de la prescripción en el mundo jurídico-tributario costarricense.

CAPÍTULO PRIMERO:

Prescripción como medio extintivo de las obligaciones

Para comprender un instituto jurídico, es conveniente adentrarse en una serie de consideraciones. Sirven de preámbulo para acercarse a él y apreciarlo mejor.

En las siguientes secciones, se pretende dar cuenta de qué, para qué y por qué de la figura de la prescripción. Y luego, en otra ulterior sección, hablar de la mecánica que permite su desenvolvimiento.

SECCIÓN PRIMERA: Nociones generales

En las siguientes líneas, se presentan algunas consideraciones básicas en cuanto al tópico de interés. En realidad, son las ideas motrices para lograr articular la noción de la defensa extintiva, con los problemas propios y prácticos de la disciplina tributaria.

A) *Concepto doctrinario y jurisprudencial*

Brindar un concepto, es dar una idea general, abstracta y sencilla de un aspecto en concreto.

Para ese fin, la prescripción, puede bifurcarse. Por un lado, la prescripción positiva o adquisitiva y por otro, la negativa o liberatoria. La primera, sólo interesa al mundo de los derechos reales y es mejor conocida como usucapión. La segunda, es la relevante para el campo de los derechos personales, como los de crédito. Ergo, es la última la que debe definirse.

La prescripción, en palabras simples, se define como un instituto jurídico que libera al deudor de responsabilidad patrimonial porque su acreedor no se la exige en el plazo de ley.

Puede inferirse tal cosa del artículo 865 del Código Civil. Reza que por la prescripción negativa se pierde un derecho y que para ello, basta el transcurso del tiempo.

La doctrina, con menor parquedad, ha definido la prescripción. Según Giorgi, la prescripción

es un modo de extinguir la obligación, que depende de la pérdida de la acción relativa, ocasionada por la inercia del acreedor, durante todo el tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley¹. Para Brenes Córdoba, es un derecho dado al deudor para rehusar el cumplimiento de una obligación ante un reclamo diferido por mucho tiempo².

Esa inercia, es la “no actividad”, como figura primaria. Se verifica dentro de una relación jurídica determinada y se proyecta sobre el plano de los intereses³. Y ahí, es donde la ley le permite al deudor, usar una defensa para rehusarse al cumplimiento, una vez verificado el lapso para prescribir.

La nota característica, en sí, es la liberación del vínculo obligatorio, producto de la inacción de quien resulte interesado. Se parte del principio general consistente en que todas las obligaciones tributarias son prescriptibles⁴.

Hay una necesaria aclaración que hacer. Para la mayoría de la doctrina, lo que es objeto de la prescripción, es la acción y no el derecho en sí. Y el mejor ejemplo para entender esa parte del concepto, se encuentra en el campo de las obligaciones naturales. La acción cobratoria del tributo, podría estar declarada prescrita. Ergo, un nuevo proceso judicial para exigir el crédito, fracasaría. No obstante, ello no implica la muerte del derecho. El contribuyente, podría todavía reconocer el adeudo y pagar. O igual, cancelar por error, sin derecho a repetir⁵.

1 Pasaje de Giorgi en Teoría de las Obligaciones, citado por Urcullu Molina (Félix). De la Prescripción Extintiva en los tributos fiscalizados por la Dirección de Impuestos Internos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963, p. 11.

2 Apreciaciones de Brenes Córdoba (Alberto). Tratado de las Obligaciones. Editorial Juricentro, sexta edición, San José, 1990, p. 254.

3 El hecho de diferir el reclamo, da pie a que el acreedor tenga que soportar las consecuencias de su pasividad. El ordenamiento tutela así un interés, que como se verá, sirve de fundamento a la defensa extintiva.. Así se analiza en Pérez Vargas (Víctor). Derecho Privado. Imprenta Lil S.A., tercera edición, San José, 1994, pp. 193, 194 y 195.

4 Las categorías tributarias y su exigibilidad, tienen una naturaleza patrimonial. Obedecen a prestaciones pecuniarias exigibles en forma coactiva. En ese sentido, ver Villegas (Héctor). Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario. Editorial Astrea, octava edición, Buenos Aires, 2003, p. 381.

5 Cfr con García Belsunce (Horacio). Tratado de Tributación. Derecho Tributario. Tomo I. Volumen II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 172. Y la afirmación que se hizo, en cuanto a la prescripción de la acción y no del derecho, queda totalmente patente luego de releer el artículo 56 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Dicho todo lo anterior, resta decir que la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, no ha expresado nada diferente sobre la definición en general. Ha destacado el carácter liberatorio que tiene. En sus fallos más relevantes, ha delineado el contorno del concepto, refiriéndose a su fundamento y requisitos⁶.

En torno a la prescripción negativa en materia fiscal, ese alto Tribunal, ha reforzado la idea de pérdida de una acción y no del derecho. La Sala Primera, expresó que no extingue la obligación de impuestos, sino su exigibilidad o determinación⁷.

B) Teorías sobre su naturaleza jurídica

Discutir en torno a la naturaleza jurídica de una figura, es hablar acerca de lo que constituye su esencia.

En materia de prescripción, han existido diversas tesis⁸. Unas subjetivas, que tienen que ver con la actitud o posición del acreedor. Otras objetivas, que representan un enfoque global sobre el papel del instituto en el ordenamiento.

Se han esbozado tres tesis subjetivistas. La primera de ellas, tiene que ver con la idea de abandono presunto de un derecho. La segunda, está basada en la noción de una tácita renuncia. Y la tercera, refiere al silencio del titular. En verdad, este trío resulta criticable porque asume consecuencias jurídicas, a partir de omisiones del accipiens. Ninguna entraña una auténtica manifestación de voluntad.

Se sirven de una no conducta, casi entendida como un perdón del adeudo. Tienden a confundir la prescripción, con la remisión. Todas están superadas.

Las tesis objetivas, se basan en un principio de utilidad social para el interés público. Corren por dos vertientes. La primera, ve a la prescripción como una sanción o pena legítima para el titular del derecho, por no usarlo en el tiempo de ley. La segunda, concibe a la prescripción como un instituto con finalidad curativa, que viene a brindar estabilidad jurídica a los derechos no usados por sus titulares.

La primera teoría objetiva, no debe ser de recibo. No se puede hablar de un castigo o penalidad, en una materia patrimonial. Especialmente, cuando no es pactado entre partes. Y en el campo fiscal, tampoco puede atribuírsele ese rol. El fundamento de la tributación, no radica en las potestades de imperio⁹. No es la supremacía estatal lo que justifica imponer los cobros por parte de un Leviatán o castigador. Más bien, es una noción de solidaridad y del deber ciudadano de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas. Así, si pagar impuestos no es un castigo, mucho menos la prescripción de ellos. Así, por paridad de razón, pierde base la idea de la prescripción como sanción.

La segunda teoría objetiva, ha sido la más acogida. Es conforme con el principio de la seguridad jurídica. Propende a poner fin a una situación de incertidumbre. Convierte a la prescripción, en el medio para que el deudor

6 La sentencia que ha marcado el norte sobre prescripción, desde hace una década y media, es el voto 120 de las 15:00 horas del 29 de julio de 1992. La Sala Primera, analizó en forma extensa sus elementos y confines.

7 La Sala Primera efectuó ese razonamiento al referirse al ordinal 35 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Consideró a la prescripción, como modo particular de extinción de la obligación en el régimen tributario costarricense. Cfr voto 2 de las 15:05 horas de 10 de enero 1996.

8 Esta pequeña clasificación, obedece a un aporte de Urcullu Molina, *op.cit.*, pp. 11 y 12. Se condensa el mensaje propugnado por diversos sectores doctrinarios.

9 Conviene tener en cuenta las consideraciones sobre el fundamento del poder tributario, esbozadas por Pérez Royo (Fernando). *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. Civitas, décima edición, 2000, pp. 46 a 48.

adquiera tranquilidad, frente a la amenaza y la zozobra que le provoca el acreedor que no le cobra.

Al dar entrada a la prescripción, luego del tiempo que la ley preceptúa, se alcanza certeza en las relaciones jurídicas.

La Sala Primera ha prohijado esa tesitura. Tal y como se adelantó infra, en la sentencia número 120 de las 15:00 horas del 29 de julio de 1992, esa magna cámara, catalogó la naturaleza de la prescripción negativa. En el voto, se decanta por la idea de considerarla como una institución creada para tutelar el orden social y la seguridad en las relaciones jurídicas. Igualmente, expresó en ese fallo, que la postergación indefinida en el ejercicio de las acciones y derechos, resulta nociva para la estabilidad patrimonial y el interés social.

El precedente judicial, da a entender que la defensa extintiva, se introdujo a propósito de los casos en los que el deudor ya ha honrado la deuda, pero ha perdido ya los documentos para comprobar ese pago de vieja data.

Con ello, queda claro que la prescripción liberatoria, en esencia, es el vehículo para eliminar ese estado indeseable de inseguridad.

C) Fundamento de los plazos ordinarios y breves

Para las diferentes materias y prestaciones patrimoniales, existen plazos prescriptivos particulares.

La razón de ser de tal proceder, radica en una decisión meramente legislativa. Quienes promulgan las leyes, a su arbitrio y entender, han impuesto diferentes lapsos temporales.

Empero, en el fondo, lo que existe es una gradación de plazos, que se funda en una presunción de pago. Si la prescripción liberatoria persigue la estabilidad en las relaciones jurídicas, tiene que haber un tiempo para alcanzar ese estado.

El plazo ordinario de prescripción, en asuntos civiles y en los que no tengan un término específico, es de diez años. Numeral 868 del Código Civil.

Las prescripciones con plazos más cortos, encuentran abrigo en situaciones en las que transacciones y negocios, parecieran celebrarse con más vértigo y agilidad. Tales son los casos de pagos de emolumentos (tres años), ventas al detalle y réditos (un año) y las prescripciones mercantiles (cuatro años).

En el caso de la prescripción liberatoria propia de la materia tributaria, resulta difícil establecer el fundamento de los plazos establecidos en el artículo 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Los plazos contenidos en ese numeral, son relativamente cortos. Hay un plazo ordinario de tres años y otro, que pareciera extraordinario, de cinco años.

De lege ferenda, deberían ser más largos y obedecer a la prescripción decenal, para potenciar las posibilidades de recuperación del crédito. Hay que poner la mirada, en la naturaleza y destino del capital y accesorios. La recaudación efectiva de esos tributos, es una actividad esencial para propiciar el buen funcionamiento de los entes estatales. Facilita que cumplan con sus objetivos, en aras de satisfacer el interés general. La Administración, no actúa en su fuero privado o mercantil, sino como sujeto activo de la relación tributaria (artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública y 14 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios). Los dineros que por prescripción con plazo más reducido, no se captan, hacen falta para llenar el cometido constitucional del 50 de la Carta Magna.

Hay otro detalle importante para comentar. Como ya se vio, el establecimiento legislativo de los plazos, puede basarse en dos razones objetivas. Por un lado, la idea de la dificultad probatoria para el deudor, cuando ya ha pasado un largo tramo temporal. Y por otro, la

presunción de pago cuando se supone que las prestaciones se desenvuelven en un marco de celeridad.

Hay que buscar una explicación dentro de la misma normativa fiscal.

En apariencia, los plazos del artículo 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, han sido adoptados con miras al tema de la dificultad probatoria para el contribuyente. No en uso de la tesis de la presunción de pago.

Resulta importante destacar, que el canon 109 de ese mismo cuerpo legal, impone un deber al contribuyente. Debe guardar todos los registros contables, boletas, facturas, recibos y duplicados, por un lapso de cuatro años. Ello, persigue facilitar cualquier verificación y por supuesto, la defensa misma.

El plazo de cuatro años apuntado, debe engarzarse con los de prescripción tributaria de tres y cinco años. Puede inferirse, que sí existiría dificultad probatoria para el sujeto pasivo, más allá del tiempo establecido en el 109 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

La evidencia para liberarse del adeudo, podría haber ya desaparecido. Viene de suyo que el legislador, haya propuesto las prescripciones con lapsos relativamente cortos, en comparación con los civiles.

El fundamento de los plazos de prescripción negativa en materia tributaria, queda dado por

el tema de la prueba difícil de conseguir por el paso del tiempo.

SECCIÓN SEGUNDA: **Requisitos de operatividad**

En este aparte, se presentan aspectos de interés que circundan la prescripción.

A) Interrupción y suspensión

La prescripción liberatoria, está compuesta de una serie de elementos. Entre ellos destaca un elemento temporal, incorporado por el legislador.

Es el plazo. Vinculado a él, viene el problema atinente al cómputo. La prescripción, debe calcularse desde el momento en que el acreedor, queda en perfecta posición para exigir la prestación debida.

Ordinariamente, se dice que la prescripción corre desde el vencimiento de las obligaciones y que se cuenta de fecha a fecha (881 del Código Civil).

En materia fiscal, hay una variación importante e insoslayable respecto del Derecho Común. Viene a favorecer al sujeto activo, porque en alguna medida posterga el momento de inicio del tramo (este aspecto, se analizará con más detalle en el siguiente capítulo, al examinar el cómputo).

10 Algunos autores se refieren a un interesante problema (Cfr con Rodríguez Lobato (Raúl). *Derecho Fiscal*. Editorial Harla, segunda edición, México D.F., 1986, pp. 171 y 172). La doctrina se ha planteado dos posibilidades para tener por iniciado el plazo prescriptivo. Una corriente, propugna por declarar que corre desde el momento en que la autoridad puede determinar el crédito fiscal. Otra corriente, estima que el plazo corre desde el mismísimo momento de vencimiento, en que el crédito se vuelve exigible. Pareciera que en el artículo 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el legislador se decanta por la primera tesis. Como ventaja, permite a la Administración Tributaria tener un panorama más claro, para cobrar impuestos clasificados como periódicos, cuya característica es la realización progresiva. Su generación no se agota en un solo instante, sino que se da (progresivamente como la renta e inmuebles o en varios actos como lo que se retiene en las ventas) dentro de un período fiscal. Al respecto, es útil invocar la clasificación que consta en Pérez Royo, *op cit.*, p. 112.

La variante, está referida al artículo 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Expresa esa norma, que el conteo corre desde el primero de enero del año calendario siguiente a aquel en que el tributo debe pagarse¹⁰.

Lo afirmado, es importante tenerlo en cuenta para articularlo con los conceptos de la interrupción y la suspensión. Una vez que el plazo ha iniciado su marcha, pueden aparecer situaciones de índole objetiva o bien, otras de corte subjetivo, que interfieren con su avance.

La primera de ellas, es la interrupción.

La interrupción puede entenderse más fácilmente por sus efectos. Cuando se presenta un acto con carácter interruptivo, el conteo ya comenzado, se borra (vuelve al instante cero) e inutiliza todo el tiempo prescriptivo que ya haya corrido con anterioridad.

En la mayoría de las ramas, los actos interruptivos corresponden a interpelaciones debidamente notificadas, embargos conocidos por el deudor y actuaciones cobratorias administrativas y judiciales comunicadas (artículos 977 del Código de Comercio y 877 del Código Civil).

En materia tributaria, los numerales 53 y 54 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, contienen los supuestos de actos interruptivos. De forma sintética, corresponden a actuaciones de procedimiento investigativo del cumplimiento, actos administrativos o judiciales tendientes al cobro, ambos notificados. Igualmente, al reconocimiento expreso de la

deuda, pedidos de arreglos o tiempo para pagar y la determinación del impuesto que haga el propio sujeto pasivo. Además, los casos en los que el obligado interponga reclamaciones o recursos contra resoluciones de la Administración Tributaria¹¹.

El concepto de suspensión, es diferente por sus efectos. Implica una detención del tiempo útil para prescribir, por causas sobrevivientes después de haberse iniciado la prescripción y que impiden su continuación¹². Es decir, el conteo se estaciona, pero no vuelve al momento cero. Al reanudarse, se le agrega el tiempo anterior.

