

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 88

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. 31713

SUMARIO

<i>Presentación</i>	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
<i>Reglamentos de trabajo y colegios profesionales</i>	9
Dr. Mauro Murillo	
<i>Código Civil: Evolución actual de sus institutos, derechos reales agrarios, posesión de derechos y otras acciones</i>	13
Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón	
<i>El crédito documental: de título valor a promesa firme y vinculante</i>	29
Lic. José Rivera Varela	
<i>El principio societario de la continuidad de la representación frente a la sociedad acéfala</i>	37
Lic. Carlos Andrés D'Alolio Jiménez	
<i>Principios jurídicos y contratación administrativa</i>	57
Lic. Luis Albán Brenes	
<i>Representantes de casas extranjeras</i>	63
Lic. Michael Bruce Esquivel	
<i>La representación de casas extranjeras</i>	83
Lic. Luis Fernando Fernández	
<i>“La Contratación Comercial en el Derecho Comparado” de Boris Kozolchyk</i>	91
Dr. Víctor Pérez Vargas	



PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En esta edición brindamos trabajos sobre Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Agrario, Derecho Bancario, y Derecho Comercial.

En **“Reglamentos de trabajo y colegios profesionales”**, el **Dr. Mauro Murillo**, maestro del Derecho Público costarricense, critica la posición de la Procuraduría General de la República (dictamen C-370-005): según la cual: 1. Los colegios profesionales son entes de “naturaleza jurídica mixta”; 2. Son a su vez “entes públicos no estatales”; 3. Tienen una relación de trabajo privada y 4. Pueden dictar un “reglamento interior de trabajo”, que debe ser aprobado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El autor considera acertada sólo la segunda afirmación citada: la de que estos entes son públicos no estatales. El Doctor Murillo comenta la supuesta naturaleza mixta de estos entes y aclara que lo que hay es solamente un “régimen jurídico mixto”. Critica algunas afirmaciones de la Sala Constitucional e insiste en que ella misma a lo que se refiere es al régimen de su actividad. También ataca la terminología usada por la Sala Segunda de la Corte, (res. 52/1996) según la cual los colegios tienen “personalidad jurídica pública”, pero... no son administración pública”. El autor parte de la distinción entre Estado y Administración Pública y afirma que los colegios no escapan a esta última categoría. En oposición al voto de la Sala Constitucional (2004-8094) que dictó que la relación de empleo en el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos era privada, porque así lo disponía el Reglamento Interior de Trabajo, el Dr. Murillo afirma que los colegios profesionales, por ser entes públicos no están autorizados para definir la naturaleza de sus relaciones de empleo como privadas y no existe ninguna ley que diga que la relación de empleo de los colegios profesionales es privada. En sus conclusiones, el autor considera que los colegios profesionales pueden emanar entonces reglamentos autónomos de trabajo. “O sea, que aun en tratándose de una relación de empleo de naturaleza contractual, la reglamentación del empleo solo vía reglamentación autónoma puede darse; lo que interesa no es la naturaleza del empleo sino solo la naturaleza del ente, y los entes o son privados o son públicos”.

“Código Civil: Evolución actual de sus institutos, derechos reales agrarios, posesión de derechos y otras acciones” es el título de la colaboración del **Dr. 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, actualmente, Profesor en la Cátedra de Derecho Privado de la Universidad de Costa Rica. Él se refiere a la importancia de de la protección de los derechos reales, en materia civil y agraria

y aclara que las normas y principios constitucionales de los derechos reales, tanto en materia civil, como agraria, son comunes pero que, aunque la función y la estructura de los derechos reales son comunes en ambas materias, su contenido es diverso. Su planteamiento nos evoca la feliz teoría de Josserand y Pugliatti sobre las propiedades, al hablar de “la “multiplicación” y “especialización”, por materias de esos derechos reales”, por lo que se habla de la propiedad y la posesión civil, urbana, agraria, forestal, horizontal, intelectual y otras, en relación con la agraria. El autor nos recuerda que la Sala Constitucional ha indicado, en cuanto a ella, *que cuando se reconoce la función social de la propiedad, el derecho de propiedad se configura como un derecho-deber, en el que existe una forma específica de ejercer las facultades del dominio, y se imponen al titular obligaciones como la utilización productiva de la tierra*” (Sala Constitucional, No. 4587-97 de las 15:45 horas del 5 de agosto de 1997). Seguidamente, realiza la distinción entre Usucapión agraria común y usucapión agraria especial del artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización. El Profesor Ulate Chacón también analiza críticamente la prescripción positiva, proponiendo líneas para su reforma sobre la base del Derecho Comparado dentro del subsistema latinoamericano donde la tendencia es a reducir más bien, a la mitad los plazos de la usucapión ordinaria agraria, dejando la extraordinaria en diez años. Además, nos indica que en vía ordinaria agraria, también se tramitan una serie de acciones reales distintas a la reivindicatoria o de mejor derecho de posesión, que están referidas mas bien a los derechos reales limitados. Las más comunes se refieren a los derechos reales de servidumbre y de usufructo y que también, el titular de un fundo agrario, puede plantear la conocida “acción negatoria”, de tipo declarativo, para rechazar un derecho real limitado (servidumbre, usufructo), que otra persona afirma que le pertenece sin haberse nunca constituido a su favor. Esta acción es una acción de cesación y es una acción de abstención. Explica que también puede alegarse, en vía ordinaria agraria, la extinción de un derecho real limitado, sea de servidumbre o usufructo agrario, cuando ha operado alguna de las causas previstas en el Código Civil, y especialmente cuando no se ha ejercido durante el plazo de diez años. Entre los nuevos tipos de propiedad, nos habla de la multipropiedad, la cual puede ser vista como una especie nueva de propiedad temporal. Se trata de una propiedad plena, pero circunscrita a ser usada en ciertos períodos del año. Seguidamente, se refiere al régimen sucesorio distinto de los bienes de naturaleza agraria, en proyectos de parcelación del Instituto de Desarrollo Agrario. Específicamente en el artículo 69 de la Ley, se establece un orden de prelación legal, con la finalidad de garantizar la permanencia y competitividad de las empresas agrarias. Finalmente discute el tema de las indicaciones geográficas protegidas y nos informa sobre las diferentes posiciones de la doctrina agrarista.

El Lic José Rivera Varela nos ha enviado “**El crédito documentario: de título valor a promesa firme y vinculante**”. En este trabajo, el autor nos da cuenta de las diferentes tesis sobre el crédito documentario, entre ellas de mutuo, puro y simple, delegación imperfecta, mandato, gestión de negocios, asignación y título valor. Comenta la opinión de 1966 del Dr. Kozolcky de que el documento resultante del contrato de crédito documentario incorpora una promesa formal de pago de dinero y la aclaración reciente del referido autor, en el Colegio de Abogados, en el sentido de que no es un título valor, pero sí lo es la letra de cambio que se libra a su amparo. El Lic. Rivera coincide con el autor citado en su conceptualización del crédito documentario como

un compromiso o promesa bancaria firme, vinculante, autónoma, abstracta e independiente a favor de un tercero. Coincide, también, con el Dr Kozolchyk en que el crédito documentario no es sólo un medio de pago, sino un sistema de financiamiento, crédito y garantía en transacciones internacionales. Finalmente, cita la jurisprudencia nacional que toma en cuenta que el crédito documentario no cumple las características de los títulos valores, como la incorporación y la legitimación.

Lic. Carlos Andrés D' Alolio Jiménez, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica y Juez Supernumerario colabora con **“El principio societario de la continuidad de la representación frente a la sociedad acéfala”**. El autor se refiere a la teoría orgánica y a la competencia funcional para la explicación del funcionamiento de las sociedades. Según esta concepción, las personas que actúan dentro de cada uno de esos órganos, no lo hacen en su esfera personal y sus actos en ese papel, no son los de un mandatario, sino que se le endilgan a la sociedad anónima misma. En primer lugar, se ocupa del representante orgánico, antes de pasar a analizar el supuesto del vencimiento del plazo del cargo de consejero en el 186 del Código de Comercio y exponer la tesis jurisprudencial dominante. A su juicio, el elemento teleológico ahí contenido, es evitar en todo momento la acefalía y el vacío de poder en la administración que pudiera dejar el vencimiento del plazo del nombramiento de los consejeros o directivos. La razón de ser de tal disposición legal, es conservar la integridad y funcionamiento orgánico de la sociedad anónima como persona jurídica. Ese es el valor tutelado. En su criterio, los fallos judiciales reiterados tienden a transgredir el 186 del Código de Comercio por falta de aplicación, cuando no se prueba la inscripción registral de un documento de nombramiento de consejeros sucesores.

El **Lic. Luis Albán Brenes**, especialista en Derecho Comercial de la U.C.R. y Profesor en la Universidad de Costa Rica, Sede de Occidente, nos ha enviado **“Principios jurídicos y contratación administrativa”**, donde trata sobre los diversos principios propios de los contratos administrativos que promueven las más adecuadas condiciones para la elección del contratista, tales como la eficiencia, la igualdad de participación, la libre concurrencia y la publicidad, además de la legalidad, la transparencia. El autor nos informa acerca de otros principios desarrollados por la Sala Constitucional: Seguridad jurídica (el sujetarse los contratos administrativos a disposiciones normativas, brinda seguridad y garantía a los participantes), formalismo (las formalidades son controles endógenos de la acción administrativa), equilibrio de intereses (equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes), buena fe (las actuaciones de los contratantes deben caracterizarse por ser éticas), intangibilidad patrimonial (la Administración esta obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, reajustando las variaciones ocurridas, para conservar el nivel económico originalmente pactado).

En **“Representantes de casas extranjeras”** el **Lic. Michael Bruce Esquivel**, especialista en Derecho Comercial de la U.C.R. comenta el estado actual de la figura del representante de casas

extranjeras, para lo cual haremos un breve análisis de la figura de representación, pasando por un recuento histórico de las leyes de representantes de casas extranjeras en nuestro país y la situación en Centroamérica. Primeramente, desarrolla la figura de la representación en general. Pasa, seguidamente, a analizar el Representante de Casas Extranjeras y el Tratado de Libre Comercio con U.S.A. cuyo capítulo decimoprimer, por medio del Anexo 11.13, obliga a Costa Rica a modificar el régimen proteccionista de la figura del representante de casas extranjeras. En sus conclusiones, afirma que el régimen proteccionista para los distribuidores y representantes de casas extranjeras en nuestro país está en vías de extinción aunque, en su opinión el régimen proteccionista ha sido superado en nuestro país desde el año 1995 con la entrada en vigencia de la Ley de Promoción de la Competencia.

El **Lic. Luis Fernando Fernández** también se ocupa de **La representación de casas extranjeras** y realiza una comparación entre el régimen especial del representante y distribuidor de Casas Extranjeras, según lo regula la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras (número 6209) y el sistema aplicable a la sucursal de una sociedad extranjera, en las relaciones entre la casa matriz y la sucursal. Sostiene que la sumisión de la sucursal a las leyes nacionales, no excluiría la condición de casa extranjera, para entenderse domiciliada en el territorio del Estado nacional. Nos dice que la creación de una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero, no excluiría la aplicación del régimen, exceptuando el caso que la misma sucursal realice la labor de representación o distribuya por si misma los bienes objeto de producción de la empresa matriz.

En **“La Contratación Comercial en el Derecho Comparado”**, reseñamos la reciente obra del conocido profesor Dr. **Boris Kozolchyk**, , texto utilizado en el curso “Perspectivas Actuales del Derecho Comercial” del programa de Doctorado en Derecho Mercantil, de la Universidad Carlos III, de Madrid. La obra está dedicada preferentemente a las promesas de ejecución diferida. Gracias a trabajos como el del Dr. Kozolchyk, cada día es menor la brecha entre los principales sistemas de Derecho Comparado.

REGLAMENTOS DE TRABAJO Y COLEGIOS PROFESIONALES

Mauro Murillo A.

1. Los colegios profesionales son entidades creadas por ley. Atienden fines públicos, como la autorización, la regulación y el control del ejercicio profesional, y fines “sustancialmente” privados, cuales son los de mero interés particular de los asociados. Algunos se financian parcialmente con impuestos, otros solo con las cuotas de los agremiados. La afiliación es forzosa.

No siempre la normativa dispone expresamente que se trata de entes públicos, pero de ello nunca hubo la menor duda. De hecho siempre se tuvieron como el ejemplo típico de los denominados entes públicos no estatales. Esta naturaleza no era cuestionable (v. PGR, dictamen C-354-2001 y voto 5483-95 S.C.).

2. La Ley General de la Administración Pública bendice la reglamentación autónoma de todo ente público. Pone en molde normativo los principios elementales en la materia. Según su artículo 103, hay reglamentos autónomos de organización, que emana directamente cada ente. Conforme al artículo 367.2, “lo concerniente al personal, tanto público como laboral”, puede ser regulado en un “reglamento autónomo de trabajo”. O sea, no siguen el esquema laboral del reglamento “interior” de trabajo.

Por supuesto que debería ser innecesario aclarar que la LGAP se aplica a todo ente público. Para esta Ley es irrelevante cualquier

clasificación dentro de los entes públicos, especialmente la de “estatales” y “no estatales”, que nunca siquiera mencionó.

3. Para la Procuraduría General de la República (dictamen C-370-2005):

3.1. Los colegios profesionales son entes de “naturaleza jurídica mixta”.

3.2. Son a su vez “entes públicos no estatales”.

3.3. Tienen una relación de trabajo privada.

3.4. Pueden dictar un “reglamento interior de trabajo”, que debe ser aprobado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En nuestro criterio solo es acertada la conclusión de que estos entes son públicos no estatales, como los califica incluso expresamente alguna normativa.

Veamos la primera conclusión. Hablar de la naturaleza jurídica de un ente, así sin más, es aludir a si es o no ente público y a la clase de ente público que es, si se responde positivamente lo primero.

En este como en casi todos los casos, la PGR parte de lo que la Sala Constitucional ha dicho. Solo que la Sala a veces no habla claro y a veces incluso se contradice a sí misma, o simplemente desaplica el ordenamiento. La

PGR cita el voto 5483-95 S.C., el cual alude a un “régimen jurídico mixto”. Antes de decir esto señala, a propósito de su “naturaleza jurídica”, que son “corporaciones con personalidad jurídica pública”. Después de decir aquello, insiste en que son “corporaciones de Derecho Público”, con “personalidad jurídica pública propia”. Por el contexto del voto, es evidente que la Sala no está diciendo que estos entes son hermafroditas. Alude al régimen de su actividad. No está bien entonces que la PGR pretenda fundar en este voto su aseveración de que tales entes son todo a su vez. Pero no todo lo que allí dice la Sala de todos modos es compatible, por lo menos por nosotros.

Primero, la Sala sostiene, aludiendo a los colegios, que no toda corporación de Derecho Público “forma parte” de la Administración Pública. El asunto obviamente no es teórico. Al respecto hay ley expresa, y nadie está autorizado para hacerla a un lado. El artículo 1° LGAP dice nítida y tajantemente, que todo ente público integra la A.P. Lo transcribimos por razones de absoluta transparencia: “La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos...” No hay absolutamente nada por averiguar; todo está dicho, en cuanto nos interesa aquí. Ciertamente la misma Sala hace el enredo cuando luego asegura que “las corporaciones participan de la naturaleza de la Administración Pública, pero solo en cuanto ejercen funciones administrativas”, o cuando dice que los colegios “forman parte de la Administración Pública” “solo en campos muy específicos”. Es una mala redacción, pero nada más, pues sigue aludiendo al régimen de la actividad.

Segundo, la Sala yerra al proclamar, refiriéndose a los colegios, que “El fin inmediato de una corporación lo constituye la atención de los intereses de sus miembros”,

pues está fuera de todo cuestionamiento que en C.R. el fin primario, esencial, sine qua non (o sea, sin el cual no tiene el menor sentido de que sean entes públicos y que perciban directamente impuestos), es el (genéricamente dicho) “regulador”; actúan también con fines “gremiales”, de solidaridad y hasta son clubes sociales, pero esto no es lo primordial no es lo que explica su creación por ley, ni lo que justifica la colegiatura forzada.

Por lo demás, que cosas como la administración de los programas sociales se rijan enteramente por el Derecho Privado no aclara ni define mayor cosa. Por ejemplo, para nosotros es incuestionable que aun en esta materia las juntas directivas actúan bajo reglas de Derecho Público, cuales son las que norman los procedimientos deliberativos.

De todos modos, un ente no puede ser hermafrodita y público a la vez (es decir, dos cosas y una sola a la vez), lo que es una contradicción lógica en sí.

4. En cuanto a la naturaleza de la relación de empleo, aquí la PGR se allana a la Sala Segunda de la Corte, la que en res. 52/1996 indicó que los colegios tienen “personalidad jurídica pública”, que se catalogan como “corporaciones de derecho público”, como “entes públicos no estatales”, pero que no forman parte “del Estado o sus instituciones, o lo que es igual, no son administración pública”.

Es un manejo terminológico totalmente errado, porque:

Uno, la A.P. es el simple conjunto de todos los entes públicos (art. 1, vigente, de la LGAP);

Dos, una cosa es el “Estado” y otra la “A.P.” (art. 1° cit.). El primero es el ente público mayor y por

supuesto que ningún ente público menor forma parte del ente mayor. La AP engloba al Estado (sujeto) y a todos “los demás entes públicos, de donde los colegios profesionales no se escapan. La Sala Segunda no puede desaplicar la ley. De paso conviene aclarar que el artículo 1° de la LGAP no es una mera definición y por ende no es desconocible por absolutamente ningún tribunal; se trata nada menos que de la determinación de los sujetos que deberán regirse ineludiblemente por la LGAP, de la determinación del universo al que esa alcanza;

Tres, al no ser cierto entonces que pueden haber entes públicos que no se rijan genéricamente por la LGAP, resulta falso que el régimen de empleo sea privado en el caso de los colegios profesionales.

En palabras pobres: si los colegios profesionales no son hermafroditas, si son simples entes públicos, si como tales no tienen más alternativa que integrar la A.P., y si como tales integrantes de la A.P. están sometidos a la LGAP, pues entonces se rigen por su artículo 112.1, que reza: “El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos”. O sea, que el principio es el de la relación pública de empleo. Precisamente el mismo principio que establece la Constitución, arts. 191 y 192.

El 112.2 tiene la excepción, que nada tiene que ver con los colegios profesionales, los que no cumplen actividades de empresas sometidas al Derecho Común. La LGAP no hace ninguna otra excepción. Otras leyes podrían hacerla, si fueran razonables, como alguna vez lo dijo la S.C.; no existe ninguna ley que diga que la relación de empleo de los colegios profesionales es privada. No pueden

estarse inventando excepciones libremente, ni siquiera por los fines secundarios que cumpla un ente, ni por el origen de los recursos con que se financien.

Existe un voto de la S.C. (2004-8094) que dictó que la relación de empleo en el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos era privada, porque así lo disponía el Reglamento Interior de Trabajo de esa corporación, pero obviamente es un argumento absolutamente insostenible, que ni siquiera merece análisis, pues obviamente los entes públicos no están autorizados para definir la naturaleza de su relación de empleo.

La PGR también trae a colación a ORTIZ ORTIZ, quien en 1966 dijo que los colegios profesionales estaban sujetos al Derecho Privado en cuanto a personal, contratos, responsabilidad, bienes, administración financiera, y relaciones con terceros. En ese año era otra la normativa vigente.

Concluye entonces en que la relación de empleo de los colegios profesionales es “típicamente de derecho privado”. No hay tal, por lo dicho. De todos modos, debe saberse que también hay antecedentes jurisprudenciales que han exigido cosas como el debido proceso, y que han garantizado la estabilidad en el empleo en los colegios profesionales.

Debe aclararse que el dato de que un ente público recurra al Derecho Común, bajo ciertas condiciones, es algo normal. Está previsto expresamente en la Ley, según el artículo 1° LGAP, los entes públicos constituyen la A.P., “cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado”. Es el viejísimo cuento de la doble capacidad y de la única personalidad.

5. Si los colegios profesionales se rigen por la LGAP, pueden emanar entonces reglamentos autónomos de trabajo. Como dice la misma LGAP, no importa que la relación de empleo sea privada. O sea, que aun en tratándose de una relación de empleo de naturaleza contractual, la reglamentación del empleo solo vía reglamentación autónoma puede darse; lo

que interesa no es la naturaleza del empleo sino solo la naturaleza del ente, y los entes o son privados o son públicos. Aquí no entra la naturaleza, que sí puede producir fenómenos sin sentido.

Marzo-2006.
(permau59)

Conforme al artículo 367.2, “lo concerniente al personal, tanto público como laboral”, puede ser regulado en un “reglamento autónomo de trabajo”.

Crítica la posición de la la Procuraduría General de la República (dictamen C-370-2005): según la cual:

1. Los colegios profesionales son entes de “naturaleza jurídica mixta”;
2. Son a su vez “entes públicos no estatales”;
3. Tienen una relación de trabajo privada y
4. Pueden dictar un “reglamento interior de trabajo”, que debe ser aprobado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Considera acertada sólo la segunda afirmación citada, la de que estos entes son públicos no estatales

Comenta la supuesta naturaleza mixta de estos entes aclarando que lo que hay es solamente un “régimen jurídico mixto”. Crítica algunas afirmaciones de la Sala Constitucional e insiste en que ella misma a lo que se refiere es al régimen de su actividad e igualmente ataca la terminología usada por la Sala Segunda de la Corte, (res. 52/1996) donde

indicó que los colegios tienen “personalidad jurídica pública”, pero... no son administración pública”. El autor parte de la distinción entre Estado y Administración Pública y afirma que los colegios no escapan a esta última.

En oposición al voto de la Sala Constitucional (2004-8094) que dictó que la relación de empleo en el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos era privada, porque así lo disponía el Reglamento Interior de Trabajo, el Dr. Murillo afirma que los colegios profesionales, por ser entes públicos no están autorizados para definir la naturaleza de su relación de empleo como privada y no existe ninguna ley que diga que la relación de empleo de los colegios profesionales es privada.

En sus conclusiones

Considera que los colegios profesionales pueden emanar entonces reglamentos autónomos de trabajo. “No importa que la relación de empleo sea privada.

O sea, que aun en tratándose de una relación de empleo de naturaleza contractual, la reglamentación del empleo solo vía reglamentación autónoma puede darse; lo que interesa no es la naturaleza del empleo sino solo la naturaleza del ente, y los entes o son privados o son públicos”.

BICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS (29 Y 30 DE NOVIEMBRE, 2004)

CODIGO CIVIL: Evolución actual de sus institutos, derechos reales agrarios, posesión de derechos y otras acciones

Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón
Doctor en Política y Derecho Agrario(*)

“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., No. 5893-95 de 9:48 horas del 27 de octubre de 1995).

SUMARIO:

1. Los derechos reales agrarios, su protección en el Código Civil y en la Jurisprudencia	888
2. La posesión agraria ad-usucapionem: común, especial, ecológica.....	888
3. La prescripción positiva en el Código Civil y análisis crítico sobre la necesidad de su reforma. La experiencia comparada latinoamericana.....	888
4. El reconocimiento jurisprudencial de otros derechos reales agrarios: el usufructo y las servidumbres agrarias.	888
5. Nuevas realidades, nuevas acciones: la acción negatoria moderna.	888
6. Sobre la posesión, el usufructo y la prenda de derechos.	888
7. La accesión invertida y su ausencia en el Código.	888
8. Nuevos tipos de propiedad: multipropiedad.....	888
9. El régimen sucesorio en agricultura, y su reforma actual en los países Europeos.	888
10. Propiedad intelectual e indicaciones geográficas protegidas: propiedad privada o derecho de uso?	888

*) El Conferencista es Magistrado Suplente de Casación, Miembro del Tribunal Agrario, Ganador del Premio Aquileo J. Echeverría 1999 y del Premio Alberto Brenes Córdoba 2003-2004.



BICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS (29 Y 30 DE NOVIEMBRE, 2004)

CODIGO CIVIL: Evolución actual de sus institutos, derechos reales agrarios, posesión de derechos y otras acciones

Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón
Doctor en Política y Derecho Agrario

1. Los derechos reales agrarios, su protección en el Código Civil y en la Jurisprudencia

El tratamiento de la protección de los derechos reales, en materia civil y agraria, tienen una gran importancia en todos los ordenamientos jurídicos que han consolidado una base constitucional arraigada en la protección de los derechos humanos fundamentales: junto a los derechos de libertad económica, entre los cuales se encuentra la propiedad privada y demás derechos reales derivados, también se han consagrados derechos-deberes económicos, sociales y ambientales.

La propiedad privada y la libertad económica, garantizados en el Código Civil encuentran protección constitucional en los artículos 45 y 46 de nuestra Carta Magna, y aunque parece obvio, su existencia, y defensa, obedecen a la permanencia de un Estado Social de Derecho, basado en principios y valores constitucionales, en los cuales se consagran no solo derechos a favor de los particulares, sino también deberes, con miras a alcanzar un desarrollo económico, con equidad, solidaridad y justicia social.

En consecuencia, si las normas y principios constitucionales de los derechos reales, tanto en materia civil, como agraria, son comunes, no es posible escindir, completamente, las dos materias. La autonomía de sus institutos, sean sustanciales, como procesales, siempre va a ser relativa. Al igual que existen rasgos comunes, también hay diferencias importantes, que obedecen a los momentos históricos, económicos, sociales y ambientales, que las han visto nacer y desarrollarse, según lo ha afirmado reiteradamente la Sala Constitucional.

La función y la estructura de los derechos reales, son comunes en ambas materias, pero su contenido es diverso. La función es la utilidad económica o social para el cual fue diseñado un derecho real particular, y la misma dependerá de la naturaleza (civil, agraria, ecológica, ambiental) del bien sobre el cual recae tal derecho. La estructura, se refiere al conjunto de derechos y obligaciones del titular de ese derecho real, impuestos por la legislación ordinaria, y modificados por la legislación especial, para responder a las necesidades de cada momento histórico.

Esa reflexión, de base constitucional, nos llevan a otra ulterior reflexión, cuales es, que los derechos reales también sufren un proceso de metamorfosis y evolución permanente, al ser parte de nuestra realidad cotidiana. Evolución que provoca la “multiplicación” y “especialización”, por materias de esos derechos reales. Así, solo para el caso de la propiedad, la diversa estructura y función de los bienes, de acuerdo a su naturaleza, conduce a hablar de diversos tipos de propiedad: la civil, la urbana, la agraria, la forestal, la horizontal, la intelectual, y así sucesivamente.

También se habla de posesión civil, agraria, forestal o ecológica. Igualmente, de servidumbres civiles, de aguas, agrarias, y más recientemente de servidumbres ecológicas.

En cualquier caso, la Constitución y el Código Civil son garante de la protección de tales derechos reales, para brindar no solamente seguridad jurídica a sus titulares, sino también, para obligar el cumplimiento de la función económica, social y ambiental, para la cual fueron concebidos.

La propia Sala Constitucional ha indicado “En cuanto a la propiedad agraria debe indicarse que cuando se reconoce la función social de la propiedad, el derecho de propiedad se configura como un derecho-deber, en el que existe una forma específica de ejercer las facultades del dominio, y se imponen al titular obligaciones como la utilización productiva de

la tierra” (Sala Constitucional, No. 4587-97 de las 15:45 horas del 5 de agosto de 1997).

Esta tesis, sostenida por nuestro máximo órgano jurisdiccional, y cuya jurisprudencia es vinculante, sí tiene un respaldo legal y doctrinal. Desde el punto de vista legal, la Ley de Tierras y Colonización, en los artículos 1 y 2 exige el cumplimiento de la función social de la propiedad, y a partir del artículo 141 y siguientes establecen la posibilidad de decretar la expropiación, frente al incumplimiento de la función social de la propiedad. Además, a partir del artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización, también se establecen otras posibilidades para resolver conflictos de ocupación precaria de tierras en propiedades ya inscritas.

Ese decir, no es posible hacer una lectura aislada de las normas del Código Civil, sin relacionarlas con la gran cantidad de Leyes especiales (tales como la Ley Forestal, la Ley de Suelos, la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley de Biodiversidad, entre otras), que de alguna manera condicionan el ejercicio del derecho de propiedad como poder-deber.

Las normas que les otorgan sustento jurídico a la acción reivindicatoria agraria y la de mejor derecho de posesión, son las mismas contenidas en el Código Civil¹. Tratándose de una causa agraria deben aplicarse los principios generales del derecho agrario y los criterios jurisprudenciales vertidos por la Sala Primera de Casación.²

¹ Conforme al artículo 316 del Código Civil a todo propietario le asiste la facultad de reclamar en juicio la cosa objeto de su propiedad, así como el libre goce de todos y cada uno de los derechos que dicha propiedad comprende; el 320 señala que puede dirigirse contra todo el que posea como dueño, salvo que otro la hubiere adquirido por usucapión; el 321 dispone que procede incluso contra quien poseía de mala fe y ha dejado de poseer, aún cuando el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor.

² La Sala “...ha erigido como principios generales del Derecho Agrario los conceptos contenidos en la sentencia N° 230 de las 16 horas del 20 de julio de 1990...”. Sala Primera de Casación, N° 50 de las 14:20 horas del 5 de agosto de 1993.

