CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 96

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. 35526

SUMARIO

Presentación ***5***
Dr. Víctor Pérez Vargas

La Instigación al Suicidio en el Código Penal Costarricense ***9***
Dr. Álvaro Burgos M.

¿Es conveniente el amparo contra las resoluciones judiciales? ***19***
Dr. Fernando Zamora Castellanos

La cancelación de la anotación de la demanda ordinaria frente al artículo 669 del Código Procesal Civil ***25***
M.Sc. Yuri López Casal

La tutela jurídica del paisaje ***31***
M.Sc. Mario Peña Chacón

El sistema GPS dentro del Derecho Laboral ***49***
M.Sc. Eric Briones Briones

El contrato de seguro de crédito a las exportaciones ***57***
Licda. Ana Elena Castillo Chaves

Reseña de la Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ***83***
Licda. Belquis Rosa Gallardo

Principios constitucionales tributarios ***117***
Lic. Luis Albán Arias S.

Los derechos conexos al derecho de autor ***127***
Licda. Mariana Castro Hernández
Licda. Daniela Hernández Clausen

La continuidad entre la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías, los Principios de UNDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales, la Jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la Jurisprudencia Arbitral Costarricense ***135***

Anexo: Principios de UNDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales ***157***
Dr. Víctor Pérez Vargas

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En el trabajo que hoy publicamos, titulado La Instigación al Suicidio en el Código Penal Costarricense, se analizan los pormenores de la figura del delito de Instigación al Suicidio y sus peculiaridades conforme a nuestra legislación patria. Del autor Dr. Álvaro Burgos M, Doctor Derecho Penal y Criminología, Máster en Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales, Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José; Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la UCR, Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR., del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE. El Doctor Burgos afirma que la persecución de ciertos actos convertidos en delitos y contravenciones en nuestro estado democrático de derecho, es un una proyección de Política Criminal, que en principio debe ser proporcional, idónea y necesariamente consensuada y aplicada. El autor, al desarrollar seguidamente el concepto de instigación, nos aclara que ésta no constituye en sí un crimen o un delito, sino que es una calificación dada a cierto modo de participación a un hecho principal, es por este motivo que si no se ha dado una ejecución de la infracción principal por parte del autor, ya sea porque ésta no ha tenido lugar o no ha comenzado por la inacción o el desistimiento del autor no puede existir la instigación. También nos explica que la conducta punible se concreta en los actos que se dirigen a formar en la otra persona el deseo de suicidio, ya sea creándolo o refirmándolo. Además existe instigación en los actos de ayuda que se presten al suicida, por medio del suministro de medios para realizar el acto o dándole instrucciones, pero nunca cooperando en la ejecución, ya que esto sería una coautoría del delito de homicidio.

¿Es conveniente el amparo contra las resoluciones judiciales? se titula la colaboración del Dr. Fernando Zamora Castellanos, Doctor en derecho constitucional por el Programa Latinoamericano de Doctorado en derecho entre la Universidad Complutense de Madrid y ULACIT. Summa Cum Laude. Ha sido profesor de diversas instituciones universitarias dentro de las que destaca ser docente de la Maestría en derecho constitucional de la Universidad Interamericana de Costa Rica, autor de diversas obras jurídicas entre las que se encuentran: Militarismo y Estado Constitucional en Costa Rica (Editorial Investigaciones Jurídicas 1997) Principios de interpretación procesal legislativa costarricense (Editorial Juricentro 1998) y Los ideales constitucionales costarricenses (Editorial Juricentro 2002 y Editorial Univ.SJ. 2da edición 2009) El origen del ideal constitucional (actualmente en prensa) Ha sido además directivo bancario y Asesor Parlamentario de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Nominado al Premio Ulises Odio Santos de la Corte por sus obras jurídicas, según acuerdo de la Comisión de Publicaciones del Poder Judicial No. 05-03 del 10 de Noviembre del 2003. Abogado litigante, notario público y consultor jurídico con extensa experiencia. La afirmación central de su contribución merece ser transcrita literalmente: No cabe duda de la probidad y alto nivel generalizado de nuestro estamento judicial -sin que por este hecho-, no sea

una latente realidad la excepción de la resolución errada o la incorrecta interpretación atentatoria contra los valores de la ley fundamental. La contundencia de esta realidad me da la convicción de no ver la inconveniencia del amparo contra las resoluciones judiciales."

En La cancelación de la anotación de la demanda ordinaria frente al artículo 669 del Código Procesal Civil , el M.Sc. Yuri López Casal, asíduo colaborador de nuestra revista, se plantea el problema de qué debe suceder cuando el Juez, a la hora de dictar la resolución que aprueba el remate, se percata de que en el Registro Público aparece anotada una demanda ordinaria al margen de inscripción de la finca rematada, anotación que, cuando se dictó el auto de remate, no constaba en la certificación de gravámenes y anotaciones. Reconoce el aporte del Dr. Roberto Yglesias Mora para quien la anotación de demanda que hubiese solicitado el titular de un derecho real para demostrar, en juicio ordinario, contra el anotante por crédito quirografario, que su derecho es cierto y no simulado, no puede ser cancelada, a pesar de que fuese posterior a la anotación del decreto de embargo, por parte del Juez que hubiese celebrado el remate, agregando que la retroacción de los efectos del remate, debe ser sin perjuicio de la anotación de demanda hecha en función del citado artículo 455, la que debe mantener plena vigencia. Hace notar el autor que el Tribunal Primero Civil de San José ha dictado resoluciones divergentes en relación con este punto. Sostiene sin embargo que la posición correcta en torno al problema que plantea la aparición sobrevenida de anotaciones de demanda ordinarias que registralmente no constaban cuando se dictó el auto de remate o cuando éste se hubiese celebrado, es el que externó el Tribunal Primero Civil de San José en los votos 270-E y 1357-M, ambos del año 2001, es decir, que solamente el Juez que ordenó la anotación de la demanda ordinaria es el que puede ordenar su cancelación. En consecuencia: el Juez que aprobará el remate no puede cancelar dichas anotaciones de demanda ordinaria, sino que deberá aprobar el remate y adjudicar el bien soportando tales anotaciones.

El M.Sc. Mario Peña Chacón, en el artículo titulado La tutela jurídica del paisaje, se refiere a éste como objeto de protección jurídica por parte del Derecho frente a las deficientes técnicas de producción agrícola, forestal, industrial y minera, la falta de planificación urbanística estatal y regional, el acelerado crecimiento del transporte, la industria y el comercio en general, así como los cambios en la economía mundial. Siguiendo al Dr. Ramón Martín Mateo, sostiene que tres son las características propias del paisaje: estabilidad, visualización y utilidad. El autor nos da cuenta de los diversos instrumentos internacionales que tutela el paisaje y, además, se refiere a la jurisprudencia, desde 1985, del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y resume los principales casos. En acápite separado analiza la relevancia constitucional del paisaje, tal como resulta de los artículo 21, 89 y 50 de la Constitución Política y cita la jurisprudencia constitucional que ha dado valor a la belleza escénica, que vale la pena transcribir. "cualquiera que sea el fundamento que se le quiera dar a esa protección, ya sea por el valor turístico que tiene el sitio y consecuentemente por el potencial económico de esta industria; ya fuera por su mero valor estético o por la simple necesidad de tener lugares donde las personas podamos disfrutar de un paisaje bello y natural sin que la irrupción abrupta de un elemento que desentona abiertamente con el medio y nos distraiga de nuestro descanso; o por todas ellas juntas, este Tribunal debe otorgar protección". Seguidamente, el autor identifica algunas disposiciones legales y reglamentarias que otorgan esta

tutuela. En sus conclusiones lo califica como derecho colectivo de carácter difuso y de ahí deriva su rango axiológico superior a los derechos individuales.