En el Derecho Común, están dadas por el ordinal 880 del Código Civil. Ahí, se relaciona con problemas de incapacidad del acreedor (minoridad, demencia, intervención en conflicto armado, etc.) y con hechos ilícitos de un deudor para estorbar el ejercicio de la acción del que cobra (inciso séptimo ibídem).

En el ámbito fiscal, hay una causal contenida en el artículo 53 in fine del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Viene a representar, una especificación del inciso séptimo del 880 del Código Civil. Según la norma tributaria, el cómputo de la prescripción para determinar la obligación tributaria, queda suspendido por la interposición de una denuncia. Esta noticia criminis, debe versar sobre presuntos delitos de defraudación o retención, percepción o cobro indebido de impuestos (en los términos de los artículos 92 y 93 del Código Tributario). La suspensión de la prescripción, durará hasta que el proceso punitivo, llegue a su fin.

11 En el voto número 2 de las 15:05 de 10 de enero de 1996, la Sala Primera ha recapitulado el valor de esos actos interruptivos y los agrupó en cuatro tipos genéricos, que tienden a aglutinar lo que informan los cánones 53 y 54 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Sin embargo, pareciera óptimo acudir a las categorización más tradicional. Divide a las causas de interrupción en civiles (reclamos notificados al deudor) y naturales (reconocimientos espontáneos del sujeto pasivo). Sobre este particular, puede consultarse a Urcullu Molina, *op.cit.*, pp. 16 y 17 voto posterior 155-F de las 11:10 horas de 3 de marzo 2004 de la Sala I y resoluciones en sede gubernativa del TFA 161 de 24 mayo 2004, 376 de 22 septiembre 2003, 388 de 3 de octubre 2002 y 400 de 16 octubre 2002.

12 Esta definición se sintetizó a partir de las palabras de Blanco Ramos (Ignacio). *Derecho Tributario. Parte General y legislación española*. Editorial Ariel, Barcelona, 1976, p. 105.

B) No declaración oficiosa

La prescripción, es una pretensión inestimable y a su vez, por su contenido, disponible. Entonces, como regla en materia patrimonial, debe ser alegada por el interesado (el mismo deudor u otros de sus acreedores) mediante excepción que sustente el hecho extintivo. Así se estatuye en el Derecho Común, artículos 872 del Código Civil y 973 del Código de Comercio.

El órgano decisor que conoce del cobro, no la puede decretar de oficio. El acto de oponerla, debe ser expreso y voluntario. Hipotéticamente y a pesar de haberse completado el tramo fatal, un deudor, podría tomar la postura de honrar la deuda. Una declaratoria oficiosa, estaría conculcando la posible voluntad del acreedor y del sujeto pasivo y resolviendo contra lo pedido.

La prescripción puede ser hecha valer administrativa o judicialmente¹³.

C) No renuncia

Un principio básico en el tema de la prescripción, consiste en que sólo la prescripción ya cumplida, puede ser renunciada.

En el Derecho Común, se dispone en los artículos 850, 851 del Código Civil y 970 del Código de Comercio.

Tal disposición, persigue un fin específico. El plazo prescriptivo, es de orden público.

No puede ser dejado sin efecto anticipadamente. Si así se permitiere, todos los acreedores obligarían a sus deudores a pactar con ellos plazos muy largos.

Convertirían la prescripción, en un imposible. Implicaría la desnaturalización del instituto, porque habría zozobra e incertidumbre indefinida. No habría coto a la inercia en el ejercicio de los derechos y traería inseguridad.

Los actos que entrañan renuncia, pueden ser expresos por parte del deudor. O bien, la ley permite que sean tácitos. Ejemplo de ellos, sería hacer pago voluntario del adeudo o bien, hacer manifestaciones que impliquen indirectamente el reconocimiento del crédito.

Pero para que sean efectivos, ya debe estar cristalizado todo el tramo fatal y haber operado favorablemente para el sujeto pasivo.

CAPÍTULO SEGUNDO: Especificidades en materia fiscal

En el desarrollo del capítulo anterior, se trató el tópico de la prescripción, con un enfoque general. El propósito de este nuevo capítulo, es puntualizar algunas de las particulares aplicaciones que se le da al instituto. Se hablará primero de los casos en los que la acción discurre en juicios de índole cobratoria. Ahí, es el contribuyente quien opone la defensa. Y luego, se hará referencia a los casos en que el ente estatal, es quien trata de evitar que el que pagó impuestos, repita contra él.

¹³ Un rico filón para explotar este tema, es el voto 9-2001, emanado del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, a las 11:00 horas del 11 de enero de 2001. Se trata de un especial tributario contra la Municipalidad de San José. La honorable corporación, no declaró la prescripción de impuestos y tasas municipales. Señaló que no tenía facultades para hacerlo. El Juzgador, reprende al señor Alcalde. Señaló que era cierto, que por principio de legalidad administrativa, no podía declararse de oficio la prescripción de fondos públicos. La ley no daba esa facultad (11 LGAP). Empero, el ente territorial, sí debía resolver expresamente y por el fondo, la gestión. No guardar silencio, como lo hizo. Se declaró la extinción de los tributos y la devolución del pago hecho bajo protesta en su momento.

SECCIÓN PRIMERA:

Prescripción alegada por el contribuyente

El Estado y sus instituciones enriquecen en buena parte su presupuesto, a través de tributos. Afortunadamente, en la mayoría de los casos, no hay controversia con el contribuyente. El pago, resulta voluntario. Empero, en algunos casos, la gestión de cobro puede encontrar una férrea resistencia. Parte del elenco defensivo que exhiben en sus contestaciones, comprende la prescripción.

A) Supuestos en materia cobratoria

El cobro de un tributo, entra dentro de los supuestos de reclamos patrimoniales a favor de la Administración. Para esos efectos, se le canaliza a través de la vía civil de hacienda. Lo referente a su recuperación, en la generalidad de los casos, viene a ser discutido dentro de procesos sumarios civiles de hacienda¹⁴.

Como es sabido, en juicios ejecutivos simples, las posibilidades de defensa y de contradicción, se reducen. De ahí, que una de las formas más efectivas de enervar todos los efectos que conlleva, es a través de la excepción de prescripción.

Debe ser opuesta dentro del plazo de los cinco días que se otorgan como emplazamiento. O bien, vía incidente si obedece a causas que provocan la prescripción después de ese emplazamiento¹⁵.

Fuera de esas dos oportunidades, no tiene cabida. La discusión sobre lo resuelto en torno a la prescripción, actualmente, puede llegar hasta casación, ya que hace cosa juzgada material¹⁶. Para la procedencia del recurso, la estimación del proceso debe superar los setecientos cincuenta mil colones. Así, muchos de los cobros en los que se resuelven aspectos prescriptivos, son de baja monta y no llega a ese control de legalidad. Se quedan en segunda instancia.

Hay que decir, necesariamente, que el plazo prescriptivo aplicable para cada caso, quedará condicionado por el tipo de título ejecutivo puesto al cobro y por la ley especial que regula el tema.

Pueden cobrarse sumas derivadas de las diversas categorías tributarias. Se hace referencia a algunos, sin que representen una lista exhaustiva¹⁷.

Un importante tipo de título ejecutivo, es el expedido por el Director General de Tributación. En él, se pueden cobrar impuestos, tasas, derechos fiscales y rentas por arrendamiento de bienes, a favor del Poder Central¹⁸. Para la ejecutividad del documento, es necesario que vaya precedido de un pequeño procedimiento. La Administración Tributaria correspondiente, debe otorgarle un traslado de quince días al contribuyente moroso. Si no paga, remite el caso a la Oficina de Cobro del Ministerio de Hacienda, para que este intime por ocho

14 Lo que aquí se afirma, se refiere a los casos en los que la prescripción tributaria, se hace valer como excepción. Y eso no obsta, para que la prescripción liberatoria, potencialmente, pueda plantearla un contribuyente como acción, conforme al 82 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ese proceder proactivo de un contribuyente, es menos común, porque le resulta más fácil dejar transcurrir el plazo y esperar a que la Administración Tributaria actúe.

15 Artículos 433 y 486 del Código Procesal Civil.

16 Ordinal 165 del Código Procesal Civil.

17 Para emprender la tarea de invocar varios títulos ejecutivos con causa tributaria, se tuvo a la vista el valioso aporte doctrinario de Ruiz Bravo (Luis Guillermo). La prescripción en los procesos ejecutivos de conocimiento sumario en materia Civil de Hacienda. IJSA, San José, 2002, pp. 25 a 77.

18 Serie de supuestos cobrarles por la DGT y procedimiento, sintetizada a partir de González Camacho (Oscar). Consideraciones prácticas en torno al proceso ejecutivo (en especial el Civil de Hacienda. Primera parte. Corte Suprema de Justicia, San José, 1995, p. 83.

días al deudor. Si hay oposiciones, deben ser resueltas en última instancia administrativa por el Tribunal Fiscal Administrativo. Ningún adeudo se puede certificar, si está pendiente de pronunciarse ese Tribunal (ruptura de los principios de ejecutoriedad y ejecutividad del acto administrativo del 148 de la Ley General de Administración Pública).

El título en que consta la existencia del adeudo, se certifica con fundamento al 169 in fine del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Con ese documento, se tramita el proceso sumario, conocido como ejecutivo simple. Así, se exige la mayoría de los impuestos (verbigracia, renta, ventas o consumo impagos, que son los más conocidos). Su plazo prescriptivo, se encuentra en el 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y sus reformas.

Otros títulos ejecutivos provienen de causas distintas.

Las derivadas de tributos municipales, constituyen título ejecutivo si son certificadas por el Contador del gobierno local, según el 71 del Código Municipal. Un posible cobro, son los impuestos por bienes inmuebles, según ley 7509-95.

También, las tasas por servicios de recolección de basura y alumbrado, vigilancia municipal, limpieza de vías, etc¹⁹.

Como todas en el fondo son tributos, su plazo prescriptivo, es especial y obedece a un lapso quinquenal. Se deja salvado el caso del impuesto de bienes inmuebles, que obedece a una prescripción con plazo de tres años, conforme al artículo 8 de la ley 7509-95. Frecuentemente, en la práctica, dentro del mismo título ejecutivo, pueden venir juntos, los cobros por impuestos sobre bienes inmuebles, tasas por servicios y otros. De ahí la necesidad del desglose de cargos, para computar plazos independientemente.

Hay múltiples títulos ejecutivos provenientes del adeudo de contribuciones parafiscales²⁰.

Los cobros instaurados por la Caja Costarricense del Seguro Social, obedecen a cuotas obrero patronales por planilla ordinaria y extraordinaria, no honradas por un patrono. El Jefe de la Sucursal respectiva o de cobro administrativo de la Caja, certifica el crédito, que es título ejecutivo (53 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social. El plazo de prescripción está específicamente regulado y es decenal (ordinal 56 ibídem).

19 La naturaleza de las tasas es ampliamente discutida. Hay múltiples intentos y posiciones que pretenden diferenciarlas de los impuestos y de los precios públicos. Todas, pueden tener criterios útiles, según el caso concreto. Se afirma que su naturaleza es totalmente tributaria y nacen por una imposición legal (ex lege). Es obligatorio pagarlas. En ellas, opera el principio de beneficio para el contribuyente y éste recibe una ventaja. Su hecho imponible, está vinculado a la actividad administrativa y en ellas se presta un servicio público *uti universi* y no *uti singuli*. Es decir, su usuario puede ser cualquiera de la comunidad y no una persona específica. Además, que operan donde el ente público presta el servicio en forma monopolística. Consideraciones interesantes, corren en Villegas, *op. cit.*, pp. 173 a 195 y en Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 112 a 115. Un caso interesante, se derivó del voto 158-F-TRI emanado de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia a las 16:00 horas del 11 de septiembre de 1991. La resolución, en síntesis, expresa que el servicio que presta JAPDEVA para descarga de muelles, no era un precio por contrato, sino una tasa. La parte dispositiva, obliga a restituir dineros cobrados a una sociedad, pagados demás durante una huelga. Sus estibadores, no prestaron el servicio público y sólo se puede cobrar por lo "efectivamente suministrado". En el fallo, se recalca las características de las tasas. Sin contemplaciones, se dice que son ingresos de Derecho Público. En ellas, el tributo se exige con ocasión de un servicio definido por ley en el hecho generador y que no está dado para prestarse individualmente a sujeto determinado.

20 Las contribuciones parafiscales, obedecen a exacciones que rompen el principio de unidad de caja del Estado y se regulan en leyes especiales, fuera de la órbita del 4 CNPT Son categorías tributarias. Buscan asegurar el financiamiento autónomo de entes recaudadores o administradores de los fondos y son una fiscalidad en paralelo o al margen de la típica. La contribución, va ligada a actividades de previsión social, centros de estudios, entidades de tipo social, gremiales o de regulación económica. Análisis más acabados pueden encontrarse en Villegas, *op. cit.*, pp. 202 a 205 y en Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 118 a 120.

La Dirección de Asignaciones Familiares, recibe fondos a través de una contribución del cinco por ciento sobre los sueldos que el patrono paga al trabajador. El tributo, lo retiene la Caja. Tal atribución viene dada por ley 5662-74, en sus artículos 11 y 12, al igual que la prescripción de plazo decenal.

El Instituto Mixto de Ayuda Social, se financia cobrando contribuciones. Una de ellas, es el pago de un medio por ciento sobre los salarios que figuren en planillas, pagados por los patronos. Igualmente, recibe dinero a través de un impuesto del treinta por ciento sobre la tarifa cobrada en los moteles, hoteles sin registro, casas de alojamiento ocasional y similares. Los artículos 5 de la ley 5554-74 y 14 de la ley 4760-71, permite que la jefatura de su departamento contable, certifique el adeudo.

Esas leyes, no contienen un plazo prescriptivo particular. En consecuencia, ese vacío se suple con las disposiciones del 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

El Instituto Costarricense de Turismo, cobra un tres por ciento de contribución parafiscal hotelera, sobre el monto del hospedaje recaudado a los hoteles, según ley 2706-90. Su ley constitutiva no tiene plazo específico. De ahí, que tal laguna queda salvada con las reglas del Código tributario.

El Banco Popular, según su Ley Orgánica número 4351-69, también tiene la posibilidad de cobrar una contribución parafiscal sobre los salarios reportados por los patronos para crear un fondo de trabajo. De acuerdo a los artículos 5 y 13 *ibidem*, tal tributo obedece a

una prescripción de plazo quinquenal a partir del momento en que fuere exigible.

Hay otros cobros que provienen de los llamados precios públicos²¹.

Entre ellos, cabe citar algunos de los más conocidos.

El Instituto Costarricense de Electricidad cobra por el empleo del factor térmico o electricidad, uso de telefonía y de Internet. El título ejecutivo, lo puede certificar el jefe de sus departamentos contables, según ley 3226-63. No existe un plazo prescriptivo especial para estos casos. Se ha optado por aplicar el decenal común.

El servicio de agua potable y alcantarillados, lo presta el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. Su gerente, puede certificar el título que contiene el importe líquido y exigible debido. No hay disposiciones particulares para la prescripción en la ley 6222-81, y se acostumbra aplicar la prescripción decenal del Derecho Común.

La anterior enumeración, con plazos prescriptivos y variedad de títulos ejecutivos de causa fiscal, sirve como marco ilustrativo práctico. En la siguiente sección, se intenta contrastar las categorías tributarias, como los respectivos parámetros para computar la prescripción.

B) Reglas para el cómputo según la categoría tributaria

Hablar de categoría tributaria, es referirse a los tipos de figuras afines a las clases o

21 Un precio público es concebido como un ingreso no tributario, de derecho privado, ex contractu. Su fuente jurídica, radica en un acuerdo de voluntades, en un pacto que firma el administrado usuario. Es decir, su génesis se va a basar en un esquema contractual. Así puede inferirse en Villegas, *op. cit.*, p. 186. En el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 648-F de las 15: 00 horas del 4 de agosto de 2004, esta alta cámara, viene a denominar como tarifas a este tipo de prestaciones. Lo hizo a propósito del mayor costo por llamar al servicio de telefonía celular. Destacó que el prestatario del servicio, era el ICE como ente descentralizado y que nunca obligó al usuario a rubricar un contrato, porque no era obligatorio y sí una cuestión voluntaria. Es decir, de lo dicho, se extrae que la institución autónoma, actuó en su fuero privado, en posición de igualdad frente al particular (3 LGAP).

especies de prestaciones en las que el género tributo se divide.