2. La posesión agraria ad-usucapionem y su tutela jurisprudencial

Tanto en la doctrina³ como en la jurisprudencia⁴, se han distinguido dos tipos de acciones de usucapición agraria: La común y la especial. La usucapición agraria común, requiere del cumplimiento de los requisitos exigidos en el Código Civil para poder adquirir por prescripción positiva. El actor debe demostrar el ejercicio de una posesión a título de dueño, en forma pública, pacífica e ininterrumpida. Pero dicha posesión no debe ser “civil”, sino agraria, lo cual implica el ejercicio de actos posesorios agrarios, tendientes a cultivar y mejorar el bien que se pretende usucapir, bajo el cumplimiento de la función social de la propiedad agraria. El plazo de la posesión requerida es el mismo, sea diez años.

En cuanto a los requisitos de justo título y la buena fe, también se exigen para la usucapición agraria común. El justo título puede ser traslativo de la posesión, caso en el cual el actor debe acreditar que ha adquirido de un anterior transmitente, sea por medio de una carta venta, cesión, donación, o incluso a través de prueba testimonial, pero debe demostrar el tiempo de la posesión personal y el tiempo de la posesión transmitida, para completar de ese modo la posesión decenal.

Cuando el poseedor no tiene título traslativo la doctrina civil ha negado la posibilidad de

usucapir bajo esas condiciones, pues aplica literalmente lo dispuesto en el artículo 853 del Código Civil, en cuanto a la usucapición ordinaria, aplicando restrictivamente lo previsto en el artículo 854.

La doctrina y la jurisprudencia agraria⁵, han aceptado reiteradamente la posibilidad de que el poseedor no tenga título, cuando se trata de una POSESIÓN AGRARIA ORIGINARIA, es decir, donde no hay ningún anterior transmitente. El poseedor ha ejercido en forma personal y directa la posesión agraria sobre el bien, como si fuera el dueño, y ha cumplido la función social. En tal caso, si tratándose del derecho a poseer la posesión vale por título, al año el poseedor originario cuenta con título constitutivo posesorio, apto para usucapir. Por esa razón a los poseedores agrarios originarios, si demuestran esa condición, no se les puede ni debe exigir título traslativo de posesión.

Con base en lo expuesto, la USUCAPION AGRARIA COMÚN, como acción tiene su fundamento en el artículos 853 y siguientes del Código Civil, más los principios generales y criterios jurisprudenciales señalados.

Especial atención merece la acción de USUCAPION ESPECIAL AGRARIA. Esta nace directamente de la legislación especial agraria y se distinguen, fundamentalmente dos tipos: una contenida en la Ley de Tierras y Colonización; y, otra en la Ley de Titulación para la Vivienda Campesina.

³ MEZA LAZARUS, Alvaro. La posesión agraria, San José, Librería Barrabás, 2ª. Edición, 1991, págs. 155 a 161. ZELEDON, Ricardo. Código Civil y Realidad. Ensayo. San José, Editorial Alma Mater, 1987, págs. 125-130.

⁴ Tribunal Superior Agrario, N° 111 de las 13:50 horas del 16 de febrero de 1994. Sala Primera de Casación, N° 68 de las 14:55 horas del 17 de agosto de 1994.

⁵ Sala Primera de Casación, N° 68 de las 14:55 horas del 17 de agosto de 1994. ZELEDON, Ricardo. Código Civil y Realidad. Ensayo. San José, Editorial Alma Mater, 1987, págs. 125-126.

La usucapión especial agraria está contenida en el artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización. El poseedor agrario debe reunir una serie de requisitos subjetivos y objetivos para que proceda su acción. "...es poseedor en precario todo aquel que por necesidad realice actos de posesión estables y efectivos, como dueño, en forma pacífica, pública e ininterrumpida, por más de un año, y con el propósito de ponerlo en condiciones de producción para su subsistencia o la de su familia, sobre un terreno debidamente inscrito a nombre de un tercero en el Registro Público."

Quien demuestre haber poseído en tales condiciones, durante más de diez años, pues inscribir su derecho de propiedad por el trámite de la información posesoria, o bien, plantear un proceso ordinario contra el titular registral del bien, para demostrar la usucapión especial agraria.

La particularidad de este tipo de acción, es que no exige demostrar el título traslativo ni la buena fe (artículo 101 de la Ley). La posesión agraria vale por título. El trabajo es el fundamento de la usucapión. El estado de necesidad justifica el actuar del poseedor, aunque sepa que el fundo no le pertenece. De esa forma, a través de esta acción de usucapión especial agraria, los poseedores sin tierra logran el "acceso" a la propiedad de fundos productivos, para satisfacer sus necesidades alimentarias y de su familia.

Finalmente, siempre dentro de las acciones posesorias, se tiende a proteger lo relativo a la denominada "posesión ecológica", criterio que ha sido utilizado por los tribunales agrarios para tutelar al poseedor que ha cuidado el bosque y los recursos naturales con actos omisivos y activos. Incluso, en la actualidad se han comenzado a plantear acciones tendientes

a declarar la USUCAPION ECOLÓGICA, en terrenos dedicados a la conservación del bosque virgen.

3. La prescripción positiva en el Código Civil y análisis crítico sobre la necesidad de su reforma. La experiencia comparada latinoamericana.

Nuestro ordenamiento jurídico está basado en principios democráticos y en derechos y valores consagrados constitucionalmente. Por un lado, la Constitución consagra el derecho de propiedad como institución jurídica, y garantiza su libre goce y uso, como derecho subjetivo, atendiendo a la naturaleza del bien de que se trate, pero respetando el interés público, pues nadie puede gozar abusivamente de un derecho en perjuicio de la colectividad. El derecho real de propiedad agraria, representa el dominio pleno, cuando se ejerce en todos sus atributos.

El derecho de posesión, puede adquirirse independientemente de la propiedad, siempre y cuando se reúnan las condiciones que exige el Código Civil (Artículo 279 del Código Civil): posesión pública, pacífica, ininterrumpida, de buena fe, y por mas de un año. Tal posesión debe ser ejercida a título de dueño, y mediante el ejercicio de actos posesorios agrarios, estables y efectivos, tendientes a cultivar y mejorar el bien. Cuando se consolida ese derecho de posesión, el poseedor puede llegar hasta a adquirir el inmueble por usucapión agraria, siempre y cuando el titular registral, es decir, el propietario agrario, que tiene derecho a gozar de los atributos dominicales, no interrumpa ese ejercicio, mediante las acciones protectoras de la propiedad o de la posesión. Incluso, la Ley autoriza, en el caso de la posesión precaria de tierras, la usucapión

contra tábulas, es decir, contra título inscrito en el registro público de la propiedad, cuando el poseedor, por necesidad suya y de su familia, cultiva un bien ajeno, para satisfacer las necesidades alimentarias familiares (artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización).

En el primer caso, el reconocimiento de un derecho de posesión a favor del poseedor, produciría efectos positivos, a fin de que el poseedor, eventualmente, pueda liquidar su estado posesorio y reclamar las mejoras que de buena fe introdujo en el inmueble ajeno. Sin embargo, hasta que no haya consolidado su derecho mediante la usucapión agraria, tienen un título débil, un *ius possidendi* (derecho posesorio), no oponible frente al título registral del propietario (artículo 319 CC) .

Por ese motivo en cualquier momento el titular registral puede reclamar, por las diferentes vías que le otorga el orden jurídico esa posesión. En el segundo caso, si el poseedor califica como poseedor en precario, el ordenamiento jurídico le otorga mayor protección al ocupante, pues el Instituto de Desarrollo Agrario, como ente encargado de resolver los problemas de tierras, está facultado para intervenir en la solución del conflicto, y adquirir el inmueble mediante expropiación o mediante compra directa a su propietario, a efectos de poder garantizarle a los poseedores en precario su permanencia en el fundo, y eventualmente otorgarles un contrato de adjudicación de tierras.⁶

El otro tipo de usucapión especial agraria era la contenida en la Ley de Titulación de

⁶ VIII.- En el presente caso, el actor, Jorge García Sandino, no se encuentra en ninguno de los supuestos anteriores, pues no ha consolidado ningún derecho de posesión agraria, de usucapión agraria, o de posesión precaria de tierras. Y ello es así, porque las aquí demandadas, como titulares registrales de dichos bienes, han ejercido las acciones de defensa de la propiedad, habiendo practicado diversos desalojos administrativos, a través del Ministerio de Seguridad, sobre esos inmuebles, que venían siendo objeto de ocupación ilegítima. Efectivamente, el a-quo tiene por demostrado que Pollitos del Caribe S.A. es la propietaria regis^{ra}l de la finca número 1.951-000, que según la prueba de reconocimiento judicial, y testimonial es donde está ubicado el lote reclamado por el actor (ver reconocimiento judicial de folio 260, testimonio de Jorge Arturo Morales Flores a folio 271), cuyas colindancias coinciden, en su generalidad, con las definidas en el Registro Público, siendo que al norte colinda con la Línea del Ferrocarril, y al Sur con la laguna o Muelle del Río Moín (ver certificación de folio 74 y croquis de folio 261). Si bien es cierto el actor alega en su recurso que tales colindancias no son las correctas, no desvirtúa con su afirmación el dato registral, ni la constatación que hiciera el a-quo al practicar el reconocimiento judicial. Y aún cuando no coincidiera la identidad del bien, faltaría un presupuesto más para la procedencia de su demanda, que requiere demostrar, en todo caso, la identidad física del bien reclamado. El actor no poseyó agrariamente el bien por más de un año, y con todas las condiciones que exige el ordenamiento jurídico. Por el contrario, a los pocos días de haber ingresado al inmueble, en julio del 2000, 22 días después, los propietarios registrales practicaron un desalojo administrativo, con la colaboración del Ministerio de Seguridad, y continuaron practicando varios desalojos sucesivos, a fin de evitar que las fincas continuaran con invasiones. Es necesario considerar, a propósito de la alegada "falta de cumplimiento de la función social" por parte de las demandadas, como propietarias registrales, que en este caso nos encontramos con una situación especial, que es el hecho de tratarse de fundos que tienen una mayor vocación "agroturística", por estar muy cerca del mar, y por ende los propietarios registrales realizan actos posesorios de conservación, a fin de mantener el atractivo turístico que ofrecen dichos inmuebles. Por otra parte, no estamos en presencia de un poseedor en precario. El mismo actor, al practicarse la confesional, admite que no depende de la agricultura para subsistir y es comerciante (folio 268). Por ese motivo, no podría calificar como poseedor en precario, aparte de que, como se dijo, no se ha mantenido en la posesión continua y pacífica del bien. Por ello su posesión momentánea, de pocos días, no puede generar ningún derecho a su favor, y está sujeto, como efectivamente ocurrió, a que los propietarios ejerzan sus acciones protectoras en defensa de la propiedad registral. En razón de todo lo expuesto, considera el Tribunal agrario que fueron correctamente aplicados los artículos 317, 277, 286 del Código Civil, en relación con el artículo 45 de la Constitución Política. También fueron correctamente aplicados los artículos 92 y siguiente de la Ley de Tierras y Colonización. (Tribunal Agrario, No. 752, de 11 horas del 11 de noviembre, 2003).

Vivienda Campesina. El Tribunal Superior Agrario conociendo este tipo de procesos ordinarios, referidos a la nulidad de titulaciones de vivienda campesina, había indicado que esta es una forma especial de usucapir en materia agraria. El poseedor debe ejercer actos posesorios agrarios sobre un inmueble destinado a vivienda suya y de su familia, a título de dueño, en forma quieta, ininterrumpida y pública, durante no menos de cinco años.⁷ De esa forma puede pedir que se declare su derecho por usucapión especial agraria, frente al propietario registral del inmueble, y solicitar que se inscriba su derecho como finca independiente en el Registro Público.

La declaratoria de inconstitucionalidad de esa ley dejó un gran vacío normativo y ahora los campesinos tienen que acudir al trámite de la información posesoria para poder titular.

Mientras eso ocurre, es necesario dar una solución jurisprudencial al tema de la Usucapión ordinaria aplicando el Código Civil, para permitir la inscripción de bienes aún cuando el poseedor no demuestre el justo título o título traslativo.

Si hacemos una breve recorrido por la legislación comparada latinoamericana, nos damos cuenta que la tendencia es a reducir más bien, a la mitad los plazos de la usucapión ordinaria agraria, dejando la extraordinaria en diez años. Si ello es así, para qué reforma? No será suficiente con una interpretación evolutiva de la jurisprudencia acorde a nuestra realidad social?

Efectivamente en Brasil, el Estatuto de la Tierra, reguló una usucapión extraordinaria de 5 años (hoy artículo 1239 del Código Civil del

2002). También lo hizo Colombia, en la Ley 200 de 1936, que establece una prescripción adquisitiva de dominio a favor de quien ejercita una posesión durante cinco años, en terrenos que se presuman baldíos, y la Ley No. 9 de 1989, redujo a 5 años la adquisición por prescripción extraordinaria sobre la vivienda de interés social, y en el caso de la prescripción ordinaria, lo redujo a tres años para que se pueda adquirir ese derecho.

En Italia, el artículo 1159-bis del Código Civil (introducido por Ley 346 de 1976), redujo la usucapión extraordinaria de veinte a quince años tratándose de fundos agrarios que son adquiridos en modo originario, y en caso de reunir el poseedor un título traslativo a non dómimo, se reduce a cinco años.

Más recientemente, el Código Civil de Bolivia, en su artículo 134, establece en 5 años el plazo de la usucapión ordinaria, cuando se presenta título idóneo, y el artículo 138 señala que “La propiedad de un bien inmueble se adquiere también por sólo la posesión continuada durante diez años”. Con esas dos disposiciones se reducen a la mitad los plazos de la usucapión ordinaria y extraordinaria.

4. El reconocimiento jurisprudencial de otros derechos reales agrarios: el usufructo y las servidumbres agrarias.

En vía ordinaria agraria, también se tramitan una serie de acciones reales distintas a la reivindicatoria o de mejor derecho de posesión, que están referidas mas bien a los derechos reales limitados.

⁷ Ley de Titulación para la Vivienda Campesina, artículos 1 y 3.

Las más comunes se refieren a los derechos reales de servidumbre y de usufructo. En nuestro Código Civil no se contempla de una manera expresa la protección a las servidumbres agrarias. Sin embargo, debe tenerse presente que su protección emana del capítulo general sobre las servidumbres⁸ en donde no existe una “tipicidad legal” de las mismas.

Las servidumbres agrarias forman parte de los “iura fundi”, sea de los derechos constituidos sobre el fundo agrario, para facilitar el ejercicio de la actividad, o aumentar diferentes medios para la constitución de las servidumbres civiles, pero están en función del fundo agrario y de la actividad.

Las más comunes y de mayor uso son las servidumbres fundiarias agrarias, que permiten el paso o salida de un fundo agrario (dominante) sobre otro (sirviente), sea para introducirse a pie, a caballo, en carreta, en vehículos, o maquinaria pesada, y de esa forma darle asistencia técnica a la actividad agraria y lograr sacar la cosecha o productos agrarios.

Aun cuando la servidumbre o derecho de paso este legalmente constituido (por convenio, o por disposición de última voluntad, o por destino de buen padre de familia), podrían plantearse conflictos sobre el uso de la servidumbre, o sobre la extinción de ese derecho real agrario.

En tal caso la acción deberá tramitarse en la vía ordinaria agraria.⁹

Igual ocurre cuanto se trata de fundos agrarios enclavados, sin salida a calle pública o sin salida suficiente y adecuada para las exigencias de la producción agraria sostenible. En tales casos, el actor (dueño del fundo agrario enclavado), debe dirigir la demanda contra todos los fundos colindantes, para lograr la constitución de una servidumbre forzosa de paso¹⁰, y de esa forma se garantiza el ejercicio de la actividad agraria, bajo el principio de que ningún fundo debe permanecer enclavado, improductivo.

Por otra parte, el titular de un fundo agrario, puede plantear la conocida “acción negatoria”¹¹, para rechazar un derecho real limitado (servidumbre, usufructo), que otra persona afirma que le pertenece sin haberse nunca constituido a su favor. Se trata de una acción declarativa, fundada en el principio de que los fundos se presumen libres, para defender la propiedad agraria frente al derecho que otro se atribuye para sí sin pertenecerle.

También puede alegarse, en vía ordinaria agraria, la extinción de un derecho real limitado, sea de servidumbre o usufructo agrario, cuando ha operado alguna de las causas previstas en el Código Civil, y especialmente cuando no se ha ejercido durante el plazo de diez años.¹²

⁸ Código Civil, artículo 370 y siguientes.

⁹ Sala Primera de Casación, N° 80 de las 14:30 horas del 19 de julio de 1995.

¹⁰ Código Civil, artículos 395 y siguientes.

¹¹ Tribunal Superior Agrario, N° 82 de las 13:40 horas del 31 de enero de 1996.

¹² Sala Primera de Casación, N° 26 de las 8:30 horas del 15 de marzo de 1991.

5. **Nuevas realidades, nuevas acciones: perfil moderno de la acción negatoria.**

La acción negatoria es también una acción real que puede ser ejercitada tanto por un propietario, como por quien ostenta legítimamente otro derecho real.¹³

La acción negatoria, en su perfil moderno¹⁴, tiene dos claros efectos. En primer lugar se trata de

una acción de cesación: Es la acción que tiene el propietario para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no consistan en la privación o detentación indebidas de la posesión. En segundo lugar, es una acción de abstención: El propietario tiene también acción para exigir la abstención de otras actividades futuras y previsibles del mismo género.¹⁵

En cuanto al requisito de la legitimación activa, en la acción negatoria, hoy día se

¹³ También se ha definido la acción negatoria de la siguiente forma: la que compete los poseedores de inmuebles contra quienes les impidan el libre ejercicio de los derechos reales, a fin de que esa libertad sea restablecida. (Artículo 2.800 del Código Civil Argentino). Esta acción se da contra cualquiera que perturbe el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, cuando se arrogue sobre él una servidumbre indebida... (Ver CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, op. cit., Tomo I, página 48). En principio, y a partir de las fuentes romanas, la acción negatoria era concedida básicamente al propietario quien, al verse inquietado o perturbado por un sujeto que se atribuía para sí un derecho de usufructo o servidumbre, solicita declarar la inexistencia de tal derecho. Refiriéndose a dichas fuentes romanas, la doctrina española cita los siguientes casos de acción negatoria: "Es ésta la acción propia del dueño de un fundo contra una persona que pretende tener un usufructo sobre el mismo cuando el propietario niega la existencia de este usufructo". "Es ésta la acción correspondiente al propietario de un fundo contra la persona que injustamente pretende tener un derecho de paso a través del mismo." "Es ésta la acción del propietario de un fundo contra la persona que pretende tener derecho a construir un edificio sobre su propio suelo, elevándolo más de cierta altura, cuando el actor niega que tenga tal derecho". (MARTIN-BALLESTERO, Luis. La acción negatoria, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 43). Desde esa perspectiva, estaba legitimado para ejercer la acción negatoria únicamente el propietario. El legitimado pasivamente podía ser no solo contra aquellos que pretendieren mantener una posible servidumbre, sino que bastaba con la existencia de un estado o situación de hecho que objetivamente se correspondiera con el ejercicio de una servidumbre o usufructo. De esa forma era una acción limitada. La doctrina tradicional exigía como requisitos de la acción negatoria los siguientes: "1. que el actor justifique en principio su derecho de propiedad (mediante la presentación del correspondiente título de adquisición de la cosa). 2. Que pruebe la perturbación que el demandado le haya causado en el goce de su propiedad (perturbación que ha de ser realizada con pretensión de ostentar un derecho real, pues para reprimir perturbaciones de puro hecho no hace falta acudir a esta acción). En cambio, no es preciso que pruebe el actor la inexistencia de la servidumbre o derecho real pretendidos por el tercero, pues es principio de derecho ya repetido que la propiedad se presume libre y que el que sostiene la existencia de limitaciones a la misma es quien debe probarlas". (CASTAN TOBEÑAS, Derecho Civil español, común y foral, ed. rev. por G. García Cantero, 2, vol. 1o., Reus, Madrid, 1992, p. 216, citado por Martin-Ballester, op.cit., p. 80).

¹⁴ La acción negatoria asiste al propietario para obtener la declaración de que la cosa objeto de su derecho no se encuentra sujeta al derecho que otro se atribuye sobre ella. Se llama negatoria o de libertad de la propiedad y puede ejercitarla todo propietario, poseedor o no, exclusivo o copropietario, tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles... Se trata de un medio de defensa contra la inquietación o intromisión en la propiedad ajena, cometida sobre la base de atribuirse un derecho... La acción no aparece expresamente regulada por el Código Civil, pero ha sido reconocida y regulada en su ejercicio por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sus requisitos de ejercicio sería fundamentalmente, los siguientes: 1. La justificación del dominio actual del actor. 2. La prueba de los actos de perturbación que el demandado ha causado en el goce o ejercicio del dominio. Esta perturbación tiene que haber sido realizada con la pretensión de ostentar un derecho real sobre la cosa, puesto que para reprimir perturbaciones de mero hecho puede utilizarse las acciones posesorias.... La acción negatoria produce, fundamentalmente, los siguientes efectos de una parte, la declaración de que no existe el pretendido derecho del demandado; por otra parte, la indemnización de daños y perjuicios que hay que unir a la cesación de la perturbación." (Ver MONTES, op. cit., páginas 106-108).-

¹⁵ (Ver como antecedente de las acciones protectoras a la propiedad: Tribunal Agrario, No. 586 de las 14:45 horas del 17 de agosto de 1995, y Voto 653-F-03 de las 10 horas del 30 de setiembre del 2003)

sabe que el título inscrito no es indispensable, pues la prueba del dominio puede hacerse por otros medios probatorios. El derecho del actor podría justificarse incluso a través de la posesión continuada.¹⁶

En punto a la legitimación pasiva, tampoco es exacta la tesis de que la perturbación ha de ser realizada con pretensión de ostentar un derecho real. Hoy la acción negatoria, como se ha dicho, cumple una función más amplia. Se habla de “acciones negatorias” para referirse a todas aquellas acciones de declaración negativa, por virtud de las cuales quien es titular de un derecho real pretende que se declare que otro carece de un derecho de la misma naturaleza sobre la misma cosa. Ello permite ampliar la acción negatoria a otros tipos de perturbaciones, distintas de las tradicionales y hoy, son comunes las perturbaciones materiales y ecológicas.¹⁷

6. Sobre la posesión, el usufructo y la prenda de derechos.

En algunos países, sobre todo en Europa, particularmente España, se ha difundido y admitido la posesión, el usufructo y la prenda de derechos.¹⁸

La posesión de un derecho supone la defensa interdictal del derecho mismo, y no de la cosa,

por quien de hecho lo ejercita sin ser su titular. Ello da lugar, eventualmente, a dos procesos interdictales distintos, uno que ejerce el poseedor del derecho y otro el poseedor de la cosa.

Esta parte de la doctrina también está de acuerdo en admitir en casos de créditos duraderos, por ser su pago de tracto sucesivo o diferido, la posesión de los mismos. Es decir, es posible la tendencia del crédito de hecho por que no es su acreedor. Por ejemplo el usufructuario de un crédito lo posee durante el usufructo mientras el crédito no venza y en calidad de poseedor y administrador del derecho recibe sus frutos. Igual ocurre con quien posee en prenda un crédito ajeno.

En estos casos, se ha permitido que el usufructuario y el acreedor pignoraticio puedan ejercitar las acciones reales de usufructo y de prenda para la conservación de tales derechos, pero no les es posible ejercitar el interdicto de retener el crédito, que es una acción posesoria ejercida para acciones reales.

Todo esto, trae la pregunta, se puede usucapir un crédito? A juicio de la doctrina sí, incluso se podría usucapir los créditos a tracto único. Por ejemplo, si el crédito perece porque el acreedor no ayudó a su satisfacción, dejando correr el plazo para la prescripción negativa

¹⁶ El actor, si bien debe demostrar la titularidad, no debe confundirse con el documento, lo importante es demostrar la propiedad del bien en virtud de una causa idónea para el nacimiento del derecho real. “En consecuencia, en la acción negatoria el actor podrá y aún deberá presentar su título de dominio, pero, si materialmente éste le falta, cabrán otros medios de prueba como los citados para que así, sin ninguna cortapisa, prospere su acción procesal” (MARTIN-BALLESTERO, La acción negatoria, op. cit., p. 82).

¹⁷ Por ello, ante cualquier perturbación manifiesta será viable una acción declarativa que afirme el dominio del actor y niegue que el otro carece de aquellos derechos o pretensiones motivo de su perturbación. “La acción negatoria será, por ejemplo, indiscutiblemente operativa en vía procesal en situaciones de defensa de perturbaciones manifiestas (o “soterradas”) que degraden o arruinen nuestro entorno ecológico, pues ello afectará nuestra calidad de vida.” (Véase MARTIN-BALLESTERO, La acción negatoria, op. cit., p. 92).

¹⁸ CANO MARTINEZ DE VELASCO (José Ignacio). La posesión, el usufructo y la prenda de derechos. Barcelona, Bosch, 1992.

de la acción crediticia, ni interpuso o reclamó la deuda extrajudicialmente, el crédito perece para él. Pero no puede perecer para quien lo ha poseído (en calidad de usufructuario o el acreedor pignoraticio), diligentemente y ha exigido el cobro de la deuda con reclamaciones judiciales o extrajudiciales. Desde ese ángulo, se produce en el poseedor del crédito una adquisición de la posesión durante un plazo determinado, con lo cual usucapó el crédito.

7. La accesión invertida y su ausencia en el Código.

La Sentencia No. 183, de 14:15 horas del 18 de octubre de 1991, es de gran relevancia por cuanto en ella se analiza, por primera vez, el concepto de accesión en contraposición a la accesión invertida o extralimitada, sobre la cual no existe una normativa expresa.

La accesión, como modo originario de adquirir los derechos reales, está consagrada en el artículo 505 del Código Civil. Pero en nuestro ordenamiento jurídico no existe una normativa positiva en relación con la accesión invertida, a diferencia de otros códigos como el suizo, el portugués, el venezolano y el español. Por ello es importante el aporte jurisprudencial en cuanto a la posibilidad de aplicar esta figura en nuestro país en virtud de criterios de política económica, social y de buena vecindad. De ahí que se establecen los requisitos para que dichos instituto pueda aplicarse de conformidad con una interpretación evolutiva del Código Civil costarricense así como las particularidades de la accesión invertida, desarrolladas por la doctrina.

8. Nuevos tipos de propiedad: multipropiedad.

Entre los nuevos tipos de propiedad, hoy se habla de la multipropiedad, la cual puede ser

vista como una especie nueva de propiedad temporal.

Este fenómeno se ha aplicado sobre todo a las residencias, en inmuebles sometidos a disposiciones hoteleras. Se constituyen sociedades inmobiliarias que construyen y después venden complejos edificados, divididos en unidades independientes, a las cuales se asocian servicios comunes.

El propietario de la unidad inmobiliaria no es el titular de un derecho de propiedad exclusivo. Más que la fracción individual del inmueble, él tiene la titularidad de una cuota de todo el edificio, y puede utilizar el inmueble solo por un período del año, indefinidamente por años sucesivos.

Se trata de una propiedad plena, pero circunscrita a ser usada en ciertos períodos del año.

La multipropiedad se ha difundido, porque constituye una forma de inversión inmobiliaria, empleándose capitales para realizar este tipo de inmuebles para su goce turístico-recreativo, permitiendo disfrutar el alojamiento en localidades turísticas en períodos de vacaciones.

En Europa, como consecuencia de su difusión, el Parlamento Europeo, y el Consejo, ha emanado actos normativos, particularmente la Directiva 94/47 del 26-10-94, ha fin de uniformar la legislación y regulación de este nuevo "derecho de goce" de inmuebles turísticos, que implican muchas veces negocios transfronterizos, y por consiguiente, significan una inversión que involucra la libre circulación de bienes, de personas, de servicios, de capitales. Las formas jurídicas utilizadas han sido diversas en cada uno de los países, lo cual

no da certeza jurídica a los adquirentes, ni formas de protección de su derecho. Por ejemplo, esas operaciones económicas pueden significar el riesgo de que no se restituyan los adelantos pagados por el futuro adquirente, o los gastos de gestión que no habían sido contemplados previamente. Es decir los adquirentes pueden encontrarse en una posición débil, frente a la sociedad inversionista.

En Italia, se ha implementado la Ley 427 del 9-11-98, sobre la multipropiedad, que la define en su primer artículo como el contrato “concluido por un periodo de al menos tres años, con el cual, directa o indirectamente, en contraprestación de un precio global, se constituye o transfiere, o se promete constituir o transferir un derecho real o bien otro derecho que tenga por objeto el goce de uno o más bienes inmuebles, por un período determinado o determinable del año no inferior a una semana”.

En esa ley, aparte de establecer las normas sobre la información detallada que debe ser suministrada al adquirente, se regulan los elementos mínimos de la contratación, lo relativo a mensajes publicitarios, y las acciones a las que puede tener derecho el adquirente en caso de incumplimiento o perjuicio.

En nuestro país, también existe un Proyecto de Ley que pretende regular este tema.

9. El régimen sucesorio en agricultura, y su reforma actual en los países Europeos.

En nuestra legislación especial, la Ley de Tierras y Colonización ha establecido un régimen sucesorio distinto de los bienes

de naturaleza agraria, en proyectos de parcelación del Instituto de Desarrollo Agrario. Específicamente en el artículo 69 de la Ley, se establece un orden de prelación legal, con la finalidad de garantizar la permanencia y competitividad de las empresas agrarias.