El M.Sc. Eric Briones Briones, profesor de Maestría en Derecho Laboral, participa con El sistema GPS dentro del Derecho Laboral, explica que con el "Sistema Global de Navegación por Satélite", se puede determinar en cualquier rincón del planeta la posición de un sujeto u objeto, con más o menor un error de margen de alguno centímetros, gracias a una red de 24 satélites llamada NAVSTAR, que así lo permiten. El autor plantea el problema del posible conflicto entre el poder de fiscalización que tiene el patrono y el derecho a la intimidad que tiene el trabajador. Una de sus conclusiones es. "Es indudable que cuando el patrono opte por implementar sistemas de monitoreo vehicular o GPS Bluetooth en los celulares, el trabajador pierde no solo su privacidad personal, sino que pasa de un sistema de no fiscalización a uno inmediato y por ende queda excluido de la excepción que ostenta el artículo 143 del Código de Trabajo y por ende su jornada ordinaria pasa de 12 horas a 8 horas con el consecuente pago de la jornada extraordinaria en caso de excederse de la ordinaria pactada".

La especialista en Derecho Comercial, Licda. Ana Elena Castillo Chaves nos habla de uno de los instrumentos fundamentales, que se han implementado, para ayudar al exportador: El contrato de seguro de crédito a las exportaciones, de gran relevancia frente al riesgo típico en toda exportación que es el riesgo del incumplimiento en el pago por parte del comprador. La autora analiza las nociones fundamentales del Seguro de Crédito a la Exportación. Para ello, en un primer capítulo estudia algunos aspectos generales que nos permiten un mejor entendimiento de esta figura, así como sus antecedentes históricos y las principales características este tipo de seguro. Finalmente en el segundo capítulo, analiza lo referente a la ejecución del seguro en estudio, iniciando con el tratamiento de los sujetos que conforman la relación aseguradora, así como las obligaciones de cada uno de ellos, derivadas del propio contrato de seguro y, en un segundo apartado, esboza el funcionamiento de este tipo de seguro, de forma tal que el lector puede formarse una apreciación de la utilidad práctica del Seguro de Crédito a las Exportaciones, en nuestros días.

La Licda. Belquis Rosa Gallardo, especialista en Derecho Comercial nos ofrece. "Reseña de la Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)", aporte que constituye una excelente reseña de los trabajos realizados por UNIDROIT sobre el contrato de franquicia comercial. En su análisis, la autora se refiere a los diversos elementos, interrogantes y soluciones que se encuentran en el texto referido alrededor de este contrato.

El Lic. Luis Albán Arias S. asiduo colaborador, Profesor de Derecho de la Universidad de Costa Rica, em su trabajo Principios constitucionales tributarios, comenta los principios tributarios a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional: "a) el de legalidad de la tributación, conocido también, como reserva de ley; o lo que es lo mismo la exclusiva regulación de la actividad tributaria por ley formal; b) el principio de igualdad ante el impuesto y las cargas públicas, que alude a la

necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en análogas circunstancias ...; c) el de generalidad, que implica que no deben resultar afectadas con el tributo, personas o bienes determinados singularmente ...”

En Los derechos conexos al derecho de autor, las Licenciadas Mariana Castro Hernández y Daniela Hernández Clausen explican que con posterioridad al reconocimiento de los Derechos de Autor, fueron incorporándose los Derechos Conexos. Este nuevo conjunto de derechos tuvo como objetivo primordial la protección de acciones vinculadas directamente con la difusión de las obras creadas por los artistas, músicos, etc. Y que nuestra legislación se ha referido típicamente a tres categorías de beneficiarios tradicionales: artistas, intérpretes y ejecutantes; productores de fonogramas y, por último, los organismos de radiodifusión. Al igual que el derecho de autor, los derechos conexos están conformados por dos clases de derechos, los morales y los patrimoniales. También se refieren de las sociedades de gestión colectiva cuyo fin es la protección de los derechos patrimoniales y morales de sus miembros, realizando funciones como la representación de sus afiliados, la negociación de mejores beneficios y la recaudación y distribución de tarifas. Se encargan de administrar los repertorios de titulares nacionales y extranjeros dentro del territorio nacional y, posteriormente, distribuyen las correspondientes regalías. Además tratan el fenómeno de la piratería. que consiste en la realización ilícita de copias de una obra, interpretación, ejecución o fonograma; la puesta a disposición del público de tales reproducciones; y la reemisión de una radiodifusión sin la autorización respectiva. Sin embargo, para que las acciones descritas sean consideradas como piratería, se requiere que sean realizadas a escala comercial y sin la autorización del titular del derecho. Se trata de “…una modalidad de crimen organizado. Los que incurren en este tipo oficial de delincuencia, se organizan para incurrir riesgos, minimizar gastos y obtener la mayor cantidad de ganancias.”

Finalmente, ofrecemos algunos reflexiones personales sobre El orden del día como límite de orden público de la competencia en las asambleas no totalitarias de las sociedades anónimas.

LA INSTIGACIÓN AL SUICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL COSTARRICENSE

Dr. Álvaro Burgos M. [1]

SUMARIO:

Introdución

1 La instigación

2 Instigación al suicidio

Conclusiones

Bibliografía

RESUMEN:

La persecución de ciertos actos convertidos en delitos y contravenciones en nuestro estado democrático de derecho, es un una proyección de Política Criminal, que en principio debe ser proporcional, idónea y necesariamente consensuada y aplicada. En el presente trabajo analizaremos los pormenores de la figura del delito de Instigación al Suicidio y sus peculiaridades conforme a nuestra legislación patria.

PALABRAS CLAVE:

Instigación, suicidio, punibilidad, sanción.

(1) Dr. Derecho Penal y Criminología, Máster en Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José; Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la UCR, Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR., del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE.

INTRODUCCIÓN

Los tipos penales se crean para la regulación de conductas que la sociedad se ve en la necesidad de regular, y ante la eminente necesidad de la protección de bienes jurídicos.

Ante los constantes suicidios que se van generando a lo largo de los países, el Estado se ve en la necesidad de regular el suicidio como una problemática social en constante ascenso, y más aun en la necesidad de regular la instigación al suicidio como una forma mediante la cual el instigador ve en el autor del suicidio la manera perfecta para llevar a cabo su crimen, el cual realiza a través de la autoría medita.

Este trabajo trata de analizar el artículo 115 de nuestro Código Penal costarricense a la luz de la doctrina imperante respecto a la instigación y el significado de dicha instigación en el suicidio.

A lo largo de esta investigación, se tratara de establecer que el suicidio es un fenómeno que se da en la sociedad, y que por lo cual el estado se ve en la necesidad de regularlo ya que se trata de la protección y tutela del bien jurídico vida el cual junto con la libertad personal encabezan la lista de los bienes jurídicos fundamentales de todos los individuos.

Capítulo I

La instigación

Para poder comprender el delito contenido en el artículo 115 del Código Penal sobre la Instigación al suicidio, se debe primero definir lo que según la doctrina se conoce como instigación.

Según Francisco Castillo "determinar a otro a cometer un delito es la esencia de la instigación". Por medio de la instigación se crea una influencia psíquica sobre el autor, esta debe tener el carácter de una incitación a cometer el hecho delictivo.

El instigador quiere hacer posible un ataque al bien jurídico por el autor, sin embargo el instigador debe el mismo lesionar el bien jurídico de manera mediata, es decir lesionar el bien jurídico a través de la persona instigada. Para que la instigación se realice debe haber un ataque al bien jurídico y ello ocurre cuando se incita o se determina directamente al autor a la comisión del delito, requiere de una comunicación entre instigador y autor de manera que la conducta producida por el instigador esté dirigida a producir en el autor una instigación que concluya en el la lesión al bien jurídico.

Algunos autores han determinado que para que exista la instigación no es necesario únicamente el contacto psíquico sino que se requiere que se haya producido una comunicación entre ambos en donde el instigador haya hecho una petición de cometer el hecho.