En este aparte, se pretende delinear una guía para computar la prescripción en cada una de ellas.

Se comienza con el caso de los impuestos. En realidad, existen múltiples subtipos.

De acuerdo a las clasificaciones existentes, algunos son periódicos y otros, instantáneos. Ello, se explica en razón de los diferentes devengos, aspecto que incide en la estructura de cada particular tributo.

El devengo, es parte del elemento objetivo del hecho generador, en su faceta temporal²².

Cabe citar el caso del impuesto sobre la renta, en los artículos 4 y 20 de la ley 7092-88. Ese tributo compuesto, no es instantáneo. Se va generando o se “devenga” durante todo un período fiscal que va de primero de octubre a treinta de septiembre del año siguiente. Y debe declararse y liquidarse, como máximo, el quince de diciembre.

Otro, es el supuesto del impuesto sobre las ventas, en el numeral 15 de la 6826-82. Ahí, cada mes y más tardar los días quince del mes siguiente, hay que declarar y pagar.

Otros impuestos, se devengan de manera instantánea, como los contemplados, en el artículo 272 del Código Fiscal (herencia de dinero del 928 CPC, contratos para ejecución, cesiones, etc.) o los de traspasos presentados al Registro Público y liquidados ahí.

Hecho el anterior exordio, hay que tener en cuenta dos normas primordiales. Son los ar-

tículos 10 y 52 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

El segundo de ellos, resulta vital. Literalmente señala: *“Cómputo de los términos. El término de prescripción se debe contar desde el primero de enero del año calendario siguiente a aquél en que el tributo debería pagarse”*.

El anterior ordinal, por la forma en que el legislador lo ha redactado, permite facilitar el cómputo. Prima facie, puede decirse esa data de primero de enero ahí mencionada, no coincide en forma exacta con el instante de exigibilidad de las cargas fiscales.

Sin embargo, puede tener una aplicación bastante universal. Facilita el manejo de múltiples “causas petendi” dentro de un proceso judicial²³. Sin importar la fecha de devengo y el subtipo de impuesto, cobija en un mismo año, todos los hechos generadores en él ocurridos. Potencialmente, pueden equivaler a una cantidad masiva de transacciones individuales o el devengo progresivo de la renta. Por ejemplo, la Oficina de Cobros Judiciales del Ministerio de Hacienda, en un solo título ejecutivo, podría exigirle a una persona física deudora, pagarle ventas de distintos meses y la renta que ha venido acumulando en un año.

Para efectos prácticos, esa técnica le permite al operador jurídico englobar y manejar los impuestos generados por un contribuyente en un año natural, para efectos del cómputo.

El impuesto, bien puede haberse devengado en un día o mes determinado o al treinta de septiembre de un año tal. El conteo, arrancará siempre en un momento cero, diferido, que será invariablemente el día primero de enero del año que siga:

22 El devengo corresponde al momento en el que la ley considera perfeccionado el hecho imponible y ha nacido la obligación tributaria. Cfr con Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 133 y 134. En la ley nacional, puede apreciarse la huella de este concepto en los ordinales 11, 32, 33 y 40 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

23 Acumulación de pretensiones regulada en los artículos 121, 123 y 41 del Código Procesal Civil.

- **Al momento aquél en que el tributo debiera pagarse (52 CNPT).**
- **Al acto interruptor civil o natural (notificación de traslado de cargos, reconocimiento espontáneo, notificación de emplazamiento judicial, reclamación del contribuyente, etc.). Lo anterior según el párrafo penúltimo del 53 CNPT.**

En el Derecho Comparado, existen formas similares a las normas expuestas. En Argentina, es idéntico el uso de la fecha primero de enero²⁴.

En España, se distinguía con fuerza la prescripción del derecho a liquidar la deuda y la prescripción de la acción para exigir el pago del tributo en vía ejecutiva. A final de cuentas, se le puso a la prescripción un momento único de arranque, que sería al final del plazo de voluntario para declarar el tributo²⁵.

Consecuencia de todo lo dicho, la regla general en Costa Rica para el caso de impuestos, viene dada por el 52 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, salvo que alguna ley especial disponga algo diferente.

La misma idea es válida para las contribuciones parafiscales y para las tasas. Son figuras netamente tributarias, sin discusión.

Suerte diferente, pueden correr las prestaciones que vengan referidas a los precios públicos. Aparentemente, según el dato legislativo nacional (artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), no reciben la etiqueta de categoría tributarias en Costa Rica. Quedan a medio trecho entre lo privado y lo público.

Según se vio antes, la doctrina y la Sala Primera, los han considerado como cercanas a las tasas, en razón de la naturaleza del ente prestatario del servicio. Sin embargo, su origen ex contractu, pone a los contratantes en un plano próximo a los sinalmas del Derecho Privado.

Por ende, el cómputo de la prescripción de los precios públicos, se ha producido con las reglas del Derecho Común.

En los casos en los que hay vacío de plazo prescriptivo, se ha empleado la prescripción decenal del 868 del Código Civil. El cálculo, se ha hecho desde la misma data de vencimiento (sin ir a primero de enero del año siguiente) y se contado de fecha a fecha²⁶.

Los mejores ejemplos, se encuentran los cobros por servicios telefónicos y de agua y alcantarillado. Se les ha manejado con los mecanismos de cómputo y plazo que prevén los

24 Ver al autor Folco (Carlos María). *Procedimiento Tributario. Naturaleza y Estructura*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 524. Y en igual sentido a Villegas, *op.cit.*, p. 382 y a García Belsunce, *op.cit.*, p. 173. En esa nación sudamericana, la prescripción del poder fiscal de determinación del tributo y la acción para exigir el pago de un tributo ya determinado, corren desde primero de enero siguiente al año de vencimiento de plazos para presentaciones de declaraciones juradas e ingreso.

25 Esa afirmación, pudo extraerse revisando textos españoles de 1976, 1995 y 2000. Desde 1985, se llegó a la conclusión de que media un tiempo considerable desde el devengo, hasta el plazo de liquidación. Durante ese lapso, la Administración Tributaria no podía ni exigir ni liquidar la deuda. De ahí, que se consideró incoherente que corriera la prescripción durante ese interregno. La actual Ley General de Tributación, resolvió el punto, haciendo que la prescripción cuatrienal para ambos casos de inactividad administrativa (tanto liquidación como recaudación). Cfr. Queralt (Juan Martín); Lozano Serrano (Carmelo). *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos, sexta edición, 1995, pp. 458 y 461. Asimismo, vid Blanco Ramos, *op.cit.*, pp. 105 y 106 y Pérez Royo, *op.cit.*, pp. 257 a 259.

26 La aplicación de este modalidad de cómputo, puede constatare en Ruiz Bravo, *op.cit.*, pp. 25, 26, 59 y 58. Este manejo se da en títulos ejecutivos del A y A y del ICE, especialmente. Igual cuando la CCSS y el INS, prestan servicios médicos a no asegurados, conceptuándolos como emolumentos profesionales con prescripción breve de tres años.

artículos 881 y 868 del Código Civil. Tanto al capital, como a los intereses.

A las “tarifas”, como las ha denominado la Sala Primera, acorde con el artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, no podría dárseles un trato distinto.

Es cierto que la prestación de servicios por agua potable y fluido eléctrico, en muchas zonas nacionales, corresponde a un servicio prestado sólo por instituciones autónomas del Estado y municipalidades. Eso se maximiza en la telefonía.

Brindarlos de manera monopolística o sin concurrencia privada en una región, podría representar un factor de confusión. Igualmente, considerar que son de primera necesidad. Básicos o esenciales para la vida moderna. No suntuarios.

Empero, el aspecto de la obligatoriedad o no de contratarlos, es lo que los hace quedar fuera de la definición del artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. No dentro de las tasas.

El plazo y cómputo de la prescripción, no escapan del régimen del Derecho Común. No obedecen a lo estatuido en los ordinales 52, 2 y 7 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, junto al 9 de la Ley General de la Administración Pública. Esta posición podría ser o no compartida. Así, a algunos se les revisaría la prescripción alegada, bajo las reglas civiles y a otros, bajo las reglas tributarias. Ello, como riesgo, podría conducir a una especie de vulneración a los principios materiales de seguridad jurídica e igualdad frente al sostenimiento de las cargas públicas²⁷. Apareja problemas desde el punto de vista del conteo. El uso de una prescripción computada

al estilo del Derecho Común, tiende a favorecer a los deudores de esos servicios. Nótese que entre el vencimiento o interrupción, el conteo arranca en el propio día posterior. Ello incrementa las posibilidades de ser acogida la defensa extintiva.

En cambio, con la prescripción computada según los lineamientos tributarios, lleva el conteo a un momento posterior, independiente del devengo de la tasa por agua, electricidad o telefonía.

No obstante, hay que reconocer, que desde el punto de vista del plazo prescriptivo, la aplicación de la larga prescripción decenal, favorece a los entes públicos.

En síntesis, puede concluirse que sí hay consecuencias a nivel del tema de la prescripción liberatoria, si una prestación se clasifica o no como categoría tributaria y que los precios públicos reciben un trato jurídico privatístico.

C) Extensión del plazo por no inscripción del contribuyente o mala fe

La parte final del artículo 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, expresa supuestos en los que el plazo trienal de prescripción, queda aumentado a uno quinquenal.

Ese incremento se produce para los contribuyentes o responsables no registrados ante la Administración Tributaria. Igualmente para los que sí lo estén, pero hayan presentado declaraciones calificadas como fraudulentas o no hayan presentado declaraciones juradas. Aquí, hay una notoria diferencia en cuanto al régimen de la prescripción entre el Derecho Privado y el Tributario. Esa norma contiene dos valoraciones.

27 Entendido como certeza adquirida por el ciudadano y confianza, en que las leyes se le van a aplicar sin cambios abruptos e igual aplicación en los mismos casos. Al respecto, se refiere Fajardo Salas (Gonzalo). Principios Constitucionales de la Tributación. Editorial Juricentro, San José, 2005, pp. 154 a 158.

Por un lado, desfavorecer a los sujetos que no se ponen a Derecho y tratan de escapar del Fisco²⁸. Se les alarga el término prescriptivo para que sea de un quinquenio²⁹.

Y hay otra consecuencia, aún más interesante. Se ha dicho que el límite para el ejercicio de los derechos, es la buena fe. El numeral de comentario, recoge tal idea. En el Derecho común, el plazo prescriptivo es neutro respecto del *animus* del obligado. No cambia.

El Derecho Tributario, en contraste, sí tiene en cuenta la buena fe. Con ausencia de ella, el plazo se prolonga. Ello, da nacimiento a una prescripción extraordinaria.

La buena o la mala fe del prescribiente, tiene que quedar patente³⁰.

Y la mala fe, se puede equiparar a la presencia de dolo. Consiste en maliciosamente, no presentar la declaración, ocultar documentos importantes o presentarlos incompletos a propósito³¹.

Los simples errores, en los que hay presencia de culpa leve o levísima, no tienden a alargar el plazo. No se exige entonces, que la declaración sea perfecta.

En esta materia, para poder clasificar y ponderar la conducta de los sujetos, se debe recurrir a los mismos principios generales de valoración e interpretación que en Derecho Civil. De ahí, que son aplicables el 10 del Código Civil para la hermenéutica del 51 del CNPT y el 330 del Código Procesal Civil para ponderar el mérito de las probanzas.

En síntesis, la sana intención y la buena fe, para efectos de prescripción, son totalmente trascendentes e intensas dentro del ámbito fiscal.

SECCIÓN SEGUNDA: **Prescripción alegada por el Estado**

El proceso especial tributario, está diseñado para la discusión de pretensiones que gravitan alrededor de disposiciones y actos que atañen a fijación o liquidación de tributos³².

El Estado o sus instituciones, pueden verse envueltos en un conflicto de intereses de esa índole. Ocupará una posición pasiva dentro de la relación jurídico-procesal. Ello, lo obligará a defenderse y es posible, que lo haga por medio de la prescripción.

28 Un ejemplo se encuentra en el fallo 476 de 9 de diciembre de 2002, emanado del Tribunal Fiscal Administrativo. De una vez se alarga el plazo prescriptivo a cinco años, cuando la tasación de impuestos, resulta de oficio.

29 Un caso en el que se presentó esta situación, consta en la sentencia de la Sala Primera número 893-F-04 de las 12:05 horas del 20 de octubre de 2004. La Administración Tributaria de Puntarenas, sorprendió a un individuo profesional liberal que no declaró dos períodos y le aplicó la regularización tributaria del 124 CNPT. Usó un sistema mixto de base cierta y presunta para determinar la obligación, consultando facturas de sus clientes. El sujeto, le opuso la prescripción. Como no había declarado, el plazo pasó a cinco años (en el caso se discutió el problema de la reforma legal que cambió el plazo de 3 a 4 años, pero por la falta de declaración, devino en intrascendente). Al final, tuvo que pagar toda la cuenta, con recargos.

30 Ver Urcullu Molina, *op. cit.*, pp. 30 a 33. Este tratadista chileno, realiza un interesante examen del tema y destaca que la carga de la prueba de la malicia, pesa totalmente sobre la Administración Tributaria. Según él, el órgano estatal, debe en el procedimiento, comprobar los hechos y apreciarlos jurídicamente, si desea aumentar el plazo. El contribuyente, se limita a demostrar la extinción del tributo.

31 Urcullu incluye la culpa grave como una falta sancionable igual que el dolo. *Ibid.*, p. 33.

32 Sobre las características de este proceso, consultar a Gimeno Sendra (Vicente); Saborío Valverde (Rodolfo); Garberí Llobregat (José); González Cuellar Serrano (Nicolás). *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*. Editorial Juricentro. San José, 1994, pp. 512 a 515.

Se analiza brevemente en los siguientes acá-pites, ese hipotético.

A) Supuestos en el especial tributario

En forma general, podría decirse que el Estado, Municipalidades o instituciones autónomas, podrían oponer la prescripción contra cualquier pretensión que contra ellas enfile el demandante del especial tributario. Como ejemplo, puede citarse la prescripción contra un acto de fijación de tributo, sin que el contribuyente lo haya saldado aún.

Sin embargo, un caso particular en el que los entes públicos hacen valer la prescripción liberatoria frente a los administrados o contribuyentes, obedece al de los pagos indebidos o a los hechos en exceso.

El accionante, buscará recuperar lo que haya pagado, sin importar que haya hecho reserva o no del depósito practicado.

Tal pretensión, está regulada en el ordinal 43 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

B) Cómputo

El cómputo, presenta una variante respecto de la prescripción tributaria examinada para el

caso del 52 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

La prescripción arranca su marcha, desde la fecha en que se efectuó cada pago indebido o excesivo, o desde la fecha de la presentación de la declaración jurada de la que surgió el crédito³³.

No aplica la técnica de iniciar el trajín, un primero de enero. El supuesto de hecho, es radicalmente distinto, porque ya media la existencia de dineros encajados por la Administración³⁴.

Si tributo se pagó por cuotas, cada una es independiente para el conteo de la prescripción.

C) Plazos

El plazo para que la acción de repetición prescriba, es trienal. Fue establecido en ese lapso, por razones de política legislativa.

Como se puede apreciar, guarda alguna similitud con el contemplado para el de prescripción de acción para determinar tributo, que también es de tres años.