Sobre dicho régimen, ha dicho la Jurisprudencia¹⁹:

“Esta disposición consagra un régimen sucesorio específico para el Derecho agrario, diferente totalmente del Derecho Civil, el cual tiende a garantizar la indivisibilidad de la empresa. Se ha concebido como una sucesión en el contrato para suceder en la empresa, cuyo efecto último va a ser la sustitución en la titularidad de la propiedad, ahí se ubica la diferencia radical con el Derecho Civil en el cual se concibe básicamente la sucesión en la propiedad y no en la empresa o el contrato. Esto se explica porque el Derecho agrario es un derecho de actividad, donde lo importante es el ejercicio, el actuar, el hacer, y cuya representación se manifiesta a través de la empresa; contrariamente en el Derecho Civil lo importante es la propiedad, así como el goce y disfrute de ésta. El agrario es dinámico, el civil es estático. Es por ello que debió concebirse un régimen hereditario específico para el Derecho agrario.

La aplicación del régimen hereditario se vincula directamente con la característica de la asignación de ser un contrato de duración, en consecuencia desde el momento mismo en que el beneficiario se encuentra en el fundo y hasta que hayan transcurrido 15 años desde la inscripción del derecho en el Registro Público o se haya procedido a la cancelación de las

¹⁹ Sala Primera de Casación, No. 229 de 15 horas del 20 de julio de 1990.

obligaciones con el Instituto, el mismo operará plenamente, sin perjuicio de que (artículo 67) el Instituto pueda intervenir cuando actos post mortem pongan en peligro la unidad de la empresa o el sistema fundiario basado en una racional distribución de la tierra.

La determinación del sucesor en el contrato de asignación de tierras no es competencia de los tribunales civiles, ni tampoco de los tribunales agrarios, pues la Ley la otorgó exclusivamente al ente agrario encargado de la asignación, es decir, al Instituto de Desarrollo Agrario, por una parte para vigilar y proteger la integridad física del bien, y por otra porque en caso de no existir sucesor idóneo, en los términos establecidos por la ley (cuya calificación sólo puede realizar el Instituto, y no los herederos) el bien debe volver a la titularidad y patrimonio del ente agrario para que éste proceda a adjudicarlos a otro beneficiario que reúna los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.”

En Europa, recientemente, como consecuencia de los nuevos reglamentos y directivas en materia de desarrollo rural y recomposición fundiaria, a los fines de acrecentar la competitividad de sus empresas, se ha establecido también un nuevo régimen sucesorio, para todos los bienes que son destinados a la agricultura, a fin de evitar su división excesiva. Fomentándose mas bien la fusión de pequeñas empresas, en empresas más grandes, para hacerlas más competitivas.

10. Propiedad intelectual e indicaciones geográficas protegidas: propiedad privada o derecho de uso?

Ahora bien, si el Acuerdo TRIPS lo que protege, en principio, es la propiedad intelectual, y particularmente los derechos subjetivos que se derivan de ella, conviene preguntarnos sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones geográficas protegidas, y el fin que realmente tienen para su uso en el comercio local, nacional o internacional de los productos agrarios que se benefician de ellas.

Pero podría pensarse que el referido Acuerdo en realidad va mas allá, incluyendo preocupaciones no comerciales, derivadas justamente de la protección de los derechos humanos ya no de primera generación (propiedad individual), sino de la tercera generación, como son los derechos derivados de la seguridad alimentaria, y los derechos del consumidor.

El conflicto surge, en consecuencia, cuando el Acuerdo indica que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, e incluye a las indicaciones geográficas, las cuales tienen como fin esencial comunicar al consumidor la proveniencia y características del producto, a fin de evitar su uso ilegítimo y la usurpación de nombres, en la perspectiva de transparencia del mercado y defensa del consumidor.²⁰

²⁰ GERMANÓ, A. Le indicazioni geografiche nell'Accordo TRIPS, en Riv. Dir. Agr., 2000, p. 413, CARMIGNANI, D.A.A., No. 2, febrero, 2002, p. 86

En la doctrina agrarista se evidencian, al menos, tres posiciones, respecto a la calificación jurídica de las indicaciones geográficas o denominaciones de origen:

- a) La visión americana, califica tales institutos como derechos de propiedad intelectual (JIM CHEN²¹, CABRERA);
- b) La tendencia de la doctrina italiana es calificarlos como un derecho “con uso vinculado” (GERMANÓ, CARMIGNANI).

Se descarta, efectivamente, que sea un derecho subjetivo patrimonial de carácter exclusivo, por cuanto el uso de la indicación geográfica está ligada al respeto de la disciplina, en relación con las técnicas de producción y el lugar o territorio opera el empresario. Se trataría mas bien de un derecho de exclusiva que cubre no solo la técnica, sino también el producto y el ambiente de producción, pero quien lo utiliza no lo puede transferir. Por ello sólo indirectamente donde se reconoce al

productor la titularidad, que en realidad pertenece al territorio (vínculo territorial), generándose un derecho de uso vinculado a favor del productor agrario.²²

- c) Mientras que en la noción francesa, que compartimos, se trata de signos destinados a garantizar, en primer lugar, el origen geográfico de un producto, su tipicidad y su conformidad a una tradición, en segundo lugar, a informar al consumidor y a garantizar la seguridad alimentaria, por ello no podrían calificar como derecho subjetivo, como derecho de propiedad perpetuo (LORVELLEC)²³.

La advertencia de la doctrina europea, en el sentido de que el acuerdo TRIPS, reduce a una sola categoría (IG), bajo una óptica exclusiva de mercado, nos debe llamar la atención, pues de algún modo se estaría cambiando el fin de de los signos distintivos en agricultura (derogándose la excepción agraria), pues únicamente se toma en cuenta el “origen” del producto, y no tanto las características objetivas, con lo cual

²¹ CHEM, Jim. Le statut légal des appellations d'origine contrôlées aux États-Unis d'Amerique. R.d.r., 1997, n.249, p. 44-49.

²² “Diversamente da quanto accade per i diritti di proprietà intellettuale e industriale, nelle indicazioni geografiche la situazione giuridica soggettiva dell'imprenditore non é posizione assoluta, quel “diritto privato” segnalato dalle disposizioni generali del TRIPS, ma é posizione giuridica attiva condizionata, perché derivata da un provvedimento amministrativo, che delimita il contenuto del diritto di uso, prevedendo obblighi e modalità di fruizione, legando il potree dispositivo del produttore alla permanenza del collegamento tra prodotto e zona segnalata dall'indicazione geografica”. CARMIGNANI, Sonia. La tutela delle indicazioni geografiche nell'accordo TRIPS: localizzazione geografica del prodotto e mercato globale, p. 87.

²³ El jurista francés describe con un ejemplo práctico su posición, la cual traduzco para su mejor comprensión: “Aún cuando nuestros sistemas jurídicos son muy diferentes, no es posible ni en Francia ni en USA llamar propiedad un derecho sin titular y sin objeto definido. El es sin titular porque, como diría un no jurista, la DOC no pertenece a personas. Si yo produzco vino dentro de una zona beneficiada de una DOC, yo no estoy obligado a respetar las condiciones de cargas y yo vendería mi vino mediante mi marca “vins CHEN LORVELLEC”, con solamente mi dirección. Si yo vendo mi viñedo a un vecino, quien decide respetar las ce cargas, el podrá utilizar la DOC. Es decir, yo no puedo haberle transmitido un derecho que yo nunca poseí. Si ese vecino compra tierras fuera de la zona DOC, el no puede transferir cualquier derecho de mencionar la DOC, sobre los vinos que el producirá en ella. Será entonces una propiedad intrasmisible, intrasportable, donde los titulares no son designados. La DOC no es una marca colectiva donde un grupo de viñeros serán propietarios. La DOC no es jamás objeto de una apropiación privada y, sobre esa base, yo rechazo toda pertenencia de derecho de las DOC al derecho de la propiedad intelectual”. LORVELLEC, Louis. Écrits de droit rural et agroalimentaire, Paris, Dalloz, 2002, p. 388-399.

se pierden los indicadores de calidad, sobre los cuales el consumidor requiere ser informado. Es decir, se garantizaría la proveniencia, pero no la calidad²⁴.

Se trata de un claro ejemplo, de la diversidad de ópticas de las políticas agrarias norte-

americanas y del mundo globalizado, y de las políticas agrarias de la Unión Europea, orientada más a favor de la calidad y de la seguridad alimentaria, y de respeto a los derechos de información del consumidor. Cioé “il gusto” e la “qualità”, que desea y defiende el consumidor europeo.

²⁴ GERMANÓ, A. Le indicazioni geografiche, p.420; CARMIGNANI, S. La tutela delle indicazioni geografiche..., p. 88.

EL CRÉDITO DOCUMENTARIO: DE TÍTULO VALOR A PROMESA FIRME Y VINCULANTE.

José Rivera Varela.

Si bien algunos juristas cuestionan la idoneidad de analizar las figuras jurídicas desde el ángulo de su naturaleza jurídica, es a la luz de ella que la mayoría de teóricos examinan el crédito documentario moderno.

Epistemológicamente es comprensible que un pensador evolucione en sus conceptos y teorías, pues nunca se puede pretender haber alcanzado la verdad absoluta, como no sea por acto de fe.

Por otra parte, la realidad de los negocios internacionales, origen del Derecho Comercial Internacional, evoluciona a una velocidad mayor que la normativa y a menudo los sistemas conceptuales.

El crédito documentario, que es el término moderno y más adecuado para referirse a la primigenia carta de crédito, es tan antigua como los egipcios, fenicios y otras culturas. Sin embargo, en opinión del Dr. Kozolchyk fue en las posguerras que tuvo su mayor auge y lo ha sido hasta nuestros días. (Confer: El crédito documentario en el derecho americano, un estudio comparativo, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973, pp. 37-67)

Don Boris, escribió dicho tratado en 1966 en idioma inglés, y en su capítulo 23, se ocupa de "La naturaleza jurídica del crédito documentario." Al igual que lo han hecho abogados especialistas como:

Mc Curdy, Asquini, Satanowski, Torres, Hamel, Garríguez, Messineo, Olarra, Labanca, Barbosa, Rodríguez Azuero, Villegas, Molle, Pérez Vargas, etc. de diferentes países y continentes.

Para algunos ius civilistas se trata de un contrato mutuo, puro y simple, en el cual se acuerda prestar a una persona una suma máxima, cuya eficacia no está condicionada a ciertas formalidades. Para otros es una oferta en firme e irrevocable. Ciertos autores, consideran que es una promesa de un banco de pagar, aceptar giros librados por un beneficiario del crédito documentario. Lo cual se acerca más, según sus discípulos, a la promesa en beneficio de un tercero. Tesis bastante afín con la estipulación o promesa del hecho de un tercero, cuya causa es que el beneficiario presente los documentos representativos de la mercadería.

Asquini, Satanowski, Torres y Hamel, entre otros, conciben este instituto como una delegación imperfecta de la deuda del importador. Que en derecho romano sería novación o cesión, estima Kozolchyk. Añadimos, si bien las partes devienen diferentes a las iniciales.

Mientras que para Francesco Messineo, se trata simplemente de un mandato, en que el mandante es el importador, el mandatario el banco emisor del crédito documentario y el beneficiario de ese mandato es el exportador.

El ordenante-importador se obliga a reembolsar al banco emisor las sumas pagadas por el mandatario.

Para Rafael Olarra y Sergio Rodríguez estamos en presencia de una comisión, en la cual un comerciante hace encargos a un comisionista. Este actúa a nombre propio, pero por orden de un tercero. Entonces en el crédito documentario el importador es el ordenante, que le encomienda al banco emisor del mismo que realice pagos a nombre propio, a favor del exportador, pero por cuenta del importador. Tesis próxima al mandato sin representación.

El jurista Guillermo Barbosa, clasifica el crédito documentario como una simple gestión de negocios, en que el banco emisor administra divisas al importador y con base en ese convenio asume la obligación de realizar pagos al exportador-beneficiario.

Pero también, según Francesco Messineo la cesión de crédito ocurre cuando un acreedor cede ese derecho a otro acreedor. Por tanto, en el crédito documentario, a partir de un contrato bilateral entre el banco emisor y el importador, que ha obtenido crédito del primero, lo cede a favor del exportador-beneficiario.

Esta posición nos acerca a la delegación imperfecta o asignación, que en criterio de: Villegas, Asquini, Molle, Collagroso, Labanca, Satanowski, Torres y Hamel; explica la naturaleza jurídica del crédito documentario. Ciertamente en la promesa de pago de un tercero: el banco emisor, que es más solvente que el importador, se origina en un contrato bilateral: banco emisor-comprador. Pero simultáneamente, el importador cede esa facilidad crediticia, a favor del vendedor. De otra forma: **“el comprador, como cedente o delegante, estipulaba la incorporación de**

un tercero –el banco- al contrato, en calidad de cesionario.44” (Kozolchyk, Idem, p. 715).

En criterio de Díaz Picaso, lo que tiene lugar en el crédito documentario es una delegación imperfecta y acumulativa, a saber a) el deudor originario= delegante, b) asigna al acreedor= delegatario, c) un nuevo deudor delegado= banco emisor.

Dicha teoría es complementada con la delegación imperfecta pura/abstracta; de manera que en el crédito documentario, las partes son: a) el ordenante= delegante, b) banco emisor= delegado; y c) beneficiario = delegatario.

La jurisprudencia alemana, suiza y belga, abogan por la asignación: a- el banco emisor envía a un tercero un título. b- Ese título designa al asignado c- a efecto de que cumpla una prestación dineraria, que obvio, sería a favor del exportador.

Finalmente ha sido muy extendida la concepción de que el crédito documentario es un título valor, como los típicos: el cheque, el pagaré y la letra de cambio.

Pareciera que en nuestro medio, durante años, esta teoría ha sido la más difundida, pues incluso se considera que la materialización del crédito documentario, tiene lugar con la emisión de un documento formal, con las 7 características de los títulos valores.

Para repasarlas, nada mejor que basarnos en el resumen y análisis que realizaron los Magistrados de la Sala 1ª en 1998:

1- “La incorporación, mediante la cual se incluye un derecho en el documento, de tal manera que éste se convierte en un elemento

accesorio del título, teniendo que llevar una vida paralela al documento, pero independiente de la causa que le dio origen. En este sentido se dice que el derecho, que es una cosa incorporal, se materializa cuando se consigna en el título, formándose tal vinculación que se confunde el derecho con el mismo título. La forma de probar el derecho es con el título original, por lo que si se destruye, se pierde o extravía, el derecho desaparece.” ((Resolución 22-F-98, San José, marzo 4, 1998, 14 hrs., en general el destacado no es del texto y lo hemos sentitizado)

2- “La literalidad: delimita el contenido, la extensión y la modalidad del derecho que se incorpora en el título-valor. De la expresión literal se deriva el alcance del derecho y de la obligación consignados, de manera tal que las partes (originarias o sobrevivientes) saben a qué atenerse; conocen perfectamente el derecho o la obligación a que se someten, pues este principio les da certeza y seguridad en sus transacciones.” (Cfr. Idem)

3- “La autonomía: la posición jurídica de las partes y los derechos que se transfieren en la serie de relaciones cambiarias, generadas por el proceso de circulación de un título-valor, son independientes entre sí: el derecho adquirido, por el proceso de circulación del título, es originario y no derivado.”

4- “La legitimación, se refiere a la facultad del titular del derecho incorporado en el documento para transferirlo, ya sea, a título oneroso o gratuito, o bien, para darlo en garantía de otra obligación.” (Confer Ibidem)

5- “La circulación, es la característica por excelencia de los títulos valores, responde a la función asignada por la dinámica comercial: la negociabilidad de ellos, con la seguridad debida para

quien los adquiere. Por eso, suele denominárselos títulos circulatorios.” (Cfr. Op. Cit.)

6- “La legalidad o tipicidad cambiaria. Para que un documento produzca efectos como título-valor es indispensable que contenga las formalidades indicadas por la misma ley y cumpla con los requisitos por ella exigidos, excepto que los presuma.”

7- Y finalmente: “La indivisibilidad: el derecho consignado en el título-valor solamente puede ser ejercido por su titular.” (Cfr. Ibidem).

El Dr. Boris Kozolchyk, después de considerar sucintamente varias de las teorías sobre la naturaleza jurídica de los créditos documentarios, se pronuncia a favor de la concepción de título valor.

Resulta muy importante destacar también, que sin que hubiéramos leído la obra maestra de Kozolchyk, sino en el 2006; escrita en inglés en 1966 y publicada en Nueva York, curiosa y honrosamente coincidíamos con dicho especialista en varios puntos medulares: que el crédito documentario no es sólo medio de pago, sino sistema de financiamiento, crédito y garantía en transacciones internacionales. Por ende, no pudimos citarlo en nuestro trabajo publicado en el 2004, pero es proverbial la coincidencia:

“He aquí por qué sostenemos, junto con otros juristas, que el crédito documentario es una operación crediticia y no solo un medio de pago. Se trata de un instrumento que materializa una operación crediticia, de financiamiento y pago a favor del exportador.” (Rivera Varela, José: Contratación y medios de pago internacionales, Edit. Investigaciones

Jurídicas, San José, 2004, p. 244).
Probémos esa importante concurrencia:

1- **“La promesa de aceptar y pagar, o simplemente de pagar, contenida en dicho documento, cuando se formula de manera irrevocable, abre también al vendedor las puertas del crédito bancario e incluso, frecuentemente, las del crédito otorgado por el fabricante o el mayorista.”** (El crédito documentario en el derecho americano, un estudio comparativo, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973, p. 45, (subrayado no es del texto).

2-**“Estas y otras razones determinaron la aparición del crédito documentario a fines de la primera Guerra Mundial, llegando a ser desde entonces la institución jurídica más destacada en la financiación y forma de pago de las compraventas internacionales.”** (Op. Cit. p. 46).

3-**“El crédito documentario irrevocable representa el máximo nivel de seguridad y certidumbre que puede alcanzarse en el área de los instrumentos de crédito bancarios.”** (Idem, p. 486).

4-**“Como es lógico suponer, los bancos asumieron el papel principal en la operación crediticia, abriendo, notificando, confirmando el crédito, así como negociando las letras de cambio libradas con cargo al mismo.”** (Idem, p. 47). **“crédito documentario (...) negocio crediticio.”** (Idem, p. 112). **“...el uso del crédito documentario (...) que estaba alcanzando una gran aceptación entre los comerciantes como un mecanismo de obtención de crédito y pago de sus obligaciones.”** (Idem p. 142). **“A tal fin, se considera que merecen atención concreta: 1) El derecho a percibir**

la comisión y el interés , tanto por los servicios prestados como por la apertura del crédito.” (Idem p. 152).

5-**“El crédito documentario irrevocable y los efectos aceptados que circulan derivados del mismo, no obstante su función eminentemente crediticia, adquieren en la comunidad mercantil un alto grado de liquidez gracias al prestigio de quien los emite o acepta. La liquidez de la promesa incorporada al crédito documentario es, por ello, consecuencia de su certeza o seguridad jurídica.”** (Op.cit. p. 487, destacado es nuestro).

6-**“Algunas veces lo que se necesita es la constitución de una garantía real, en cuyo caso se requiere la entrega física del crédito documentario a efectos de constituir con el una prenda. En otras ocasiones, la necesidad radica en obtener, un nuevo crédito que permita el cumplimiento de los términos del crédito original. En este caso el mecanismo de la prenda se combina ingeniosamente con la apertura de un nuevo crédito subsidiario o back to back... que tiene su origen en las prácticas bancarias de los centros financieros más desarrollados.”** (Opus citatum, pp. 594 y 595).

7-**“En esencia la naturaleza de la obligación asumida por el banco en cualquiera de las fórmulas o usos a los que en la actualidad se ha extendido el crédito documentario y en virtud de los cuales este instrumento opera como garantía de la ejecución o cumplimiento de una obligación subyacente es la misma que caracteriza al crédito emitido para financiar una compraventa documentaria.”** (Ibidem, p. 772).

8- **“...dichos créditos se utilizan a veces**

como medio de pago de carácter subsidiario, otros como medio de reembolso en el supuesto de la constitución de una fianza o también como garantía de pago de la indemnización acordada en caso de incumplimiento defectuoso de una obligación contractual subyacente o de una obligación extracontractual.” (Idem, p. 772).

Empero este autor en 1966, un año antes de ser profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, concibía los créditos documentarios como títulos valores, al afirmar:

“Lo que no cabe discutir es que tanto la legislación como la jurisprudencia son conscientes de la tendencia general a considerar el crédito documentario como un instrumento mercantil perteneciente, por tanto, al campo de los títulos valores.” (Opus citatum, p. 729-730).

De manera indudable, en ese entonces, tomó partido a favor de que el crédito documentario es un título valor, así lo enseñó a los juristas costarricenses formados en esos 3 años. Pues sostiene:

“A nuestro juicio, si consideramos el crédito documentario irrevocable como una nueva especie de título valor, de instrumento particularmente mercantil (...) las soluciones a los problemas planteados anteriormente ganarán seguramente en congruencia y uniformidad.” (Idem, p. 732) Asimismo: “Por tanto puede afirmarse que el crédito documentario irrevocable es un instrumento mercantil (mercantile specialty), un título valor en el que se incorpora una promesa formal de pago de dinero.” (Op. Cit. p. 727).

El profesor Kozolchyk continuó con sus investigaciones en Derecho Comercial Internacional, obtuvo el rango de experto de la CCI, escritor en su Revista oficial “DCInsight-Letter of Credit”, retomó el análisis de las prácticas y costumbres de los créditos documentarios; todo lo cual lo llevó a modificar su pensamiento y enmendar su teoría acerca la naturaleza jurídica del crédito documentario.

Recientemente, en el Colegio de Abogados, de Costa Rica, (agosto 29, 2006); ante una pregunta concreta del auditorio de si consideraba que el crédito documentario es un título valor, respondió tajante e indubitadamente que no lo es, sino la letra de cambio que se libra a su amparo.

Lo anterior lo ratifica en su obra más reciente:

“Durante la Primera Parte de este libro hemos seguido la evolución de la obligatoriedad de las promesas de ejecución diferida para llegar a la conclusión que tras haber logrado un alto grado de exigibilidad y de abstracción estas promesas se han convertido en las más cuantitativamente significativas de nuestra época, con un volumen negocial de billones de dólares por día.” (La contratación comercial en el Derecho comparado, Editorial Dykinson, Madrid, 2006. p. 429).

Ahora el Dr. Kozolchyk se mueve hacia la promesa firme y vinculante a favor de un tercero, tal y como lo expusimos supra.

“ la Primera Parte de estas conferencias estudia la exigibilidad de las promesas de prestaciones diferidas –o también llamadas “executory promises” del Derecho Anglo Norteamericano- desde sus inicios como

“pactos nudos (...) hasta su proliferación actual, cuando lo que era excepción hasta el siglo XVIII es, en términos cuantitativos, la norma. Muchas de estas promesas de ejecución o prestación diferidas ahora vinculan al promitente desde su emisión. Esto sucede incluso cuando la promesa es “abstracta”, es decir, exigible con independencia de la causa o causas de su emisión y de las acciones y excepciones provenientes de los negocios jurídicos subyacentes.” (Idem, 2006, p. 1-2).

No cabe la menor duda de que el profesor y especialista internacional ha modificado su concepción del crédito documentario, como título valor hacia un compromiso, promesa bancaria firme, vinculante, autónoma, abstracta e independiente:

“Como es bien sabido (...) muchas de las promesas mercantiles contemporáneas, tales como las incorporadas a los títulos de crédito o valor, a los créditos documentarios y a las garantías bancarias exigibles a primera demanda o independientes, no requieren de causa y son obligatorias independientemente de la contratación subyacente y de sus respectivas causas. Esta abstracción, producto de la ineludible certidumbre que requiere el tercero comprador, prestamista o acreedor, es responsable de la comercialización de instituciones tan tradicionalmente civiles como los contratos de hipoteca y mandato, entre otros.” (Ibidem, p. 98-99, el destacado es nuestro).

Es importante señalar que estas mismas características de la naturaleza jurídica del crédito documentario están recogidas en el UCP-500, art. 3 de CCI:

“Los créditos son, por su naturaleza, operaciones independientes de las ventas o de cualquier otro contrato en los que puedan estar basados y a los bancos no les afectan ni están vinculados por tal/ es contratos/s, aún cuando en el Crédito se incluya alguna referencia al/a los mencionados contratos. Por lo tanto, el compromiso por parte de un banco de pagar, aceptar, y pagar instrumento/s de giro o negociar y/o cumplir cualquier otra obligación incluida en el Crédito no está sujeto a reclamaciones o excepciones por parte del Ordenante, resultantes de sus relaciones con el Banco Emisor o con el Beneficiario.”

Por otra parte, también el autor ahora parece acercarse a los teóricos que explican el crédito documentario como una estipulación a favor de un tercero:

“...la stipulatio constituyó uno de los primeros contratos “abstractos” o independientes de sus relaciones causales o de los derechos y obligaciones, acciones o excepciones pre-existentes.” (Op.cit. 2006, p. 31).

Es justo reconocer, que el autor en estudio, desde 1966, ya había señalado algunas peculiaridades del crédito documentario que difieren de los títulos valores, estadounidenses: la no transferibilidad y negociabilidad, del mismo, por una parte. (Cfr.

El crédito documentario en el derecho americano, p. 721)

Tampoco la doctrina estadounidense considera que el crédito documentario sea **“una promesa incondicional por escrito”** (Confer, Idem, p. 722). Una tercera objeción concierne a que

no se requiere la presentación del original para ejercer los derechos del instrumento. Finalmente otro tema de discusión importante es “la necesidad ineludible de la causa.” (Ibidem. p. 722).

Es digno y pertinente destacar que los Magistrados de la Sala apuntada supra, ya habían derivado, lo mismo, en 1998:

“Sin embargo, señálanse diferencias que impiden considerarla como título valor, según otros principios de estos. Verbigracia, la incorporación, si la carta se extravía, puede ser reemplazada sin mayores dificultades. Nada obsta para que se haga el pago con base en una copia existente en manos del banco, sin exhibición del documento original, pues lo exigido es el cumplimiento de los requisitos derivados de la misma carta.

Al respecto, la doctrina afirma que el pago sería válido, incluso oponible a terceros, lo cual no sucede en el caso de los títulos-valores. En estos, como se dijo, el pago implica la exhibición del documento, pues

de lo contrario, cualquier tenedor legítimo de éste podría ejercitar los derechos, sin poder oponérsele como excepción el pago de la deuda a persona distinta.

De igual manera, en relación con el principio de legitimación, se apunta, la transferencia de un crédito documentario -la carta de crédito es producto de éste - se realiza por medio de la cesión de la obligación. De tal manera, la carta de crédito, no es negociable en los términos de los títulos-valores, los cuales gozan de canales ágiles y específicos para transferir los derechos. Otra diferencia importante, entre la carta de crédito y los títulos-valores, es que en éstos, la orden o promesa de pagar una suma determinada de dinero ha de ser incondicional.” (Voto citado).

En conclusión, el Derecho Comercial deviene conforme la realidad de los comerciantes, nacionales o internacionales, evoluciona. Asimismo los escritores, sobre estos temas, los juristas y las mismas normas se han de ir adecuando, repensando y modernizando. Es absolutamente legítimo desde el punto de vista de la teoría de la ciencia o epistemología, que los autores reanalicen lo que escribieron hace años.

Está un reto adicional en la mesa de discusión mundial y es repensar todas las teorías, acerca del crédito documentario; y sobre todo la de títulos valores, en general, a raíz del comercio electrónico, su validez y eficacia jurídicas. Sin duda que los jurisconsultos tendrán que revolucionar su pensamiento. Tesis sobre la cual el Dr. Kozolchyk también coincidió, en el evento nacional apuntado.



EL PRINCIPIO SOCIETARIO DE LA CONTINUIDAD DE LA REPRESENTACIÓN FRENTE A LA SOCIEDAD ACÉFALA.

*Carlos Andrés D'Alolio Jiménez**

SUMARIO

1. Delimitación del problema.
2. El representante orgánico y su relación con el mandato mercantil.
3. El supuesto del vencimiento del plazo del cargo de consejero en el 186 del Código de Comercio y la tesis jurisprudencial dominante.
4. El elemento teleológico obviado en el 186 del Código de Comercio.
5. Reglas hermenéuticas aplicables frente al 186 del Código de Comercio.
6. Conclusión.

* Juez Supernumerario y Especialista en Derecho Comercial de la UCR.



EL PRINCIPIO SOCIETARIO DE LA CONTINUIDAD DE LA REPRESENTACIÓN FRENTE A LA SOCIEDAD ACÉFALA.

Carlos Andrés D'Alolio Jiménez

1. Delimitación del problema.

En la práctica judicial, las sociedades anónimas constantemente se ven enfrascadas como partes formales dentro de las contiendas.

La frecuencia con la que estas personas jurídicas aparecen en los procesos, especialmente en el rol de demandadas, tiene una clara explicación. Ésta va más allá de verlas como una herramienta para la unión de los esfuerzos de varios individuos para conseguir el fin de lucro.