El autor debe de tener el dominio del hecho y el instigador tiene por su parte un papel secundario. Según el artículo 46 del Código Penal "Son instigadores quienes intencionalmente determinen a otro a cometer un hecho punible" es importante destacar que para que se considere la instigación no es necesario que el autor haya manifestado una aceptación expresa de cometer el hecho.

Es fundamental que el instigador sea el causante de la resolución del autor, o sea que su aporte sea significante en la comisión del hecho. No es necesario que el instigador sea la única causa de la resolución, pero sí que sea co causante del mismo.

Una instigación no es posible cuando el autor ya se decidió a cometer el hecho delictivo, ya sea porque ya había tomado la decisión de cometerlo, aunque una disposición preexistente del autor a realizar el hecho no excluye la existencia de la instigación si el acto del instigador es la causa de la resolución en concreto del autor, o si el acto de instigación depende del comportamiento del instigador, ya que este comportamiento contribuye a eliminar las dudas del autor, y le reafirma la idea de realizar el hecho, o porque había sido objeto de una instigación anterior que ya lo había determinado a cometer el hecho, esto lo ha establecido la Sala tercera en varias ocasiones por ejemplo en el voto numero 2004-01448 San José, a las once horas cuarenta y seis minutos del diecisiete de diciembre de dos mil cuatro estableció: "Tampoco es instigador por haberle gritado a su hermano, cuando corrían tras Randy Alcázar Otárola, "mátelo, mátelo", ya que el menor de edad se hallaba decidido a cometer el homicidio. El análisis del evento debe hacerse en su integridad y no fragmentándolo artificiosamente. El dominio del hecho, postulado por las teorías material objetivas, no puede examinarse sin tomar en cuenta, de modo necesario, el plan de autor".

Aquí la sala establece que cuando una persona ya se ha decidido a cometer un hecho delictivo o va en caminado a su realización, el aporte de un supuesto instigador es insignificante, por lo que en esta circunstancia no se considera el sujeto que realiza tal aporte insignificante al hecho como instigador.

La instigación no constituye en sí un crimen o un delito, sino que es una calificación dada a cierto modo de participación a un hecho principal, es por este motivo que si no se ha dado una ejecución de la infracción principal por parte del autor, ya sea porque ésta no ha tenido lugar o no ha comenzado por la inacción o el desistimiento del autor no puede existir la instigación. Es decir no existe instigación por provocación, ya que a pesar de la intención delictuosa persistente del que sería el instigador, no existe la tentativa de instigación.

Capítulo II

Instigación al suicidio

El suicidio es un acto mediante el cual una persona voluntariamente se causa su propia muerte[2]. La impunidad del suicidio que se da en la mayoría de los países se debe a que muchos de ellos ven inútil o ineficaz una regulación del suicidio, ya que consideran que cuando el hecho está consumado, el propio sujeto que se priva de la vida impide cualquier medio represivo contra su persona.

En nuestro país la tentativa de suicidio se encontraba regulada por el artículo 114 sin embargo la sala constitucional lo declaro inconstitucional y hoy solamente se encuentra regulada la instigación al suicidio que es el tema de nuestro interés.

En Costa Rica se considera instigador al suicido quien persuade a otro a suicidarse. La doctrina mayoritariamente cree que se puede ayudar al suicidio por comisión o por omisión, o

2 Delitos contra la vida y la integridad personal: Hipolito Gill: pag.29

sea cuando el sujeto se encuentra en posición de garante, motivo por el cual se considera que debe tratar de evitar el suicidio.

Zaffaroni no acepta la existencia de una instigación por medio de la omisión. Él establece que quien se encuentra en una posición de garante y no evitan el suicido se debe considerar el autor del homicidio debido a que realiza lo que él define como comisión por omisión, por lo tanto no se puede juzgar por el delito de ayuda al suicidio[3].

En la instigación la voluntad de causar el hecho no mediante la acción propia sino a través de otra persona obedece a la instigación en forma plena.

La acción del instigador, que puede consistir tanto en determinar la voluntad, como en reforzar una resolución preexistente, como se trata de un acto instigatorio, para que sea delito, no se requiere que represente la totalidad de la motivación para suicidarse, siendo más bien que se requiere una participación subjetiva del aceptante, ya que aun en la hipótesis de que el instigado quiera atribuirle toda la responsabilidad del acto al instigador, diciendo que se mata porque otro se lo pide, siempre hay una resolución libre del instigado.

La instigación al suicidio debe dirigirse hacia una persona determinada y en forma directa, no debe realizarse por actividades no intencionales, insinuaciones u observaciones, sino de consejos, sugestiones, mandatos, exigencias, promesas, o cualquier otra conducta dirigida con éxito a una persona determinada, y tendiente a convencerla de que se quite la vida.

Para que se cumpla el tipo penal del artículo 115 del código penal sobre instigación al suicidio, deben existir una serie de elementos que conforman el tipo penal. Como lo son la pluralidad de sujetos, de conductas, la existencia de objeto material, un resultado, los elementos psicológicos y una sanción[4].

Pluralidad de sujetos. Para que se cumpla este tipo penal es fundamental la concurrencia de 2 o más personas, sin embargo sólo será punible la conducta del instigador, ya que en Costa Rica no existe culpabilidad para el instigado al suicidio (en caso de que éste falle) ya que el artículo 114 sobre tentativa de suicidio fue derogado a raíz del voto numero 14192-08 de la Sala Constitucional, la norma se impugno únicamente en cuanto penaliza la conducta del intento de suicidio, sin que la misma sea lesiva al principio de lesividad constitucional que deriva del artículo 28 de la propia Constitución Política, toda vez que no hay lesión ni al orden público, ni a la moral ni al derecho de terceros, de manera que la tipificación de esta conducta se convierte en desproporcionada por parte del Estado, en una sociedad democrática, al exceder la tutela de actos libres y voluntarios que no representan amenaza o peligro para los demás; no obstante se sancionaba con una medida de seguridad, no con pena privativa de libertad. En este caso, con base en las consideraciones dadas en la sentencia, se estimo que no es el criterio de peligrosidad aplicable al imputable en el delito de tentativa de su muerte. La sanción penal impuesta por el Estado a través de la imposición de la medida de seguridad, no se presenta en este

3 Manual DE Derecho penal parte general: Eugenio Raúl Zaffaroni.
4 La instigación y ayuda al suicidio: Margarita Baltodano.

supuesto como un mecanismo social regulador capaz de cumplir su fin terapéutico de alejar a la persona de sus impulsos suicidas pues, la represión contra el suicidio atribuible al suicida no obtiene ningún resultado positivo; y lejos de ayudarlo a superar su situación, puede al contrario desencadenar más violencia contra sí mismo, en perjuicio de su propia vida, por lo dicho se declaro con lugar la acción, y se anulo el artículo 114 del Código Penal.

La conducta punible se concreta en los actos que se dirigen a formar en la otra persona el deseo de suicidio, ya sea creándolo o refirmándolo. Además existe instigación en los actos de ayuda que se presten al suicida, por medio del suministro de medios para realizar el acto o dándole instrucciones, pero nunca cooperando en la ejecución, ya que esto sería una coautoría del delito de homicidio. Un ejemplo de instigación a través de instrucciones es la que se menciona en el voto número 2000-00248 de la Sala tercera, San José, a las diez horas con cincuenta minutos del siete de marzo del dos mil, en el que dice: “Se dirigió al grupo junto con su peón y de primero disparó su revólver calibre 38 logrando impactar. Luego de esa acción “dio órdenes” a su compañero para accionar la “subametralladora AK-47” y disparar contra José Álvaro Monge Jiménez, lo cual hizo efectivo”. La defensa manifestó queda haber estado motivado a darle muerte a alguien, no hubiese esperado la orden de Villalobos. Sin duda el encartado hizo surgir en Gutiérrez la idea de cometer un delito. No constituyó una velada o ambigua insinuación, o un simple y sutil acto con el fin de inducir la realización de una conducta ilícita, sino que la eficacia del medio utilizado por el agente, girar una orden dentro del contexto de circunstancias presentadas, fue suficiente para provocar la determinación en su compañero de actuar en la forma como lo hizo. Nótese, como se señaló, éste se encontraba al servicio de Villalobos, recibía instrucciones de éste y le fue proveída un arma de uso bélico[5].