No obstante, no es susceptible de alargarse por mala fe, como en el caso del anterior. La situación varía, porque la posición de excepcionado, la tiene el Estado. Y se parte de la idea, que el ad-

33 En el Voto 308-201 de las 10.20 horas del 26 de septiembre de 2001, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, declara que opera la prescripción trienal. Un contribuyente quería que le devolvieran el pago de impuestos pagados por una maquinaria o que le dieran un crédito fiscal a favor. Saldó todos los tributos por una importación definitiva, que fue un hecho generador perfeccionado. Por causas especiales, tuvo que re-exportar a una empresa extranjera, la maquinaria, antes de lo previsto. Por pasar más de tres años desde la aceptación de la póliza de desalmacenaje y el pago, quedó extinta la acción. . En otro voto, el 185-2001 de las 14:40 horas del 27 de julio de 2001, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, examinó un caso por devolución de excedente en pago de impuestos sobre corta de madera. Ahí, el cómputo no arrancó desde la fecha de pago por el permiso forestal. Más bien, desde que el contribuyente declaró la cantidad definitiva de madera que extrajo, momento definitorio para tasar bien el tributo, porque ahí se sabía si cortó más de lo permitido. Por supuesto, la acción quedó prescrita.

34 En Argentina, el conteo de la acción de repetición, si comienza a correr desde el primero de enero siguiente. Ver Folco, *op. cit.*, p. 524. En España, el conteo en la acción para devolución de ingresos indebidos, es igual al de Costa Rica; pero los autores reconocen que es una técnica perjudicial para el contribuyente y de ganancia para la Administración, porque podría pasar un tiempo considerable. Cfr con Queralt y Lozano, *op. cit.*, p.461.

ministrado, ya hizo cancelación del tributo, cumpliendo el deber constitucional de contribuir.

La prolongación de plazos, está hecha para afectar a los contribuyentes y es su sanción por la malicia de no declarar u ocultar con dolo la información.

CONCLUSIONES

- La prescripción negativa es una acción o excepción otorgada al deudor para liberarse de la inercia del deudor y traer seguridad a sus relaciones jurídicas por el paso del tiempo de ley.
- Su finalidad no es sancionatoria ni implica un abandono o renuncia del derecho. Es un mecanismo para el orden social y la certeza jurídica. Tiene eficacia preclusiva y efecto extintivo de la acción del acreedor por no actividad.
- La prescripción tributaria tiene un fundamento similar a la del Derecho Privado. Sus plazos obedecen a una decisión derivada de la política legislativa y se basan en la dificultad probatoria del deudor para liberarse del vínculo obligatorio.
- En materia patrimonial tributaria, la prescripción no es declarable de oficio administrativa o judicialmente. El deudor la puede hacer valer vía excepción en procesos cobratorios y vía acción en procesos declarativos.
- El cómputo de la prescripción tributaria es particular y tiene como regla general en acciones cobratorias, al 52 CNPT.
- El ordenamiento tributario pondera la mala fe como un disvalor. Como efecto necesario, aumenta el plazo prescriptivo a un quinquenio cuando la determinación es oficiosa. La Administración Tributaria tiene la carga de la prueba del dolo.
- El artículo 4 CNPT declara como categorías tributarias a los impuestos, las tasas y a las contribuciones especiales. Las contribuciones o exacciones parafiscales, por leyes especiales, tiene ese carácter. No tiene eco, la doctrina que incluye a los precios públicos como tributos. La Sala I ha apadrinado esa consideración.
- Los precios públicos o tarifas por servicios básicos de agua, alcantarillados, luz y telefonía, no pueden calificar como tasas por la forma monopolística, de no concurrencia en que son prestados (con consecuencias sobre el régimen prescriptivo). Impera la no obligatoriedad de contratarlos. Los Tribunales de Justicia computan su prescripción y plazos, bajo las reglas del Derecho Común.
- En procesos especiales tributarios, la acción de repetición prescribe a los tres años y cuenta desde el día siguiente al pago indebido o excesivo o declaración jurada, según el 43 CNPT. La deduce el contribuyente contra el ente público.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Blanco Ramos (Ignacio). Derecho Tributario. Parte General y legislación española. Editorial Ariel, Barcelona, 1976.
- Brenes Córdoba (Alberto). Tratado de las Obligaciones. Editorial Juricentro, sexta edición, San José, 1990.
- Fajardo Salas (Gonzalo). Principios Constitucionales de la Tributación. Editorial Juricentro, San José, 2005.
- Folco (Carlos María). Procedimiento Tributario. Naturaleza y estructura. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.
- Gallego Peragón (José Manuel). Los principios materiales de justicia tributaria. Editorial Comares. Editorial Comares S.L. Granada, 2003.
- Gimeno Sendra (Vicente); Saborío Valverde (Rodolfo); Garberí Llobregat (José); González Cuellar Serrano (Nicolás). Derecho Procesal Administrativo Costarricense. Editorial Juricentro. San José, 1994.
- González Camacho (Oscar). Consideraciones Prácticas en torno al proceso ejecutivo (en especial el Civil de Hacienda). Corte Suprema de Justicia, San José, 1995.
- Hernández Morales (Israel). Prescripción y Caducidad en materia de Impuesto sobre la Renta. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho UCR, San José, 1963.
- Parajeles Vindas (Gerardo). La prescripción en los procesos cobratorios. Con jurisprudencia. IJSA, San José, 1998.
- Pérez Royo (Fernando) Derecho Financiero y Tributario. Parte General. Décima edición, Civitas, Madrid, 2000.
- Pérez Vargas (Víctor). Derecho Privado. Tercera edición. Litografía e Imprenta Lil S.A., San José, 1994.
- Queralt (Juan Martín); Lozano Serrano (Carmelo). Curso de Derecho Financiero y Tributario. Sexta edición, Tecnos, Madrid, 1995.
- Ruiz Bravo (Luis Guillermo). La prescripción en los procesos ejecutivos de conocimiento sumario en materia civil de hacienda. IJSA, San José, 2002.
- Seminario sobre Derecho Tributario y Presupuestario. Memoria. El Papel de la Procuraduría en el nuevo milenio. Procuraduría General de la República, Imprenta Nacional. San José, 2002.

- Torrealba Navas (Adrián). Principios de Aplicación de los Tributos. IJSA, San José, 2001.
- Torrealba Navas (Adrián); Villalobos Brenes (Francisco). Administración Tributaria. IJSA, San José, 2004.
- Urcullu Molina (Félix). De la prescripción extintiva en los Tributos Fiscalizados por la Dirección de Impuestos Internos. Editorial Jurídica Chile. Santiago, 1963.
- Villegas (Héctor). Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Octava edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

Resoluciones

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 158-F-TRI de las 16:00 horas del 11 de septiembre de 1991.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 120 de las 15:00 horas del 29 de julio de 1992.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2 de las 15:05 de 10 de enero de 1996.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 648-F de las 15: 00 horas del 4 de agosto de 2004.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 893-F-04 de las 12:05 horas del 20 de octubre de 2004.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 155-F de las 11:10 horas de 3 de marzo 2004.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto 9-2001, de las 11:00 horas del 11 de enero de 2001.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, voto 185-2001 de las 14:40 horas del 27 de julio de 2001.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, voto 308-201 de las 10.20 horas del 26 de septiembre de 2001.
- Tribunal Fiscal Administrativo, Sala Primera, 476 de 9 de diciembre de 2002.
- Tribunal Fiscal Administrativo, Sala Primera, 376 de 22 septiembre 2003.
- Tribunal Fiscal Administrativo, Sala Primera, 388 de 3 de octubre 2002.
- Tribunal Fiscal Administrativo, Sala Primera, 400 de 16 octubre 2002.
- Tribunal Fiscal Administrativo, Sala Primera, 161 de 24 mayo 2004.

EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL

LICDA. MARIANELA CARVAJAL CARVAJAL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	107
I. LA FRANQUICIA COMERCIAL	
a. CONCEPTO.....	107
b. CLASES.....	109
c. FUNCIÓN ECONÓMICA.....	110
d. VENTAJAS Y DESVENTAJAS PARA LAS PARTES	112
II. EL CONTRATO DE FRANQUICIA	
a. CARACTERES DEL CONTRATO.....	113
b. ELEMENTOS ESENCIALES	113
c. CONTENIDO MÍNIMO	114
III. SOBRE EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	
a. EL OBJETO	114
b. LA LICENCIA DE USO DE SIGNOS DISTINTIVOS.....	115
c. LA ASISTENCIA TÉCNICA	115
d. EL PAGO DEL PRECIO.....	116
e. OBLIGACIONES DE LAS PARTES	116
f. MANUAL OPERATIVO	116
g. EXCLUSIVIDAD	117
h. RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES	117
i. COMPETENCIA.....	118
IV. TERMINACIÓN DEL CONTRATO E INDEMNIZACIONES	118
a. SOBRE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO	118
b. SOBRE LAS INDEMNIZACIONES	120
CONCLUSIONES.....	121
BIBLIOGRAFÍA.....	123

INTRODUCCIÓN

Si bien los antecedentes del *franchising* o franquicia comercial encuentran sus orígenes en Estados Unidos de Norteamérica, este novedoso sistema de distribución comercial, trascendió esas fronteras, para llegar a incorporarse en la vida cotidiana de los empresarios en Europa y América Latina.

Si bien no existe un concepto definitivo del término “franquicia”, se ha vinculado con un sistema de comercialización de productos o servicios que permite la extensión a nuevos territorios, cruzando barreras estatales, políticas y fronteras nacionales.

Se trata de la más reciente expresión de distribución de bienes o servicios, pues debe recordarse que anteriormente los empresarios se valieron de varios mecanismos de expansión de mercados como la descentralización, la venta a través de mayoristas y los contratos de distribución, los cuales, no obstante lo anterior, siguen siendo aplicables.¹

En razón de su importancia a nivel mundial, mediante el presente texto se analiza la figura de la franquicia en sí misma -como actividad- y como figura contractual; su naturaleza jurídica y las regulaciones legales aplicables actualmente.

El presente texto se desarrolla en dos partes: I) La primera, dedicada al estudio de la franquicia comercial como actividad, analiza algunas de las definiciones doctrinarias existentes en torno al concepto de franquicia, las diversas clases de franquicia que se han desarrollado, su función económica y, las ventajas y desventajas que representa esta figura para las

partes involucradas. II) La segunda parte estudia el contrato de franquicia, específicamente en lo referente a los caracteres, elementos y contenido mínimo indispensable en el contrato de franquicia, los efectos de su terminación y las posibilidades de indemnización.

I. LA FRANQUICIA COMERCIAL

A) CONCEPTO DE FRANQUICIA

“Las primeras manifestaciones del contrato de franquicia se advierten en Estados Unidos, tras la guerra de Secesión, cuando los industriales norteamericanos –para extender su actividad hacia el sur y el oeste del país– recurren a la colaboración de viajeros locales, dispuestos a arriesgar sus modestos capitales en la venta de productos amparados con nombres y marcas de prestigio ya conocido.

En 1892, la Singer Sewing utiliza por primera vez este sistema. Desarrollado por La General Motors, es seguido en forma inmediata por otras empresas hoy célebres, como Hertz, Coca Cola. Pero el hecho que ha dado verdadero auge al franchising fue su adopción por parte de la empresa Mc Donald’s en 1954, como medio para expandir sus sistema de comidas de servicios rápido.”²

De modo que la figura de la franquicia tiene sus raíces en las prácticas comerciales anglosajonas, dando paso a diversas acepciones. Por esa razón, resulta importante proceder a diferenciar entre el denominado “*format franchising*” y el denominado “*business format franchising*”, ya que éste último es una manera dinámica y evolucionada del *format*

1 MARZORATI (Oswaldo). Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1990, pp. 185.

2 STRATTA (María de los Milagros), La franquicia como instrumento de la distribución comercial, REVISTA DYE DE-RECHO Y EMPRESA, año 2000, número 9, publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales, pp. 318.

franchising, y el adoptado por los países europeos y latinoamericanos como modelo para el desarrollo y evolución de la figura de la franquicia comercial.

“Lo que distingue, en esencia, al business format franchising de la franquicia tradicional o franquicia de producto es el hecho de que en esta última especie la relación entre franquiciante y franquiciado se da básicamente, en la siguiente manera: el fabricante o distribuidor, titular de la marca, vende sus productos al comerciante (su revendedor autorizado), el cual simplemente los revende por un precio más alto (...). En cambio en las operaciones denominadas de business format franchising, como ya vimos, el franquiciante enseña al franquiciado las técnicas o métodos que desenvuelve para comercializar sus productos y/o prestar sus servicios y según los cuales el franquiciado deberá desempeñar sus actividades, siempre de acuerdo con las normas e instrucciones y sujeto a la supervisión y continua asistencia del franquiciante.” De modo que, siendo el *business format franchising* el que da pie al desarrollo de la figura en nuestro medio, el presente texto se centrará en el estudio de ésta, la cual se definirá como franquicia comercial indistintamente.

Diversos autores se han dado a la tarea de definir qué es la franquicia, lo que presenta varios inconvenientes, dada la variedad de tipos que actualmente se presentan en el tráfico mercantil. No obstante lo anterior, en el presente texto se pondrá énfasis en las nociones más frecuentes y los tipos más comunes que se desarrollan a nivel internacional.

Por lo pronto, es importante partir de la idea de que para conocer este instituto, se debe

percibir la franquicia como una actividad empresarial y, como una figura contractual. Es decir, la franquicia es un mecanismo novedoso de distribución de bienes o servicios, expresión de la necesidad de los comerciantes de crear figuras que sirvan a sus necesidades dentro del mercado. Como la mayoría de las creaciones mercantiles, la franquicia adquiere forma jurídica, el ser formalizada a través de contratos convenidos entre las partes, con características propias que requieren de una regulación legal particular.

El intento de definir la figura de la franquicia hecho por la doctrina, parece enlazar las dos acepciones indicadas dentro de un contexto contractual, pues los autores que se citarán, estudiosos en general de la disciplina del derecho, se interesan más por el funcionamiento contractual de la figura.

Marzorati indica que *“es un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a un estricto control y asistencia técnica en forma continua.”*³

*Por su parte, Jorge Romero lo describe como un “contrato por el cual se concede una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta. El franchisor (franquiciante, otorgante) da licencia a un comerciante (franchisee, franquiciado, tomador) para que venda productos o servicios de su titularidad. El franchisee paga un canon por este privilegio, más una regalía (royalty) sobre las ventas.”*⁴

3 VER MARZORATI, *Op. Cit.* pp 190.

4 ROMERO PÉREZ (JORGE ENRIQUE), *Contratos económicos modernos*, primera edición, San José, CR, 2004, p. 177.

Bernal Fuentes indica que *“la franquicia aparece como un convenio entre un productor mayorista –Franquiciador– y un distribuidor –Franquiciado–, en virtud del cual el primero transmite a este último sus productos o servicios; así como un conjunto relativo a bienes de propiedad industrial –licencias de patente, marcas y demás signos distintivos, know how– asegurando la asistencia y la prestación de servicios necesaria para llevar a cabo la explotación de su empresa... como contraprestación, el franquiciado asume toda una serie de obligaciones correlativas, entre las que destaca el pago a aquél de una suma fija al inicio del contrato –derecho de entrada o entry free– y/ o canones periódicos sobre la cifra de negocios durante la vida del mismo...”*⁵

De las definiciones estudiadas, se desprenden una serie de caracteres definitorios de la figura de la franquicia, que son: a. El interés de expansión de una empresa a más territorios a través de terceros, b. La independencia jurídica y financiera de las partes, b. La cooperación entre franquiciante y franquiciado, c. La permanencia de la relación, y, d. El formato de contrato que en la mayoría de los casos constituye un contrato de adhesión.⁶

B) CLASES DE FRANQUICIAS

En razón de la autonomía de la voluntad que impera en la creación de contratos de variada naturaleza, ha surgido una tipología muy numerosa de franquicias. De manera que para efectos del presente texto, únicamente se indicarán las formas más usuales dentro del tráfico mercantil, que han servido como base para trazar el marco genérico dentro del cual se incluye la franquicia.

Chevin de Kats⁷ las califica A) Conforme a su objeto en franquicia industrial, de distribución y franquicia comercial (de bienes o servicios), B) Conforme a la dimensión de los negocios franquiciados en global o parcial y C) Otras formas como la asociativa, la multifranquicia y la plurifranquicia.