Las sociedades anónimas son un perfecto escudo frente a la posibilidad de enfrentar un litigio. Constituyen una forma asociativa que pone límite a la responsabilidad patrimonial de cada socio hasta el monto de su aporte. Sus accionistas, nunca serán llamados a juicio, en razón de la ficción que las dota de personalidad jurídica autónoma. Ni siquiera es necesario que ellos mismos vengán a ejercer la representación directa de la sociedad. Todo eso las convierte en las figuras sociales favoritas de quienes quieren sacar provecho de tales ventajas para disminuir el riesgo personal en sus negocios.

Y cuando el desenvolvimiento o resultado de esos negocios, llega a rozar con los intereses

de otras personas, estalla un conflicto. A grandes rasgos, esa es la génesis de una demanda judicial.

Al poner en marcha el aparato jurisdiccional, lo natural, es que el reclamo de la parte actora en contra de una sociedad anónima, deba trasladarse a ésta, a fin de que ejerza el derecho de defensa por medio de sus representantes.

Empero, para lograr tal cometido, pueden aparecer múltiples trabas. Una de ellas, es la posibilidad de que el plazo de nombramiento del apoderado de la sociedad anónima, ya hubiere expirado. Ese obstáculo, a no dudarlo, es capaz de detener el avance del proceso y es bastante común. Es esa hipótesis del vencimiento del cargo, la que interesa y está enunciada en el artículo 186 del Código de Comercio.

La jurisprudencia, ha abordado el tópico, y a su manera, desentrañó el sentido de la norma de comentario. Bifurcó las posibles soluciones y uno de los caminos escogidos, cuestionablemente, pasa por el numeral 266 del Código Procesal Civil. Se declara a una sociedad anónima como acéfala. Precisamente, ahí va a radicar el quid del asunto, como se explicará.

Hay que recordar un detalle, antes de emprender el análisis. Las sociedades anónimas, son entes. Como sujetos de derecho, participan de una de las características propias de los cuerpos de los seres vivos. El legislador decidió que también tuvieran una composición orgánica. Tienen un órgano deliberativo, que es la asamblea de accionistas. Un órgano contralor, que es la fiscalía. Y finalmente, un órgano gestor y representativo, que es la junta directiva. Es en éste último compartimiento del cuerpo, en donde está la cabeza visible.

En efecto, la testa de la sociedad anónima, generalmente está personificada en el presidente del consejo de administración. Esa posición, puede ser compartida con otros directivos. Por imperio de ley, al presidente se le otorga la representación judicial y extrajudicial. Cuando su plazo de nombramiento se vence, la jurisprudencia ha expresado que entra en juego la posibilidad de que la sociedad haya quedado acéfala, descabezada. La finalidad de estas líneas, es determinar si tal afirmación, incluida en reiterados pronunciamientos, es o no, certera para todos los casos.

2. El representante orgánico y su relación con el mandato mercantil.

A efecto de examinar los alcances del principio de continuidad de la representación, es

conveniente tener en cuenta la disección que la doctrina ha hecho de la sociedad.

En materia societaria, ha predominado la teoría orgánica como modo de explicar la estructura de la persona jurídica.¹ Esta corriente de pensamiento, predica que la sociedad anónima, es un organismo. Está idealmente dividida en varios órganos básicos. A grandes rasgos, todos esos órganos tienen funciones distintas pero que deben coordinarse entre sí, para que el ente funcione en el plano interior y para que tenga contacto con el exterior.

Así, hay un órgano en donde se forma la voluntad y se discuten las decisiones. Otro encargado de su ejecución y uno más, cuya tarea es controlar el adecuado funcionamiento de toda la estructura. La ley y el contrato, le asignan a cada órgano, determinadas funciones y un ámbito de acción. A eso, se le denomina competencia funcional y es ella la que viene a llenar de contenido y a definir al órgano mismo².

Como se mencionó, las actuaciones de los órganos que componen al ente, llegan a repercutir internamente (en la misma vida social) y externamente (en las relaciones jurídicas frente a terceros).

Las personas que actúan dentro de cada uno de esos órganos, no lo hacen en su esfera

¹ Para Alegría, "la teoría del órgano trata de identificar y calificar la distribución interna de funciones y competencias en una sociedad y, en ciertos casos su proyección externa. (...) Por ende, existirá, (según el grado de evolución orgánica identificado por el tipo social) un órgano de gobierno (asamblea o reunión de socios), otro u otros de administración (administradores, gerentes en la sociedad de responsabilidad limitada, directorio, consejo de administración, comité ejecutivo, etc), eventualmente uno de representación diferenciado del de administración, y órganos de contralor interno (sindicatura, consejo de vigilancia)" (Alegría, (Héctor). La representación societaria. Revista de Derecho Privado y Comunitario 6: Representación, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, p. 247).

² La teoría orgánica, ha tenido acopio en el seno de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En el voto 489-F-05 de las 9: 30 horas de 13 de julio de 2005, se consideró que una sociedad tiene cuatro órganos, incluso. A saber, órgano deliberativo, órgano gestor, órgano de vigilancia e incluso, un órgano representativo (encarnado en el presidente).

personal. Se dice que sus actos en ese papel, no son los de un mandatario, sino que se le endilgan a la sociedad anónima misma. Sus actuaciones, toman un matiz de orgánicas.³

La junta directiva, es el órgano gestor y es un reflejo de lo anterior. A tenor del 181 del Código de Comercio, debe estar compuesta al menos por un presidente, un secretario y un tesorero. La corriente organicista, presenta un desarrollo importante, que consiste en derivar del órgano llamado Consejo Directivo, uno adicional, que habita en su interior y con características propias. Es el órgano de representación.⁴

Es cierto, que la Junta Directiva se encarga de la administración en general, pero ella misma requiere de un directivo en especial, que ayude a dar ejecución y efectividad a los cursos de acción que la sociedad vaya a

emprender. Vendrá a ser la fuerza motriz que hace cumplir los acuerdos sociales. Asimismo, aspira a ser un sujeto visible frente a terceros y que se obligue frente a ellos.

En una sociedad anónima, todos esos atributos se materializan en su representante orgánico.⁵

El pacto constitutivo o posteriormente, la asamblea de accionistas, por medio de un acto unilateral que expresa confianza, le da investidura a ese consejero para que ocupe ese cargo.

El representante orgánico expresa la voluntad de la persona moral y para la ciencia jurídica, es su voz misma. No hay pluralidad de sujetos, sino que se le considera como parte integrante del todo, como un verdadero órgano. Todos los negocios del ente que el representante cristalice, se le imputan a la sociedad directamente.

³ Messineo condensa en forma perfecta esta idea: “ (...) Se puede decir que la relación que tiene lugar entre persona jurídica y órgano en general, (...) es una relación que debe llamarse, precisamente, orgánica, para expresar que existe, en cierto modo, compenetración entre persona jurídica y órgano; y no separación, como la hay entre representante y representado, que tienen cada uno, propia voluntad y autonomía. La actividad del órgano de la persona jurídica, se desarrolla, a diferencia de la del representante, también en la vida interna de la persona jurídica (gestión y administración), y, eventualmente, fuera de toda la relación con los terceros. La relación orgánica es una relación intrínseca en la vida de la persona jurídica” (Messineo, (Francesco). Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo II, parágrafo no. 41, 1979, p. 414).

⁴ Roitman expresa la importancia del órgano de representación: “En este caso, el ordenamiento societario ha fijado un cartabón de representación para las anónimas, que fija en cabeza de una sola persona el reporte de la sociedad en sus relaciones externas. El presidente del directorio, amén de encabezar el órgano encargado de la administración y de la gestión operativa de la sociedad en su ámbito interno, ha de ser el nexo que la vincule con todos aquellos terceros con los cuales la persona jurídica interactuará en el cumplimiento de las actividades que hacen a la consecución de su objeto. De allí que la condición de presidente del directorio abarque dos facetas capitales de la estructura orgánica de las anónimas: su exclusiva representación legal, con potestades de obligar a la sociedad ante terceros, y la conducción de su dirección administrativa y operativa” (Roitman, (Horacio). Representación en la Sociedad Anónima. Revista de Derecho Privado y Comunitario 6: Representación. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, p 280).

⁵ Sostiene Galgano que los administradores son el poder ejecutivo de la sociedad por acciones y que es particularmente fuerte y con amplios poderes de decisión. Su competencia es general, en contraposición a la competencia especial de la asamblea. Agrega que tienen poderes autónomos de decisión, de iniciativa para llamar a actividad a la asamblea y los poderes de ejecución propiamente dichos (Galgano, (Francesco). Derecho Comercial. Las Sociedades. Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, volumen II, tercera edición, 1999, pp. 356 y 357).

Ese sujeto persona física, funge como representante. Posee un haz de potestades enorme⁶. Su labor es delicada. Nótese que las decisiones que tome (siempre que en apariencia versen sobre actos no irregulares, que no riñan manifiesta y groseramente con el objeto social), van a ser válidas y a obligar a la sociedad frente a terceros de buena fe (sujetos que no tienen porque manejar al dedillo todas las restricciones y lineamientos internos de una sociedad).

Incluso, en algunos casos, como en la concreción de negocios ordinarios, actuará independientemente de la expresión de voluntad de la asamblea de socios y del resto de integrantes del consejo directivo. Esto es así, en razón de que el representante orgánico debe contar con un ancho margen de maniobra para hacer fluido el proceso de toma de decisiones rutinarias.

El artículo 182 del Código de Comercio, expresa que la representación judicial y extrajudicial de la sociedad, le va a corresponder al presidente del consejo de administración. Igualmente abre la posibilidad de que a otros de los consejeros se les permita compartir tal atribución. En esa norma, la representación orgánica antes descrita, cobra vida en el ordenamiento societario nacional. El presidente, investido con esas facultades, se convierte en un verdadero órgano más de la sociedad anónima.

Esa situación, desde un punto de vista estructural, viene a ser diferente al típico mandato civil, en donde las figuras del mandante y el mandatario son sujetos que no

se confunden y únicamente están relacionados por un nexo contractual. Valga decir, como ejemplo, que el mandatario, no es una parte u órgano del mandante. El mandante puede seguir haciendo sus negocios por sí mismo, sin que sea indispensable el mandatario. En contraste, una sociedad anónima (en el hipotético de que se quede sin ese órgano de representación), queda incompleta y maniatada para actuar. En el mandato, el mandatario siempre tendrá la directa y vertical supervisión del mandante y su responsabilidad civil es contractual. En cambio, el representante orgánico, como administrador, por efecto de la distribución de competencias, estará en un plano horizontal, al lado de la asamblea de accionistas. Además, puede ser objeto de una acción de responsabilidad civil, pero de naturaleza extracontractual y una vez que se haya desligado de la sociedad.

Empero, el numeral 182 del Código de Comercio, pone a caminar paralelamente a la representación orgánica de la materia societaria y a las reglas del mandato general y generalísimo, propias del Derecho común.

Esto se ha justificado, porque en el presidente concurren las condiciones de cabeza del ente y a la vez, de apoderado generalísimo de la sociedad.

Como se dijo, la representación orgánica, es algo distinto a la representación negocial. Pero el 182 ibídem, viene a mezclar ambos conceptos. Ello acarrea de manera indirecta, que el cargo del presidente y sus facultades, deba inscribirse como un mandato.

⁶ La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en voto 489-F-05 de las 9: 30 horas de 13 de julio de 2005, consideró que en materia de representación, el presidente tiene poderes amplísimos, omnímodos. Cualquier limitación puesta por los socios, no le afecta. Empero, en este último aspecto, el fallo sí estima que hay diferencia con otros representantes distintos del presidente.

Para que produzca efectos frente a terceros, debe otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil (235 d) y e) del Código de Comercio y 1251 in fine del Código Civil).

No obstante a la hora de darle aplicación a toda esa normativa, se ha dejado de lado que esos poderes inscribibles, deben ser analizados dentro de un contexto comercial y no meramente civil. Se hace hincapié, en que el presidente de una sociedad anónima, más que un mandatario de la misma, debe ser visto como un órgano representativo de ella, integrante de su estructura. De suyo viene, que sería un imperativo volver los ojos al mandato mercantil. Aunque el representante orgánico no es un mandatario strictu sensu, se ha establecido que es menester que se desenvuelva bajo las mismas reglas de diligencia que éste.⁷

Esta afirmación es la piedra angular para entender la importancia de que el presidente, con todo y el vencimiento del plazo de su cargo, siga fungiendo en su puesto. Ese es el espíritu del 186 del Código de Comercio, como se explicará. Permitir el normal funcionamiento de la vida social, hasta que la asamblea accionistas, órgano competente, ponga remedio a la situación, según el inciso c) del 155 ibídem.

La preponderancia que se le ha dado al hecho de la inscripción registral (1251 del

Código Civil), ha eclipsado en gran medida, el cometido del 186 del Código de Comercio. La formalidad, se ha convertido en un fin en sí misma. Se sobrepone el contenido del 1251 del Código Civil, a la especial función que realiza el representante orgánico, que tiene impacto en la vida social, al interior y al exterior.

Se aprecia una marcada influencia del Derecho Civil y del típico mandato civil y se soslaya el carácter autónomo del Derecho Comercial frente a la rama civil, cuya aplicación debe ser residual, a tenor del artículo 2 del Código de Comercio.

Para entender el papel del representante orgánico, no se ha echado mano del mandato mercantil. En él, la vigencia de la inscripción ya producida, cede ante la necesidad de protección a los intereses y patrimonio del comerciante. Siempre propende a la continuidad del mandatario, hasta la finalización del encargo, sin que la vigencia de la inscripción registral del poder general o generalísimo, sea óbice para alcanzar lo crucial. Ello se puede observar con más fuerza, en las reglas que rigen al factor (artículos 314, 315, 320 y 321 del Código de Comercio). Sus poderes subsisten mientras no se le notifique la revocatoria del cargo, fallezca o se venda el establecimiento mercantil. Sus obligaciones se mantienen incluso más allá de la muerte del dueño del negocio. De ahí, que se puede inferir que la caducidad del cargo, a nivel registral, no impide que siga en funciones, en salvaguarda de los intereses del comerciante.

⁷ El doctrinario italiano Brunetti estima que en las sociedades por acciones, los administradores están obligados a los deberes impuestos por ley y por el acto constitutivo con la diligencia del mandatario. Así, al representante orgánico, a pesar de sus diferencias con el mandatario mercantil, se le puede sujetar al 1710 del Codice Civile (Brunetti, (Antonio). Tratado del Derecho de las Sociedades. Buenos Aires, Uteha Argentina, volumen II Sociedad por Acciones, 1960, p. 452).

Situación análoga (y sin la inscripción de poderes), sucede en la normativa que regula la figura del comisionista mercantil (artículos 273, 277, 294 y 295 del Código de Comercio). Por el hecho de no haber rehusado el encargo a tiempo, está obligado a practicar las diligencias de conservación de los efectos del comitente, hasta que éste provea un nuevo encargado. En el mismo sentido, cuando el comisionista ya ha ejecutado algunos actos, ya queda forzado a concluir el encargo. Todos esos supuestos persiguen la consecución de un interés superior, que es la tutela de la actividad comercial y la protección del patrimonio del comerciante.

Asimismo, sirven para demostrar que en materia mercantil, no se puede aplicar de manera fría e inmediata, la regla de la terminación del mandato civil por la expiración del plazo (inciso segundo del 1278 del Código Civil), con la rigurosidad del Derecho común. El factor no puede irse y dejar a su suerte el establecimiento. El comisionista no puede abandonar el encargo sin más.

En ambos casos, la ley les impone un deber de ser prudentes y esperar a que el interesado tome medidas para normalizar la situación. En ese mismo sentido, no es dable tampoco, que el representante orgánico, deje a la sociedad anónima desprovista de su cabeza y como presa fácil del entramamiento. Si se le venció su plazo de nombramiento, debe esperar la actuación de la asamblea de accionistas. Antes de aceptar el cargo, él era sabedor de esa posibilidad y de ese deber de prudencia.

El ordenamiento mercantil, provee al operador jurídico de soluciones y a ellas debe acudir con prioridad frente a otras ramas jurídicas. No debe olvidarse, que conforme al inciso c) del artículo 5 del Código de Comercio, las

sociedades anónimas son consideradas como comerciantes y de ahí, su directa relación con el mandato mercantil. Todo ello, para el tema objeto de análisis, puede tomarse como analogía para concretar el sentido del 182 del Código de Comercio y proteger el desarrollo y avance de la actividad que realizan los órganos societarios bajo la perspectiva del Derecho Mercantil.

3. El supuesto del vencimiento del plazo del cargo de consejero en el 186 del Código de Comercio y la tesis jurisprudencial dominante.

El artículo 186 del Código de Comercio preceptúa: “Concluido el plazo para el que hubieran sido designados, los consejeros continuarán en el desempeño de sus funciones hasta el momento en que sus sucesores puedan ejercer legalmente sus cargos”.

La expresión de “concluido el plazo para el que hubieran sido designados”, atiende sin dudas a la situación del vencimiento. Al hablar de “los consejeros”, hace referencia a cualquier directivo, incluyendo el presidente. La frase “continuarán en el desempeño de sus funciones”, ejemplifica la continuidad en los puestos que la norma pretende propiciar y contiene un verbo imperativo.

La parte final de la norma reza: “hasta el momento en que sus sucesores puedan ejercer legalmente sus cargos”. Es esta expresión última la que debe recibir más atención, porque la mención de las palabras “sucesores” y “legalmente”, ha sido la base para interpretación jurisprudencial que aquí se pone en tela de duda. Los alcances que se le han dado, opacaron al verbo de la norma (“continuarán”), que debería ser de aplicación

genérica para todas las posibles situaciones de hecho que involucren la caducidad de plazo de nombramiento.

Como se ha indicado, el problema a estudiar, se refiere específicamente al vencimiento del plazo en los cargos de los personeros que sean representantes de la persona jurídica.

La importancia de éstos, para efectos procesales, estriba en el hecho de que ellos son quienes deben ser puestos en conocimiento de la demanda judicial y son ellos mismos quienes la pueden contestar.

Cuando el Juzgador va a cursar la demanda, es menester que revise la personería jurídica de la parte accionada, a efecto de enterarse quiénes son los llamados a atender el proceso a nombre de la sociedad anónima.

Si se descubre que los nombramientos están caducos, toma vigor la interpretación que se ha hecho de la parte final del 186 del Código de Comercio, en olvido del verbo del artículo.

Jurisprudencialmente se ha interpretado lo que esa frase final quiere decir. Se ha

supeditado las soluciones, a la comprobación que pueda hacer la parte actora, de que ya hay nombramiento de nuevos miembros de junta directiva de la accionada, presentado en el Registro Mercantil. Tal y como se afirmó al inicio, la jurisprudencia ha marcado dos posibles caminos.⁸

En primer lugar, se ha dicho que el numeral 186 del Código de Comercio, se aplica únicamente al caso que estando vencido el cargo de los representantes, ya se encuentre anotada en el Registro Mercantil el acta de asamblea con el nombramiento de nuevos directivos. Así, se asume, que de acuerdo al 1251 del Código Civil, el poder generalísimo otorgado a los nuevos personeros, empezará a surtir efectos jurídicos y plena oponibilidad ante terceros, hasta que se culmine en forma perfecta el trámite de inscripción. Sólo en ese supuesto de anotación, se permite la continuidad de los anteriores directivos, entendiendo que la sociedad no queda acéfala en ese ínterin.

Eso no es objeto de crítica, porque en alguna medida respeta la letra del 186 del Código de Comercio y mantiene intacta la integridad orgánica de la sociedad anónima.⁹

⁸ Estas posiciones están deslindadas en la difundida obra de Parajeles Vindas (Gerardo). Curso de Derecho Procesal Civil con jurisprudencia. San José, IJSA, Volumen I Disposiciones generales, proceso ordinario y procesos abreviados, cuarta edición, 2002, p. 255-256.

⁹ La disparidad en el trato de situaciones que atañen a la aplicación del 186 del Código de Comercio, se ha prolongado en el tiempo. Vid resoluciones del Tribunal Superior Civil de San José nº 618 de las 8:30 horas del 28 de julio de 1976; del Tribunal Primero Civil de San José número 977 E de las 8:50 horas de 20 de julio de 1994; 1132 M de las 9:45 horas de 24 de agosto de 1994; 458 L de las 7:40 horas de 20 de junio de 2002; 648 L de las 8:45 horas del 25 de junio de 2003 (aquí se extrapola la revocatoria del cargo a la hipótesis del vencimiento prevista en el 186 del Código de Comercio); 54 de las 9:05 del 19 de marzo de 1997, 67 de las 9:10 horas del 27 de febrero de 1998 del Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera;. Cabe destacar el voto 20 F 2000 de las 15:35 del 12 de marzo del 2000 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Este fallo enfoca un ángulo distinto. Se basa en la apariencia y su importancia. Versa sobre la aptitud del apoderado que ya renunció (pero que sigue funcionando de hecho) para obligar a la sociedad mandante ante terceros de buena fe. Empero establece tangencialmente que el requisito de legalidad al que se refiere el 186 del Código de Comercio, no es otro que la inscripción del mandato generalísimo según el 1251 del Código Civil). Abre paso a que se siga dividiendo la aplicación de la norma mercantil cuando hay y cuando no hay nuevos nombramientos anotados.

El segundo supuesto, propone una tesis censurable. Se ha afirmado, que en el caso de que los cargos estén vencidos, y no se evidencia que hay sucesores nombrados, la sociedad anónima, habrá quedado acéfala. Ello, de pleno derecho, obligará al Juez a ignorar a los representantes que venían fungiendo en sus puestos y a llevar a cabo unas diligencias para celebrar una Junta de Socios bajo las reglas del 266 del Código Procesal Civil.

Esta segunda hipótesis propuesta por fallos de los Tribunales, cercena la continuidad de los consejeros, ordenada expresamente por el 186 del Código de Comercio.¹⁰

Bajo una tesis civilista del mandato, la presentación de un documento al Registro Público, se vuelve más importante que el aseguramiento del funcionamiento constante del organismo social.

Desde que la parte actora y el Juzgador, no toman en cuenta al representante orgánico con el nombramiento caduco, la sociedad queda sin director y a la deriva. Eso, es lo que el legislador no deseaba que ocurriera en ningún momento.

Nótese que el verbo empleado en el numeral de comentario, es “continuarán” y se enuncia como aplicable genéricamente a todos los

posibles hechos que se puedan subsumir el artículo. Esto es conteste con la idea de conservar íntegro el cuerpo de la persona jurídica y va entrelazado con la concepción de un mandato mercantil, que en todo instante fuerza al mandatario, a mantenerse como gendarme del patrimonio del comerciante.

La interpretación jurisprudencial de la frase “(...) hasta el momento en que sus sucesores puedan ejercer legalmente sus cargos”, se hace en un sentido que contraría la necesidad de conservar completa la estructura orgánica de la sociedad anónima.

Se practica el ejercicio hermenéutico, con carácter restrictivo. La continuidad del representante orgánico queda supeditada a la prueba de un hecho concreto. La sociedad anónima sólo podrá desenvolverse, si la asamblea de accionistas hace nuevos nombramientos y además, los presenta al Registro.

Se da a entender que si esa anotación no se comprueba, el antiguo representante con el cargo vencido, puede marcharse sin más¹¹. Mientras tanto, la sociedad anónima, y durante un lapso indeterminado y susceptible de alargarse, queda sin conductor a lo interno y sin cabeza visible frente a los terceros. Ni a lo externo ni a lo interno puede hacer ejecutar las acciones necesarias bajo una

¹⁰ Se mantiene la línea de bifurcar el alcance del 186 del Código de Comercio. Se puede ejemplificar este pensamiento en las resoluciones números 434 de las 8:15 horas de 28 de agosto 1992 del Tribunal Superior Segundo Civil de San José, Sección Primera; 1869 de las 8:45 horas de 18 de diciembre de 1991 del Tribunal Superior Primero Civil de San José; 209 de las 9:00 horas del 25 de mayo de 2001 del Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Segunda.

¹¹ El voto 1189-N de las 8:15 horas del 11 de agosto de 2004, vertido por el Tribunal Primero Civil., hace un examen interesante. La ilustre cámara, se cuestiona si la permanencia en el cargo, va referida a cuestiones administrativas, judiciales o ambas. Llegan a la conclusión de que para efectos procesales o judiciales, la continuidad en el cargo, está en dependencia directa a la anotación registral del nombramiento de sucesores. No así para cuestiones administrativas, como adquirir obligaciones de crédito, en donde la finalización del plazo no le permite al personero, obligar a la sociedad.

forma legal, aunque fueren urgentes. Bajo esa tesitura de los Tribunales, la vida social queda paralizada. Se quita todo dinamismo al organismo societario y se provoca la ruptura de la integridad orgánica. El desarrollo de la actividad queda entrabado, y se deja abierta la puerta para que el anquilosamiento y la inercia, se apoderen de la escena.

Como agravante, durante todo ese tiempo, el objeto social, no se estaría cumpliendo. Ello genera el potencial riesgo de que algún sujeto entable una acción de disolución basado en la causal que apunta el inciso a) del artículo 201 del Código de Comercio y 542 del Código adjetivo. Podría alegar que hay imposibilidad de realizar el objeto social, al no haber un administrador que ejecute los acuerdos de asamblea.¹²

La idea de no dar entrada a la aplicación del 186 del Código de Comercio para los casos en que no se comprueba la existencia de documento pendiente de inscripción, puede tener sus explicaciones en un afán de propiciar el impulso procesal. Nació bajo el amparo del ordinal 155 del Código de Procedimientos Civiles derogado. Este artículo, hoy corresponde al 266 del Código Procesal Civil.

Se sustenta en un temor de que los asambleístas de una sociedad anónima, dolosa o culposamente, no tengan la iniciativa

de nombrar un nuevo representante. Así, en teoría, la Junta de Socios los obligaría a verter la declaración de voluntad que por competencia funcional les corresponde. Y en el último caso de que no concurrieren al acto, el Juez quedaría autorizado para sustituir esa voluntad y hacer el nombramiento de curador procesal. La intención, resulta loable, pero viene a agregar pasos que el 186 del Código de Comercio, en ningún momento indica. Ni siquiera en su frase final. Y puede acarrear inconvenientes.

Es sabido que en la práctica, las Juntas de Socios, suelen ser poco efectivas. Normalmente se dicta el auto con la convocatoria y se publica el edicto en el Boletín Judicial. Eventualmente, pueden llegar algunos socios y sobrevendrá la dificultad de conseguir el registro de accionistas y que los asistentes porten sus títulos de participación para revisar la doble legitimación del 688 del Código mercantil. Pero en múltiples ocasiones, no llegan deliberadamente o porque no advirtieron la existencia del edicto. Así las cosas, se obliga al Juzgador a tomar el listado de curadores procesales y a hacer una selección. La parte interesada debe comprobar el depósito de los emolumentos. El elegido, aún, deberá aceptar el cargo y recibir copias de los autos y la demanda. Asimismo, deberá recibir plazo para contestar. A ello se le suma el riesgo de que las gestiones defensivas no sean las mejores. El accionante, para entonces, ya ha

¹² Brunetti, autor italiano, señala que el consejo de administración se caracteriza por ser un órgano colegial, permanente y necesario. La permanencia no admite soluciones de continuidad. Este autor invoca a Fré, para explicar la necesidad. Sin órgano administrativo, no hay funcionamiento. Si faltan los administradores la sociedad queda expuesta a no conseguir el propio objeto y eso puede ser causa de disolución (Ver Brunetti, *op. cit.*, p.454-456). Estas mismas ideas tienen repercusión en España: " El órgano de administración es necesario y permanente. Es necesario, tanto para constituir la sociedad como para su ulterior funcionamiento; una de las menciones inexcusables de estatutos, es precisamente, la relativa a la estructura y a otros aspectos de funcionamiento del órgano de administración (...) Y permanente, porque despliega una actividad gestora dirigida a la consecución de los fines sociales, que no puede sufrir solución de continuidad" (Uría, (Rodrigo); Menéndez (Aurelio); García de Enterría, (Javier). La Sociedad Anónima: Órganos Sociales: Los Administradores. Curso de Derecho Mercantil. Madrid, Civitas, Volumen I, 2001, p. 895).

sido presa de la mora judicial y el vía crucis de los múltiples ruegos escritos para lograr el avance del proceso¹³.

En síntesis, la pretendida celeridad queda totalmente sacrificada y los intereses de la sociedad anónima, quedan en manos de un sujeto que es totalmente ajeno a la realidad social de la persona jurídica. El remedio termina alimentando al disvalor que el mismo espíritu del 186 del Código de Comercio, quería combatir.

Así, en el potencialmente largo interregno, la sociedad anónima demandada se queda acéfala, incompleta y carente de cancerbero. Sin representante orgánico que la encabece y sin apoderado judicial y extrajudicial que la defienda y actúe por ella.

¿No sería más lógico desde un punto de vista jurídico-mercantil y práctico, permitir la continuidad del consejero para todo supuesto de vencimiento del cargo?

4. El elemento teleológico obviado en el 186 del Código de Comercio.

Es necesario, ir a buscar el thelos de la norma. El Código de Comercio costarricense, promulgado en 1964, no se acompañó de una exposición de motivos adecuada que le diera tratamiento individualizado al numeral 186.

La doctrina comercial y el Derecho Comparado, son valiosos para entender el fin de ese artículo.

En Italia, hay datos legislativos que guarda alguna equivalencia con el 186 del Código de Comercio nacional. Son los ordinales 2385 y 2386 del Codice Civile.