El objeto material de este delito es la persona que comete suicidio, respecto al cual recaen las conductas que le ocasionan lesiones graves, o a muerte.

El Resultado de este delito se da cuando la instigación es aceptada y esta trae como consecuencia para el autor una lesión grave, gravísima o la muerte. También puede ser la conducta no sea acogida, sin embargo en este caso no habría delito por no considerarse delito la tentativa a instigación al suicidio, al respecto la sala tercera en su voto 2003-0962, del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, a las doce horas cinco minutos del veintidós de setiembre del dos mil tres, considero que se confundía la figura de instigación con la de coautor, pero el delito era subsumible en la característica de una instigación, no obstante ante lo delicado de los bienes jurídicos en juego el legislador la tipificó como un delito independiente y no como una participación (figura accesoria).

Lo anterior implico que si la acción pudiera calificarse como una instigación, el análisis de fondo del juzgador resultaría correcto, ya que el delito principal del instigado (el supuesto acto de corrupción) nunca se consumó ni llegó siquiera a constituir una tentativa. “Tal

5 Voto número 2000-00248: sala tercera de la corte suprema de justicia: San José, a las diez horas con cincuenta minutos del siete de marzo del dos mil.

y como lo ha entendido la doctrina, si bien existe la participación en una tentativa, no existe la tentativa de participación: "… La instigación consumada requiere, además de la determinación al hecho punible, que éste sea realizado por el instigado, aunque la ejecución quede en estado de tentativa. En nuestro Derecho Penal la tentativa de instigación (o de complicidad) es impune…". [6]

El elemento psicológico lo suministra el acuerdo de voluntades que se da entre los sujetos, este se concreta con la voluntad de observar la conducta delictiva, o en la voluntad de la muerte o de la lesión grave o gravísima del instigado.

En materia de participación criminal, y con referencia a los casos de instigación y complicidad, se requiere que el partícipe tenga la voluntad de realizar no sólo los actos de participación, sino también el hecho principal.[7]

Hay que tener en cuenta que el dolo es genérico, no específico, sin la voluntad del resultado no puede existir el delito de instigación al suicidio. En otras palabras, la conducta punible debe de estar dirigida a formar la realización del propósito ajeno, o a reforzarla. No se considera dolo una manifestación imprudente o bromas. Al hablar de voluntad de instigar, se hace referencia a que; el acto, las palabras, y los hechos por los cuales se instiga, deben dirigirse a este delito en forma directa. Por otra parte, en la instigación, es necesaria la voluntad del hecho que sucede, ósea que el suicidio se produzca como tal, y no de otra forma. El dolo además debe ser directo y no eventual, debe existir al momento la voluntad de provocar el hecho por la acción de otro.

"La inducción, así como la instigación son figuras que deben de considerarse como homicidios simples intencionales, ya que se presenta directamente el elemento moral, en el cual se deja ver el dolo en una forma descabellada, ya que si bien la persona tiene la tendencia suicida, él apoyarla a que desarrolle el delito es como si se cometiera el delito por quien le proporciona todos los elementos o le dice palabras para que llegue a su cometido."[8]

Para que exista la inducción se requiere a más del dolo general presumible, el específico consistente en la voluntad y conciencia del agente de estar actuando para procurar que el autor se suicide.

La sanción contenida en el artículo 115 del Código Penal para el delito de instigación al suicidio es de 1 a 5 años de prisión, si el suicidio se consuma. Si no se consuma, pero en su intento produce lesiones graves o gravísimas, la pena será de 6 meses a 3 años.

Del texto del artículo se desprenden 2 requisitos:

6 Castillo González Francisco, "La participación en el derecho penal costarricense", editorial juritexto, San José. 1ª edición, 1993, página 95

7 Voto numero: 2004-01188 voluntades del participe de realizar el hecho principal: Sala Tercera de la corte suprema de justicia. San José, a las diez horas seis minutos del ocho de octubre de dos mil cuatro.

8 En línea: http://www.monografias.com/trabajos10/euta/euta.shtml?relacionados: consultado el jueves 23 de abril.

1) Que exista instigación o ayuda: Instigar al suicidio: es determinar directamente a otro a suicidarse. Es inducir o persuadir a alguien a que se suicide de crear o aumentar en el suicida, la voluntad de darse muerte.

La instigación debe llevarse a cabo sobre un individuo que esté en pleno goce de sus facultades y de su voluntad, ya que si el individuo fuese un inimputable o mediase error, ignorancia, coacción, etc., podría tratarse de un homicidio, y no de instigación.

Ejemplo: apuntar con un arma a una persona, y decirle a su padre que si no se suicida, morirá su hijo, no es instigación, sino homicidio, dado que la resolución del suicida no ha sido voluntaria, sino que medió coacción.

2) Que el suicidio se haya intentado o consumado: es prestar cualquier tipo de colaboración material al suicida para que se quite la vida. Ejemplos: conseguirle el arma, proveerlo de la droga, etc.

A diferencia de la instigación, en este caso, la determinación de matarse ya ha sido tomada por el suicida; el que ayuda sólo facilita los medios.

Quedan excluidos, por supuesto, todos los modos de colaboración que impliquen autoría del hecho. Por ejemplo: supongamos que un hombre que decide suicidarse ahorcándose, pide ayuda a un amigo; mientras éste le facilite la soga, o le ayude a subir al banco, y aun cuando le ate la soga al cuello, su acción encuadraría como 'ayuda al suicidio'. En cambio, si accede al pedido de quitarle el banquito, habrá homicidio, porque el sujeto habrá realizado el acto ejecutivo.

9 Sebastián Soler: Derecho Penal Argentino.

Como conclusión y de una manera muy general podemos decir que para el delito de instigación, se requiere la voluntad de instigar, la voluntad del hecho, de causarlo, mas no mediante la acción propia, sino mediante psiquis de otro. El que instiga a otro, lo que quiere, es que el otro realice una acción, por lo que no puede hablarse de instigación al suicidio, sino de homicidio, cuando el sujeto al que se dirige la instigación es inimputable, al no haber acción por parte de aquel. Igualmente sucede si se emplea coacción o violencia, o si se induce al suicida en error sobre la acción que realiza, los cuales son supuestos no compatibles con la instigación, ya que según Soler, la instigación supone un destinatario capaz de resolver por voluntad no viciada.[9]

CONCLUSIONES

El suicidio es un tema que se presenta en nuestra sociedad día con día y que es una problemática social que el estado se ve obligado a tutelar mediante la legislación penal. Al ser declarada inconstitucional la norma contenida en el articulo 114 sobre tentativa de suicidio, lo único que tutela nuestra legislación respectos al mismo es la instigación al suicidio.

La instigación es descrita en el artículo 46 del código penal el cual expresa que "son instigadores quienes intencionalmente determinan a otro a cometer un delito". Para que la instigación se realice debe haber un ataque al bien jurídico y ello ocurre cuando se incita o se determina directamente al autor a la comisión del delito.

A través del artículo 115 que fue nuestro tema de estudio en esta legislación pudimos

analizar el significado de la figura del instigador dentro de este tipo penal y los diferentes contenidos para que se cumpla, como lo son la pluralidad de sujetos, de conductas, la existencia de objeto material, un resultado, los elementos psicológicos y una sanción.

Además pudimos comprender el papel de dicha norma dentro de nuestra legislación, ya que el estado se ve obligado a proteger el bien jurídico vida que es uno de los derechos fundamentales de los seres humanos y el fin del derecho en esta norma es prevenir que este bien jurídico se vea afectado por personas que quieran llevar a cabo un fin ilícito, pero que no se atreven a realizarlo con sus propias manos para no ser alcanzador por el poder punitivo del estado, por lo que ven en la figura de la instigación el medio perfecto para cometer su delito.