Bernal Fuentes indica que existen otras clasificaciones que son: A) según criterio de clasificación en los siguientes: 1. atendiendo al aprovisionamiento exclusivo a favor del franchisor, 2. atendiendo a la exclusividad territorial del franchises, 3. atendiendo a la estrategia de apertura de mercado; y B) según criterios doctrinarios en: 1. franchising de codirección y 2. franchising de locación.⁸

Romero⁹ clasifica las franquicias A) Según el sector de la actividad en franquicia de producción, de distribución, industrial y de servicios, B) Según el nivel de integración en la red en franquicia asociativa, financiera, activa, integrada, semintegrada, vertical y horizontal, y, C) Según la reforma específica en multifranquicia, plurifranquicia, franquicia parcial o corner, franquicia principal o máster y franquicia shop- in the shop.

El Reglamento 4087/88 de la Comunidad Económica Europea, distingue varias clases de franquicias de conformidad con el objeto que son industrial, de distribución y de servicios, pero ha excluido la franquicia industrial, aduciendo relaciones horizontales y licencias de producción, características distintas de aquellas de la franquicia.

En realidad los autores ofrecen distintas clasificaciones que llegan a ser equivalentes, pero

5 FUENTES VARGAS (Bernal). El contrato de Franchising: el contrato de franquicia comercial. Primera Edición, San José, Costa Rica, IJSA, 1995, pp. 54.

6 STRATTA, Op. Cit., pp. 8 y 9.

7 CHERVIN DE KATZ (Marta). ¿Qué es el Franchising?. Buenos Aires, Argentina, ADELEDO- PERROT S.A.E, 1995, pp. 11 a 22.

8 VER FUENTES, Op. Cit., pp. 72.

9 VER ROMERO, Op. Cit., pp. 195 A 197.

con diferentes denominaciones. Es por eso, que se definen aquí solo las siguientes:

La franquicia de producción es aquella en la cual el franquiciante autoriza al franquiciado para que conforme a sus indicaciones, fabrique el correspondiente producto, proporcionándole la asistencia técnica, la marca y en algunos casos los materiales utilizados.¹⁰

La franquicia de distribución es aquella en la cual el franquiciante, quien puede ser o no, el productor de los bienes, los coloca en el mercado para ser distribuidos a través de su franquiciado.

La franquicia industrial es aquella en la cual el franquiciante es titular de una marca, procedimientos de fabricación o fórmulas secretas y cede al franquiciado dichos elementos para el desarrollo del negocio en una zona determinada.

La franquicia de servicios es aquella en la cual el objeto de la franquicia no es un producto, sino un servicio o conjunto de servicios, o métodos de ejecución de servicios.

La plurifranquicia es aquella en la cual el franquiciado adquiere varias franquicias de distinta naturaleza y que no compiten entre sí.

La multifranquicia es aquella en la cual el franquiciado adquiere varias franquicias del mismo franquiciador.

La franquicia corner o parcial es aquella que se desarrolla dentro de otro establecimiento comercial. Se diferencia de la denominada franquicia shop in- the shop en que la primera pone énfasis en el espacio que se utiliza para desarrollar la franquicia, mientras

en el segundo caso, en el cual se vende un producto o servicio dentro de otro establecimiento comercial, se hace énfasis en el bien o servicio brindado.

Gallego Sánchez adiciona a la lista anterior una clasificación utilizada en torno a la exclusividad: la exclusiva de aprovisionamiento y la exclusiva territorial a favor del franquiciado. Dentro de la primera clasificación se incluyen la franquicia propia e impropia, según el franquiciado pueda o no vender otros productos que no sean los fabricados o proporcionados por el franquiciante. En cuanto a la exclusiva territorial, ésta puede ser operativa o territorial, siendo en el primer caso que el franquiciado no puede establecer subfranquicias, pero en el segundo caso, sí está facultado para hacerlo.¹¹

C) FUNCIÓN ECONÓMICA

Las redes franquiciadas adquieren gran relevancia en el ámbito económico de los participantes y de los países en los cuales se ubican, por las razones que se indican a continuación:

1. El titular de una marca o nombre comercial conocido de prestación de bienes o servicios llega al público consumidor a través de una serie de establecimientos comerciales, que colaboran en la expansión de la producción o distribución de esos bienes o servicios. El franquiciante debe entonces, otorgar al franquiciado todas las instrucciones técnicas necesarias para que éste sea capaz de operar establecimientos de la red de franquicia. Por su parte, el franquiciado, colabora con estas funciones, al adquirir del franquiciante las estrategias de penetración en el mercado

10 GALLEGO SÁNCHEZ (Esperanza), La Franquicia, primera edición, Editorial Trivium SA, Madrid, España, 1991, pp. 42.

11 VER GALLEGO, Op. Cit., pp. 43.

y la experiencia que ha obtenido a través de su desarrollo.¹² Es decir, que la franquicia origina subordinación económica de los franquiciados respecto a la organización del franquiciante.

2. Esta figura permite la existencia de redes que permiten la concentración empresarial de manera vertical.
3. El franquiciante no se ve obligado a realizar una inversión para una filial, toda vez que para su expansión aprovecha la actividad de los franquiciados.
4. Esta figura es una solución que permite mantener las pequeñas y medianas empresas, evitando su sustitución por filiales o sucursales.
5. Este método permite la revalorización de la marca de distribución —u otros derechos de propiedad intelectual según sea el caso—, al encontrarse presente en diversas zonas geográficas.
6. Se eleva la calidad de los bienes y los servicios, todo lo cual redundará en un beneficio para los consumidores.¹³
7. Constituye un mecanismo de creación de empleos, especialmente en países donde escasea la inversión y las empresas no se expanden.¹⁴

Este sistema o red de distribución ha evolucionado notablemente en Estados Unidos, Alemania, Francia, el Reino Unido, España y Bélgica, lo cual se expresa a través de los estudios sobre el número de pequeñas empresas adheridas a este sistema y el aumento desmedido en sus ingresos. Asimismo, las estadísticas publicadas por entidades gubernamentales en estos países han indicado que el

éxito de las pequeñas empresas que participan de una franquicia es mucho mayor al obtenido por las empresas independientes, cuya duración de vida es corta.¹⁵

Mediante el Reglamento de la Comunidad Económica Europea, relativo a acuerdos de franquicia N° 4087/88, apartados 7 y 8, se reconoce la importancia económica de esta figura al indicar que “... *mejorar la distribución de productos y/o la prestación de servicios, puesto que dan a lo franquiciados la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que puede favorecer la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de pequeñas y medianas empresas, aumentando así la competencia entre marcas. También permiten que los comerciantes independientes puedan establecer instalaciones más rápidamente y con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda de franquiciante. Por tanto, pueden competir de forma más eficaz con grandes empresas de distribución... El carácter homogéneo de la red y la cooperación permanente entre el franquiciante y los franquiciados aseguran una calidad constante de los productos y servicios. El efecto favorable de la franquicia sobre la competencia entre marcas y el hecho de que los consumidores sean libres para tratar con cualquier franquiciado de la red garantizan que una parte de los beneficios resultantes sean transmitidos a los consumidores.*”¹⁶

El auge de la figura se da en toda sociedad en la cual la competencia, el deseo de adquirir un negocio propio y el éxito son bien acogidos

12 VER ROMERO, *Op. Cit.*, pp. 180.

13 VER STRATTA, *Op. Cit.*, pp. 320.

14 VER GALLEGOS, *Op. Cit.*, pp. 36.

15 VER MARZORATI, *Op. Cit.*, pp. 199.

16 MENCIONADA POR STRATTA, *Op. Cit.*, pp. 321.

D) VENTAJAS Y DESVENTAJAS PARA LAS PARTES

Basándonos en lo indicado por la doctrina, se hace la siguiente enumeración de ventajas y desventajas que representa la franquicia para las partes.

VENTAJAS PARA EL FRANQUICIANTE

1. Asegura la mayor expansión de su negocio en distintas zonas geográficas sin tener que incurrir en gastos significativos de su parte.
2. Controla la distribución de los bienes o servicios.
3. Obtiene fuentes de ingreso a través del canon de entrada y de los royalties, las cuales se cancelan de manera mensual en la mayor parte de los casos.
4. Mantiene una Imagen comercial homogénea.
5. No mantiene una relación laboral con el franquiciado y con los empleados del franquiciado, pues franquiciante y franquiciado son personas independientes.
6. Se vale del esfuerzo de empresarios motivados que adquieren la franquicia.

DESVENTAJAS PARA EL FRANQUICIANTE

1. Si bien debe controlar las actividades del franquiciado, esta facultad puede ser dificultada por las distancias geográficas o por presentarse conflictos con el franquiciado.
2. Posibilidad de que un establecimiento perteneciente a un franquiciado no obtenga la rentabilidad esperada.
3. La independencia jurídica y económica de franquiciante y franquiciado resulta en una relación de colaboración y no jerárquica, por lo cual existe una cierta autonomía en la manera de actuar.
4. Corre con el riesgo de que el franquiciado sea un futuro competidor.

5. La mala gestión por parte del franquiciado influye en el éxito o fracaso de la franquicia.

VENTAJAS PARA EL FRANQUICIADO

1. Se vale del uso de una marca conocida y exitosa en el mercado, lo que disminuye el riesgo de iniciar un negocio.
2. Transmisión del Know How del franquiciante a su favor.
3. No debe hacer inversión en investigación de mercados o técnicas.
4. Cuenta con la asistencia y el soporte técnico del franquiciante.
5. Se vale de la publicidad y el mercadeo que realice el franquiciante.

DESVENTAJAS PARA EL FRANQUICIADO

1. Pérdida de autonomía al deber someterse a las instrucciones y controles continuos por parte del franquiciante.
2. Debe repartir sus beneficios con el franquiciante, pues debe cancelar no solo un monto por adquirir la franquicia, sino también un monto correspondiente a una porción predeterminada de sus ingresos.
3. Debe asimismo, cancelar un monto por el uso de signos distintivos.
4. Debe pagar la publicidad.
5. El bajo rendimiento de otros establecimientos influye en su reputación.
6. Cualquier cesión o transmisión está limitada a la aceptación del franquiciante.
7. Cuenta con un mínimo de compras preestablecido.
8. Puede ser sujeto de una actitud engañosa por parte del franquiciante, quien explota su falta de experiencia a través de cánones onerosos e injustificados, aprovisionamientos imperativos o precios abusivos.
9. Podría ver su actuación limitada ante amenazas de no renovación o resolución del contrato.¹⁷

¹⁷ VER GALLEGOS, *Op. Cit.*, pp. 28.

II. EL CONTRATO DE FRANQUICIA

A) CARACTERES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Al referirse a la naturaleza jurídica del contrato de franquicia los autores se han inclinado por encuadrar este contrato en figuras ya conocidas, como el contrato de suministro, el contrato de concesión, la distribución o el contrato de adhesión.¹⁸

Chevis de Katz al referirse a la naturaleza jurídica del contrato de franquicia indica que “es un contrato atípico, innominado, estandarizado, con cláusulas predisuestas para el franquiciado en consonancia con el carácter de contratación en masa.”¹⁹

Flores Bedoya expresa que “es un contrato consensual, bilateral, oneroso y de ejecución continuada, cuya esencia es la colaboración empresarial con el fin de reproducir un negocio exitoso en las manos de un comerciante diferente de su titular pero con la asesoría permanente de éste durante la vigencia del contrato.”²⁰

De manera que, los autores coinciden en que las características del contrato de franquicia son las siguientes²¹:

1. Es consensual, autónomo, bilateral, oneroso y principal.
2. Es de cooperación: es decir, el franquiciado requiere de la colaboración constante del franquiciante para funcionar. Esta característica lo distingue del contrato de distribución.
3. Independencia de las partes: cada participante en la franquicia cuenta con independencia jurídica y financiera.

4. Intuitu personae: la calidad de las personas que adquieran la franquicia se constituye en garantía de la rentabilidad de la empresa.
5. Es uniforme: normalmente son contratos uniformes, cuyo contenido es constante.
6. Autonomía: no existe dependencia laboral entre franquiciante y franquiciado.
7. Es de adhesión: generalmente la parte débil en este tipo de contrataciones es el franquiciado, quien debe aceptar las cláusulas impuestas por el franquiciante.

B) ELEMENTOS PRINCIPALES

Coincide la doctrina respecto de cuáles son los elementos esenciales del contrato de franquicia. A continuación se enumeran dichos elementos:

1. Debe existir una persona que ostente la titularidad sobre una marca, idea o proceso secreto o elemento especializado.
2. Se otorga un derecho o licencia para operar un negocio.
3. Se da la transmisión del know how o savoir faire, que comprende la transferencia de conocimientos comerciales, administrativos, financieros, de gestión empresarial u otros, por parte del franquiciante a favor del franquiciado.
4. El franquiciante ejerce un control y vigilancia permanente sobre las operaciones que ejecuta el franquiciado.
5. Corresponde al franquiciante facilitar bajo su costo capacitación suficiente a favor del franquiciado.
6. El franquiciado debe cancelar a favor del franquiciante un canon mensual con base en las ventas realizadas.

18 VER MARZORATI, *Op. Cit.*, pp 207.

19 VER CHEVIN DE KATS, *Op. Cit.*, pp. 37.

20 FLORES BEDOYA (Carolina). *Patología del contrato de franquicia comercial*. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999, pp 46.

21 VER ROMERO, *Op. Cit.*, pp 188.

7. Mediante un manual operativo se reglamentan aspectos referentes a calidad y cualidad del producto o servicio, aspectos de mercadeo y publicidad, financiero contables y procedimentales.

Mediante resolución N° 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos del Comal SA vr Derivados del Maíz Alimenticios SA, DEMASA, se establecen los elementos esenciales en un contrato de franquicia, que se resumen en los siguientes: "a. Exclusividad territorial; b. Posibilidad de subfranquicias; c. Duración del contrato; d. Mínimo de ventas que deberá seguir el franquiciado; e. Fijación del precio de los productos que suministrará el franquiciante al franquiciado cuando exista obligación de suministrar; f. derechos que concede el franquiciante al franquiciado: licencia de marca, prestaciones de know how suministro de productos, instrucciones técnicas, sistema de comercialización y, en su caso, asistencia técnica; g. Autorización al franquiciado y a la vez obligación de éste para el uso del nombre, emblemas, colores, etc; h. Pagos del franquiciado al franquiciante, según el tipo de franquicia; i. El franquiciante proporciona manuales que detallas sistemas y procedimientos de operación y proporciona especificaciones sobre: relación con terceros, publicidad y promoción, diseño y construcción del local, muebles, útiles y enseres; equipamiento en general: controles contables sobre la actuación del personal, el pago de impuestos, lista de productos y precios; relaciones con el personal dependiente; contratación y pago de seguros; entrenamiento para el franchisee y su personal, etc.; j. El contrato puede prever (sic) el desarrollo de una campaña nacional, regional o local de publicidad y promoción; k. El franchisor puede suministrar productos o servicios, o ambos, al franchisee; l. Generalmente el

franquiciante limita la elección del lugar para ubicar el establecimiento, pues se procura una zona adecuada para la mayor y mejor venta del producto y m. Es prudente que se prevean las condiciones para la renovación o extinción del contrato y sus causales."

A) CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

1. Identidad de las partes.
2. Motivaciones y finalidades del contrato.
3. Objeto del contrato.
4. Derechos del franquiciante.
5. Derechos del franquiciado.
6. Productos o servicios que serán suministrados por el franquiciante.
7. Obligaciones del franquiciante.
8. Obligaciones del franquiciado.
9. Disposiciones relacionadas con el uso de signos distintivos, publicidad y mercadeo.
10. Disposiciones relativas al método operativo mediante un manual de operación.
11. Condiciones de pago.
12. Duración del contrato.
13. Disposiciones de entrega de la franquicia en caso de terminación del contrato.
14. Formas de terminación del contrato.
15. Cesión de derechos antes de terminación del contrato.
16. La Ley aplicable, especialmente en casos de franquicias internacionales.