El elemento teleológico ahí contenido, es evitar en todo momento la acefalía y el vacío de poder en la administración que pudiera dejar el vencimiento del plazo del nombramiento de los consejeros o directivos.¹⁴

¹³ Incluso, el auto en el que se nombra al curador procesal o al representante que elija la Junta, de cualquier forma, carecería de alzada. Así se ha considerado por principio de taxatividad de los recursos. La apelación queda mal admitida. Ver Voto n° 320 de las 14:20 horas del 31 de agosto de 2005, dictado por el Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera.

¹⁴ El profesor Certad, fundamentándose en las apreciaciones del autor italiano Gastonne Cottino, explica que esa intención de proteger la dirección de la sociedad, es la ratio legis del 186 del Código de Comercio. Un análisis profundo e inspirador del presente artículo, puede consultarse en Certad, (Gastón). La Administración de la Sociedad Anónima I, II y III. En Revistas de Ciencias Jurídicas 69 y 70 de 1991 y en Antología de Derecho Comercial II, Universidad de Costa Rica, 1997, pp. 266- 314.

Los ordinales italianos, no sólo se limitan a arreglar el entuerto ocasionado por el vencimiento del plazo de nombramiento del consejero. También dedica sus incisos, a resolver otros problemas. Entre ellos, la renuncia de uno o varios consejeros, la muerte, la revocación del cargo.

Pero como se dijo, lo que interesa en estas líneas, se constriñe a la hipótesis del vencimiento.¹⁵

Las diversas respuestas a cada problema, van a depender de la conformación que tenga el consejo directivo. En esa nación europea, puede ser plurimembre o unimembre.

Se puede ejemplificar el tratamiento jurídico suponiendo que existe una junta directiva plurimembre tripartita. Si sufre varias bajas, se propicia la conservación del órgano.

Por ejemplo, si tenía tres integrantes y uno de ellos renuncia o se le vence el plazo de nombramiento, los dos sobrevivientes (mayoría de los originales) pueden escoger un suplente para llenar la vacante interinamente. Esta situación perdura hasta la siguiente asamblea ordinaria de socios. A este sistema, se le llama sustitución por cooptación. El órgano gestor se auto-reconstituye.

En otra hipótesis, si de los tres miembros originales, sólo quedan uno (minoría), él convocará a una asamblea extraordinaria de socios. Será ahí en donde se designe a los otros dos integrantes y ocuparán los cargos hasta completar otro período de nombramiento.

Soluciones equivalentes se producen cuando en teoría el órgano gestor sea unimembre. El administrador único al que se le venció el plazo o dimitió, no puede romper su ligamen con la sociedad de inmediato. Tiene que esperar y mantenerse en su cargo, hasta que se produzca una asamblea de socios que nombre a su relevo. En Italia, se le atribuye la misión de convocar a esa asamblea, al órgano de vigilancia, toda vez que el órgano gestor era unipersonal.

La problemática sobre la que versan los ordinales 2385 y 2386 del Codice Civile, es casi idéntica a del 186 del Código de Comercio costarricense. Empero, se aclara que en Costa Rica, la junta directiva es plurimembre y no unimembre, según el 181 ibídem. Además, se puede agregar que el sistema de sustitución por cooptación explicado, no es aplicable a nuestra realidad. Ello, en razón de nuestro 155 del Código de Comercio. Ese artículo impide que el mismo órgano gestor, se arrogue una competencia que es exclusiva de órgano

¹⁵ Messineo sostiene que hay un interés público en que la sociedad tenga siempre un administrador, o unos administradores en situación de funcionar. Su estancia en los puestos, es indispensable y va más allá del período inscrito en un registro de las empresas. Explica sobre el vencimiento del plazo: "La cesación de los administradores, por vencimiento del término de duración en el cargo, el cual no puede exceder los tres años (...), tiene efecto solamente desde el momento en que el consejo de administración haya sido reconstituido (art. 2385, segundo apartado). De lo contrario, en el intervalo, la sociedad quedaría privada de administradores. De ello se sigue que la duración en el cargo de los administradores excede de la establecida por la asamblea, y puede, de hecho, superar el máximo de tres años consentido por la ley" (Messineo (Francesco). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo quinto, parágrafo no. 152, 1979, pp. 472-473). Idéntica opinión tiene Brunetti, que manifiesta que "Los administradores pueden también cesar en el cargo por haber transcurrido el plazo para el que fueron elegidos. En tal caso, tendrán que permanecer en el cargo hasta que el consejo sea reconstituido" (Ver Brunetti, *op.cit.*, p. 461).

deliberativo. Sólo la asamblea de accionistas nombra a los consejeros.

En España, acorde con los artículos 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y 126 del Reglamento del Registro Mercantil, rige el principio de temporalidad de los administradores. Ahí, los nombramientos duran cinco años, con posibilidad de reelección.

El vencimiento del plazo o caducidad de nombramiento, es visto como una causa objetiva de cesación, conforme al 145 del reglamento indicado. Pero se aclara que ese cese, no se produce instantáneamente.¹⁶ Se da hasta la celebración de la siguiente Junta General de accionistas. O bien, hasta que haya transcurrido el plazo para celebrar la siguiente Junta ordinaria. Por acaecidos esos eventos, para su oponibilidad a terceros, el cese debe inscribirse a instancia del cesante o de la sociedad misma en un plazo máximo de ocho días, según el 262 del Código de Comercio español.¹⁷

En síntesis, a partir de las respuestas que el Derecho Comparado da, se puede llegar a una gran conclusión. Jamás se permite que la sociedad anónima quede acéfala porque

los directivos renunciaron o se les venció el plazo. Ni siquiera por períodos breves. Eso es el denominador común.

Tampoco, existe esa exigencia probatoria de demostrar la anotación de un documento en el que se nombre un sucesor del directivo apoderado, como presupuesto para aplicar plenamente esos artículos 2385 y 2386 del Codice Civile. No se discrimina que para unos casos de vencimiento del plazo, sí y para otros no.

La doctrina nos ilustra que hay uniformidad en la interpretación. La finalización en el cargo (por dimisión o caducidad del nombramiento), no tiene efectos inmediatos. Los surte, hasta el momento en que el consejo de administración o junta directiva, sea reconstituida. Se respeta la integridad orgánica porque es de interés público.

5. Reglas hermenéuticas aplicables frente al 186 del Código de Comercio.

El 186 del Código de Comercio, simple y llanamente ordena que los directivos que tienen el plazo del nombramiento caduco, continúen en su puesto hasta que sus sustitutos los releven.

¹⁶ Garrigues es contundente en cuanto al fin contenido en el 186 del Código de Comercio: "Los administradores no cesan automáticamente en el ejercicio de su cargo por el simple transcurso del plazo para el que fueron nombrados; siguen como administradores, con una prórroga de hecho, hasta que sean designadas las personas que hayan de sustituirles en el cargo, con el fin de evitar la paralización de la vida de la sociedad" (Garrigues, (Joaquín). Curso de Derecho Mercantil, Bogotá, Editorial Temis, séptima edición, tomo II, 1987 p. 179).

¹⁷ En España se insiste en que el órgano de administración de la sociedad anónima no sólo es necesario, sino también, permanente. El registrador español no inscribe el documento de cesación hasta que la sociedad cuente con algún administrador con capacidad de convocar a asamblea y poner remedio a la situación. Ello hace presumir que el administrador con el cargo vencido o que renuncia, no termina funciones de una vez, sino que se debe mantener en el puesto. Por eso se cuenta con los sistemas de la cooptación, el nombramiento de suplentes, la convocatoria a junta por cualquier administrador que permanezca en el cargo y la posibilidad excepcional, a falta de convocante, de acudir al Juez. Al respecto, ver Vicent Chuliá (Francisco). Introducción al Derecho Mercantil, Valencia, Tirant Lo Blanch, onceava edición, 1998, pp. 314-317. En Costa Rica, la cooptación no es posible, a diferencia del sistema de nombramiento de suplentes, que sí puede constar en el pacto constitutivo, conforme al 185 del Código de Comercio.

Como se vio, la razón de ser de tal disposición legal, es conservar la integridad y funcionamiento orgánico de la sociedad anónima como persona jurídica. Ese es el valor tutelado.

Por eso, aunque el cargo de apoderado generalísimo, registralmente esté vencido, expresamente la ley misma patrocina la continuidad en el puesto. Ser un representante orgánico, tiene un significado diferente y especial. Va más allá de ser un mandatario en el sentido civil de la palabra. Implica responsabilidades y privilegios particulares, y todos se deben examinar dentro de un contexto mercantil. El deber de diligencia del representante orgánico, se maximiza.

De la lectura del 186 del Código de Comercio, se desprende que no debe haber soluciones de continuidad. El verbo de la norma, sin más agregados, preceptúa que los consejeros de plazo vencido, sigan en el cargo para el que la asamblea de accionistas, los invistió.

Bajo esa inteligencia, se concluye que una interpretación literal, es coincidente con el fin de la norma.¹⁸ Ese es el resultado perseguido por el ordenamiento. El aforismo latino de “in claris non fit interpretatio”, se hace patente. No queda espacio para la analogía ni para la interpretación sistemática en cuanto al fin del 186 del Código de Comercio. El legislador, puso en la balanza a la caducidad, la integridad orgánica y a la tutela del patrimonio del comerciante. Sin duda, le dio mayor peso a éstos últimos dos valores.

Por otro lado, debe añadirse a la discusión, otra regla hermenéutica de capital importancia. Es

la que predica que el operador jurídico “no puede distinguir en donde la norma no lo hace”. El 186 del Código de Comercio, tiene un sentido unívoco y es el imperativo de la continuidad a pesar de la conclusión de un plazo de nombramiento. De la revisión del texto del artículo, no figura ninguna discriminación para casos en que se demuestre o no, la anotación registral del acuerdo de nombramiento de sucesores.

Eso ha sido un agregado artificial de la tesis jurisprudencial dominante. Como se vio, la concepción civil de terminación del mandato por vencimiento del plazo del 1278 del Código Civil, también desprotege al patrimonio de la sociedad anónima comerciante y la pone en riesgo de disolución. Ese disvalor, es precisamente el que el legislador quería evitar. Así, a nada bueno conduce, pensar que la frase “hasta el momento en que sus sucesores puedan ejercer legalmente sus cargos”, permite “decapitar de oficio” a la sociedad anónima si no hay documento presentado al Registro Mercantil. El mantenimiento de una constante representación orgánica, es el umbral y antecedente lógico del momento de transición entre consejeros. La perfecta inscripción del mandato general o generalísimo a favor de nuevos consejeros sustitutos, es el punto en el que culmina esa transición.

Así, en atención a ese presupuesto vital, no puede ser bien visto, que el aparente vacío de poder que deja el vencimiento del cargo, sea apadrinado en forma oficiosa por el Juez. La búsqueda de permitir el avance del proceso y la economía y celeridad procesal, ha sido mal entendida.

¹⁸ Respecto a este criterio hermenéutico en específico, puede consultarse en Díez-Picazo (Luis); Gullón (Antonio). Sistema de Derecho Civil. Madrid, Tecnos, volumen I Introducción, Derecho de la Persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica. Novena edición, 1998, pp. 170-171.

Reza el numeral 3 del Código Procesal Civil: “Al interpretar la norma procesal, el juez deberá tomar en cuenta que la finalidad de aquella es dar aplicación a las normas de fondo. En caso de duda, podrá acudir a los principios generales del Derecho Procesal”. Acorde con lo transcrito, el papel de las normas procesales, es meramente instrumental.

Es decir, la ley procesal, declara que ella no es un fin en sí misma.

En el caso sometido a estudio, el artículo 186 del Código de Comercio, es una norma de carácter sustantivo. El 266 del Código Procesal Civil, es un artículo de corte adjetivo.

Por ello, no es concebible, que por aplicar la regulación atinente a la convocatoria a una junta de socios, se esté propiciando un vacío de poder temporal en una persona jurídica que responde a la teoría orgánica. Y además, una prolongación de la acefalía por causas procesales, a raíz del problema práctico que genera la convocatoria judicial.

Lo que el 186 del Código mercantil persigue, es que la sociedad anónima comerciante como organismo, siempre cuente con el consejero que conforma su cabeza. Y que ese sujeto, no tenga la carta blanca del Juzgador para marcharse, hasta que llegue su relevo. Todo en armonía con el 182 del Código de Comercio y con el deber de diligencia del mandatario mercantil, que tangencialmente se relaciona con el punto.

6. Conclusión.

El elemento teleológico contenido en el artículo 186 del Código de Comercio, consiste en evitar que se produzca la acefalía de la sociedad anónima y el vacío de poder en la administración.

Ese fin se concreta con una interpretación literal de la norma, dándole toda la preponderancia a la noción de continuidad.

La aplicación del numeral, debe abarcar a todos los supuestos de vencimiento del cargo de los consejeros. No importa que se pruebe o no, que ya hay un nombramiento de sucesores anotado en el Registro Mercantil. El legislador, al promulgar el 186 del Código de Comercio, no hizo ninguna distinción expresa en ese aspecto.

La caducidad del plazo de nombramiento, no obsta para que el representante orgánico (a la vez apoderado judicial y extrajudicial de la persona jurídica), se mantenga en su cargo hasta que la plena conformación de la junta directiva quede reconstituida por la asamblea de accionistas.

El representante orgánico es la cabeza del cuerpo llamado sociedad anónima. De ahí, que la ley ampare mantener la integridad de la persona jurídica en todo momento.

El 182 del Código de Comercio, viene a fundir en el presidente de la sociedad anónima, las condiciones de representante negocial, procesal y orgánico. En consecuencia, al estar en presencia de materia comercial, debe pesar sobre el consejero apoderado, el deber de diligencia propio de los mandatarios y factores mercantiles. Ello justifica que aunque su cargo haya caducado, debe seguir protegiendo el

patrimonio e intereses de la sociedad anónima comerciante que representa.

En la actualidad, la tesis jurisprudencial imperante, reconoce a medias tal necesidad. Empero, cuando no se prueba la inscripción registral de un documento de nombramiento de consejeros sucesores, los fallos judiciales reiterados tienden a transgredir el 186 del Código de Comercio por falta de aplicación.

Bajo una concepción formalista, se desecha la posibilidad de reconocer la continuidad del representante con cargo vencido. Se le ignora y tácitamente se le autoriza a desentenderse de las consecuencias del proceso entablado contra la sociedad anónima. A la vez, se emplea de manera oficiosa el procedimiento para convocar a una junta de socios, estatuido en el 266 del Código Procesal Civil. Ese proceder apareja el indebido predominio de una norma procesal por encima de una norma de fondo.

Las juntas de socios, en la práctica, pocas veces son exitosas. Provocan tardanza. Si fracasan, debe nombrarse un curador procesal, ajeno a la realidad de la sociedad.

El uso de ese trámite, provoca un período de acefalía. Durante ese lapso de indeterminada duración, el funcionamiento de la sociedad queda trabado y sobreviene una posible incapacidad para cumplir el objeto social. Se crea el riesgo de configurar una causal de disolución.

Se llega a la conclusión de que la interpretación literal del 186 del Código de Comercio y su aplicación pareja a todo tipo de hipótesis de vencimiento del cargo, propende a evitar esa indeseable acefalía. Cumple la finalidad de la norma.

Lo conveniente, en aras de la celeridad, sería propiciar que el proceso contra una sociedad anónima, continúe con la participación del representante orgánico de plazo vencido y se tenga por buena su notificación y sus oposiciones.

Sin perjuicio de realizar la actividad anterior, el consejero también debe ser dotado de posibilidades de combatir la inercia de la asamblea de accionistas para nombrarle sustituto. Sería preferible que a ese directivo, paradescargarse, se le atribuya la legitimación para pedirle al Juzgador que ponga en marcha las diligencias de convocatoria judicial a Junta de Socios para el caso que los accionistas no se interesen en celebrar la asamblea. El resultado del auto con carácter de sentencia vertido dentro de esas diligencias de actividad judicial no contenciosa, sería útil.

Así, el consejero de cargo vencido solo podría abandonar su puesto hasta que mediante ejecutoria se haya inscrito el nombramiento judicial de nuevo representante o curador procesal en el Registro Mercantil. Esa publicidad registral, podría ser útil de manera genérica para economizar tiempo y recursos, no solo dentro de un juicio, sino dentro de otros procesos judiciales entablados contra la misma sociedad anónima.

En cada uno de ellos, el curador procesal podría reclamar honorarios (19, 235 del Código de Comercio y 266, 265, 819 inciso 13, 822 y 157 del Código Procesal Civil).

La declaratoria de acefalía de una sociedad anónima, debería limitarse a las situaciones más extremas, diferentes al vencimiento del plazo de nombramiento. Aquellos casos de muerte de los consejeros, caída masiva de directivos (cláusula convencional simul stabunt-simul cadent), incapacidad o incompatibilidad en el puesto. Estos casos,

acompañados del desgano de la asamblea de accionistas, sí podrían ameritar la intervención oficiosa del Juzgador con el 266 del Código Procesal Civil.

Pero para los casos de vencimiento del plazo en el cargo (e incluso la dimisión), en donde los sujetos personas físicas que ostentaban la representación, están ligados a la sociedad como órganos y tiene un deber de diligencia, la interpretación del 186 del Código de Comercio

debe ser literal y tendiente a conservar la integridad orgánica.

Simultáneamente, ello acabaría con el perjudicial entramamiento procesal en los juicios entablados contra sociedades anónimas, aspecto que ha sido objeto de crítica. Sin duda, un cambio en la dominante corriente jurisprudencial, vendría a dar cabal cumplimiento a la norma mercantil sustantiva y a favorecer el afán constitucional de justicia pronta y cumplida.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Alegría, (Héctor). La representación societaria. Revista de Derecho Privado y Comunitario 6: Representación. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.
- Brunetti, (Antonio). Tratado del Derecho de las Sociedades. Buenos Aires, Uteha Argentina, volumen II Sociedad por Acciones, 1960.
- Certad, (Gastón). La Administración de la Sociedad Anónima I, II y III. En Revistas de Ciencias Jurídicas 69 y 70 de 1991 y en Antología de Derecho Comercial II, Universidad de Costa Rica, 1997.
- Díez-Picazo (Luis); Gullón (Antonio). Sistema de Derecho Civil. Madrid, Tecnos, volumen I Introducción, Derecho de la Persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica. Novena edición, 1998
- Galgano, (Francesco). Derecho Comercial. Las Sociedades. Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, volumen II, tercera edición, 1999.
- Garrigues, (Joaquín). Curso de Derecho Mercantil. Bogotá, Editorial Temis, séptima edición, tomo II, 1987.
- Parajeles Vindas (Gerardo). Curso de Derecho Procesal Civil con jurisprudencia. San José, IJSA, Volumen I. Disposiciones generales, proceso ordinario y procesos abreviados, cuarta edición, 2002
- Messineo, (Francesco). Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo II y V, 1979.
- Roitman, (Horacio). Representación en la Sociedad Anónima. Revista de Derecho Privado y Comunitario 6: Representación. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994
- Vicent Chuliá (Francisco). Introducción al Derecho Mercantil. Valencia, Tirant Lo Blanch, onceava edición, 1998.
- Uría, (Rodrigo); Menéndez (Aurelio); García de Enterría, (Javier). La Sociedad Anónima: Órganos Sociales: Los Administradores. Curso de Derecho Mercantil. Madrid, Civitas, Volumen I, 2001.

RESOLUCIONES JUDICIALES.

- Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera. Voto n ° 54 de las 9:05 del 19 de marzo de 1997,.
- Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera. Voto n ° 67 de las 9:10 horas del 27 de febrero de 1998.
- Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Segunda. Voto n °. 209 de las 9:00 horas del 25 de mayo de 2001.
- Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera. Voto n ° 320 de las 14:20 horas del 31 de agosto de 2005.
- Tribunal Superior Civil de San José. Voto n ° 618 de las 8:30 horas del 28 de julio de 1976.
- Tribunal Superior Primero Civil de San José. Voto n ° 869 de las 8:45 horas de 18 de diciembre de 1991.
- Tribunal Superior Segundo Civil de San José, Sección Primera. Voto n ° 434 de las 8:15 horas de 28 de agosto 1992.
- Tribunal Primero Civil de San José. Voto n ° 1189-N de las 8:15 horas del 11 de agosto de 2004.
- Tribunal Primero Civil de San José. Voto n ° 977 E de las 8:50 horas de 20 de julio de 1994.
- Tribunal Primero Civil de San José. Voto n ° 1132 M de las 9:45 horas de 24 de agosto de 1994.
- Tribunal Primero Civil de San José. Voto n ° 458 L de las 7:40 horas de 20 de junio de 2002.
- Tribunal Primero Civil de San José. Voto n ° 648 L de las 8:45 horas del 25 de junio de 2003
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 20-F-2000 de las 15: 35 del 12 de marzo del 2000.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 489-F-05 de las 9: 30 horas de 13 de julio de 2005.



PRINCIPIOS JURÍDICOS Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Lic Luis Albán Arias Sosa

Presentación

Del procedimiento de licitación, establecido constitucionalmente, se derivan los diversos principios propios de los contratos administrativos. Aquellos permiten, mediante la competencia que promueven, las más adecuadas condiciones para la elección del contratista. Entre los más destacados se encuentran: eficiencia, igualdad de participación, libre concurrencia y publicidad.¹

Principios en la Ley de Contratación Administrativa

Eficiencia:

La finalidad perseguida, con los procedimientos de contratación, es la selección de la oferta más conveniente para satisfacer el interés público. La administración, en cumplimiento de sus cometidos, pretende lograr las mejores condiciones económicas y técnicas. Para con ello asegurar, entre otras cosas, el buen funcionamiento de los diferentes servicios públicos.²

Sobre la base de lo anterior tenemos las siguientes consecuencias: prevalece el conte-

nido sobre la forma en los procedimientos (salvo que se pruebe la intención del oferente de apartarse de las condiciones fijadas por la Administración), la hermenéutica debe favorecer la conservación de los actos y actuaciones de las partes, los defectos insustanciales no descalifican la oferta (son subsanables).³

Igualdad de oportunidades:

Corresponde a la Administración garantizar la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Es decir, cualquiera debe tener los mismos derechos y deberes que otro sujeto interesado. No se puede discriminar por razones políticas, religiosas, raciales, económicas, sociales, etc. Se coloca a todos los participantes en las mismas condiciones.⁴

Hay un doble fin en esto. Por un lado, garantizar al oferente que no se restringirá indebidamente el acceso a la contratación. Por el otro, aumentar la posibilidad de una mejor elección por parte de la Administración.⁵

Consecuentemente con lo expresado, no son dables aquellas disposiciones que coloquen

¹ Murillo, 1998, p.34; Romero, 1997, p.73; CP art. 182; LCA arts. 4-6; RLCA arts. 4-8.

² Arroyo, 1983, p.118; Muñoz, 1999, p. 17; LCA art. 4 p.1; RLCA art. 4 p.4.1; LGAP art.113 inc. 1; TSCA-SI #309-94.

³ Muñoz, 1999, p.17; LCA art. 4 p.2; RLCA art. 4 p.4.2-4.4.

⁴ Arroyo, 1981, p.52; Muñoz, 1999, p. 17; CP art. 33; LCA art. 5 p.1; RLCA art. 5 p. 5.1.

⁵ SCP #998-98.

a un participante en ventaja, o desventaja, respecto de otro(s). El accionar administrativo debe ser claro, inconfundible, no generar sospechas. En suma, el sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos.⁶

Libre concurrencia:

Es aquel promotor de la competencia entre los oferentes, estimulando una masiva participación. Resultando imposible la introducción de limitaciones, más allá de las estrictamente basadas en especificaciones de carácter técnico. Se quiere contar con una amplia y variada gama de ofertas para que la Administración pueda decidir mejor.⁷

Señalándose, por Romero Pérez, como una transgresión manifiesta del principio la licitación por registro. La necesidad de estar inscrito en el registro de proveedores para poder participar, obstaculiza que concurren todas las personas en posibilidad de presentar una oferta válida.⁸

Resta por indicar aquí el tema de la reciprocidad. Al extranjero se le otorga el mismo trato que recibe el nacional en el país de origen de aquél. El trato para el local no puede ser menos ventajoso que el brindado al foráneo.⁹

Publicidad:

Consiste en una invitación, en forma general y abierta, para los posibles participantes. En otras palabras, el potencial interesado ha de percatarse de la necesidad de contratar de la Administración. La intención es procurar una comunicación transparente de todos los actos de la contratación. Además, se intenta informar a los ciudadanos el destino que se les da a sus contribuciones. Entre los medios a utilizar el principal es “La Gaceta”, aunque el medio puede corresponder a la naturaleza del procedimiento de contratación.¹⁰

Veremos tres manifestaciones del principio. A saber: publicidad inicial, libre acceso al expediente (de connotaciones amplias), establecimiento de una publicidad específica.

El inicio de cualquier procedimiento debe darse a conocer. En la licitación pública, vía publicación. Mediante convocatoria a los proveedores acreditados, en la licitación por registro. Y en la licitación restringida, por medio de la comunicación respectiva.¹¹

Tratándose de la segunda manifestación, los interesados gozan de un real acceso al expediente de contratación administrativa, dicho acceso se extiende, por supuesto, a

⁶ Arroyo, 1983, p. 119; RLCA art. 5 p. 5.1; SCP #6453-94 y 998-98.

⁷ Arroyo, 1983, p. 118; Muñoz, 1999, p. 17; LCA art 5 p. 2; RLCA art. 5 p.5.2.

⁸ Romero, 1997, pp. 72-106.

⁹ LCA art. 5 p.3y4; RLCA art. 5 p. 5.3.

¹⁰ Arroyo, 1981, pp. 53-54; Muñoz, 1999, p. 17; LCA art 6 p. 1; SCP #998-98.

¹¹ Arroyo, 1983, p. 117; RLCA art. 6 p. 6.1.1.

toda la información complementaria requerida. En particular la que versa sobre recursos presupuestarios y estudios técnicos de la Administración. Quedan excluidos los documentos confidenciales de los oferentes y las informaciones técnicas que puedan colocar a algún participante en situación de ventaja. Esta última exclusión había motivado la crítica de la Contraloría: ¿Cómo saber que pieza del expediente produce la alegada ventaja? Existe incerteza en este punto.¹²

Relativo a la tercera, en el primer mes de cada período presupuestario, en el diario oficial, las Administraciones deben dar a conocer el programa de adquisiciones proyectado. Así hacen saber sus necesidades de contratación, durante el período, a los eventuales interesados. La inclusión de un determinado rubro en el programa no obliga a iniciar el respectivo procedimiento de contratación. El programa puede ser modificado, pero con la correspondiente divulgación a través de “La Gaceta”.¹³

Otros Principios Admitidos

Legalidad:

Los actos y los comportamientos de la Administración deben estar regulados. Ello significa el sometimiento al ordenamiento jurídico. La autoridad actúa en la medida en que se encuentre facultada por la normativa.

Un ritualismo exigido para la salvaguarda del ciudadano.¹⁴

En la contratación administrativa es necesario observar el principio en estudio, efectuando la convención dentro del marco legal y para los fines previstos en él. Así las cosas, al principio se sujeta todo el que quiera contratar con la Administración. Más específicamente, se trata de que los procedimientos se encuentren definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta.¹⁵

Relacionado con la contratación está –también– el matiz presupuestario. Todos los gastos deben estar autorizados presupuestariamente. Es ineludible para la administración contar con los recursos suficientes para hacer frente a sus obligaciones contractuales.¹⁶

Transparencia:

Toda la actuación administrativa se realiza bajo un manto de honestidad que conduzca a una escogencia no contaminada por la corrupción. Ella debe ser combatida, máxime cuando los elevados fondos –que hacen apetecibles los contratos administrativos– han generado tradicionalmente faltas a la ética. La publicidad deviene en fundamental, pues la información permite controvertir y atacar lo que el participante estime oportuno.¹⁷

¹² Córdoba, 2000, entrevista; Muñoz, 1999, p. 17; LCA art. 6 p. 2; RLCA art. 6 p. 6.1.2 – 6.1.5.; SCP #998-98.

¹³ Arroyo, 1981, p. 54; Arroyo, 1983, p. 119; LCA art. 6 p. 3; RLCA art. 7 p. 7.1 – 7.6.

¹⁴ Jiménez, 1999, p. 103; CP art. 11; LGAP art. 11; SCP #1739-92 y 3410-92; SI #40-95.

¹⁵ SCP #6453-94 y 998-98; SI #3-91.

¹⁶ CP arts. 176 y stes.; SCP #6432-98.

¹⁷ Díez, 1998, parag. 2.1.1.