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿ES CONVENIENTE EL AMPARO CONTRA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES?

Dr. Fernando Zamora Castellanos*
Doctor en derecho constitucional

Sabemos que la jurisdicción de la constitución es el conjunto de instrumentos que aspiran conseguir para la vida jurídica de una nación la operatividad normativa de la ley fundamental. Parafraseando a Aguiar de Luque "dotar a dicho texto de virtualidad en cuanto norma jurídica a la que de este modo han de adecuar su actuación los poderes públicos."[1]

Es una nueva actuación del poder público con propia singularidad, en la que siendo su objetivo afianzar la plena normatividad de la constitución, a la vez comparte características propias de otras funciones tradicionales como la legislativa, ejecutiva o judicial.

De ahí que sea aconsejable que la jurisdicción constitucional abarque aquellas expresiones de la actividad jurídica en las que el virtual alcance de la norma fundamental pueda verse afectada o transgredida, lo que actualmente es muy probable en razón de que nos referimos a una primaria fuente de derechos.

Esta situación otorga a los órganos jurisdiccionales constitucionales una capacidad o potencia multifacética de gran proyección en distintas áreas del acontecer social, y una gran posibilidad de que -por esta vía-, se instaure el gobierno de los jueces, lo que al menos en nuestro país resulta ya un lugar común de la crítica que hacen algunos sectores.

Sabemos que la justicia constitucional debe estar regida en sus actuaciones no por consideraciones de oportunidad política sino por el método jurídico. Lo que da su sentido existencial es la garantía de la constitución como norma, lo que si bien es cierto implica una interpretación celosa con la literalidad del texto constitucional que impida el desbordamiento de los principios bajo la justificación de valores

---

* El autor es Doctor en derecho constitucional por el Programa Latinoamericano de Doctorado en Derecho entre la Universidad Complutense de Madrid y Ulacit. Profesor universitario de Derecho constitucional en la Maestría de derecho constitucional de la UICR. Doctor en derecho constitucional por el Programa Latinoamericano de Doctorado en derecho entre la Universidad Complutense de Madrid y ULACIT. Summa Cum Laude. Ha sido profesor de diversas instituciones universitarias dentro de las que destaca ser docente de la Maestría en derecho constitucional de la Universidad Interamericana de Costa Rica. Autor de diversas obras jurídicas entre las que se encuentran: Militarismo y Estado Constitucional en Costa Rica (Editorial Investigaciones Jurídicas 1997) Principios de interpretación procesal legislativa costarricense (Editorial Juricentro 1998) y Los ideales constitucionales costarricenses (Editorial Juricentro 2002 y Editorial Univ.SJ. 2da edición 2009) El origen del ideal constitucional (actualmente en prensa) Ha sido además directivo bancario y Asesor Parlamentario de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Nominado al Premio Ulises Odio Santos de la Corte por sus obras jurídicas, según acuerdo de la Comisión de Publicaciones del Poder Judicial No. 05-03 del 10 de Noviembre del 2003. Abogado litigante, notario público y consultor jurídico con extensa experiencia.

1 Aguiar de Luque, Luis. Jurisdicción constitucional.Editorial Juricentro 1993.

que resulten superar los protegidos por el derecho de la Constitución, esto no debe significar tampoco, que una interpretación rigurosa impida la pluralidad de posibilidades políticas.

En todo caso, aparte de discernirla de la función legislativa de la justicia constitucional, también debemos diferenciarla de la función estrictamente judicial, esto es, de limitarla al reduccionismo de la actividad en la que un órgano ajeno y objetivo a las partes se limita a aplicar el derecho ante la controversia planteada.

Surgiendo como una expresión más de la actividad jurisdiccional y que en otras naciones la justicia constitucional la ejerce la jurisdicción ordinaria, debemos determinarla como función autónoma, lo que implica otorgarle un carácter de verdadera jurisdicción cuya autonomía la distinga frente a la jurisdicción ordinaria.

Esto por cuanto, en los casos que se confrontan ante la jurisdicción constitucional se juegan los grandes ideales del colectivo nacional y sus valores esenciales. Las implicaciones de las resoluciones constitucionales pesan en la realidad sociopolítica de la nación de una forma mucho más contundente que como lo hacen las resoluciones de la justicia ordinaria. La relación entre la legislación y el resto del orden jurídico se diferencia de la relación entre constitución y la ley, y finalmente, la interpretación constitucional representa una razonabilidad diferente de la que demanda una estricta interpretación legal.

Ahora bien, es claro que la fuente de transgresión del texto fundamental puede provenir ya sea por la "eficacia de los enunciados constitucionales en las relaciones entre privados", -lo que significa la posibilidad de que la vulneración sea una consecuencia de la conducta privada-, o por otra parte, producto del proceder de los poderes públicos mediante actos cuyos receptores serán los individuos o en su lugar actos de proyección general.

En el caso de estos últimos requieren de un control de constitucionalidad distinto en razón de la jerarquía del autor y del hecho que la ley es resultado de un poder que se constituye con legitimidad democrática, lo que lo diferencia de las otras dimensiones de la justicia constitucional, amén de la escala de abstracción que eleva los requerimientos en el proceso comparativo de ella en relación al texto fundamental.

A diferencia de lo anterior, los actos sospechosos de transgredir el texto constitucional que son individualizables, ya sea provenientes tanto de un poder público como privado, refiéranse ellos de naturaleza judicial o administrativa, representan una manifestación de otro rango en relación con aquella, subordinada a la fuerza de la ley y por ende sujeta a control por parte de los Tribunales. Además, tratándose como se indicó de actividad individual o singular, el proceso al que se subordinan es esencialmente de jurisdicción strictu sensu, lo que implica que se subsumen del hecho particular al imperativo general. En razón de lo anterior y ante actividad enmarcada en ese último cuadro fáctico, no debería existir problema en que la defensa de la norma fundamental sea realizada por órganos comunes de justicia, tal cual sucede en otras naciones en donde existe una protección difusa o distribuida en el resto del sistema jurisdiccional y unificando a un tiempo el estado de juez de ley y de constitución.

Siguiendo a García Pelayo[2], sabemos que la tradición de los sistemas jurídicos nos impone diversos mecanismos de los órganos legitimados para administrar la justicia constitucional. Estas tradiciones siguen criterios de especialización o no, criterios de centralización o difusión de la siguiente manera citados sucintamente:

1. **Jurisdicción especializada y centralizada en un Tribunal único para todo el país,** caso, por ejemplo, de Italia y España.

2. **Jurisdicción centralizada y relativamente especializada:** la materia constitucional se encomienda a una sala especializada de la Corte Suprema, sistema frecuentemente seguido y, hasta podríamos decir, originario de Iberoamérica, aunque también se extiende a otros países.

3. **Jurisdicción centralizada y no especializada:** solo un tribunal que normalmente es la Corte Suprema y, por tanto, no es específicamente constitucional, puede entender de los litigios constitucionales.

4. **Jurisdicción descentralizada y especializada:** es el caso de Alemania Federal donde junto al Tribunal Constitucional Federal, único competente para juzgar de la constitucionalidad de los actos en relación con la Ley fundamental, pueden existir tribunales constitucionales en relación con sus propias constituciones y autoridades.

5. **Jurisdicción descentralizada y no especializada:** cualquier juez o tribunal pueden entender de la constitucionalidad, sin perjuicio de su apelación hasta la Corte Suprema que, en su casi, decide definitivamente. Tal es, con matización es que no son del caso, el sistema originado en los Estados Unidos y extendido a otros países.