III. SOBRE EL CONTENIDO PRINCIPAL DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

A) SOBRE EL OBJETO

El objeto de toda franquicia lo constituye la transmisión del "Know How", "saber hacer" o "savoir faire" de los franceses. Se da la transferencia de conocimientos técnicos, es decir, conocimientos secretos y confidenciales, normalmente no patentados, que ya han sido

probados y cuya experiencia ha sido exitosa, y que deben estar en constante actualización de modo que se adapten a las condiciones del mercado. Deben asimismo, ser esenciales para la venta de mercadería o la oferta de servicios de manera efectiva, transmisible, reproducible, y, debe servir para mejorar la posición de la empresa dentro del mercado.

FARINA, al definir el contrato de franquicia, hace énfasis en lo indicado al expresar que el contrato de franquicia es un contrato “por el cual una parte se obliga a suministrar a la otra la información, y asesorarla para la aplicación de conocimientos tecnológicos necesarios (fórmulas, pericia, especial habilidad técnica, etc), para obtener un producto o servicio logrado como fruto de un proceso de estudio, investigación y experiencia.”²²

En el caso de franquicia de servicios, debe adicionarse que se transmiten conocimientos relacionados con suministro de servicios, mecanismos de trato a los clientes y gerencia administrativa y financiera.

Se trata de la transmisión de un “sistema de conocimientos empíricos que no pueden presentarse en forma aislada con precisión, pero su utilización conjunta procura al que los aplica la posibilidad de obtener un resultado que, sin ellos, no hubiera logrado”.²³

De modo que esta transferencia de “Know How” otorga la atribución de uso de dicha información a favor de su beneficiario, quien tiene la responsabilidad de no transmitirla a terceros.

B) SOBRE LA LICENCIA DE USO DE DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Para que opere un negocio de franquicia, el franquiciante debe ser titular de una marca, patente, modelo o diseño industrial conocida, cuyo uso debe ser autorizado a favor del franquiciado.

El contrato de licencia es un contrato que comúnmente se utiliza en autorizaciones de uso de derechos de propiedad intelectual. Farina indica que es un contrato mediante el cual “el titular de una patente de invención autoriza a la otra parte a usar o explotar industrialmente la invención sin transferirle la titularidad.

*En la licencia el licenciante (titular de la patente) sólo concede al licenciado (o licenciataria) su uso. No es esencial que tal uso se conceda con exclusividad.”*²⁴

Es necesario que se diferencia entre el “Know How” y la licencia de uso, pues en la primera el objeto es la transmisión de información sobre fórmulas y procedimientos, mientras que la licencia solo otorga autorización a una parte que no es titular de uso de un derecho de propiedad industrial o de una patente, diseño o modelo.

C) SOBRE LA ASISTENCIA TÉCNICA

La asistencia técnica debe ser permanente, y debe quedar plasmada contractualmente. Esta es una de las características principales que distinguen la franquicia con otro tipo de contratos.

22 FARINA, (Juan M). Contratos comerciales modernos. Buenos Aires, Argentina, Segunda edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Pala, 1999, pp. 675.

23 VER CHEVIN DE KATS, Op. Cit., pp. 45.

24 VER FARINA, Op. Cit., pp. 668.

D) SOBRE EL PAGO DEL PRECIO

El franquiciante cobra un importe o derecho de entrada a la cadena, el cual no es reembolsable. El otro pago al cual debe enfrentarse el franquiciado es una regalía o canon que se calcula sobre una base de valor referencial como las ventas.

E) SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES

De relevancia son las obligaciones que cada parte asume al celebrar el contrato de franquicia, porque estas, junto con los beneficios que obtienen los participantes, son en el fondo, las que identifican o caracterizan este tipo de figura contractual.

El franquiciante debe:

1. Autorizar el uso de una marca o derecho de propiedad intelectual exitoso.
2. Proporcionar un sistema operativo de funcionamiento de la empresa, lo que normalmente se hace a través del manual de operación de la empresa.
3. Garantizar la solución de cualquier problema referente a la comercialización de los productos y al uso de signos distintivos.
4. Realizar las inversiones necesarias para mantener el "know how" de la empresa en condiciones óptimas y actualizadas para que mantenga su posición y reputación en el mercado.
5. Mantener una política de precios que aseguren la entrada y continuidad del franquiciado en el mercado, así como capacidad de pago de las regalías.
6. Indemnizar al franquiciado en caso de que reciba quejas imputables al franquiciante.
7. Financiar o hacerse cargo de las actividades de publicidad y mercadeo, no obstante, en ocasiones son responsabilidad del franquiciado.

8. En muchos casos, facilitar sistemas computados de mantenimiento y seguimiento de prácticas contables o de comercialización.
9. Respetar la exclusividad otorgada y velar porque se cumpla sin intromisiones de terceros.

El franquiciado debe:

1. Correr con el riesgo de la empresa, toda vez que es quien realiza la inversión para poner en funcionamiento la empresa.
2. Adquirir el inmueble y los equipos necesarios para operar.
3. Aprovisionar una cantidad de productos mínima, que deberá mantener durante el plazo del contrato y que normalmente se encontrará preestablecida de manera contractual.
4. Pagar una suma fija por adquirir la franquicia, una regalía mensual que se calcula con base en sus ingresos, y, un derecho de uso de los signos distintivos.
5. Actuar dentro de los límites territoriales concedidos.
6. Estar sujeto al control y fiscalización por parte del franquiciante.
7. Respetar las instrucciones sobre producción, comercialización y administración, así como estándares de calidad, imagen o precio indicados por el franquiciante.

F) MANUAL OPERATIVO

El contenido del manual comprende al menos los siguientes aspectos:

- Políticas generales sobre administración, recursos humanos y seguridad.
- Procedimientos de operación y control, que incluye instrucciones sobre ventas, caja y bancos, manejo contable, compras, inventarios, plani-

llas y procedimientos de respaldo de la información.²⁵

G) SOBRE LA EXCLUSIVIDAD

Hay tres tipos de exclusividad:²⁶

1. Territorial: en una zona geográfica determinada.
2. De distribución: el franquiciante se obliga a no vender directamente o a través de terceros en el territorio exclusivo.
3. De aprovisionamiento: el franquiciado solo puede comprarle al franquiciador.

H) SOBRE LA RESPONSABILIDAD ENTRE LAS PARTES Y FRENTE A TERCEROS

Del contrato de franquicia se desprenden dos tipos de responsabilidad, la primera entre las partes, y la segunda, frente a terceros.

La responsabilidad entre las partes es contractual, por lo cual dicha relación se regula mediante las normas de responsabilidad contractual contenidas en las disposiciones civiles vigentes.

En lo que concierne a la responsabilidad frente a terceros, lo interesante es dilucidar si en caso de daños a terceros, esa responsabilidad es aplicable al franquiciante y no solo al franquiciado.

Queda claro, que el franquiciado actúa por nombre propio y por cuenta propia, por lo cual entre éste y los consumidores de sus bienes o servicios, existe una relación contrac-

tual regulada a través de las disposiciones civiles correspondientes.

No obstante, surge la duda sobre la responsabilidad del franquiciante en determinados casos, toda vez que el franquiciado actúa bajo los distintivos y las instrucciones del franquiciante; y, los consumidores, en muchas ocasiones acuden al franquiciado por el respaldo y el prestigio que ofrece el franquiciante.

La doctrina no es unánime sobre la responsabilidad del franquiciante por daños causados a terceros por bienes o servicios ofrecidos por el franquiciado. Una parte coincide en el hecho de que existe responsabilidad del franquiciante únicamente en caso de que existan vicios o defectos en la cosa ofrecida al público, especialmente cuando éste es el fabricante de dicho bien. Otro sector "considera viable la extensión de la responsabilidad del franquiciado al franquiciante, en razón de que aquel desenvuelve su actividad bajo marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajuste a métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste."²⁷

El derecho de protección al consumidor, podría significar una herramienta para establecer responsabilidad por parte del franquiciante en determinados casos.

Previendo lo anterior, la Comunidad Económica Europea, Reglamento 4087/88 expresa que "para informar mejor a los consumidores, es preciso prever que los franquiciados indiquen su calidad de empresa independiente por cualquier medio apropiado que no ponga en peligro la identidad común de la red de distribución franquiciada."²⁸

25 LANZÓN (Marlen) y otros. Manual de procedimientos operativos y de control para una estación de servicio y tienda de conveniencia operada en franquicia. Tesis para optar por el título de Licenciado en Ciencias Económicas, Facultad de Administración de Negocios, Universidad de Costa Rica, 1995, pp 234 y siguientes.

26 VER CHEVIS DE KATZ, Op. Cit., pp 61.

27 VER FARINA, Op. Cit., pp. 496.

28 VER STRATTA, Op. Cit., pp. 317.

H) SOBRE LA COMPETENCIA

En este sentido, deben comprenderse dos situaciones: a. En relación con la necesidad de que todo contrato de franquicia incluya una cláusula de no competencia, y b. en relación con la aplicación de leyes antimonopólicas y protección al consumidor a escala mundial.

En cuanto al primer punto, debe indicarse que una cláusula de no competencia, es un indicativo de la lealtad y la fidelidad de los franquiciados hacia los franquiciantes.

En cuanto al segundo aspecto mencionado, debe indicarse que la reciente legislación antimonopólica y defensa de la competencia desleal influyen en el establecimiento de franquicias, concretamente en casos en que el franquiciante impone precios o hay una distribución territorial entre franquiciante o franquiciado para la oferta de un determinado bien o servicio. Por eso, es necesario estudiar las legislaciones aplicables en cada país en que se encuentren sus participantes.

Asimismo, la libertad de mercado y la lucha contra la competencia desleal constituyen un mecanismo de protección de los intereses de los consumidores, toda vez que el propósito de éstas es que los consumidores puedan adquirir sus bienes y servicios en las condiciones más favorables. De modo que, el derecho a la libre competencia y a la concurrencia en los mercados tiene limitaciones, "prohibiendo o sancionando conductas empresarias que influyan en la oferta y la demanda, con el objeto de asegurar la transparencia del mercado para que le consumidor pague el precio equitativo y razonable y, en general, se asegure la libre elección porque se considera que la posibilidad de contar con mayor diversidad de productos para optar es una ventaja para el consumidor."²⁹

IV. SOBRE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y LAS INDEMNIZACIONES

A. SOBRE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

De gran interés son los aspectos relacionados con la terminación del contrato. "La ruptura en período contractual, o la no renovación a la llegada del término, toman un cariz claramente peligroso para el franquiciado, respecto del cual la pertenencia al sistema constituye presupuesto esencial en orden al mantenimiento de su empresa. La terminación del convenio le impedirá amortizar las inversiones que, en la mayoría de los casos, le han sido impuestas en sede contractual; al mismo tiempo, y ya que se verá privado de los signos distintivos del franquiciador, le será prácticamente imposible dar salida al stock invencido, máxime si se tiene en cuenta que la clientela que él ha incrementado, si no creado, quedará, normalmente, vinculada al producto y a la marca del franquiciador más que a su propio establecimiento comercial."³⁰

La terminación contractual se da por dos causas: vencimiento del plazo del contrato o terminación anticipada.

En el primer caso, es evidente que el cumplimiento riguroso del plazo podría causar inconvenientes al franquiciado, quien podría recibir incluso, de manera verbal, promesas de prórroga que no se cumplieron, o quien, por haber sido franquiciado durante muchos años, supone seguirá siéndolo. En este supuesto no tendría posibilidad de amortizar sus inversiones. Por eso, algunos expertos abogan por un plazo legal de preaviso que indique que el contrato no será prorrogable. "Ocurre así, en efecto, en Bélgica, donde tras la modificación operada por la Ley de 13 de abril de 1971 al

29 ALPA, Guido, *COsumatore*, en *Contratos y Empresa*, no.1, Pavoda, Cedam, 1987, pp. 318 mencionado por STRATTA.

30 VER GALLEGOS, *Op. Cit.*, pp. 99.

texto precedente de 1961, queda plasmada la necesidad de un plazo de preaviso, no inferior a tres meses ni superior a seis. A Falta de éste, se produce la renovación automática del contrato, por la duración prevista en el mismo o, en su defecto, a tiempo indeterminado.³¹

Igualmente se discute sobre si es necesario que haya justa causa para no prorrogar el contrato, o si, en ausencia de ésta, el franquiciante debe actuar conforme al principio de buena fé en atención de las inversiones y el esfuerzo efectuado por el franquiciado. Sobre el particular solo se encuentra mención en la práctica judicial francesa que indica que se considera pactado con duración indeterminada todo contrato que no contenga duración, y, reconoce la prórroga automática cuando no se respeta el plazo de preaviso.³²

En cuanto a la terminación anticipada, debe acudir a las legislaciones de cada país, los cuales generalmente incorporan la necesidad de una causa justa como condición de extinción anticipada del contrato. El elemento que varía de legislación en legislación remite a esa justa causa, que debe ser en algunos casos, genérica por incumplimiento, grave o reiterada.

En cuanto a los casos de resolución unilateral del contrato, la doctrina coincide en que debe acudir a las nociones de abuso del derecho y buena fé, toda vez que una resolución anticipada sin causa justa, constituye una violación a esos principios rectores de los contratos.

En Costa Rica no se cuenta con legislación que regule la franquicia. A raíz de esa situación, en el ámbito nacional han surgido dos posiciones doctrinarias, la de aquellos que indican que debe acudir a la teoría general del contrato y, la de quienes sostienen que

debe aplicarse la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, N°6209, especialmente en cuanto a las disposiciones sobre indemnización.³³

Quiénes consideran que debe aplicarse la teoría general del contrato:

La causa normal de terminación del contrato de franquicia es por vencimiento del plazo. Normalmente los contratos de esta naturaleza contienen una cláusula que posibilita la prórroga al momento de su terminación.

No obstante, existen situaciones de terminación contractual por causas anormales, que se indican a continuación:

- El mutuo acuerdo entre las partes, según ellas pacten en ese momento, o mediante el pago de una indemnización o un preaviso determinado.
- La muerte o incapacidad del franquiciado, ya que el contrato de franquicia es un contrato "intuitu personae", independientemente de si se trata de una persona física o jurídica. En este caso, se deben cumplir las normas civiles aplicables.
- La muerte o la incapacidad del franquiciante en caso de que sea una persona física, en cuyo caso aplican las normas civiles vigentes.
- La quiebra de cualquiera de las partes ya que se ven en imposibilidad de continuar con las prestaciones contraídas.³⁴

También puede darse el caso de resolución por incumplimiento. Ante esa situación, la contraparte puede optar por el cumplimiento forzoso o por la resolución contractual y el pago de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

31 VER GALLEGOS, *Op. Cit.*, pp. 100.

32 VER GALLEGOS, *Op. Cit.*, pp. 102.

33 VER FUENTES, *Op. Cit.*, pp. 107.

34 VER FLORES BEDOYA, *Op. Cit.*, pp. 63 A 71.

Quienes consideran que debe aplicarse la Ley N° 6209:

Las causas de terminación, para quienes siguen la teoría de la aplicación de la Ley N° 6209 son las indicadas en los artículos 4 y 5 de ese texto legal.

B. SOBRE LA INDEMNIZACIÓN

Al hacer referencia a las compensaciones monetarias debidas a la parte que sufre la terminación del contrato de franquicia, debe hacerse referencia a los eventuales daños y perjuicios, y, a indemnizaciones complementarias entre las cuales se comprende el stock, la clientela, las inversiones y los derechos de los trabajadores.³⁵

En cuanto al stock, es notorio que el almacenamiento de bienes por parte del franquiciado otorga ventajas para éste, quien puede suplir a la clientela de lo demandado lo más pronto posible, y, al franquiciante, que se ahorra el costo de almacenaje. Pero terminado el contrato, se presentan problemas para el franquiciado, quien de manera inmediata debe dejar de utilizar los signos distintivos del franquiciante, y por ende, se enfrenta a la imposibilidad de vender el stock sobrante. Es por ese motivo, que la doctrina y la legislación, en especial la francesa, se inclinan en establecer una obligación de recompra por parte del franquiciado, o al menos, otorgar al franquiciado las condiciones necesarias para que se desprenda de esos bienes.