Colaboración:

El contratista es un colaborador de la Administración en la realización del interés público, de allí que deba ayudársele. Se parte de la diligencia y buena fe del colaborador, por eso se le apoya administrativa y económicamente.¹⁸

Control:

Postula un control, desde diferentes ángulos, a cargo de la Contraloría. Todas las tareas de la contratación administrativa se fiscalizan en aras de la correcta utilización de los fondos públicos. El control es jurídico (no transgresiones a la ley), contable (créditos debidamente aprobados), financiero (revisión del ingreso y el gasto), de resultados (cumplimiento de metas).¹⁹

Economía:

Pretende la obtención de los mejores resultados al menor tiempo y costo. Entonces la eficiencia es necesaria. Hay que abolir todo requisito o trámite adicional, no consagrado en la ley, que aumente costos y haga perder el tiempo.²⁰

Responsabilidad:

Para frenar la formulación de propuestas artificialmente bajas, cuyo único propósito

es obtener la adjudicación, se asigna responsabilidad civil y penal al oferente. En el caso de los funcionarios públicos se suma, además, la disciplinaria.²¹

Algunos más:

Continuidad (contrato debe tener permanencia para cumplir con el interés público), mutabilidad (la Administración, con sus prerrogativas, puede modificar el convenio en beneficio del interés general), pro-oferente (en la calificación de ofertas debe interpretarse a favor de la propuesta), racionalidad administrativa (observancia de técnicas idóneas de planificación que permitan racionalizar las adquisiciones de bienes y servicios), selección objetiva (escogencia debe recaer en la oferta más favorable, sin entrar en consideraciones afectivas o subjetivas).²²

PRINCIPIOS RECONOCIDOS POR LA SALA CONSTITUCIONAL

El listado hasta aquí reseñado de ninguna manera es definitivo. Por el contrario, el elenco es enumerativo. Partiendo de esa premisa, solo nos falta pasar revista a ciertos principios que también fueron objeto de consideración por los magistrados constitucionales.²³

A Saber: Seguridad jurídica (el sujetarse los contratos administrativos a disposiciones

¹⁸ Romero, 1989, pp. 10-11.

¹⁹ Murillo, 1998, p. 34; CP arts. 183-184; SCP #998-98.

²⁰ Díez, 1998, parag. 2.1.2.

²¹ Díez, 1998, parag. 2.1.3.

²² Córdoba, 2000, entrevista; Díez, 1998, parag. 2.1.4.; Romero, 1989, p.10; SCP #998-98.

²³ Murillo, 1998, p. 34; SCP #998-98 y 6432-98.

normativas, brinda seguridad y garantía a los participantes), formalismo (las formalidades son controles endógenos de la acción administrativa), equilibrio de intereses (equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes), buena fe (las actuaciones de los contratantes deben caracterizarse por ser éticas), intangibilidad patrimonial (la Administración esta obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, reajustando las variaciones ocurridas, para conservar el nivel económico originalmente pactado).²⁴

PALABRAS FINALES

La literatura acerca del tópico estudiado no es abundante, el tema está un tanto olvidado. No obstante, parece clara la existencia de tres principios clásicos en materia de contratación administrativa (igualdad de oportunidades, libre concurrencia y publicidad). Ellos son recogidos por la ley respectiva, pero no son los únicos en el horizonte. Reciente jurisprudencia esta decididamente aumentando el listado de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

JIMÉNEZ (Manrique)

Justicia constitucional y administrativa, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2da. ed., 1999.

ROMERO (Jorge Enrique)

Los contratos del estado, San José, EUNED, 1. ed., 1989.

REVISTAS:

MURILLO (Mauro)

Contratación administrativa en el voto # 998-98 de la Sala Constitucional. Ivstitia, San Pedro, # 141-142, 1998, pp. 34-36.

ROMERO (Jorge Enrique)

La ley de contratación administrativa, su reglamento y la Sala Constitucional. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, # 83, enero-abril de 1997, pp. 65-111.

TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN:

ARROYO (Ana) y otros

La revisión de precios en la contratación administrativa de Costa Rica, San José, seminario de graduación para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la U.C.R., 1981.

²⁴ SCP #998-98 y 6432-98.

ARROYO (Orlando)

El contrato de obra pública, San José, tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la U.C.R., 1983.

TEXTO:

DIEZ (Natalia) y otra

El proceso de selección y adjudicación de los contratos estatales y en particular su forma de control, Santa Fe de Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

CONSTITUCIONES:

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Editec Editores, 2da. ed., 1996.

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, IJSA-PRODEL, 2 ed., Jorge Córdoba y otros, 1996.

LEYES:

Ley de la contratación administrativa, # 7494 de 2 de mayo de 1995 (presentada por el Dr. Hugo Alfonso Muñoz, en 1999, para IJSA).

Ley general de la administración pública, # 6227 de 28 de abril de 1978 (revisada por el Lic. Jorge Córdoba, en 1998, para IJSA).

REGLAMENTO:

Reglamento general de la contratación administrativa, Decreto # 25038-H de 6 de marzo de 1996.

RESOLUCIONES JUDICIALES:

Sala Constitucional, #998-98 de 11H. 30 del 16 de febrero de 1998. Acciones de inconstitucionalidad de J.E.R.P. y CRECES.

Sala Constitucional, #6432-98 de 10H. 30 del 4 de setiembre de 1998. Acción de inconstitucionalidad de A.C.C.C.P.

ENTREVISTA:

Entrevista con el Lic. Jorge Córdoba Ortega, Especialista en Derecho Publico, 28 de enero del 2000.

REPRESENTANTES DE CASAS EXTRANJERAS

Lic. Michael Bruce Esquivel

Introducción

La materia de representación de casas extranjeras tradicionalmente ha sido un área muy rica para el jurista. Le ha dado la posibilidad de intervenir en la redacción o revisión de contratos de índole internacional, de fungir como asesor a empresas locales y extranjeras durante la relación entre las partes y como litigante en los momentos en que la relación ha decaído y se ha llevado ante los Tribunales de Justicia una demanda por algún incumplimiento.

Sin embargo actualmente en el país el tema ha estado viviendo una verdadera revolución. Desde que la Sala Constitucional “autorizó” a las partes contratantes a resolver su desacuerdo en sede arbitral, la jurisprudencia le ha dado nuevos matices a este contrato.

En esta investigación veremos el estado actual de la figura del representante de casas extranjeras, para lo cual haremos un breve análisis de la figura de representación, pasando por un recuento histórico de las leyes de representantes de casas extranjeras en nuestro país y la situación en Centroamérica.

Capítulo primero El contrato de representación

Al iniciar debemos decir que las empresas se constituyen con el fin primordial de obtener lucro en sus operaciones. A medida que las

empresas van creciendo y posicionándose en un mercado, surge el interés de explorar nuevos horizontes. Debemos mencionar aquí que iniciar cualquier empresa siempre tiene su riesgo, vemos que debe haber una importante inversión tanto de capital, tiempo y recursos humanos, pero si consideramos que este riesgo se va a tomar además en un país ajeno, ciertamente aquel tiende a ser mayor.

Con el fin de minimizar el riesgo, los empresarios han acudido a la figura del representante de casas extranjeras. En términos muy preliminares podemos decir que mediante dicha figura las empresas transnacionales nombran a una persona en un territorio fuera de su domicilio con el fin de que promocioe a la casa matriz y procure negocios para ésta a cambio de una comisión.

Recordemos un poco las nociones básicas de la representación en forma general.

Concepto de representación.

Por representación entendemos la facultad de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra. Es decir que una persona, ostentando la representación de otra, podrá accionar en forma tal que tenga repercusión sobre su mandante. Quedando así claro su gran utilidad. Veamos un ejemplo muy sencillo, una persona va a salir de Costa Rica durante un plazo de varios meses, sin embargo durante

su ausencia hay varios asuntos de su interés que debían llevarse a cabo, como por ejemplo la venta de un bien. Mediante el contrato de representación la persona que se ausente del país podrá nombrar a un individuo para que lleve a cabo los negocios que quedaron pendientes al momento de la salida del país.

En Costa Rica, el Código Civil regula la materia de la representación en los artículos 1251 y siguientes del Código Civil. “El contrato de mandato civil tiene ciertas diferencias con respecto a lo que se conoce como mandato, propiamente mercantil, basadas principalmente en que el mandato civil es esencialmente representativo mientras que en materia mercantil podemos encontrar el mandato no representativo.”¹ Esto quiere decir simple y sencillamente que en el mandato civil el mandatario actúa siempre en nombre y por cuenta del mandante, mientras que en el mandato mercantil el mandatario actúa por cuenta de su mandante, pero en nombre propio. En cuanto al mandato mercantil, podemos citar como ejemplo el caso del comisionista, regulado en nuestro Código de Comercio en el artículo 273, que dice: “Es comisionista el que se dedica profesionalmente a desempeñar en nombre propio, pero por cuenta ajena, encargos para la realización de actos de comercio. Actuando a nombre propio; el comisionista asume personalmente la responsabilidad del negocio; y el que contrate con él no adquiere derecho alguno ni contrae

obligación respecto al dueño del mismo. Puede también el comisionista actuar a nombre de su representado, caso en el cual lo obliga, y el tercero que con él contrata, adquiere derechos y contrae obligaciones con el mandante y no con el comisionista.”²

Lo anterior es lo que ha sido denominado representación directa y representación indirecta. En el caso del mandato civil se da la representación directa, ya que una persona actúa en nombre y por cuenta de otro, dándose de esta forma una relación directa e inmediata entre representado y terceros y “los efectos del acto de gestión representativa se producen en forma inmediata en el patrimonio del representado, sin ningún efecto para el representante”³.

Mientras que en la representación indirecta se actúa en nombre propio y por cuenta de otro, adquiriendo para sí los derechos y obligaciones del representado frente a los terceros. Es decir que “si bien es cierto que actúa defendiendo los intereses de su representado en el negocio, si éste se concreta, los efectos de éste no se transmiten directa e indirectamente al representado, sino que se le adjudican al representante, porque éste actuó en nombre propio, claro está, que tiene la obligación de trasladar por otro acto, esos efectos a quien corresponda, o sea, al representado”⁴ Sin embargo esa no es la única clasificación de representación que se da.

1 GURDIÁN TIJERINO (Elisa Eugenia) La Existencia Jurídica de la Licencia de Representante de Casas Extranjeras. Tesis de grado para optar por el título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1999, p. 15

2 CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 273

3 BORLOZ SOTO (Miriam) citado por GURDIÁN TIJERINO (Elisa Eugenia), op. Cit. P. 22

4 CORDERO GONZÁLEZ (José Rafael) El representante de Casas extranjeras como empresario. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1994, p. 70

Aunado a lo anterior, también encontramos otras distinciones que se hacen a las formas de representación, dentro de las cuales podemos señalar la representación legal y la voluntaria.

Cuando hablamos de la representación legal debemos entender la que se da con respecto de una persona por ser incapaz o ausente, por lo que ésta deberá ser representada por otra.

Con respecto a la voluntaria, ésta se da en virtud de la autonomía de la voluntad, es decir cuando una persona nombra a otra como su representante para que actúe en su nombre y representación. Esta cobra especial importancia para el presente tema, ya que esta es la forma de representación que se da entre representante y casa matriz.

Capítulo Segundo Representación de Casas Extranjeras

Nuestro Código de Comercio en su artículo 360, entra a definir lo que debe entenderse por representante de una casa extranjera: “Se denominan representantes o distribuidores de casas extranjeras o de sus sucursales, filiales y subsidiarias, toda persona natural o jurídica, que en forma continua y autónoma, con o sin representación legal, actúe colocando órdenes de compra o de venta directamente a las firmas importadoras o exportadoras locales sobre la base de comisión o porcentaje, o prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta de mercaderías o servicios que otro comerciante o industrial extranjero venda o preste.”⁵

Sin embargo, al igual que sucede en muchos otros países, en Costa Rica contamos con una ley especial que entra a regular la materia de casas extranjeras y sus relaciones con los representante o distribuidores nacionales. En nuestro país encontramos dicha regulación en la Ley 6209 del 9 de marzo de 1978, Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras.

En materia de leyes de casas extranjeras encontramos dos enfoques en los que se pueden agrupar las distintas legislaciones, estos son el régimen proteccionista y el régimen liberal. Claramente y según se desprende del título mismo de nuestra ley, ésta caerá dentro del régimen proteccionista.

Pero hablemos un poco primero del régimen liberal, al que parece que llegaremos según los compromisos adquiridos mediante la firma del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica con los Estados Unidos. Esto por cuanto establece se establece en el Capítulo 11 (Comercio Transfronterizo de Servicio) dicho tratado: “Costa Rica adquiere el compromiso al suscribir este capítulo de derogar los artículos 2 y 9 de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras.

Dichos artículos están referidos a las indemnizaciones en caso de rompimiento de contrato entre los representantes y las casas extranjeras. Asimismo deroga el inciso b) del artículo 361 del Código de Comercio, el cual esta referido a los requisitos para ser representante de una casa extranjera.”⁶

⁵ Código de Comercio. Artículo 360

⁶ http://www.libertario.org/libre_comercio/tlc_resumen.pdf

Vemos en detalle que es lo que se pactó en el tratado. Según se dijo en el capítulo undécimo de dicho tratado y específicamente por medio del Anexo 11.13, Costa Rica, al igual que los demás países centroamericanos, adquiere un serie de compromisos con respecto a los Estados Unidos orientados a modificar el régimen proteccionista de la figura del representante de casas extranjeras. Veamos cuáles son dichos compromisos.

“Compromisos Específicos

Sección A: Costa Rica

1. Costa Rica derogará los artículos 27 y 9⁸ de la Ley No. 6209, denominada Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, con fecha del 9 de marzo de 1978, y su reglamento, y el inciso b) del artículo 361⁹ del Código de Comercio, Ley No. 3284 del 24 de abril de 1964, a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

2. Sujeto al párrafo 1, Costa Rica promulgará un nuevo régimen legal que devendrá aplicable a los contratos de representación, distribución o fabricación, y:

- (a) aplicará a estos contratos los principios generales del derecho contractual;
- (b) será consistente con las obligaciones de este Tratado y con el principio de libertad contractual;
- (c) establecerá una relación exclusiva sólo si el contrato explícitamente establece que la relación es exclusiva;
- (d) dispondrá que la terminación de dichos contratos, ya sea en la fecha de su vencimiento o en las circunstancias descritas en el subpárrafo (e), sea justa causa para que el proveedor de bienes o servicios de otra Parte pueda terminar el contrato o permitir que el contrato venza sin que sea renovado; y
- (e) permitirá que los contratos que no tengan fecha de vencimiento, puedan ser terminados por cualquiera de las partes, sujeto a que se otorgue una notificación con diez meses de anticipación.

3. La ausencia de una disposición expresa para la solución de disputas en un contrato de representación, distribución o fabricación, dará origen a una presunción de que las partes tuvieron la intención de dirimir cualquier disputa a través de arbitraje vinculante. Dicho

7 Ley 6209. Artículo 2.- Si el contrato de representación, de distribución o de fabricación, es rescindido por causas ajenas a la voluntad del representante, del distribuidor o del fabricante, o cuando el contrato a plazo llegare a su vencimiento y no fuere prorrogado por causas ajenas a la voluntad de éstos, la casa extranjera deberá indemnizarlos, con la suma que se calculará sobre la base del equivalente de cuatro meses de utilidad bruta, por cada año o fracción de tiempo servido. El valor de la indemnización en ningún caso se calculará en un plazo superior a los nueve años de servicio.

Para establecer la utilidad bruta de cada mes, se tomará el promedio mensual devengado, durante los cuatro últimos años o fracción de vigencia del contrato, en el caso de los representantes y fabricantes y el promedio de los últimos dos años o fracción, en el caso de los distribuidores.

8 Ley 6209. Artículo 9.- Las indemnizaciones previstas en esta ley deberá ser pagadas en un pago único y total, inmediatamente después de terminado el contrato o cuando quede firme el fallo judicial condenatorio si lo hubiere. La casa extranjera deberá rendir una garantía sobre el total de las indemnizaciones reclamadas por el representante, el distribuidor o el fabricante, cuyo monto será determinado por el Juez. Si no lo hiciere, el Ministerio de Hacienda suspenderá, a solicitud del demandante, toda clase de importación de los productos de la citada casa extranjera.

9 Código de Comercio. Artículo 361.- Para ser representante de casas extranjeras se requiere:

a) ... ; b) Haber ejercido el comercio en el país, en cualquiera de sus actividades, por un período no menor de tres años;

arbitraje podrá desarrollarse en Costa Rica. No obstante, la presunción de la intención de someter a arbitraje no aplicará cuando una de las partes objete el arbitraje.

4. Los Estados Unidos y Costa Rica alentarán a las partes en los contratos existentes de representación, distribución o fabricación, a renegociar dichos contratos con el objeto de sujetarlos al nuevo régimen legal promulgado de conformidad con el párrafo 2.

5. En todo caso, la derogatoria de los artículos 2 y 9 de la Ley No. 6209, no podrá menoscabar ningún derecho adquirido, cuando sea aplicable, derivado de esa legislación y reconocido bajo el Artículo 34 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

6. Costa Rica deberá, en la mayor medida posible, alentar y facilitar el uso de arbitraje para la solución de disputas en los contratos de representación, distribución o fabricación. Con este fin, Costa Rica tratará de facilitar la operación de centros de arbitraje y otros medios efectivos de resolución alternativa de reclamos que surjan en relación con la Ley No. 6209 o del nuevo régimen legal promulgado de conformidad con el párrafo 2, y promoverá el desarrollo de reglas para este arbitraje que provean, en la mayor medida posible, por una resolución pronta, de bajo costo y justa para esos reclamos.”¹⁰

Veamos qué implica cada uno de estos puntos.

1) Costa Rica derogará los artículos 2 y 9 de la Ley No. 6209, denominada Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras,

con fecha del 9 de marzo de 1978, y su reglamento, y el inciso b) del artículo 361 del Código de Comercio, Ley No. 3284 del 24 de abril de 1964, a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

Este apartado ha causado un enorme disgusto entre los representantes y distribuidores de casas extranjeras, ya que el artículo 2 y 9 de la Ley 6209 son la base de la misma. El principal cambio mediante la eliminación del articulado indicado sería que al entrar en vigencia el Tratado de Libre Comercio, que las indemnizaciones tasadas con base en la fórmula matemática del artículo 2 de la Ley 6209 dejarían de existir por lo que cualquier indemnización que puede pretender un representante local deberá ser demostrar los daños y perjuicios de conformidad con los principios básicos que establece la legislación civil aplicable.

Al respecto el periódico El Financiero publicó lo siguiente para explicar los efectos que la derogatoria de los artículos indicados tendría para los interesados: “El artículo 2 establece una fórmula matemática, con base en las ventas, para calcular la indemnización que debe pagar una casa extranjera a su representante en caso de suspender un contrato. La modificación propuesta por Estados Unidos señala la necesidad de que se pruebe que hubo daño al representante, en el rompimiento del contrato. Por otra parte, el artículo 9 establece la obligación para la casa extranjera de rendir garantía ante el juez. Esta garantía facilita el cobro de la indemnización si un representante gana el juicio a una casa extranjera, pues estas no tiene bienes

¹⁰ Tratado de Libre Comercio entre los gobiernos de la República de Costa Rica, la República de El Salvador, La República de Guatemala, la República de Honduras, la República de Nicaragua y los Estados Unidos de América Anexo 11.13

embargables en el país. Además, si la casa extranjera no paga, el juez puede prohibir la importación de sus productos.”¹¹

2) Sujeto al párrafo 1, Costa Rica promulgará un nuevo régimen legal que devendrá aplicable a los contratos de representación, distribución o fabricación, y:

(a) aplicará a estos contratos los principios generales del derecho contractual;

(b) será consistente con las obligaciones de este Tratado y con el principio de libertad contractual;

Históricamente se ha considerado a la Ley 6209 como una ley de orden público, a la cual las partes contratantes debe sujetarse y más bien han visto sustancialmente limitado su libertad contractual. Sin embargo, y posible producto de los aires del neoliberalismo que se respiran en nuestro país, recientemente por vía jurisprudencial se ha dado un giro bastante importante a la interpretación histórica de la ley, sin embargo al voto 000062-F-04, de la Sala Primera, resolución de las diez horas del treinta de enero del año dos mil cuatro, le dedicaremos un apartado específico. Por ahora podemos decir que lo resuelto en dicho voto está íntimamente relacionado con los compromisos supra señalados.

(c) establecerá una relación exclusiva sólo si el contrato explícitamente establece que la relación es exclusiva;

Este compromiso no cambia el esquema costarricense actual, ya que la Ley 6209 sí autoriza la coexistencia de varios repre-

sentantes o distribuidores. En este sentido el artículo 4 inciso b) establece entre las causas justas para dar por terminado el contrato con responsabilidad para la casa matriz: “e) El nombramiento de un nuevo representante, distribuidor o fabricante, cuando los afectados han ejercido la representación, distribución o fabricación en forma exclusiva.”¹² A contrario sensu, cuando la representación no ha sido en forma exclusiva y se nombra otro representante, no es procedente el dar por terminado el contrato y así hacer el reclamo de daños y perjuicio. En síntesis la actual ley sí ha permitido la existencia de varios representantes en forma simultánea.

(d) dispondrá que la terminación de dichos contratos, ya sea en la fecha de su vencimiento o en las circunstancias descritas en el subpárrafo (e), sea justa causa para que el proveedor de bienes o servicios de otra Parte pueda terminar el contrato o permitir que el contrato venza sin que sea renovado; y

(e) permitirá que los contratos que no tengan fecha de vencimiento, puedan ser terminados por cualquiera de las partes, sujeto a que se otorgue una notificación con diez meses de anticipación.

Estos compromisos lo que pretenden en dar fin a los contratos prácticamente vitalicios a los cuales eran sometidas las empresas extranjeras cuando establecían relación con un representante local. Asimismo podemos decir que aquí se busca fortalecer el régimen de libre voluntad contractual, para así poder establecer plazos razonables para los contratos.

¹¹ El Financiero. No. 445, 12-18 de enero de 2004, p. 21

¹² Ley 6209, artículo 4

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

6) Costa Rica deberá, en la mayor medida posible, alentar y facilitar el uso de arbitraje para la solución de disputas en los contratos de representación, distribución o fabricación. Con este fin, Costa Rica tratará de facilitar la operación de centros de arbitraje y otros medios efectivos de resolución alternativa de reclamos que surjan en relación con la Ley No. 6209 o del nuevo régimen legal promulgado de conformidad con el párrafo 2, y promoverá el desarrollo de reglas para este arbitraje que provean, en la mayor medida posible, por una resolución pronta, de bajo costo y justa para esos reclamos.

Estos dos apartados merecen que los entremos a discutir un poco. Recordemos que según el artículo 7 de la Ley 6209 se establece que “La jurisdicción de los tribunales costarricenses y los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta ley, serán irrenunciables.”¹³ Concentrémonos de momento en lo referente a la jurisdicción de los tribunales de justicia. Por años la irrenunciabilidad a la jurisdicción se entendió que al entablarse una demanda para reclamar las indemnizaciones de establecidas en la Ley

6209, el juicio únicamente podría ser conocido por los tribunales de justicia, es decir que las partes no podían someterse al arbitraje como medio de dirimir conflictos. Sin embargo, mediante Voto de la Sala Constitucional, No. 2000-10352, de las catorce horas con cincuenta y ocho minutos del veintidós de noviembre de dos mil, se establece que:

“VII.- Conclusiones.- A la luz de lo expresado, se tiene que llegar a las siguientes conclusiones: a) que los derechos que la Ley le reconoce a los Representantes de Casas Extranjeras, según la protección especial a que alude su artículo 7, no son inconstitucionales, según se ha examinado en los precedentes que se citan, jurisprudencia que se confirma; b) que el arbitraje es un medio jurídico, de rango constitucional, para terminar los conflictos de naturaleza patrimonial, cuyas decisiones finales tienen la fuerza de una sentencia dictada en un proceso jurisdiccional; c) que **no se puede, por la vía de una ley ordinaria, vaciar de contenido a una garantía de rango constitucional y, consecuentemente, el artículo 7 de la Ley de Representantes de Casas Extranjeras, No. 4684 de 30 de noviembre de 1970, reformada por Leyes No. 6209 de 9 de marzo de 1978 y No. 6333 de 7 de junio de 1979, resulta inconstitucional, cuando se invoca para negarle validez a una cláusula compromisoria libremente pactada por las partes.** Más claro, aún, que es constitucionalmente válida la cláusula contractual que remite la resolución de un conflicto de naturaleza patrimonial, surgido entre un Representante y la empresa o casa representada, a la vía del arbitraje, sea en la jurisdicción nacional o a la internacional, lo que lleva involucrado, también, la

¹³ Ley 6209. Artículo 7

conclusión a la que llega la Procuraduría General de la República, en el sentido de que “la irrenunciabilidad de la jurisdicción de los tribunales costarricenses, debe ser entendida como el derecho de las partes, en el ejercicio de la representación de casas extranjeras, para acudir a nuestros tribunales a dirimir los conflictos que se le presenten. Consiguientemente, las partes no pueden pactar no acudir a nuestros tribunales.”

Vemos que mediante dicho voto se declara inconstitucional el artículo 7 de la Ley 6209 única y exclusivamente en cuanto a la oponer a una cláusula compromisoria libremente pactada por las partes, incluso indicando la Sala Constitucional que los arbitrajes podían ser celebrados en Costa Rica o en otro país.

Este voto es trascendental en materia de casas extranjeras ya que a partir de este momento es que podemos ver un claro abandono del régimen proteccionista y un lento avance hacia un régimen de liberalidad en la materia. El cual llega a cementarse mediante los compromisos del Anexo 11.¹³ del Tratado de Libre Comercio.

4) Los Estados Unidos y Costa Rica alentarán a las partes en los contratos existentes de representación, distribución o fabricación, a renegociar dichos contratos con el objeto de sujetarlos al nuevo régimen legal promulgado de conformidad con el párrafo 2.

5) En todo caso, la derogatoria de los artículos 2 y 9 de la Ley No. 6209, no podrá menoscabar ningún derecho adquirido,

cuando sea aplicable, derivado de esa legislación y reconocido bajo el Artículo 34 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

Analicemos el segundo párrafo primero. Otra de las preocupaciones para los representantes y distribuidores cuando el tema de la Ley 6209 fue abordado en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio fue el correspondiente a qué iba a pasar con los contratos vigentes y los derechos adquiridos. Después de varias sesiones de negociaciones e incluso que Costa Rica se retirará de la mesa de negociación en el mes de diciembre de 2003 argumentando “entre otras cosas porque había “derechos adquiridos” de los representantes de casas extranjeras que se tenían que dilucidar”¹⁴, esto debido a la posición intransigente de los Estados Unidos, que buscaba la eliminación de la Ley 6209 y cualquier beneficio relacionado con ésta, se mantuvo el respeto a los derechos adquiridos.

Al respecto el periódico El Financiero reportó que el negociador de Costa Rica en este tema, Roberto Echandi indicó que “la negociación cumplió con las condiciones expresadas por el sector respecto a los derechos adquiridos y reconocimiento de un régimen específico.”¹⁵ Lo anterior recibió fuerte cobertura de los medios de comunicación, los cuales se dieron la tarea de reportar sobre dicho logro. En este sentido podemos ver el periódico La República, donde se indicó que “Costa Rica presentó una propuesta consistente e inteligente para la defensa de los intereses potencialmente afectados, fundamentada en la introducción en el texto final del tratado de una disposición

¹⁴ <http://www.e-politics.org/modules.php?name=News&file=article&sid=681>

¹⁵ El Financiero. No. 445, 12-18 de enero de 2004, p. 21

que expresamente reconozca tanto el respeto a los derechos adquiridos (lo estipulado por dicha legislación mantendrá plena vigencia para aquellas relaciones jurídicas surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del tratado), como también el establecimiento de que Costa Rica contaría con un nuevo marco jurídico para regular las relaciones entre los representantes y distribuidores nacionales con las casas extranjeras, que podría ser bastante similar al actual.”¹⁶

Sin embargo no resulta lógico considerar que mantener la protección a derechos adquiridos haya sido un logro de las negociaciones. Esa protección se encuentra en el artículo 34¹⁷ de la Constitución Política, es decir que es una garantía constitucional con que cuenta cualquier ciudadano que establece que los derechos patrimoniales adquiridos a través de una situación jurídica determinada no le podrán ser perjudicados mediante la promulgación de otra ley.

Ahora bien, líneas arriba señalamos que la posición de Estados Unidos con respecto a la materia de casas extranjeras era dejar sin efecto la Ley 6209, esto no se consiguió en su totalidad, pero sí se logró que Costa Rica se comprometiera a la derogación de los artículos 2 y 9 de la Ley 6209, con lo cual se logra que los nuevos contratos de representación y distribución no se vean amparados al régimen proteccionista de la Ley. Sin embargo qué sucede con los contratos vigentes en la actualidad, pues bien sobre estos es que versa el párrafo 6) que no habíamos analizado.

Mediante el compromiso que aquí adquiere Costa Rica acuerda incitar a las partes que actualmente cuentan con contratos vigentes a que procedan a renegociarlos para que sean regulados por el nuevo régimen que será establecido, pero que deberá contener los puntos básicos señalados en el párrafo 2).

Con esto otro de los pilares de la Ley 6209 se deja de lado. Recordemos que en su artículo sétimo establece que los derechos del representante otorgados por dicha ley son irrenunciables. Pero ahora lo que se pretende es precisamente que las partes lleguen a renunciar a los mismos mediante una renegociación de los contratos que los vinculan.

Dicho lo anterior podemos decir que el logro obtenido por los negociadores costarricenses de mantener los derechos adquiridos por los distribuidores y representantes nacionales se encuentra fuertemente mitigado, ya que el mismo gobierno se compromete a que las partes dejen de lado los derechos adquiridos.

Por lo que vemos que en principio nos dirigimos hacia un cambio de ciento ochenta grados en la materia de casas extranjeras. ¿O será que ya lo hicimos y no nos hemos dado cuenta? Sobre esa interrogante hablaremos más adelante.

Pues bien, el régimen liberal simple y sencillamente es en el cual la casa matriz está en completa libertad, valga la redundancia, de dar por terminada la relación en cualquier momento.