En razón de la existencia en otras naciones, de la figura del amparo contra resoluciones del poder judicial, sabemos que un sector de la doctrina nacional cuestionó la inconveniencia del amparo contra los actos jurisdiccionales de los tribunales de la república, sosteniendo que no existía justificación jurídica alguna que alentara dicha inconveniencia.

En un voto anterior, la Sala constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad invocando la identificación entre la acción de inconstitucionalidad y los otros remedios de la jurisdicción como lo es el Habeas corpus o el amparo, para lo cual declaró entonces la Sala, en relación, que ésta se pronunciaba en cuanto a la constitucionalidad de un acto u omisión ante un caso concreto, todo en función de reafirmar la inconveniencia del amparo contra las resoluciones judiciales.

Los argumentos fundamentales que esgrimieron los críticos radican en primer término en la distinta naturaleza histórica doctrinaria y jurídica del recurso de amparo y de habeas corpus en relación con las cuestiones de constitucionalidad.

Así mismo en la injusticia derivada de la diferenciación que se hizo para aplicar la intervención en los recursos de habeas corpus pero no hacerlo en el caso del amparo, sobre

---

2 García Pelayo,M. Obras completas.Madrid 1991.

la base que tal y como los jueces pueden transgredir los derechos fundamentales tutelados por el habeas corpus, igualmente la transgresión jurisdiccional puede ser tal para el caso de los derechos protegidos en la vía del amparo mediante interpretaciones erradas o aplicaciones inadecuadas frente al derecho de la Constitución, por lo que imponer una distinción caprichosa representa una justificación contradictoria o arbitraria.

Una tercera crítica lo fue por el hecho de que la norma fundamental no establece prohibición alguna de amparar las resoluciones de los jueces, lo que implica, en función del principio pro libertatis, que debía entenderse que existe una tácita autorización para la aplicación del instituto, por lo que la interpretación constitucional de marras había impuesto una prohibición ilegítima.

Si se me permite un criterio, creo que debe ser consustancial a todo amante del ideal constitucional la promoción de una cada vez mayor difusión de la cultura constitucional, tanto desde la perspectiva del fomento del derecho de la Constitución en las autoridades administrativas, del fomento agresivo de la cultura constitucional en el estamento jurisdiccional ordinario de la república, como aún de la promoción de la cultura constitucional en la sociedad general.

¿Qué implica esto? Esto implica, por una parte, la imperatividad que se le impone al juez ordinario de tener absoluta claridad acerca de su responsabilidad frente a la adecuada aplicación del derecho de la constitución y sus ideales, esto es, todo juez debe ser acreedor de una cultura constitucional. Por otra parte, el sistema debe abrir sus compuertas, en la mayor medida posible y en el tanto no lo impida la ley fundamental, a una cada vez mayor fiscalización y control de constitucionalidad de una máxima generalidad de actos, resoluciones y normas. El escenario optimo pero muchas veces no del todo posible es el de una generalizada cultura constitucional de los jueces, como fue la aspiración de la Sala en su combatida jurisprudencia aludida, en donde afirmó que la protección de los derechos fundamentales no era procedente contra los jueces en el tanto “el ejercicio de la judicatura debe estar en manos de personas que por su conocimiento, rectitud y experiencia están en la obligación de respetar y hacer respetar el derecho de la Constitución” Este es el ideal o como ya indiqué -el escenario óptimo-, pero que lamentablemente no es una realidad incólume. No cabe duda de la probidad y alto nivel generalizado de nuestro estamento judicial -sin que por este hecho-, no sea una latente realidad la excepción de la resolución errada o la incorrecta interpretación atentatoria contra los valores de la ley fundamental. La contundencia de esta realidad me da la convicción de no ver la inconveniencia del amparo contra las resoluciones judiciales. En materia tan cara como lo son las libertades de la república, toda propensión del ordenamiento a estimular su protección y defensa debe ser promovida.

No dejo de reconocer la dificultad de este óptimo escenario, pero también creo que el único obstáculo frente a esta optimización, sea un problema de viabilidad logística práctica, esto por la ampliamente reconocida sobresaturación de la actividad jurisdiccional especializada. Pero una verdad de perogrullo es el hecho de que aquello que no avanza retrocede, por lo que el perfeccionamiento de nuestra justicia de la constitución es una necesidad que se torna urgente o insoslayable atendiendo al hecho de lo que está sucediendo en otras naciones cercanas en el hemisferio,

en donde podemos afirmar que la justicia constitucional es un concepto formal o nominal en lugar de real -esto es-, no una realidad material normativa. Como lo señaló acertadamente Combellas[3] la subordinación de los jueces, la pérdida de su necesaria independencia, constituye la rémora mas perniciosa a la vigencia del estado de derecho, en la medida en que la ausencia de la certeza de las garantías jurisdiccionales menoscaba los derechos fundamentales del ciudadano y erosiona las más nobles intenciones. Sin seguridad jurídica sin credibilidad en una justicia imparcial, el estado de derecho pierde la substancia nutriente de su eficaz operatividad.”

El lamentable escenario del retroceso o nulo avance de los ideales constitucionales en nuestra América, se constata al leer el panorama que aquel autor planteaba para nuestro subcontinente en el año 1992 -diecisiete años hace, cuando sostenía cinco problemas fundamentales a saber, que entonces América latina debía superar con urgencia. Los señalaré nuevamente, de tal forma que podamos ser concientes de la gravedad del problema planteado y del nulo avance ante el incendio:

1. La resistencia del estamento militar a someterse a los dictados de la jurisdicción constitucional, fundamentalmente en lo referente a la protección de los derechos humanos.

2. La endeblez institucional que permite abrir fácilmente las puertas a la arbitrariedad del poder.

3. La precaria presencia de un sentimiento y una conciencia constitucionales, consecuencia de no solo frecuentes reformas constitucionales, sino su manipulación reformista para satisfacer apetitos personalistas de poder.

4. El predominio de la Constitución Nominal sobre la Constitución Normativa.

5. La ausencia de una cultura constitucional moderna en la formación del abogado y en la judicatura, todavía fuertemente impregnada por el paradigma positivista. Una cultura jurídica rayana en la estulticia, donde todavía predominan loas rémoras del procedimentalismo y el leguleyismo, y por consiguiente cerrada a la moderna interpretación teleológica y axiológica del derecho.

Alejarnos cada día más como nación de ese desolador panorama es una responsabilidad inminente, por lo que todo avance que coadyuve en la sofisticación de la justicia constitucional debe ser, sin duda, promovida.

En conclusión, podemos afirmar la conveniencia de establecer las transformaciones legales, institucionales y jurisprudenciales de tal forma que en nuestro ordenamiento sea viable el amparo contra las resoluciones judiciales.

---

3 R.Combellas. Concepto Jurídico y bases teórico-constitucionales del estado de derecho. Contribuciones (año XI, 2 págs, 144-150)

LA CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN DE LA DEMANDA ORDINARIA FRENTE AL ARTÍCULO 669 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

MSc. Yuri López Casal*

Índice

1. Proemio

2. Caso hipotético

3. Tratamiento doctrinal del punto en cuestión

4. Resoluciones judiciales sobre el tema

5. Consideraciones críticas

* Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas. Máster en Derecho Civil (LL. M.) de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemania)

1. Proemio

En los procesos de ejecución pura o en los procesos que ya se encuentran en la etapa de ejecución, la labor del Juez se circunscribe, básicamente, a llevar a cabo todos los actos necesarios para que, mediante el remate, el acreedor satisfaga el derecho de crédito que ya tiene frente al deudor, ya sea porque tiene un título ejecutorio que respalda su pretensión cobratoria o bien porque obtuvo sentencia estimatoria firme.

En el momento en que el Juez ordena el remate y también cuando lo tiene que aprobar, suele suceder que en la certificación notarial o registral de gravámenes y anotaciones, aparezcan anotaciones de demandas ordinarias al margen de inscripción del bien que se pretende rematar.