El tema de la indemnización por la clientela, depende de la teoría que se apoye, es decir, si se considera que el “titular” de ésta es el franquiciante o el franquiciado. Quienes consideran que corresponde al franquiciante la clientela, indican que los clientes acuden al franquiciado en busca de una marca de la cual ellos son titulares, y por ende, no cabe

indemnización terminado el contrato. Quienes abogan por la segunda tesis, indican que la clientela pertenece al franquiciado como comerciante independiente que la ha adquirido como resultado de su gestión, y por ende, merecen una indemnización toda vez que el cierre de su negocio los hará perder esa clientela.

En el caso de las inversiones, el franquiciado, que es una persona independiente y titular de éstas, se somete a ellas por imposición del franquiciante. Es doctrina generalizada que en casos de resolución unilateral por parte del franquiciante del contrato de franquicia, se establezca una compensación por los gastos efectuados y no amortizados.

Otro de las dificultades a las cuales se enfrenta el franquiciado en caso de terminación del contrato es a dar por finalizados los contratos laborales. La doctrina y la jurisprudencia hacen mención omisa a este problema. No obstante, se plantean dos opciones que son: establecer la obligación por parte del franquiciante de hacer frente a esas obligaciones, o que, el nuevo franquiciado de continuidad a esas relaciones laborales.

En Costa Rica, se siguen las mismas consideraciones indicadas para el caso de terminación contractual, dos posiciones doctrinarias, la de aquellos que indican que debe acudirse a la teoría general del contrato y, la de quienes sostienen que debe aplicarse la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, N°6209.

Quienes consideran que debe aplicarse la teoría general del contrato:

No siempre que se de incumplimiento subsiste la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Para ello debe analizarse el incumplimiento objetivo, el daño actual y razonable, la culpa y/o dolo en la acción del incumpliente, la relación de causalidad entre incumplimiento y daño, y, quién es la parte incumpliente, si el franquiciante o el franquiciado.³⁶

35 VER GALLEGOS, *Op. Cit.*, pp. 111-121.

36 VER FLORES BEDOYA, *Op. Cit.*, pp. 79.

Quienes consideran que debe aplicarse la Ley N° 6209:

Sobre el stock, cabe indicar que hay varias posturas, indicando las más importantes dos posibilidades: que el franquiciante adquiera el stock sobrante, o que se le permita al franquiciado seguir haciendo uso de los derechos de propiedad intelectual correspondientes únicamente para que venda su stock, sin que haya consenso aún³⁷. Quienes abogan por la aplicación de la Ley N°6209 indican que deben aplicarse los artículos 2 y 3 de dicho cuerpo normativo.

En lo referente a las indemnizaciones de los empleados del franquiciado, no existe tampoco consenso. No obstante, en virtud de que el franquiciado es una empresa independiente y con un patrimonio propio, se tiende a pensar que éste debe asumir las cargas correspondientes al pago de indemnización a los trabajadores, salvo en casos de terminación o ruptura abusiva por parte del franquiciante.

Sobre la indemnización por las inversiones hechas por el franquiciado, la doctrina indica que es necesario determinar si durante el tiempo de funcionamiento, el franquiciado pudo recuperar su inversión o no. Quienes indican que es aplicable la Ley N° 6209 al contrato de franquicia, indican que este aspecto se encuentra regulado en el artículo 2 del Reglamento a dicha ley.

Por último, se discute sobre la indemnización por la clientela lograda por el franquiciado. Sobre este particular, hay posiciones encontradas. Así, un sector de la doctrina considera que la clientela debe verse como un activo de gran valor, y por ende, es indemnizable. Otro sector doctrinario sostiene que la clientela no

es indemnizable ya que ha sido obtenida gracias a la colaboración del franquiciante.

Criterio de la jurisprudencia nacional

En la resolución sobre un caso en la cual se da una variación unilateral por parte de la franquiciante de las condiciones del contrato de franquicia, el tribunal indicó que *“con su conducta, la franquiciante varió las condiciones del contrato, incumpliendo de ese modo parte de las obligaciones que había adquirido, contraviniendo de este modo lo preceptuado por el artículo 1023 del Código Civil. Dicho incumplimiento grave autoriza la resolución del contrato con responsabilidad a cargo de la accionada, a la luz de lo establecido en el artículo 692 del Código citado, con indemnización de daños y perjuicios según lo autorizan los numerales 702 y 704 idem.”*³⁸

Con la anterior indicación jurisprudencial, queda clara la posición de los tribunales nacionales, quienes indican que la legislación aplicable a este tipo de contrato es la legislación comercial y civil en cuanto corresponda, pero no, la Ley de Representantes de Casas Extranjeras, es más, en dicha resolución se hace indicación de la diferencia entre ambas figuras.

CONCLUSIONES

El contrato de franquicia constituye una estrategia de comercialización de bienes y servicios, que otorga importantes oportunidades de crecimiento a las empresas pequeñas y medianas, y, una opción interesante de expansión en el mercado, incluso en el ámbito internacional.

37 VER FUENTES, *Op. Cit.*, pp. 110 A 112.

38 Resolución N° 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos del Comal SA vr Derivados del Maíz Alimenticios SA, demasaresolución N° 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos del Comal SA vr Derivados del Maíz Alimenticios SA, DEMASA.

Definitivamente es un contrato atípico, consensual, intuitu personae, donde impera la autonomía de la voluntad, y, en muchas ocasiones, caracterizado por ser un contrato de adhesión.

La falta de regulación legal sobre el tema, en el ámbito internacional y nacional, dejan un vacío que urge ser resuelto. Francia y la Comunidad Económica Europea, son las únicas instituciones que ha regulado jurisprudencial y normativamente este contrato. Estados Unidos, por su parte, sí cuenta con disposiciones relativas a este convenio, pero el sistema legal anglosajón presenta notables diferencias respecto del sistema legal romano. Costa Rica muestra apenas, escasos pronunciamientos en esta materia.

No obstante, la frecuencia con la cual se utiliza esta figura, crea la necesidad de ser regulada por los sistemas legales de los países a nivel mundial. De manera, que mientras no existan normas particulares aplicables a la franquicia y a la relación contractual que de ella emana, los operadores del derecho debemos remitirnos a la teoría general del contrato aplicable en cada uno de los países en los cuales se use este instituto, y, nunca confundirla con otros contratos preexistentes, criterio adoptado por nuestros tribunales de justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, y en razón de la naturaleza del contrato de franquicia, no debe

perdersé de vista que en esta figura confluyen una serie de ramas del derecho tales como a) el derecho laboral, en cuanto atañe a las relaciones de los trabajadores con las empresas, las cuales son independientes; b) el derecho de propiedad intelectual, toda vez que se otorgan licencias de uso de derechos intelectuales; c) el derecho impositivo, especialmente cuando se trata de franquicias internacionales, y, d) el derecho a la competencia, dada la exclusividad que otorga la franquicia, cuya normativa debe estudiarse y complementarse para dar paso a esta novedosa figura.

Cualquier texto legal o jurisprudencia que surja en torno a la regulación de la franquicia comercial debe contener al menos disposiciones tendientes a regular el momento previo al contrato, la vida del contrato y la terminación de la relación contractual.

En primer término debe regularse la información mínima que debe ofrecer el franquiciante al franquiciado, para no hacerlo caer en error o engaño, pues normalmente ésta es la parte débil de la relación. En segundo lugar, debe regularse cualquier aspecto referido a la vida y ejecución del contrato, los cuales han sido ya expuestos. Por último, debe regularse cualquier aspecto referido a la terminación de la relación contractual, incluyéndose allí disposiciones referentes a resolución, preavisos, indemnizaciones e inversiones realizadas por el franquiciado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BESCÓS TORRES (Modesto). Factoring y Franchising. Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1990.

CHERVIN DE KATZ (Marta). Qué es el Franchising?. Buenos Aires, Argentina, ADELEDO- PERROT S.A.E, 1995.

FARINA, (Juan M). Contratos comerciales modernos. Buenos Aires, Argentina, Segunda edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Pala, 1999.

FUENTES VARGAS (Bernal). El contrato de Franchising: el contrato de franquicia comercial. Primera Edición, San José, Costa Rica, IJSA, 1995.

GALLEGO SÁNCHEZ (Esperanza), La Franquicia, primera edición, Editorial Trivium SA, Madrid, España, 1991.

KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aida), Aproximación al Franchising, DERECHO CIVIL, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Lima, Perú.

MARZORATI (Oswaldo). Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1990.

ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique). Contratos Económicos Modernos. Primera edición, San José, Costa Rica, EDITORAMA, 2004.

TESIS

FLORES BEDOYA (Carolina). Patología del contrato de franquicia comercial. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

LANZÓN (Marlen) y otros. Manual de procedimientos operativos y de control para una estación de servicio y tienda de conveniencia operada en franquicia. Tesis para optar por el título de Licenciado en Ciencias Económicas, Facultad de Administración de Negocios, Universidad de Costa Rica, 1995.

REVISTAS

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (José María). La Franquicia: el futuro inmediato. Sin indicación bibliográfica. Biblioteca del Colegio de Abogados, San José, Costa Rica.

GONZÁLEZ PEÑA (Federico). Sobre el Contrato de Franquicia Comercial, REVISTA IUSTITIA, año 9, número 104, agosto de 1995, San José, Costa Rica.

PÉREZ VARGAS (Victor), El Contrato de Franquicia Comercial ("Franchising"), REVISTA JUDICIAL, n° 56, junio de 1992, San José, Costa Rica.

SOLANO (Carol) y otra, El Contrato de Franchising, REVISTA HERMENÉUTICA, número 8, septiembre de 1995, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

STRATTA (María de los Milagros), La franquicia como instrumento de la distribución comercial, REVISTA DYE DERECHO Y EMPRESA, año 2000, número 9, publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales.

LEYES

CÓDIGO CIVIL, Decreto No. 30 de 19 de abril de 1886.

LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994, Publicado en La Gaceta No. 14 del 19 de enero de 1995.

LEY DE MARCAS Y OTROS SIGNOS DISTINTIVOS, Ley N° 7978 de 22 de diciembre de 1999, Publicado en La Gaceta No. 22 de 1 de febrero del 2000.

LEY DE PATENTES DE INVENCION, DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES Y MODELOS DE UTILIDAD, Ley No. 6867 de 25 de abril de 1983, Publicada en La Gaceta N° 111 de 13 de junio de 1983.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Resolución N° 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos del Comal SA vr Derivados del Maíz Alimenticios SA, demasaresolución N° 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos del Comal SA vr Derivados del Maíz Alimenticios SA, DEMASA.

REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE EL CONCEPTO DE LA “TRAZABILIDAD”.

LICDA. MA. DE LOS ÁNGELES SOLÍS MOYA
Especialista en Derecho Comercial-U.C.R.

Actualmente, los países a nivel mundial están experimentando transformaciones en su economía y legislación producto de la globalización y la apertura comercial. Dentro de este contexto, Costa Rica debe buscar las herramientas necesarias para competir en los mercados internacionales sin dejar de lado el bienestar de los consumidores, plenamente armonizado con la función productora agropecuaria.

Es por ello que la “Trazabilidad” es fundamental, ya que la misma es concebida como un sistema de identificación de los productos o grupos de productos a lo largo de toda la cadena agroalimentaria. Uno de los requisitos imprescindibles para alcanzar su finalidad es la total implicación de todos los eslabones de la cadena. La ruptura en la transmisión de la información en cualquier punto implica la invalidez de todo el sistema, haciendo inútiles los esfuerzos realizados por el resto de los operadores.

Mediante la Trazabilidad se asegura al consumidor que el producto que adquiere es inocuo, seguro, saludable y con los más altos estándares de calidad. Es menester entonces que el Estado intervenga en adoptar los mecanismos técnicos y legales para que las pequeñas, medianas y grandes organizaciones y/o empresas agropecuarias se inserten de lleno en el sistema de trazabilidad, a fin de competir en el mercado nacional e internacional.

Los sistemas de trazabilidad son un complemento a los programas de gestión de

calidad e inocuidad, constituyen una ventaja a nivel de comercio internacional y además, son un factor importante de garantía para los consumidores.

Dentro de este contexto, cabe decir que la Organización Mundial del Comercio (OMC) es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. El objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades.

Costa Rica como miembro de la OMC debe esmerarse en cumplir dichos Acuerdos y utilizarlos como un medio de aplicación e integración. Con arreglo al Anexo A del Acuerdo de Medidas Sanitarias Y Fitosanitarias (MSF) se pretende que se apliquen medidas tendientes a proteger la salud y la vida de los animales o preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades.

Hay que señalar que las restricciones comerciales por motivos de salud se abordan tanto en el Acuerdo MSF como en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). Sin embargo, hay diferencias en el ámbito de los acuerdos.

El Acuerdo OTC abarca todas las prescripciones técnicas y todas las normas de aplicación voluntaria, al igual que los procedimientos utilizados para garantizar su cumplimiento (conocidos como procedimientos de evaluación de la conformidad), exceptuadas las medidas sanitarias o fitosanitarias definidas en el Acuerdo relativo a éstas.

Los Obstáculos Técnicos al Comercio pueden comprender medidas adoptadas en relación con prácticamente cualquier asunto, desde las prescripciones sobre seguridad de los vehículos automóviles y dispositivos para ahorrar energía hasta las aplicables a la forma de los embalajes para alimentos. En el caso de las medidas OTC que guardan relación con la salud de las personas, cabe citar como posibles ejemplos, entre otros, las restricciones en materia de productos farmacéuticos o las prescripciones en materia de etiquetado de cigarrillos. La mayoría de las medidas relacionadas con el control de las enfermedades humanas están regidas por el Acuerdo OTC, salvo que se trate de enfermedades propagadas por los vegetales o por los animales (como la hidrofobia). En el caso de los alimentos, no se consideran medidas sanitarias o fitosanitarias las prescripciones en materia de etiquetado relativas a exigencias acerca del valor nutritivo de los mismos, las normas de calidad y la reglamentación de su embalaje, por lo que todas ellas quedan normalmente sujetas a las disposiciones del Acuerdo OTC. Sin embargo, las prescripciones en materia de etiquetado que guardan relación con la inocuidad de los alimentos se consideran medidas sanitarias o fitosanitarias.

Por su parte, el Parlamento Europeo y del Consejo, aprobaron el Reglamento (CE) No. 178/2002, cuyo primer objetivo es el de aproximar conceptos, principios y procedimientos de cara a la libre circulación de alimentos seguros y saludables con un

carácter horizontal y la exigencia de disponer a partir del 1º de enero del 2005 de un sistema de "Trazabilidad" de los alimentos, los piensos¹ y animales destinados a la producción de alimentos y de cualquier otra sustancia destinada a ser incorporada en un alimento o con probabilidad de serlo.

Brevemente diremos también que a raíz de los atentados terroristas del 11 de setiembre del 2001, el gobierno de Estados Unidos ejecutó una serie de acciones, con la finalidad de minimizar la posibilidad de sufrir cualquier nuevo ataque terrorista.

De esa forma el gobierno estadounidense desarrolló iniciativas para mejorar e incrementar sus acciones de control en el ingreso de personas y mercancías. Pilar fundamental lo fue la promulgación de la "Ley contra el Bioterrorismo".

Esta Ley dedica su Título III a la Protección e Inocuidad en el Suministro de Alimentos y Medicamentos.

Obviamente nuestro país debió implementar y cumplir lo que dispone tal normativa, exigencia legal para introducir productos al mercado norteamericano.