¹⁶ <http://larepublica.terra.co.cr/news/articulo/html/2003/12/12/rep11897.htm>

¹⁷ Constitución Política de Costa Rica, artículo 34. A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

En el régimen proteccionista, como ha sido tradicionalmente el costarricense, la ley establece unas causales limitadas mediante las cuales la casa matriz puede dar por terminado el contrato sin que medie responsabilidad de indemnizar al representante.

Pero veamos más allá y no nos quedemos únicamente con lo referente al derecho de terminar el contrato. Trasladémonos hasta los años setentas cuando se discutía en el congreso costarricense la reforma a la Ley No. 4684 del 30 de noviembre de 1970, la antigua Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras.

Según se desprende de la exposición de motivos del proyecto, la ley (6209) busca “establecer un régimen de garantía específico que proteja a quienes han realizado esfuerzos por introducir, importar, ampliar el mercado o distribuir un producto de una casa extranjera, pues se da el caso, de que una vez que el producto ha sido aceptado, con éxito en el mercado, la casa extranjera decide entrar directamente, a vender sin intermediación alguna o buscar otro representante o distribuidor, por convenirle a sus intereses, cancelando unilateralmente el contrato con su representante o distribuidor. El presente proyecto de Ley pretende, entre sus objetivos, proteger al representante y al distribuidor, obligando a la casa extranjera a reconocerles una adecuada indemnización, cuando cancela el contrato, sin junta causa.”¹⁸

Vemos así que en el contexto histórico en el cual se aprobó la presente ley. Se establece un sistema de indemnizaciones tasadas con

base en que la casa matriz de por terminado el contrato.

Continuando con la exposición de motivos, esta dice: “Se realizó un estudio comparado, sobre la situación legal existente en esta materia, en los países centroamericanos, tomando en cuenta, que no de los objetivos del Mercado Común, es el de tender a armonizar y equiparar las legislaciones arancelarias, tributarias y económicas, en general, mediante Tratados Multilaterales. De este estudio se determinó, la diferencia que existe en nuestro régimen indemnizatorio y el de los otros países de Centro América. Así Guatemala, El Salvador y Nicaragua, tienen un período de indemnización máximo de 36 meses; Honduras y Panamá un período máximo de 60 meses. El proyecto de Ley propone un término de 36 meses de protección en nuestro país, similar al que existe en la mayoría de las legislaciones centroamericanas. Cabe señalar que las legislaciones de los representantes y distribuidores de casas extranjeras, en el área centroamericana, a excepción de Panamá, han sido promulgadas, después de nuestra Ley No. 4684 de 30 de noviembre de 1970.”¹⁹

Recordemos que en aquel momento la ley nacional establecía en su artículo tercero que la indemnización sería “el equivalente a dos meses de utilidad bruta por cada año, o fracción no menor de seis meses de servicio, con un máximo de ocho años”²⁰, de ahí que sintiera el legislador que era necesario aumentar el monto de la indemnización para ponerlo al “nivel” del resto de Centroamérica. Pero, qué ha pasado en varios de los países Centroamérica desde entonces.

18 Proyecto de ley para la reforma a la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras. p. 3

19 Proyecto de ley para la reforma a la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras. p. 4

20 Ley 4684. artículo 3

En el caso de Nicaragua no existe ninguna ley específica que regule este tipo de relaciones. La Ley que regía anteriormente la relación entre casa matriz y su representante (Ley de Agentes Representantes y Distribuidores de Casas Extranjeras) fue derogada a partir del mes de Julio de 1998. En tal sentido, la relación entre ambos se regula directa y únicamente en el Contrato de Distribución por la vía estrictamente contractual. Por lo que vemos que Nicaragua ha dejado de lado el proteccionismo en esta materia.

En El Salvador la Legislación vigente establece que el contrato puede ser terminado de forma bilateral y por mutuo consentimiento sin responsabilidad para ninguna de las partes. Asumimos que la casa matriz podrá en forma unilateral dar por terminado el contrato, modificarlo o negarlo a prorrogar por las siguientes causales, las cuales son taxativas

- a) Por incumplimiento del contrato;
- b) Por fraude por parte del Agente, sin perjuicio de la sanción penal a que hubiera lugar;
- c) Por ineptitud o negligencia graves del Agente;
- d) Por disminución continuada de la venta o distribución, imputable al Agente;
- e) Por divulgación de información confidencial de parte del Agente, sin perjuicio de la sanción penal y de la indemnización a que hubiere lugar; y
- f) Por actos imputables al Agente que redunden en perjuicio de la introducción,

venta o distribución de los productos que le han sido confiados.”²¹

Caso contrario, de dar por terminado sin ampararse a alguna de las causales antes indicadas, el representante podrá solicitar la indemnización de los perjuicios causados.

En cuanto a la protección que tiene el representante en caso de terminación, modificación o negación de prórroga de contrato de Agencia- Representación y/o Distribución sin mediar alguna de las causales establecidas por ley, la ley salvadoreña establece que la casa matriz deberá indemnizar al representante en cuanto a:

- a) Los gastos efectuados por el Agente en beneficio del negocio del cual se le priva, siempre que, debido a la expiración unilateral del contrato, tales gastos no pueden ser recuperados;
- b) El valor de las inversiones en local, equipo, instalaciones, mobiliario y útiles en la medida en que tales inversiones sean únicamente aprovechables para el negocio del cual se le priva;
- c) El valor de las existencias en mercaderías y accesorios, en la medida en que, debido a la expiración del contrato, el Agente ya no puede continuar vendiéndolas o su venta se haga especialmente difícil. Este valor se calculará tomando en cuenta el costo, de adquisición, más los fletes hasta el lugar del establecimiento del Agente y las impuestos y cargos que éste haya tenido que pagar por tener las existencias en su poder. Pagado el valor de las existencias,

²¹ Código de Comercio de El Salvador. Artículo 398

el Principal que indemniza tendrá derecho a hacerlas suyas;

- d) El monto de la utilidad bruta obtenida por el Agente representante o distribuidor, en el ejercicio de la representación o distribución, durante los últimos tres años, o durante el lapso menor en que la haya ejercido; y
- e) El valor de los créditos que el agente representante o distribuidor haya concedido a terceros, para pagar el valor de las mercaderías que distribuya. Pagado el valor de los créditos, el principal que indemniza se subrogará en los derechos del agente representante o distribuidor.”²²

Vemos que esta legislación continúa siendo altamente proteccionista y que continuándose la protección de los Representantes y/o Distribuidores de las actuaciones unilaterales de la casa extranjera.

En cuanto a Honduras es la Ley de Representantes Distribuidores y Agentes de Empresas Nacionales y Extranjeras la que regula la presente materia.

En lo que nos interesa establece dicha ley que el contrato se podrá dar por terminado mediante el mutuo consentimiento de las partes según lo establece el artículo décimo de la mencionada ley, o también cuando la casa extranjera tenga justa causa para ello. Dicha ley entiende por justa causa:

- “a) incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato o relación contractual;
- b) Fraude o abuso de confianza en gestiones encomendadas;
- c) Disminución continuada en las ventas o colocación de bienes y servicios debido a negligencia o ineptitud del concesionario;
- d) Negativa infundada del concesionario para rendir informes y cuentas en tiempo y modo pactado o según las costumbres;
- e) Divulgación de información confidencial;
- f) Quiebra, insolvencia, suspensión de pago o cualquier otra inhabilidad legal para ejercer el comercio;
- g) Cualquier acto imputable al concesionario que redunde en perjuicio de la introducción al mercado o venta de los productos o servicios causa del contrato.”²³

Si no mediare la justa causa indicada, el representante tendrá derecho a las indemnizaciones fijadas por el artículo catorce de la Ley:

- a) gastos efectuados que no se puedan recuperar,
- b) valor de inversiones hechas en beneficio del concedente;

²² Código de Comercio de El Salvador. Artículo 397

²³ Ley de Representantes Distribuidores y Agentes de Empresas Nacionales y Extranjeras de la República de Honduras, artículo 12

- c) valor de la existencia de mercancía (costo más flete más impuestos más gastos más servicios);
- d) monto de utilidad bruta anual obtenida en los últimos cinco años o cinco veces el promedio del monto de utilidad;
- e) el valor de los créditos que el concesionario haya otorgado en el giro de la concesión en los últimos 6 meses antes de iniciarse acción judicial.”²⁴

Dicho lo anterior vemos que Honduras igualmente se mantiene sumamente proteccionista del representante local.

En el caso de Panamá las leyes proteccionistas fueron derogadas, por lo que rige en materia de casas extranjeras el contrato que suscriban las partes. Por lo que cualquier indemnización que se busque tendrá que se obtenida mediante un juicio declarativo en el que se constaten los daños y perjuicios sufridos por el representante canalero.

Estudiada la legislación de nuestros vecinos procedamos a ver el estado de la ley costarricense.

Como se dijo anteriormente la Ley 6209 es la que actualmente se encuentra vigente y sustituyó la Ley 4684 del 30 de noviembre de 1970.

Esta actual ley define al representante en su artículo primero inciso b) diciendo: “Representante de casas extranjeras “: toda persona física o jurídica que, en forma continua

o autónoma, - con o sin representación legal - prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta o distribución de bienes o servicios que casas extranjeras venden o presten en el país.”²⁵

Al igual que lo hace las leyes salvadoreñas y hondureñas, la costarricense establece ciertas causales mediante las cuales podrá dar por terminado el contrato de representación la casa extranjera, sin que medie responsabilidad de indemnizar al representante. Esas causales se encuentran en el artículo 5 de la ley, y son las siguientes:

“a) Los delitos contra la propiedad y el buen nombre de la casa extranjera, cometidos por el distribuidor o por el fabricante.

b) La ineptitud o negligencia del representante, distribuidor o fabricante, declarada por uno de los jueces civiles del domicilio de éste, así como la disminución o el estancamiento prolongado y sustancial de las ventas, por causas imputables al representante, distribuidor o fabricante. La fijación de cuotas o restricciones oficiales a la importación o venta del artículo o servicio, harán presumir la inexistencia del cargo en contra del representante, distribuidor o fabricante, salvo prueba en contrario.

c) La violación por parte del representante, del distribuidor o del fabricante del secreto profesional y de fidelidad a la casa extranjera, mediante la revelación de hechos, conocimientos o técnicas concernientes a la organización, a los productos y al funcionamiento de la casa extranjera,

²⁴ Ley de Representantes Distribuidores y Agentes de Empresas Nacionales y Extranjeras de la República de Honduras, artículo 14

²⁵ Ley 6209, artículo 1

adquiridos durante las relaciones comerciales con ésta.

d) Cualquier otra falta grave del representante, del distribuidor o del fabricante con respecto a sus deberes y obligaciones contractuales o legales con la casa extranjera.”²⁶

En cuanto a la indemnización, la Ley 6209 la establece en el artículo 2, y en lo conducente dice: “con la suma que se calculará sobre la base del equivalente de cuatro meses de utilidad bruta, por cada año o fracción de tiempo servido. El valor de la indemnización en ningún caso se calculará en un plazo superior a los nueve años de servicio.” Es decir que la indemnización en nuestro país llegará hasta un tope de treinta y seis meses de utilidad bruta.

Vistos los anteriores dos artículos de la Ley 6209 podemos concluir que en principio ésta puede ser incluida dentro del régimen proteccionista arriba discutido.

Ahora bien, líneas arriba manifestamos que tal vez ya habíamos dejado de lado el régimen proteccionista pero no nos habíamos percatado de ello.

Pues bien, para elaborar sobre ese punto veamos punto por punto las características básicas de las leyes proteccionistas en materia de casas extranjeras:

“Existen pocas causas justas legales para dar por terminado el contrato de agencia.

La obligación de pagar una indemnización a la ruptura del contrato sin justa causa.

Prohibición de importaciones de la casa extranjera, mientras no pague la indemnización

Irrenunciabilidad de los derechos del representante.”²⁷

Sobre las causas legales para dar por terminado el contrato, en principio son únicamente las establecidas por la Ley 6209, sin embargo y retomando lo resuelto en el voto 000062-F-04, de la Sala Primera, resolución de las diez horas del treinta de enero del año dos mil cuatro, la libertad de contratación toma un importantísimo lugar en materia de contratos de representantes de casas extranjeras. Repasemos dicho voto en sus puntos más novedosos y por ende más importantes. Dice el voto en su Considerando tercer:

“III.- Respecto a la primera violación directa acusada por el recurrente, se observa como el artículo 2 de la Ley No. 6209 dispone la posibilidad de resarcimiento a favor del representante de una casa extranjera en dos situaciones distintas. Primero, cuando el contrato sea rescindido por causas ajenas a su voluntad, es decir, en aquellos casos en los cuales la casa extranjera decida de forma enteramente unilateral ponerle fin a la relación negocial. Luego, también cabe dicha indemnización, si al estar pactado un plazo de vigencia para el contrato y cumplido el mismo, éste no se prorroga por causas ajenas a la voluntad del representante nacional. En ambos casos nacerá a favor del representante costarricense un derecho resarcitorio, de conformidad con los parámetros de cálculo regulados en la propia ley. El ordinal 4 ibídem, por su parte, norma las causales de terminación

²⁶ Ley 6209. Artículo 5

²⁷ GURDIAN TIBERINO (Elisa Eugenia) op. Cit. p. 49

del contrato de representación con responsabilidad para la casa foránea, mientras, el numeral 5 siguiente, establece las causas justas para finalizar el negocio jurídico, pero sin el nacimiento de la responsabilidad civil en contra de ésta. En conclusión derivada de lo anterior, para la procedencia de un resarcimiento al representante costarricense se requiere, como precepto general, una extinción contractual ajena a su voluntad, no fundada en causal alguna del artículo 5 señalado u otra pactada por las partes contratantes sino en una de las reguladas por la disposición 4 de dicha ley. Pero, la norma no puede ser considerada de forma aislada, resulta imprescindible el análisis de los términos contractuales estipulados entre las partes. **De conformidad con el principio de la autonomía privada, más allá de lo dispuesto en las leyes, los contratantes poseen la atribución de fijar reglas específicas para su negocio jurídico. El ordenamiento ampara la autonomía privada en el artículo 1022 del Código Civil, cuando exige a las partes a someterse a aquello sobre lo cual, voluntariamente, se han obligado.** Consiguientemente, la relación contractual que se dio entre Periódicos Internacionales S.A. y UPS Worldwide Forwarding Inc. debería ser analizada a la luz de la Ley 6209, pero, antes se debe partir del contenido del contrato particular entre las partes, con la finalidad de comprobar la existencia o no de condiciones diversas a la norma legal y, por lo mismo, que impida aplicar ésta última. Conforme se analizó en el fallo de análisis, en el negocio jurídico suscrito por las partes de este proceso, se estableció la cláusula 4.0, atinente a la vigencia del contrato, la cual, en su punto 4.1, como luce en su traducción a folio 23, dispuso en lo de interés al punto de estudio: “Este Contrato será

efectivo el 28 de agosto de 1989, y tendrá vigencia por un período de un (1) año. Será automáticamente renovado por períodos subsiguientes de un (1) año siempre y cuando alguna de las partes no lo termina (sic) por escrito a más tardar treinta (3) días antes del final del período acordado, o cualquier renovación del mismo. No obstante, y sin tomar en consideración el párrafo inmediatamente superior, **cualquier parte puede cancelar este Contrato mediante una notificación previa por escrito de treinta (30) días a la otra parte” (El resaltado no es del original).** En consecuencia, se debe concluir la existencia de una cláusula nacida de la voluntad de las partes contratantes, en la cual se establecía la posibilidad de dar por terminado el contrato por decisión unilateral de cualquiera, siempre y cuando se diera un aviso anticipado de treinta días. En el caso específico de este litigio UPS Worldwide Forwarding Inc. sólo se acogió a los términos contractuales, aplicando una cláusula convenida entre ella y Periódicos Internacionales S.A. **Es preciso anotar que no se amparó en la expiración del plazo contractual, porque, de haber sido así, hubiera dado por terminado el contrato en fecha 28 de agosto y no 8 de septiembre, como lo hizo.** Además, conforme se extrae de la nota enviada por la sociedad demandada a la sociedad actora, cuya copia corre a folio 3 y su traducción a folio 4, en ningún momento se hizo alusión a la expiración del plazo; más bien, de su lectura, se extrae que UPS Worldwide Forwarding Inc. se acogió a lo pactado en cuanto a dar por finalizada la relación negocial, si ello se comunicaba respetando un mes de preaviso. Entonces, **lo anterior no encaja dentro de los supuestos previstos en el numeral 2 de la ley de cita,**

porque al no tratarse de la expiración del plazo contractual, no puede aplicarse la segunda hipótesis de esa norma. Respecto de la primera, solamente cabe indemnizar cuando el contrato, según dispone ese canon en lo conducente es "...rescindido por causas ajenas a la voluntad del representante..." Esa hipótesis entraña que en la decisión de extinguir el contrato debe estar ausente el consentimiento del representante costarricense. Pero, **aunque se ha demostrado que la empresa demandada comunicó con antelación lo decidido en cuanto a terminar el negocio jurídico de forma unilateral, ello no fue ajeno a la voluntad de Periódicos Internacionales S.A., quien pactó expresamente esa posibilidad dentro de las cláusulas del convenio celebrado entre ambas partes.** En consecuencia, al intervenir la voluntad de la sociedad demandante en esa forma de dar por terminado el contrato, no puede asimilarse lo sucedido en este asunto a la obligación de resarcir dispuesta en el numeral 2 mencionado. (...) Sobre el tema la Sala ya se ha pronunciado. En la sentencia No. 777-F de las 14 horas 35 minutos del 20 de noviembre del 2003, dispuso: "Al no tenerse por demostrada la bilateralidad en la extinción de la distribución, se aplicaron incorrectamente los ordinales 2 y 4, inciso f, de la Ley 6209 y se le impuso a [...] la obligación de cancelar una indemnización improcedente, pues no fue ajena a la voluntad de la actora la modificación del contrato de distribución exclusiva, desestimándose la unilateralidad de la misma. [...] en este asunto la inobservancia no consistió en desconocer la consensualidad como fuente de los contratos y obligar a las partes a una formalidad no regulada en el ordenamiento jurídico, sino que fue condenar a una casa extranjera al pago de un resarcimiento, cuando la modificación del contrato con el distribuidor

costarricense fue consecuencia de lo convenido entre ambas partes. Por ende, en cuanto a este extremo, se acogerá el recurso de casación..." Según lo expuesto, **se debe estimar que la presencia de la voluntad del representante nacional, al modificarse o extinguirse el contrato con la casa extranjera, disipa la obligación de indemnizar a cargo de esta última y a favor de la primera.** La única salvedad a lo anterior se encontraría en el carácter de orden público de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, pero, lo dispuesto por el Tribunal no contraría este principio. Si bien los derechos otorgados a las partes por la normativa son irrenunciables, **solamente serían inválidas o ineficaces aquellas estipulaciones de las partes cuando contradigan lo expresamente regulado en la norma.** Pero, ninguna disposición de la Ley No. 6209 impide a las partes convenir sobre la extinción del contrato, limitando así el principio de la autonomía privada en cuanto a ese tópico. Y ante ese silencio la **legislación vigente más bien garantiza ese derecho de los contratantes.** La ley sólo tutela que si se termina el contrato, éste sea por la confluencia de voluntad de sus partes suscriptoras y, en especial, del representante costarricense. Por ello, lo pactado entre las empresas actora y demandada, en cuanto a la finalización del contrato con sólo comunicarlo así, con un mes de antelación, a su contraparte, no constituye una renuncia a los derechos otorgados en la normativa expuesta. La consensualidad en esa terminación impide el colisionar de lo incluido en la cláusula 4.1 del contrato entre las partes con lo reglado de forma legal como aquellos casos en los cuales se debe indemnizar al representante costarricense. Luego, ha de indicarse también que el artículo 2 de la Ley No. 6209 no hace distinción sobre en cuál momento debe darse

el acuerdo de ambas partes en rescindir el pacto de representación, distribución o fabricación. Consiguientemente, ese convenio podría darse tanto en la ejecución del contrato como desde su inicio, pues se trata de una misma voluntad negocial, sin existir fundamento alguno para hacer distinciones que, en todo caso, la misma norma no realiza. En síntesis, en este asunto no puede aplicarse el resarcimiento dispuesto en el ordinal 2 de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, porque no se trata de la falta de prórroga ante la expiración del plazo contractual ni la rescisión del negocio jurídico fue ajena a la voluntad de Periódicos Internacionales S.A., requisito sine qua non para indemnizar, sin que lo estipulado de forma bilateral en el contrato suscrito por las dos partes contraviniera los derechos irrenunciables otorgados por esa Ley a todos los representantes, distribuidores y fabricantes patrios. En otro orden de ideas, respecto del artículo 4, inciso f, de la ley ibídem, éste sanciona únicamente modificaciones unilaterales introducidas por la casa extranjera al pacto de representación, sin que ello aconteciera en este asunto. UPS Worldwide Forwarding Inc. nunca alteró el contenido del contrato, ni impuso una condición no convenida entre las contratantes. Desde su inicio, el punto 4.1 formó parte integral del contrato de representante de casa extranjera y, por ello, no puede ser aplicable el ordinal 4 citado. Además, aunque la terminación del plazo contractual no esté incluida dentro de las causales del canon 5 de la misma ley, nada impide que sea válida y eficaz para surtir los mismos efectos de las hipótesis legales ahí reguladas. Ese artículo 5 establece causas de

terminación que, a la vez, constituyen sanciones contra el representante de la casa extranjera; son motivos extraordinarios para dar por finalizado el contrato, derivados de conductas graves de éste último al ejecutar el contrato. Pero, el numeral no puede ser excluyente de una causa ordinaria para dar por finalizado el mismo, como lo es una condición o término resolutorio preestablecido por los contratantes, quienes son libres de elegirlo al momento de establecer todas las estipulaciones del negocio jurídico, como un elemento accidental del negocio jurídico y de él dependerá si nace o se extingue la obligación, de conformidad con lo regulado en el artículo 1092 del Código Civil. Por ello, la terminación consentida del contrato es una causa adicional para dar por extinguida la relación negocial, sin que la casa extranjera asuma responsabilidad alguna. Con base en todo lo anterior, se determina desestimar el cargo planteado.”²⁸

Con este voto se abre un abanico de posibilidades en cuanto a la libertad de contratar en materia de casas extranjeras. Véase que la Sala ha dicho que el límite a esta libre contratación estará en lo expresamente regulado o prohibido en la ley.

El segundo punto arriba indicado que caracteriza a los regímenes proteccionistas es el pago de una indemnización al dar por finalizado el contrato sin justa causa para la casa extranjera. Como se dijo líneas arriba este supuesto se encuentra de salida en la legislación nacional ya que al firmarse el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América el país se comprometió a eliminar

28 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 62-f-04, de las diez horas del treinta de enero del año dos mil cuatro.

dicha indemnización y que por ende cualquier reclamo que se dé como consecuencia de las relaciones entre representantes locales y casas extranjeras deberá ser resuelto conforme a las reglas generales que regulan la materia de daños y perjuicios.

Es de tanta importancia la posición tomada por el país en esta materia que no solo se comprometió a lo ya dicho de eliminar la indemnización tasada, sino que también trata de dejar de lado la cuarta característica de los regímenes proteccionistas, es decir la irrenunciabilidad de derechos, tema que ya tratamos líneas arriba, pero podemos decir que con estos compromisos es claro que el país busca de esta forma dejar de lado esa cultura proteccionista sentida en los años setenta en los cuales se promulgó la Ley 6209.

CONCLUSIONES

Habiendo finalizado el presente estudio llegamos a una conclusión irrefutable, el régimen proteccionista para los distribuidores y representantes de casas extranjeras en nuestro país está en vías de extinción.

Ya sea por medio de compromisos adquiridos en acuerdos internacionales, en los cuales se acuerda eliminar las indemnizaciones establecidas en la ley o bien promover la renegociación de los contratos entre los nacionales y extranjeros con el fin de que se sometan al futuro régimen en el que ya

trabaja la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras.

O bien vía jurisprudencial donde ahora se reconoce una mayor amplitud a la voluntad contractual entre partes para así fijar causales distintas a las establecidas por ley para dar por terminado el contrato. E igualmente como ha sido establecido en la jurisprudencia nacional la imposibilidad de cobrar el daño moral causado al representante o distribuidor local, ni las inversiones hechas por estos durante la vigencia del contrato, ya que según han dicho nuestros tribunales la indemnización de la Ley 6209 es tasada y no hay posibilidad de cobrar extremos distintos a los expresamente señalados por ley.

Y llegamos así a la más arriesgada de nuestras conclusiones. En este momento decimos que el régimen proteccionista ha sido superado en nuestro país desde el año 1995 con la entrada en vigencia de la Ley de Promoción de la Competencia.

Como ya señalamos en el capítulo segundo de este trabajo, dicha ley promueve una economía más abierta y libre donde no habrá restricciones al comercio en razón de la nacionalidad. ¿Qué más evidente de ser una restricción en razón de nacionalidad que la Ley 6209?

De esta forma Costa Rica pasa a incorporarse al grupo de países con legislación ubicada dentro del régimen liberal en materia de representación de casas extranjeras.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Farina, Juan Contratos Comerciales Modernos. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1999
 Ghersi, Carlos Alberto Cuantificación Económica. Contratos Interempresarios. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2001
 Kozokchyk, Boris y otro Curso de Derecho Mercantil. Editorial Juritexto. San José, 1997
 Rojas Lucía y otro Cómo redactar un contrato. Editorial Temis. Bogotá, 2003

TESIS

CORDERO GONZÁLEZ (José Rafael) El representante de Casas extranjeras como empresario. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1994
 GURDIÁN TIJERINO (Elisa Eugenia) La Existencia Jurídica de la Licencia de Representante de Casas Extranjeras. Tesis de grado para optar por el título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1999

LEYES

Código de Comercio, Ley No. 3284 de 24 de abril de 1964
 Código de Comercio de El Salvador
 Constitución Política de Costa Rica
 Ley 4684, del 30 de noviembre de 1970
 Ley 6209, del 9 de marzo de 1978
 Ley de Representantes Distribuidores y Agentes de Empresas Nacionales y Extranjeras de la República de Honduras
 Proyecto de ley para la reforma a la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras
 Proyecto de Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor
 Tratado de Libre Comercio entre los gobiernos de la República de Costa Rica, la República de El Salvador, La República de Guatemala, la República de Honduras, la República de Nicaragua y los Estados Unidos de América. Anexo 11.13

INTERNET

http://www.libertario.org/libre_comercio/tlc_resumen.pdf
<http://larepublica.terra.co.cr/news/articulo/html/2003/12/12/rep11897.htm>
<http://www.e-politics.org/modules.php?name=News&file=article&sid=681>

RESOLUCIONES JUDICIALES

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 62-f-04, de las diez horas del treinta de enero del año dos mil cuatro

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 2000-10352, de las catorce horas con cincuenta y ocho minutos del veintidós de noviembre de dos

PERIÓDICOS

El Financiero. No. 445, 12-18 de enero de 2004

LA REPRESENTACIÓN DE CASAS EXTRANJERAS Y LA SUCURSAL DE EMPRESA DOMICILIADA EN EL EXTRANJERO.

Luis Fernando Fernández Hidalgo

El presente ensayo tiene como objetivo hacer una comparación entre el régimen especial del representante y distribuidor de Casas Extranjeras, según lo regula la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras (número 6209) y el sistema aplicable a la sucursal de una sociedad extranjera, en las relaciones entre la casa matriz y la sucursal.

El análisis de la normativa existente permite afirmar que la existencia de la sucursal no impide la aplicación del régimen especial a favor de una empresa nacional, que actúe como representante o distribuidora de la sucursal, con lo cual perdería asidero el tratamiento especial, en el tanto se hace sobre la base de la ausencia de bienes de la casa extranjera para garantizar el resarcimiento apropiado de la empresa nacional, ante la rescisión de la relación contractual.

En Costa Rica con la emisión de la Ley de Protección al Representante de Casas

Extranjeras se crea un estatuto especial de protección al empresario que se dedica a la representación de una casa extranjera, distribuye o fabrica productos o servicios de dicha empresa cuya sede de negocios está en otro país. La indicada tutela particular tiene fundamento en la potencial debilidad del representante o distribuidor en caso de rompimiento unilateral de la relación contractual.

La Casa Extranjera podría estar en posición de una ventaja injusta, ante la carencia de bienes propios en el país y la posibilidad que tendría de aprovechar el trabajo de inserción de un producto o servicio de una marca extranjera, si decide incursionar en forma directa en el mercado o busca por razones diversas un nuevo representante o distribuidor que acapare el mercado formado por su anterior contratante.

Ante esta situación el representante o distribuidor tiene las siguientes soluciones que plantea la ley: a) la indemnización tasada que

debe cubrir la casa extranjera (artículo 2 de la ley citada)¹, b) la adquisición obligatoria por parte de la casa extranjera de productos en existencia en poder del representante nacional (artículo 3, ibidem) , c) la irrenunciabilidad de los derechos por parte del representante o distribuidor nacional y d) la prohibición para la casa extranjera de importar bienes, si previamente no rinde garantía al efecto.

Estas sanciones se formularon con el objetivo de atemperar las consecuencias que la ruptura de la relación jurídica puede provocar al representante, distribuidor o fabricante nacional y modular la posición de ventaja indebida por parte de la casa extranjera que, sujeta a un fuero externo, quedaría en total libertad de continuar realizando a plenitud sus negocios, en tanto se discute en la jurisdicción nacional las consecuencias de la ruptura contractual.