En el presente ensayo se pretende exponer y analizar qué debe suceder cuando el Juez, a la hora de dictar la resolución que aprueba el remate, se percata de que en el Registro Público aparece anotada una demanda ordinaria al margen de inscripción de la finca rematada, anotación que, cuando se dictó el auto de remate, no constaba en la certificación de gravámenes y anotaciones. Se demostrará que el Tribunal Primero Civil de San José ha dictado resoluciones divergentes en ese sentido y se brindará la solución que se estima correcta.

2. Caso hipotético

Con el fin de ofrecer al lector el marco de referencia suficiente y necesario que le permitirá comprender a cabalidad la situación que se pretende dilucidar en este ensayo, se expone el siguiente caso hipotético:

A interpone proceso ejecutivo hipotecario contra B. De acuerdo con la certificación de gravámenes y anotaciones aportada por A con su demanda, el inmueble hipotecado no presenta gravámenes ni anotaciones en el Registro Público de la Propiedad. Al darle curso a la demanda, el Juez ordena sacar a remate el inmueble hipotecado libre de gravámenes y anotaciones con base en la información contenida en la certificación mencionada y esto mismo lo consigna en el edicto. Posteriormente, el Juez celebra el remate y A es quien hace la mejor postura. El demandante le pide al Juez que apruebe el remate, le adjudique el bien rematado y que le autorice designar un notario de su confianza para que lleve a cabo la protocolización de piezas. Antes de que el Juez dicte dicha resolución, éste se da cuenta que en el Registro Público aparece anotada una demanda ordinaria al margen de inscripción del inmueble ya rematado. Dicha demanda ordinaria fue anotada por orden de un Juez distinto del que tramita el ejecutivo hipotecario incoado por A contra B. El actor (o sea, A) también se da cuenta de esta circunstancia y le pide al Juez que cancele esa anotación de demanda ordinaria, toda vez que, cuando se dictó el auto de remate y cuando se celebró la almoneda, no constaba anotada ninguna demanda ordinaria al margen de inscripción del inmueble rematado. Pregunta 1: ¿Podría el Juez, al aprobar el remate, ordenar la cancelación de la anotación de la demanda ordinaria que, en forma sobrevenida, pesa sobre el inmueble rematado? Pregunta 2: ¿Podría el Juez, al aprobar el remate, ignorar o hacer caso omiso (es decir, sin cancelación expresa) de la anotación de la demanda ordinaria que, en forma sobrevenida, pesa sobre el inmueble rematado?

3. Tratamiento doctrinal del punto en cuestión

Las interrogantes planteadas en el caso hipotético expuesto en el punto anterior han sido escasamente tratadas y resueltas por la doctrina procesalista costarricense. Profusamente se han tratado los aspectos generales, no así los específicos, de la anotación de la demanda (artículo 282 del Código Procesal Civil).

Es importante reconocer y resaltar el aporte que, en cuanto al tema puntual objeto de este ensayo, realizó el jurista costarricense Don Roberto Yglesias Mora. En su ensayo denominado ***"Alcances del artículo 455 del Código Civil"*** , el autor mencionado, de manera acertada, sostuvo que, cuando se trata de casos relacionados con la aplicación del artículo 455 párrafo cuarto del Código Civil, la anotación de demanda que hubiese solicitado el titular de un derecho real para demostrar, en juicio ordinario, contra el anotante por crédito quirografario, que su derecho es cierto y no simulado, no puede ser cancelada, a pesar de que fuese posterior a la anotación del decreto de embargo, por parte del Juez que hubiese celebrado el remate del bien respecto al cual el adquirente del derecho real pretende demostrar, en proceso ordinario, que su derecho es real y no simulado. En efecto, el profesor Yglesias Mora manifiesta lo siguiente: "Ha sido parte de nuestra tradición jurídico-procesal, que efectuado el remate se disponga la cancelación de todos aquellos gravámenes que, surgidos posteriormente, afecten el bien rematado y que estorben su libre inscripción, siendo ya conocida, a ese propósito, la doctrina sobre la retroacción de los efectos del remate a la fecha del decreto original de embargo que antecedió el remate. Así fue antes y lo es ahora, si se lee el artículo 657 y, con mayor detalle y para el evento de una ejecución hipotecaria, el artículo 669, ambos del nuevo Código Procesal Civil. Ahora bien, la demanda que se menciona en el artículo 455 del Código Civil párrafo antes transcrito, es posterior a la anotación del embargo, de modo que la anotación de esa demanda en el Registro será hecha después del embargo e incluso después de su práctica. A estas alturas del problema, encontramos dos procesos con trámites independientes: un proceso ejecutivo en el cual se busca rematar el bien embargado y un proceso ordinario, en el cual el actor, adquirente de un derecho real en el terreno embargado, busca hacer valer su adquisición frente al acreedor que embargó el mismo bien, para lo cual debe probar que su negocio es cierto y no simulado. Lo usual será la conclusión en primer término del proceso ejecutivo; efectuado el remate y aprobada la adjudicación del bien, lo que hace el Juez es ordenar la cancelación de todos los gravámenes y anotaciones que estorben la inscripción del objeto rematado. Entre esas anotaciones a cancelar, nos encontramos la de la demanda de comentario, cancelación en la cual no encontrará objeción el juzgador ante el hecho de que fue practicada con posterioridad a la anotación de embargo en el Registro Público. En esta forma viene a menos la demanda hecha por el adquirente de un derecho real y queda sin aplicación práctica el citado artículo 455 del Código Civil en el párrafo de comentario; el adjudicatario recibirá el bien libre de la anotación de la demanda y puede disponer de él libremente. Esta práctica judicial y la interpretación de los artículos del Código Procesal Civil arriba indicados, debe ser rectificada a fin de darle eficacia al Código Civil, cuya prevalencia sobre el procesal reafirma el propio artículo tercero del código de rito. En otros términos, la retroacción de

los efectos del remate, debe ser sin perjuicio de la anotación de demanda hecha en función del citado artículo 455, la que debe mantener plena vigencia".

4. Resoluciones judiciales sobre el tema

En torno al tema del cual se ocupa este ensayo, ha de decirse que el Tribunal Primero Civil de San José ha dictado resoluciones divergentes.

En efecto, en el **Voto No. 270-E de las 7:50 hrs. del 23 de febrero de 2001**, el Tribunal Primero Civil de San José fue claro en indicar que la cancelación de una anotación de demanda ordinaria solamente puede llevarla a cabo el Juez que tramita el proceso en el cual se ordenó la anotación de la demanda ordinaria. Además de lo anterior, dijo algo importantísimo, cual es que las anotaciones de demanda ordinaria no se cancelan ni se pueden cancelar con base en lo dispuesto por el artículo 669 del Código Procesal Civil. En el voto mencionado, manifestó el Tribunal: "El remate efectuado en autos se realizó libre de gravámenes y en esa forma se adjudicó al actor. De conformidad con el artículo 669 del Código Procesal Civil la cancelación de las inscripciones o anotaciones no sólo son las relativas a los créditos pagados, sino también a las relativas a los créditos de inferior categoría que no fueron cubiertas con el precio obtenido en el remate y cualquier otra clase de anotaciones o inscripciones que puedan estorbar la inscripción de la escritura de adjudicación. Sin embargo, esa norma se refiere a créditos posteriores, pero si el inmueble soporta anotaciones de demandas ordinarias u otros litigios que afectan a las partes y al adquirente, como son las demandas del Estado, esas no se cancelan con la orden general aquí dicha, porque incluso sólo la autoridad que las ordenó puede ordenar tal cancelación. Entre esas anotaciones que no se pueden cancelar está la ordenada por la Dirección del Registro Público, según asiento dieciocho mil setecientos tres, tomo trescientos setenta y uno, la cual subsiste; de ahí que, en cuanto a ella se refiere la resolución recurrida, debe anularse la orden de esa cancelación específica (…) **La cancelación de una demanda ordinaria no se puede hacer en el expediente donde se produce el remate, sino en el proceso donde se ordenó"**. (subrayado y resaltado no son del original).