Dentro del Sector Público Nacional existen instituciones que poseen la estructura administrativa, el recurso humano, técnico y legal para asegurar el apoyo al productor y la seguridad necesaria al consumidor en productos inocuos y de calidad. Así por ejemplo, el Ministerio de Agricultura y Ganadería y el Consejo Nacional de Producción (CNP), este último es una institución autónoma, a quien el legislador le asignó la obligación en el manejo del Programa de Reconversión Productiva a través de la Ley No. 7742 del 15 de enero de 1998 y cuya finalidad principal es la transformación integral de las actividades

¹ Porción de alimento seco que se da al ganado.

productivas del sector agropecuario, en procura de su modernización y verticalización para darle la eficiencia y competitividad que requiere el desarrollo económico de Costa Rica y facilitar la inserción de tales actividades en el mercado internacional, con énfasis en los pequeños y medianos productores, para buscar una distribución equitativa de los beneficios que se generen, entre otros, mediante esquemas de capacitación y transferencia tecnológica.

Dicha “Transformación Integral” se refiere a que el proceso de transformación, en el marco de esa reconversión productiva, debe alcanzar a todas y cada una de las actividades y procesos productivos del sector agropecuario.

Aparte de lo anterior, el CNP se destaca y posee como funciones, las relativas a la competitividad, al fomento del mercadeo y a la calidad de las actividades productivas del sector agropecuario.

Vemos pues que el país posee la maquinaria e institucionalidad para iniciar la ardua pero indispensable labor de ejecutar con carácter urgente un “Sistema de Trazabilidad” que otorgue la posibilidad a nuestros productores de exportar productos con estándares adecuados para competir en los mercados internos y externos, así como el aseguramiento al consumidor y a los mismos Estados de productos seguros en términos alimentarios y de sostenibilidad ambiental.

“LA FILOSOFÍA PERSONALISTA EN LA OBRA DE CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO”.

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS
Universidad de Costa Rica

*“Si es esencial a la persona el estar situada, un personalismo sólo puede afirmarse en el seno de un juicio histórico concreto”
(MOUNIER. ¿Qué es el personalismo?)*

Al escribir estas notas en homenaje al maestro Carlos Fernández Sessarego, no puedo dejar de recordar cuando su padre, el ilustre escritor costarricense, Carlos Fernández Mora, en 1961, me hablaba, complacido, de los éxitos académicos y políticos de su hijo en Lima. Ya desde entonces, Carlos Fernández Sessarego se perfilaba como líder latinoamericano de una visión del Derecho Civil, no centrada en lo patrimonial, sino en la dignidad humana.

Son muchas las facetas relevantes de Carlos Fernández Sessarego que merecerían mencionarse; pero, entre ellas, deben destacarse, además de su importante obra personalista legislativa, su papel como jurista (el que trascendió ampliamente las fronteras peruanas) en los campos de la Filosofía del Derecho (desde su tesis de graduación sobre la tridimensionalidad del Derecho, en 1950) y el Derecho de las Personas y, especialmente, su labor de mentor de jóvenes, su apostolado como guía de nuevas generaciones a lo largo de una sostenida labor de docencia universitaria; sus discípulos peruanos son hoy excelentes profesores, muchos de ellos con estudios de posgrado en Europa, también gracias a su estímulo y ejemplo.

Esta contribución intenta destacar una de sus muchas facetas: el papel que su perspectiva personalista ha jugado en la vida jurídica peruana y, en general, latinoamericana, principalmente a través de sus aportes pedagógicos, doctrinarios y legislativos.

Las raíces del personalismo de Carlos Fernández Sessarego

Las raíces de la filosofía personalista, que ha logrado permear la legislación peruana y la doctrina latinoamericana, gracias a Carlos Fernández Sessarego, se encuentran en la reacción de los filósofos existencialistas, que centraron la reflexión alrededor del “hombre de carne y hueso”, como decía don Miguel de Unamuno (en su obra *El sentimiento Trágico de la Vida*) y no del “ser” en general, otorgando primacía a lo existente, no buscando tanto una verdad impersonal, sino una respuesta a preguntas concretas.

Contra las filosofías idealistas totalitarias alemanas (como las de Fichte, von Schlegel y Hegel, antecedentes filosóficos del Nazismo) y contra “la primacía decadente de la idea desencarnada sobre el pensamiento comprometido y la experiencia” (MOUNIER, *¿Qué es el personalismo?*), los existencialistas afirmaron el valor de la persona con sus exigencias concretas. El propio Mounier reconoció: “el existencialismo ha contribuido en gran medida a reavivar problemas personalistas: la libertad, la interioridad, la comunicación, el sentido de la historia”.

Carlos Fernández Sessarego es un existencialista; pero su existencialismo difiere del de Heidegger, quien afirmaba que decir “filosofía cristiana” era como decir hierro de madera (*Introducción a la Metafísica*); de

la filosofía del profesor de Margburgo, sin embargo, rescata el valor del “existente” concreto (“la auténtica historicidad del Dasein”, el ser aquí, el ser ahí, ahora), el valor de lo que Mounier llamó “la existencia encarnada”, en oposición a las filosofías de las esencias y, particularmente, salva el mensaje del filósofo alemán de que la persona se hace en el tiempo y es temporalidad.

También el existencialismo de Carlos Fernández Sessarego difiere notablemente del de Sartre, una de sus lecturas juveniles, que niega la comunicación y la trascendencia y asume la libertad como una condena. En cambio, para él, la persona tiene, además de su vertiente individual, una vertiente comunitaria, como ser de relación y esa condena, más bien, otorga sentido a su vida pues le permite realizar valores y lo configura como ser estimativo, capaz de preguntarse sobre el misterio de su propia existencia.

En razón de lo anterior, su pensamiento se acerca más al de Jaspers, para quien “el hombre advierte la posibilidad de su existencia y se encuentra con otras existencias con las que se comunica” (“Lo colectivo y lo individual”). A diferencia del individualismo y contra la pendiente del solipsismo, se afirma la coexistencia con el prójimo (el “Mitsein”).

“Si bien por obra de la libertad puede cada ser humano llegar a ser “él mismo”, sólo por mediación de “los otros” conquista y afirma la libertad” —nos recuerda—.

Indudable conexión con el pensamiento de nuestro autor tiene el comunitarismo de Maritain, para quien es esencial la persona su tendencia a la comunión (pues ella es, básicamente, un ser de relación) y quien fundamenta el humanismo integral en lo que denomina “la lógica concreta de la historia”. Como lo ha expresado Carlos, “todo personalismo es, a la vez, comunitarismo”, términos ambos que se oponen tanto al individualismo capitalista, como al totalitarismo colectivista. Nos dice que la libertad es el ser mismo del hombre, pero

se construye con “los otros”. Recordemos que para Mounier la persona es una trayectoria progresiva hacia el uso de la libertad espiritual y el sentido del prójimo es la condición de la vivencia comunitaria.

“El personalismo aprehende a la persona —nos enseña Carlos— en su doble vertiente estructural, es decir, como ser libre y singular, idéntico sólo a sí mismo, en “su mismidad” (Unamuno hablaba de “su yoiedad”), y como ser social (en “su coexistencialidad”) en cuanto debe hacer su vida con las demás personas en comunidad. La existencia, como se ha apuntado, es coexistente. La doble vertiente estructural de la existencia hace que todo personalismo implique un solidarismo y un comunitarismo”.

Las obras de todos estos pensadores nutrieron su espíritu. En todos sus escritos pero especialmente en sus libros “Derecho y Persona” y “Derecho a la Identidad”, aparecen comentados estos y otros filósofos de la existencia y se hace referencia a su influencia en la jusfilosofía contemporánea, reconociéndose que es mérito indiscutible de ellos “el haber intuido la existencia como libertad, a la que se llega a través de una experiencia personal, intransferible, luego de un proceso de interiorización”.

De todos los pensadores mencionados, no hay duda que fue Emmanuel Mounier quien tuvo la mayor influencia en el maestro Fernández Sessarego, al afirmar la necesidad de subordinar la actividad económica a una ética de las necesidades y al hablar de una economía humana. Conocemos los inconvenientes que aceptamos al aplicar cualquier etiqueta. Mayor es el riesgo al usarse la palabra personalismo, principalmente, porque el verdadero personalismo es abierto; como dice MOUNIER: “un conjunto de inquisiciones y voluntades que desea permanecer abierto y al mismo tiempo vigoroso” (¿Qué es el personalismo?). El personalismo no es un esquema intelectual. De ahí que nuestro maestro no se ha limitado a repetir una visión del mundo, sino que, en su propia experiencia la ha remodelado,

recreándola, dándole una nueva identidad en tierras latinoamericanas, con contribuciones concretas en el mundo jurídico.

La filosofía personalista se encuentra presente en cada una de sus actividades y logros; en Carlos ella no es sistema, sino vivencia.

EL CÓDIGO CIVIL PERUANO, UN CÓDIGO PERSONALISTA

Desde su posición como Ministro de Justicia, Carlos Fernández Sessarego, comenzó a proyectar un código impregnado de su filosofía personalista y propuso revisar el Código Civil de 1936.

La historia del Código Civil de 1984 se inició en el año 1965, cuando Carlos Fernández Sessarego ocupaba el cargo de Ministro de Justicia y Culto y convocó a distinguidos juristas, profesores y magistrados para estudiar y revisar el entonces vigente Código Civil de 1936. Fueron arduas sus luchas por introducir en la ley los valores personalistas, entre ellos, especialmente la dignidad de la persona del concebido (no nacido), el daño al proyecto de vida, ligado a la identidad dinámica y la tutela de algunos valores fundamentales de la personalidad, como la intimidad. Un año más tarde, en Lima, se celebró su primer año de vida, en un Congreso donde los más destacados juristas del sistema, incluso europeos, alabaron los avances personalistas de la nueva legislación. Pero la obra no terminó ahí.

Tiempo después, el propio Carlos Fernández Sessarego participó coordinando un amplio proyecto de reformas, que se plasmó en 1995 y cuyo proceso sigue su curso, en temas tan esenciales como, por ejemplo, la prohibición de cesión y manipulación de embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos, la prohibición de fecundación de óvulos, para fines distintos de la procreación y la inexigibilidad de los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro.

No es posible comentar sus múltiples concretos aportes personalistas a la cultura jurídica peruana y, en general, latinoamericana, por lo que me dedicaré a destacar solamente dos (la vida humana y el daño al proyecto de vida) que me parecen de la mayor importancia, como ejemplo de la vivencia auténtica personalista de Carlos Fernández Sessarego en su proyección doctrinaria y legislativa, teniendo en todo momento presente que, en su obra, la persona es vista como ser único e irrepetible, trascendente y libre, capaz de intimidad y de comunión, de recogimiento y despliegue y de vivir el compromiso personal de su propio proyecto de vida.

LA VIDA HUMANA

Jerárquicamente superior a todos los valores fundamentales de la personalidad, la vida es, para Carlos Fernández Sessarego, un valor indiscutible y principal, junto con la libertad y la identidad.

Independientemente de la cuestión terminológica sobre “el nascituro”, lo cierto es que Carlos Fernández Sessarego logró plasmar en el Código Civil peruano la tutela de la vida desde la concepción (entendida como unión de óvulo y espermatozoide), en concordancia con lo que vino a afirmar el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño, para la cual Niño es todo ser humano desde su concepción hasta los dieciocho años. Es claro que la diferencia entre estar en un tubo de ensayo, en el vientre materno, o fuera de éste (por el nacimiento) no puede acarrear ninguna diferencia de humanidad.

Intentan artificialmente romper el continuo de la vida, como lo ha expresado Francesco D. Busnelli, quienes distinguen entre pre-embrión, embrión, feto o nacido. Usualmente, detrás de sus argumentos hay ocultos propósitos lucrativos, relacionados con el negocio de la inseminación artificial extrauterina y la transferencia embrionaria o con la obtención de cédulas “madres” para supuestos fines terapéuticos.

Desde la perspectiva personalista de Carlos Fernández Sessarego, el concebido es persona por ser una existencia humana encarnada y, además, irrepetible, idéntico solamente a sí mismo, portador de una eminente dignidad, titular de un impulso vital capaz de trascender la naturaleza, con un movimiento hacia la libertad y la comunicación.

EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Talvez uno de los temas donde mejor puede hablarse de una perspectiva personalista en el pensamiento del maestro es el del daño al “proyecto de vida” (que también él ha denominado también “proyecto existencial”), que se basa en la libertad, coexistencialidad y temporalidad, en cuanto nace de una determinación volitiva de realización personal en el mundo social.

En estas ideas y mensajes percibimos la savia de Heidegger, Jaspers y Mounier revenando en el tronco mismo del sistema jurídico Latinoamericano. De Heidegger retoma nuestro autor el tema de la importancia del tiempo en lo que concierne a la identidad personal, diciéndonos que “si el ser es temporalidad, sólo en esta dimensión es posible comprender la identidad”.

Nuestro autor se pregunta sobre la respuesta jurídica que debe darse a la causación de un “daño cierto y actual cuyas consecuencias se prolongan en el futuro, de modo continuado o sucesivo”, de tal relevancia que menoscabe o destruya un proyecto existencial (el cual distingue frente a los múltiples proyectos de vida), sumiendo al afectado en su proyecto de vida y en el despliegue de su identidad dinámica en un vacío existencial, haciéndolo sufrir la pérdida de sentido de su propia vida, recordándonos el ejemplo del pianista que pierde sus dedos, por lo que no se trata,

simplemente, de un daño psíquico (alteración patológica del psiquismo) y tampoco se trata de un daño moral (cuyo punto de incidencia es la esfera emotiva o sentimental).

Estos interrogantes obtuvieron respuestas de su parte en el Código Civil peruano, ejemplar faro legislativo en favor de la persona, y han influido en el resto de América Latina, llegando a ser, tales soluciones, ampliamente confirmadas, como doctrina fundamental de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en San José, en una sentencia de 1997, donde el proyecto de vida “se asocia al concepto de realización personal que, a su vez, se sustenta en opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”.

Recordemos las palabras de Mounier: “la búsqueda, proseguida hasta la muerte, de una unidad presentida, deseada y jamás realizada. Soy un ser singular, tengo un nombre propio.

Esta unidad no es la identidad muerta de la roca que no nace, ni cambia ni envejece” (El Personalismo). Carlos ha plasmado en la legislación esta visión dinámica de la identidad, al introducir, como dice él (explicando su ubicación en el Código) “por la cocina”, el tema del daño al proyecto de vida o daño a la persona, como categoría diferente del daño psíquico y del daño moral.

Íntimamente relacionado con el proyecto existencial y con el derecho a la identidad dinámica, se encuentra otro valor fundamental: la intimidad. Si Carlos Fernández Sessarego nos habla del derecho a la intimidad, inevitablemente viene a nuestra mente el capítulo de Mounier sobre “la conversión íntima”, donde la persona es vista con sus necesidades básicas de recogimiento íntimo (repliegue), como condición necesaria para su libre desarrollo (despliegue) en la vida social.

EPÍLOGO

No he desaprovechado cada una de las visitas de Carlos Fernández Sessarego a Costa Rica para invitarlo a mis aulas, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, a compartir su pensamiento y puedo decir, hoy día, con gran satisfacción que son muchas las obras de autores costarricenses que se han inspirado en sus enseñanzas personalistas, particularmente en temas como la dignidad de la vida humana, el daño a la persona y la acción inhibitoria (preventiva y no meramente reparadora o resarcitoria).

Hoy, agradecido por su ejemplo y amistad, manifiesto mi admiración por su autenticidad

existencial, su obra de valor permanente para futuras generaciones y su verbo fluido y certero, siempre impregnado de valoraciones personalistas; me honro de su amistad, siempre espontánea y aprendo de sus palabras en cada encuentro, lo que contribuye a reafirmar en mi mismo la visión personalista de la existencia humana, porque el suyo no es el “personalismo moralizante de la elocuencia sermonaria”, que criticaba Mounier, sino que es un personalismo-vivencia, un personalismo vivido auténticamente que, en su dimensión coexistencial se ha proyectado y sigue proyectándose en realizaciones concretas docentes, doctrinarias y legislativas, en un compromiso existencial vivido auténticamente.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 31331