Con respecto a la indemnización, la exposición de motivos de la Ley # 6209 es ilustrativa, se dijo que se requería establecer un régimen jurídico diferenciado de las indemnizaciones, que le corresponden al representante y al distribuidor, porque la experiencia indica la necesidad que tiene el representante de un tiempo más largo de recuperación de la actividad, cuando alguna variación ha tenido efectos perjudiciales en las relaciones del representante con la casa extranjera y con

sus clientes en el mercado nacional. Pero en el caso del distribuidor, por ser un importador, tiene el control de la actividad y puede prever con suficiente antelación las variaciones y evitar eventuales efectos perjudiciales.

El valor se aumentó para lograr una indemnización adecuada y justa, porque en la ley anterior la indemnización era de dos meses por cada año y no cuatro meses por cada año, como una especie de cesantía, así se expresó en las actas de la comisión de asuntos económicos, que emitió el dictamen afirmativo. Ese dictamen indica, con más claridad, que se trata de dar una indemnización acorde con su trabajo y las inversiones realizadas en caso de rompimiento injustificado de la relación, por parte de la casa extranjera; indudablemente la norma debe abarcar esos extremos, pero también se reguló para el caso que el representante pueda concluir la relación, por causas que la justifican, con derecho a esa indemnización. Por la aplicación del artículo 10 del Código Civil, que literalmente reza: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”, la indemnización legal debe entenderse como una limitación sobre el monto resarcible

¹ Por tratarse de una actividad mercantil la pérdida inmediata que se provoca con la conclusión de la relación de representación de una casa extranjera es el aviamiento, la existencia del negocio y las relaciones con los clientes, que por sí mismos representan un activo; además, la expectativa de la comisión que se cobrara por las ventas efectuadas en el país. En derecho comparado la indemnización que se concede al representante consiste en una indemnización de preaviso a favor del agente (en los contratos a tiempo indeterminado) y la indemnización de la clientela, que corresponde al agente si se incrementó la clientela o bien desarrolló en medida sensible los negocios con la clientela ya existente, además que gracias a la actividad del agente, el “comitente” obtenga ventajas, inclusive posteriores (según las directivas de la Comunidad Económica Europea, citadas por PEREZ VARGAS supracitado). Véase PEREZ VARGAS (Víctor), *Contratos de Distribución, Representantes de Casas Extranjeras y Responsabilidad*, En: *Revista Judicial*, año XV, número 52, diciembre de 1990, Departamento de Publicaciones e Impresos de la Corte Suprema de Justicia.

por el lucro dejado de percibir, que se tasó en la ley por el equivalente al promedio mensual del lucro percibido, durante los dos o cuatro últimos años, con lo cual se fija un criterio de justicia conmutativa, de tal forma que la cantidad de años de vigencia y sin determinación de plazo final, tendrá una relación proporcional al monto indemnizable. Se fija en cuatro meses de utilidad bruta por cada año, hasta un máximo de nueve años; con lo cual se le podría indemnizar con un máximo de treinta y seis meses, esto representa una tasación del lucro cesante. Pues constituye el aseguramiento de los ingresos que tenía el representante o distribuidor, por un período que le permita la recuperación de la situación previa del rompimiento. La ley facilita la liquidación de ese extremo, que permite la paralización de importación de los productos de la casa extranjera y una garantía, para el caso de que quisiera seguir importando los productos, sobre la efectividad de la sentencia. Sin embargo, no existe obstáculo para pretender extremos diferentes de la indemnización tasada legalmente, que pueden constituir una efectiva reparación o resarcimiento de los daños.

El artículo 9 de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, establece lo siguiente: “Las indemnizaciones previstas en esta ley deberán ser pagadas en pago único y total inmediatamente después de terminado el contrato o cuando quede firme el fallo judicial condenatorio si lo hubiere. La casa extranjera deberá rendir una garantía sobre el total de las indemnizaciones reclamadas por el representante, el distribuidor o el fabricante, cuyo monto será determinado por el Juez.

Si no lo hiciere, el Ministerio de Hacienda suspenderá, a solicitud del demandante, toda clase de importación de los productos de la citada casa extranjera...”

La Corte Plena en sesión extraordinaria del las 13:30 del 27 de noviembre de 1980 dijo lo siguiente a propósito de un alegato de trato desigual que favorece a los representantes de casas extranjeras para exigir una garantía: “...obedece a la diversa situación en que se encuentran las casas extranjeras de las nacionales, puesto que los representantes de aquellas se encuentran virtualmente imposibilitados para hacer efectiva cualquier reclamación que se declare en su favor, lo cual justifica, en razón de esa diversa situación en que se encuentran las casas extranjeras de comercio que acreditan representantes en el país, el distinto trato que a una y otras da la legislación que impugna”. Además, “la suspensión para importar los productos de las Casas Extranjeras no constituye una limitación para el ejercicio del comercio, sino, que es un medio compulsorio para exigirle la plena satisfacción de sus obligaciones contractuales”².

En consecuencia, si bien se trata de un empresa privada, a la cual se aplica el régimen común de toda empresa regida bajo las normas del derecho comercial, en sus relaciones nacionales; tiene regulaciones particulares en sus vínculos internacionales y específicamente respecto a la empresa que le provee los bienes o servicios objeto de la relación contractual con elementos extranjeros.

2 Así se cita en la sentencia número 5407-94 de las quince horas y cincuenta y cuatro minutos del veinte de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro. Véase también las sentencias 494-92 de las quince horas veinte minutos de veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y dos y 2001-04021 de las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del dieciséis de mayo del dos mil uno, todas de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Ese régimen particular de la relación contractual entre el representante, fabricante o distribuidor nacional y la empresa extranjera, ameritó el cuestionamiento del artículo 7 de la Ley de Representantes de Casas Extranjeras, en cuanto disponía la irrenunciabilidad de la jurisdicción de los tribunales costarricenses y de los derechos del representante, distribuidor o fabricante, concedidos con fundamento en dicha Ley. Ese carácter podría suponer el impedimento para recurrir a un eventual arbitraje internacional. Sin embargo, la Sala Constitucional se pronunció en el siguiente sentido: "... el análisis del artículo 7 mencionado no puede ofrecer la duda de constitucionalidad que señala el Tribunal consultante, puesto que lo que se debe examinar, en el caso concreto de que conoce, es la validez de la cláusula compromisoria, libremente acordada, a la luz de lo que establece la Constitución Política en su artículo 43 y lo que señala el artículo 7 consultado. (...) Todo esto conduce a interpretar, lógicamente y dentro del contexto que se analiza, que lo que el artículo 7 regula es que no se le pueda imponer, unilateral y forzosamente a nadie, que renuncie a la jurisdicción de los tribunales costarricenses y a los derechos que le corresponden; pero ello no obsta para que válidamente se pueda, por la vía de la cláusula compromisoria, aceptar el arbitraje como fórmula anticipada para solucionar las divergencias patrimoniales que surjan con motivo de una relación comercial como la que se examina y si se está ante una cláusula compromisoria normal, es decir, en el sentido propio de un acuerdo libre de voluntades, evidentemente esa es la respuesta. (...) a juicio de la Sala, la norma resulta inconstitucional, porque esa disposición jurídica vacía de contenido al artículo 43

de la Constitución Política, provocando un conflicto que viola varios principios de rango constitucional. Así, por ejemplo, se infringe el principio de igualdad ante la ley, puesto que si la norma constitucional permite que toda persona pueda acudir al arbitraje, es decir, no discrimina entre sujetos, la distinción que haga la ley debe ser razonable y proporcionada; y en el presente asunto, no encuentra la Sala que lo sea el negarle validez a manifestaciones de la voluntad libremente expresada, por la sola razón de que lo diga la ley. Es cierto que la norma está inserta en una ley de carácter proteccionista, pero ello no es suficiente para pensar que pueda modificar el sentido unívoco del artículo constitucional, para crear una figura de excepción, de tal identidad, que le pueda negar acceso al arbitraje internacional, que como se ha dicho en el considerando V de esta sentencia es, también, constitucionalmente viable.³

Se ha cuestionado en vía de control constitucional la afectación potencial para la casa extranjera que representa este régimen beneficioso para el representante o distribuidor nacional. En el mismo voto anteriormente citado, se indicó que no se trata de un tratamiento desigual irracional sino fundamentado en la condición desigual de las partes, pues "... constituye un acto constitucionalmente irreprochable, que a través de la ley se introduzcan disposiciones que tiendan a proteger a determinado tipo de sujetos en sus relaciones contractuales, atendiendo a las circunstancias que rodean su actividad y con el fin de restablecer una igualdad inexistente en la práctica. Por ejemplo, la irrenunciabilidad de las previsiones contenidas en la Ley N. 6209, que la Sala trató

3 Voto 2000-10352, de las catorce horas con cincuenta y ocho minutos del veintidós de noviembre del dos mil.

en la sentencia 311-90, tiene el propósito de reforzar su eficacia, pues de lo contrario, se dejaría a una de las partes que imponga la ley del contrato, (...). La Sala entiende que las situaciones previstas por la normativa impugnada, hacen razonable la forma en que el legislador les otorga solución, de manera que tampoco riñe con el artículo 28 constitucional la naturaleza de orden público con que se la ha distinguido. Se trata de resguardar de la mejor manera los derechos del representante local de casas extranjeras, estableciendo reglas que impidan situaciones injustas, dada la condición de ventaja que tendría la casa extranjera para incumplir con sus obligaciones contractuales, sin posibilidades reales de sujetarla a nuestro ordenamiento, dado que su foro natural estaría más allá de nuestras fronteras. Hay, entonces, suficientes motivos, particularmente de protección económica a la parte más débil de una relación contractual, para que la ley contenga las disposiciones que, se alega, resultan atentatorias de la libertad de contratación, o del principio de razonabilidad, o de la libertad de empresa. No hay que pasar inadvertido que el mismo artículo 28 Constitucional deja fuera de la acción de la ley, las acciones privadas que no perjudiquen a tercero, por lo que, desde este ángulo, también habría legitimación para que la ley incida en los efectos de determinadas relaciones jurídicas, estableciendo regulaciones excepcionales, en procura de que ese daño no se produzca o al menos se minimice. **La Sala entiende y declara que en las hipótesis legales cuestionadas no hay un trato desigual o espurio, sino que más bien trata de introducir un balance entre las fuerzas y condiciones de las partes involucradas. Y si, en presencia de la ley N. 6209 tuvié-**

ramos que hablar de discriminación, como lo alega el accionante, más bien estaríamos en presencia de una “discriminación positiva”, tema sobre la cual la Sala también se ha pronunciado favorablemente, entre otras, en sentencia número 319-95, de las 14:42 horas del día 17 de enero de 1995. (el destaque del texto en negritas no es del original).”

Es decir, el régimen especial no contraviene el derecho constitucional a un trato igualitario, porque en este supuesto la casa extranjera está en posición de preeminencia evidente ante la empresa nacional. Esto no solo representa una desventaja para dicha empresa, sino que podría implicar una desestabilización de la economía nacional, si no existiera ese régimen protector.

Si una empresa individual o asociativa extranjera decide abrir una sucursal para distribuir sus productos en territorio nacional, están obligadas a constituir y mantener en el país un apoderado generalísimo. En la escritura de poder se debe consignar el objeto de la sucursal y capital que se le asigne, el objeto, capital, el nombre completo de los personeros o administradores y duración de la empresa principal, una manifestación expresa que el representante, y la sucursal en su caso, quedan sometidos a las leyes y tribunales de Costa Rica en cuanto a todos los actos o contratos que celebren o hayan de ejecutarse en el país y renuncian expresamente a las leyes de su domicilio y una constancia que el otorgante del poder tiene personería bastante para hacerlo⁴. Esto tiene particular importancia, porque la sumisión de la sucursal a las leyes nacionales, no excluiría la condición de casa

4 Artículo 226 del Código de Comercio.

extranjera, para entenderse domiciliada en el territorio del Estado nacional. Con lo cual se deviene inoperante la necesidad de constituir sucursal en el territorio nacional, pues no representa más que una desventaja, al poder ser notificada la casa extranjera en el territorio nacional.

Es importante evitar la posible confusión generada ante el caso de una sucursal, que las relaciones establecidas entre un representante, distribuidor o fabricante nacional y la sucursal en tanto encuadran también dentro del régimen especial a que alude la Ley 6209. Así se establece en el artículo 1, como casa extranjera: “a) (...) persona física o jurídica que, radicada en el extranjero, realice actividades comerciales en el país, por sí o por medio de sucursales filiales o subsidiarias.”

La primera nota que permitiría una distinción entre las figuras de estudio, el representante de casa extranjera presenta una personalidad jurídica propia separada de la casa extranjera, sea individual o asociativa, la sucursal es una entidad que depende en su origen de la principal.

La Ley 6209, numeral 1, estatuye como representante a “toda persona física o jurídica que, en forma continua o autónoma, - con o sin representación legal - prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta o distribución de bienes o servicios que casas extranjeras venden o presten en el país.” La sucursal sería la simple constitución de un apoderado que opere los negocios de la casa matriz en el territorio nacional, es decir representante legal, dicho mandatario estaría excluido del régimen especial pues se trataría en principio de una extensión de la casa matriz. El representante de casa extranjera opera en beneficio propio, al menos en forma parcial, la sucursal opera necesariamente en beneficio de la casa matriz.

En el ámbito jurisdiccional se ha planteado la defensa de las demandadas con fundamento en la Ley 6209 en la inexistencia del contrato de representación y distribución con respecto a casas extranjeras. Por ejemplo, se ha alegado la existencia de un contrato de compraventa internacional; sin embargo, no se daría diferencia del régimen aplicable entre esa figura y la distribución, pues el contrato de distribución implica la compraventa internacional. Deberá entonces analizarse la unidad contractual para definir la aplicación o inaplicabilidad de la Ley citada.

En el voto No 044, el TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA.- San José, de las diecisiete horas quince minutos del veinticinco de febrero de dos mil cinco, analizó la distinción de la representación y distribución que tutela la Ley tantas veces citada respecto al contrato de suministro, lo siguiente:

“Según el artículo 1 (...) en su inciso c), conceptúa al “distribuidor exclusivo o codistribuidor” como toda persona física o jurídica que, mediante un contrato con una casa extranjera, importe o fabrique en el país bienes para su distribución en el mercado nacional, actuando por cuenta y riesgo propio. De lo dispuesto por el ordinal 2 de dicha ley se deduce que el representante trabaja por comisión y para calcular la indemnización a que tiene derecho, según esa norma, se hace sobre la utilidad promedio por mes durante los últimos cuatro años de la relación. En el caso del distribuidor, quien trabaja mediante compra y posterior reventa, por lo que percibe una utilidad o margen, el cálculo se hace con base en la utilidad promedio mensual durante los dos últimos años de la relación. (...) El concepto de representante usado por nuestro legislador en la ley bajo examen es

asimilable a lo que en doctrina se considera contrato de agencia y se le define como aquel contrato ‘... mediante el cual una parte asume el encargo estable de promover por cuenta de otra, mediante una retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada...’ (Cfr. Tratado de los Contratos de Empresa. Tomo III. Ernesto Eduardo Martorell. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 450).

Este mismo autor, en cuanto al contrato de distribución, indica que al ser imposible aportar una definición de él que se amolde a todas las peculiaridades que tiene la figura, ha de brindarse un concepto genérico e indica que ‘... es el contrato en que el empresario comercial actúa profesionalmente por su propia cuenta, intermediando en tiempo ‘más o menos extenso’ y negocio determinado, en una actividad económica que indirectamente relaciona al productor de bienes y servicios con el consumidor.’ (Op. cit., p. 530). En cuanto al contrato de suministro lo define con cita de jurisprudencia argentina en los siguientes términos: ‘El suministro es el contrato por el cual una de las partes (suministrante) asume frente a la otra (suministrado) la obligación de cumplir prestaciones periódicas y continuadas durante un término (determinado e indeterminado) en la medida que lo solicite y por un precio fijado o a fijarse’. (Op. cit., p. 600. La resolución es de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 30 de marzo de 1989).

Dicho autor hace una comparación entre el contrato de distribución y el de suministro, para diferenciarlos, en la siguiente forma: ‘La primera gran diferencia pasa por el

hecho de que, por lo común, el suministrado compra la mercadería o productos de que se trate para su propio uso, aun cuando pueda también hacerlo para revender. Al contrario, el distribuidor carece de la libertad de disponer el destino de la mercadería que le es provista por el fabricante, hallándose obligado a colocarla en la zona asignada al contratar. A su vez, el suministrado tiene como obligación prácticamente única pagar el precio de lo adquirido al suministrante, mientras que pesan sobre el distribuidor... toda una serie de obligaciones adicionales, emanadas del cuadro de control que el fabricante o principal ejerce sobre él’. (Op. cit., p. 540).”

La sentencia anterior es representativa de la tendencia que se presenta en los juicios para reclamar las indemnizaciones establecidas por la Ley de análisis, donde la defensa tiende a excluir la aplicación de dichas sanciones, sea alegando el rompimiento justificado de la relación, el encuadramiento de la relación en otro molde contractual diferente de la representación e inclusive la desigualdad de trato otorgado a favor del representante o distribuidor nacional.

Sin embargo, sería necesario ahondar dichas figuras para establecer límites precisos que permitan un mejor análisis de la cuestión. Por lo pronto, para los efectos de este ensayo valga afirmar que la creación de una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero, no excluiría la aplicación del régimen, exceptuando el caso que la misma sucursal realice la labor de representación o distribuya por sí misma los bienes objeto de producción de la empresa matriz.



“LA CONTRATACIÓN COMERCIAL EN EL DERECHO COMPARADO” DE BORIS KOZOLCHYK

Dr. Víctor Pérez Vargas
Profesor de Contratación Comercial Internacional
Universidad de Costa Rica

El Dr. Boris Kozolchyk, graduado de las universidades de La Habana, Miami, Michigan y Luxemburgo, en nuestro país es ampliamente conocido por sus trabajos en coautoría con el maestro costarricense Octavio Torrealba (de quien tuve el honor de ser asistente) y con otros profesores de Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica; también, por sus amplias investigaciones sobre el proceso de industrialización, la formación de capital corporativo y los riesgos del crédito al pequeño y mediano comerciante y al consumidor.

Desde que le conocí a fines de los años sesenta, como Profesor Visitante de nuestra Facultad y, luego, como Director del Proyecto de Reforma Jurídica USAID, el Dr. Boris Kozolchyk fue, en primer lugar, un jurista integrador de los dos principales sistemas jurídicos de Occidente, vocación que continua cumpliendo hoy en la Universidad de Arizona y como Director del National Law Center for Inter-American Free Trade en la ciudad de Tucson, centro dedicado a la armonización del Derecho Comercial y al estudio de los tratados de libre comercio. Además, ha enseñado en diversas universidades como la de Aix en Provence, Louisiana State University, UCLA, Stanford, Chile, México, Luxemburgo y Miami.

Entre sus obras más conocidas anotamos La Contratación Comercial en El Derecho Comparado, United States Law of Trade and Investment, El Derecho Comercial ante el Libre Comercio y el Desarrollo Económico, Making Free Trade Work in the Americas, Letters of credit (International Encyclopedia of Comparative Law) y Commercial Letters of Credit in the Americas: A Comparative Study of Contemporary Commercial Transactions.

Por sus grandes contribuciones, la Asociación Americana de Abogados (conocida por sus siglas en inglés, A.B.A.) le otorgó el premio “Leonard J. Theberge”.

En Costa Rica, antes de la llegada de Boris Kozolchyk, las referencias a la jurisprudencia en la Facultad de Derecho eran esporádicas. Por lo general los cursos eran casi totalmente conceptuales y las citas jurisprudenciales eran esporádicas. En muy pocos cursos, como el del Dr. Juan Luis Arias, tuvimos oportunidad de realizar ejercicios jurídicos sobre casos reales. No podemos olvidar que el gran aporte de Boris Kozolchyk a la enseñanza del Derecho en Costa Rica fue la adecuada combinación del método magistral tradicional con el método de casos. Los diversos tomos de su “Curso de

derecho mercantil, texto y material de estudio” contienen doctrina sustancial y transcripciones jurisprudenciales sobre cada uno de los temas. Hoy las cosas algo han cambiado y muchas materias cuentan con antologías de jurisprudencia (case books).

En sus lecciones de Derecho Comercial, en una equilibrada combinación entre lo dogmático y lo tópic, se estudiaban los conceptos fundamentales sobre sociedades, compraventas, fideicomisos, préstamos y otros negocios mercantiles y, al mismo tiempo, se nos enseñaba a analizar casos reales, a resolver problemas concretos, a redactar una demanda o a dictar una sentencia.

En esta ocasión, el Dr. Kozolchik nos brinda un nuevo libro (2006) titulado: “La Contratación Comercial en el Derecho Comparado”, texto utilizado en el curso “Perspectivas Actuales del Derecho Comercial” del programa de Doctorado en Derecho Mercantil, de la Universidad Carlos III, de Madrid. Aquí también se combina la exposición magistral con las referencias legislativas y jurisprudenciales.

La obra que reseñamos, centrada en el tema de las promesas de ejecución diferida, es fruto de un gran conocedor del derecho latinoamericano y del europeo continental y, a la vez, del “Common Law” y, por ende, de una verdadera autoridad en el Derecho Comparado Occidental. Cabe resaltar, en este sentido, el título de uno de sus artículos: *The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law* publicado por *Louisiana Law Review*.

Recordemos que el Derecho Comparado, más que una rama del Derecho, es un método con el cual se intenta establecer los caracteres comunes y diferenciales de un sistema o

de un subsistema de ordenamientos como, por ejemplo, el Latinoamericano. El maestro del Derecho Comparado, René David, nos habla, por ejemplo, de la especificidad de los ordenamientos latinoamericanos dentro del grupo francés del sistema occidental. Basta una confrontación de textos para percatarnos de que se trata de pueblos que, jurídicamente, hablan un mismo idioma y comparten soluciones a problemas comunes. Esta obra del Dr. Kozolchik nos recuerda que, de conformidad con las enseñanzas de Jhering, la comparación debe hacerse en forma dinámica, tomando en cuenta el contexto socio económico y los fines de las instituciones, que en el caso de las promesas de prestación diferida son fines crediticios.

El propósito de esta obra es fundamentalmente pedagógico, precisamente, el de dotar al estudiante y al estudioso de un método comparatista para el estudio del Derecho de los Contratos Comerciales. Sin embargo, la actualidad de su enfoque le da un enorme valor práctico en un mundo donde las promesas vinculantes de prestación diferida han proliferado, dejando muy lejos aquella lista cerrada de promesas unilaterales del *Codice Civile Italiano* que las circunscribe a unos pocos supuestos típicos, como la promesa al público y la promesa que, estando incorporada en un título de crédito, está destinada a operar frente a personas actualmente indeterminadas que podrían llegar a adquirir el título.

En la primera parte del libro, el autor estudia las promesas de ejecución diferida y su desarrollo histórico, desde las sociedades pre-comerciales, donde carecían de obligatoriedad, hasta nuestros días, señalando que se trata de manifestaciones productoras de obligaciones resultantes de la voluntad unilateral, que pueden ser vinculantes aun sin necesidad de

aceptación y sin que tenga relevancia la causa subyacente, aunque, en principio, la promesa de una prestación debe estar justificada por una causa lícita.

El autor resalta la importancia de estudiar el Derecho Romano y el Derecho Medieval. Del primero destaca su estructura conceptual y sus principios, posteriormente desarrollados por el segundo. El autor nos muestra que las actuales promesas de ejecución diferida se caracterizan, a menudo, por su informalidad, impersonalidad y falta de simultaneidad de la firma o de la conducta de adhesión, a diferencia del modelo de contrato tradicional francés.

Frente a la falta de causa, el Derecho normalmente reacciona negando validez al negocio; sin embargo, la doctrina ha desarrollado la noción de negocios abstractos, tales como la promesa cambiaria (donde, la abstracción no opera en relación con el primer tomador, sino solamente en relación con los sucesivos giratarios, lo cual facilita su circulación). En tales casos no son oponibles al cesionario las excepciones oponibles al cedente. Obsérvese como una expresión aparentemente sólo clasificatoria (la de negocio abstracto obtenida inductivamente, mediante una creciente generalización, sobre la base de situaciones reales concretas) resulta de utilidad para resolver problemas, objetivo principal de la ciencia jurídica.

Paralelamente, la doctrina habla de una abstracción procesal en algunas promesas cuya causa no se expresa y que son, frecuentemente, promesas de pagar una suma de dinero dentro de un plazo determinado, sin mayores especificaciones. La causa de estas promesas puede ser de diversa índole (devolución de préstamo, pago de una compra o promesa de pago de deuda ajena). En estos

casos el acreedor puede hacer valer en juicio la promesa, sin necesidad de demostrar la existencia de una causa, la cual se presume. Corresponderá al promitente demostrar la inexistencia de ella (por ejemplo, el mutuuario podría demostrar que la suma de dinero no le fue entregada). Entre otras promesas de ejecución diferida, el autor nos recuerda los pagarés, las aceptaciones bancarias y las garantías bancarias independientes.

A este respecto, la obra destaca la importancia que las referidas manifestaciones de voluntad o programaciones de intereses (negocios jurídicos) han adquirido en el mundo actual. El autor atribuye la causa eficiente de esta creciente importancia al crédito, visualizando sus diversos niveles: desde aquel que favorece al consumidor, hasta llegar al que las instituciones financieras internacionales otorgan a las bancas centrales; por ello lo califica de motor del proceso.

En la segunda parte se estudia la formación e interpretación de los contratos comerciales en los diferentes sistemas, con una visión más detallada. El autor, con una perspectiva heraclíteica, se refiere a la realidad jurídica cambiante y nos recuerda la relevancia de los usos y prácticas entre las partes y de la libertad de forma en el Derecho norteamericano, sobre el formalismo contractual tradicional en el Derecho europeo continental.

De especial interés son los comentarios sobre la buena fe en consideración a una ética que es producto de una cultura subyacente determinada que establece sus propios factores de orientación.

La obra trata, en su tercera parte, sobre los remedios procesales judiciales y extrajudiciales en los diferentes sistemas

frente al incumplimiento tanto pre-contractual como propiamente contractual. Se estudian aquí los diversos remedios, como la ejecución extra-judicial y la judicial junto con los daños y perjuicios. Se confrontan los procesos declarativos y ejecutivos iberoamericanos con el sistema judicial unitario norteamericano con sus diversas etapas, desde las alegaciones o pleadings, hasta la apelación. Esta sección constituye todo un muy completo compendio del proceso en los Estados Unidos y resulta de gran utilidad para su comprensión.

Especialmente interesantes me resultaron las comparaciones de este capítulo entre las soluciones dadas en los diversos ordenamientos al problema de la excesiva onerosidad sobreviviente, tales como la doctrina de la Imprevisión, la hardship, las diversas formulaciones de la cláusula Rebus sic stantibus, la teoría de la frustración del contrato y la imposibilidad sobreviniente. Cabe recordar, sin embargo, que la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional se ha mostrado contraria a la aplicación de estas doctrinas, afirmando el principio de presunción de competencia profesional de los comerciantes y concluyendo que si el contrato no tiene una cláusula de revisión o de adaptación a las nuevas circunstancias es porque las partes no la han querido.

Gracias a trabajos como el del Dr. Kozolchyk, cada día es menor la brecha entre los principales sistemas de Derecho Comparado. Cada vez es mayor la importancia del derecho legislado en los países del Common Law y al mismo tiempo, cada vez es mayor la importancia que se asigna a la jurisprudencia en los países del Civil Law, especialmente porque los viejos códigos han adquirido nueva luz gracias a la interpretación e integración

realizada por los tribunales, al punto que no tiene sentido enseñar Derecho si no se enseña la orientación jurisprudencial viva en cada una de las materias. En Costa Rica, los ejemplos de nuevas orientaciones jurisprudenciales, a pesar de las leyes obsoletas, son abundantes.

Como docente puedo afirmar que la obra reseñada es especialmente útil, porque combina la exposición magistral con las referencias jurisprudenciales y legislativas. Al igual que en el ya mencionado "Curso de Derecho Mercantil, Texto y Material de Estudio", en este nuevo libro el autor facilita a estudiantes y profesores la puesta en marcha de un método pedagógico participativo, sobre todo con los "temas de discusión" propuestos en cada capítulo.

No puedo concluir esta breve nota sin destacar un mérito particular del trabajo del Dr. Kozolchyk: el de superar la mera comparación y confrontación de sistemas, en búsqueda de factores de unidad.

Desde hace algunas décadas, diversos entes como la Cámara de Comercio Internacional, UNIDROIT, UNCITRAL y otros se han venido preocupando y ocupando en relación con la unificación del Derecho del Comercio Internacional, expresión que, en mi criterio, no debe confundirse con el Derecho Comercial Internacional, que termina siendo derecho nacional (al menos para su "exequátur") siendo, más bien, el primero, Lex Mercatoria supranacional o, al menos, anacional. En busca de ese ideal unificante, se han utilizado diversos medios, como las Convenciones de Derecho Uniforme, las Leyes Modelos y las recopilaciones de usos. La obra del Dr. Kozolchyk constituye un notable aporte dentro del movimiento unificador del Derecho Comercial.





Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 31713