En este mismo sentido se pronunció el Tribunal Primero Civil en el **Voto No. 1357-M de las 8:55 hrs. del 9 de noviembre de 2001**, en el cual dispuso: "Por lo antes mencionado y de acuerdo con la certificación aportada donde se observa que el inmueble en cuestión soporta anotaciones de demanda penal y ordinaria, se concluye que las mismas no se pueden cancelar conforme lo ordena la norma supra señalada, en razón de que sólo la autoridad que las ordenó puede disponer de dichas cancelaciones".

No obstante lo anterior, el mismo Tribunal ha dictado otras resoluciones de acuerdo con las cuales se puede inferir divergencia con lo decidido en los votos anteriores. Esta discordancia yace en el hecho de que, en los votos que se mencionan a continuación, a pesar de haberse demostrado, en forma sobrevenida, la existencia de anotaciones de demanda ordinaria al margen de inscripción del inmueble rematado, el Tribunal Primero Civil resolvió que la adjudicación del bien subastado debía hacerse sin soportar las anotaciones de demanda ordinaria que hubiesen aparecido

con posterioridad al auto de remate y a su celebración. En este sentido está el **Voto No. 744-L de las 8:15 hrs. del 20 de junio de 2001.** En esta resolución se le dio solución a un caso que presentaba las siguientes características: a) Las certificaciones del inmueble no indicaban que sobre éste hubiese anotaciones en el Registro Público de la Propiedad; b) Sobre la base de lo anterior, el remate se celebró sin mencionar la existencia de anotaciones de demanda ordinaria y; c) El demandado del proceso hipotecario alegó y demostró, con posterioridad a la presentación de la demanda hipotecaria, al señalamiento para remate y a su celebración, que sí habían anotaciones de demanda ordinaria en el inmueble. El Tribunal consideró, en relación con este caso que, como en el momento en que se dictó el auto de remate, no existían las anotaciones de demanda ordinaria, entonces era correcto aprobar el remate y adjudicar el bien rematado libre de gravámenes y anotaciones, es decir, sin las anotaciones de demanda ordinaria. De esta forma, si bien en este Voto el Tribunal Primero Civil no dispuso, en forma expresa, la cancelación de las anotaciones de demanda ordinarias, cuya existencia posterior probó el demandado, lo cierto es que, al ignorarlas, al hacer caso omiso de ellas (por cuanto el bien rematado se adjudicó al ejecutante sin soportar las anotaciones de demanda ordinaria), entonces en el fondo se produce un efecto idéntico al que hubiese sucedido si expresamente se hubiese tomado la decisión de cancelar dichas anotaciones de demanda ordinaria.

En esta misma dirección está el **Voto No. 83-N de las 8:25 hrs. del 6 de febrero de 2002**, resolución en la cual el Tribunal Primero Civil indicó: "El remate se ordenó libre de gravámenes hipotecarios y anotaciones judiciales (…) En estos casos lo que prevalece es la publicidad registral al momento de ordenar la subasta, **de ahí que carece de importancia lo relativo a una demanda ordinaria posterior** (…) Según criterio reiterado de este Tribunal, un remate se ordena soportando demanda ordinaria cuando ésta se encuentra debidamente anotada en el Registro al momento de señalar hora y fecha para remate, todo lo cual se echa de menos en este asunto … Incluso el auto inicial del ordinario es muy posterior a la fecha del auto que ordena el remate y de su celebración". (subrayado y resaltado no son del original).

5. Consideraciones críticas

De acuerdo con la poca doctrina que se ha ocupado del tema tratado en este ensayo **(YGLESIAS MORA)** y con las resoluciones judiciales precitadas, se considera lo siguiente:

5.1. El criterio que debe seguirse en torno al problema que plantea la aparición sobrevenida de anotaciones de demanda ordinarias que registralmente no constaban cuando se dictó el auto de remate o cuando éste se hubiese celebrado, es el que externó el Tribunal Primero Civil de San José en los votos 270-E y 1357-M, ambos del año 2001, es decir, que solamente el Juez que ordenó la anotación de la demanda ordinaria es el que puede ordenar su cancelación. Esto porque tomando en cuenta los fines que inspira la anotación de la demanda, sea la constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles (Artículo 282 del Código Procesal Civil y 468 inciso 1 del Código Civil), se colige que dicha anotación no es lo mismo ni, por lo tanto, puede seguir el mismo destino que una

anotación de decreto de embargo por crédito quirografario (Artículo 669 del Código Procesal Civil).

5.2. No sólo en los casos del artículo 455 párrafo cuarto del Código Civil, sino que, en general, en cualquier otro caso en el cual sea legalmente posible anotar la existencia de una demanda ordinaria en el Registro Público de la Propiedad, el Juez que ordena, celebra y aprueba el remate no puede cancelar dicha anotación de demanda ordinaria, a tenor del artículo 669 del Código Procesal Civil. Solamente el Juez que hubiese ordenado la anotación de la demanda ordinaria en el Registro Público de la Propiedad es el que puede ordenar la cancelación de dicha medida.

5.3. No se puede compartir ni seguir el criterio expuesto por el Tribunal Primero Civil de San José en los votos 744-L de 2001 y 83-N de 2002 porque ignorar o hacer caso omiso de anotaciones de demanda ordinaria implica violar no sólo el derecho de defensa de los anotantes de demanda ordinaria (en la praxis judicial, no se notifica ni se cita, cuando se va a rematar el bien, al anotante de demanda ordinaria), sino también lesionarles gravemente su derecho constitucional de tutela judicial efectiva (Artículo 41 de la Constitución Política), pues si el Juez que, al aprobar el remate, ignora o hace caso omiso de la anotación de demanda ordenada por el Juez que conoce el proceso ordinario, entonces hace ilusorios los derechos que legítimamente pudiesen tener y desean hacer efectivos los anotantes de demandas ordinarias sobre el bien que se pretende rematar.

5.4. Si con posterioridad a que se ordenó y se celebró el remate y antes de aprobar la almoneda, se demostrara la existencia de anotaciones de demanda ordinaria sobre el inmueble rematado, el Juez que aprobará el remate no puede cancelar dichas anotaciones de demanda ordinaria, sino que deberá aprobar el remate y adjudicar el bien soportando tales anotaciones, sin importar que, en el momento en que se dictó el auto de remate, de la certificación de gravámenes y anotaciones no se constatara la existencia de anotaciones de demanda ordinarias.

5.5. Si con posterioridad a que se ordenó y se celebró el remate y antes de su aprobación, se demostrara la existencia de anotaciones de demanda ordinaria sobre el inmueble rematado, el Juez que aprobará el remate no puede ignorar o hacer caso omiso de dichas anotaciones de demanda ordinaria, sino que deberá aprobar el remate y adjudicar el bien soportando tales anotaciones, sin importar que, en el momento en que se dictó el auto de remate, de la certificación de gravámenes y anotaciones no se constatara la existencia de anotaciones de demanda ordinarias.

LA TUTELA JURÍDICA DEL PAISAJE

MSc. Mario Peña Chacón[1]
Consultor Legal Ambiental

"Antes bien, el paisaje se deteriora porque algunos quieren.
El paisaje se deteriora porque a algunos les interesa.
Remedio, siempre hay remedio contra eso. Lo que hace falta es que se quiera"

LORENZO MARTÍN RETORTILLO.

I. CONCEPTUALIZACION E IMPORTANCIA DEL PAISAJE

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define el término paisaje mediante tres acepciones, la primera "Extensión de terreno que se ve desde un sitio", la segunda "Extensión de terreno considerado en su aspecto artístico, y por último la define también como "Pintura o dibujo que representa cierta extensión de terreno".[2]

Para efectos del presente ensayo revistan importancia las dos primeras acepciones.

Por su parte el Convenio Europeo del Paisaje lo define como "cualquier parte del territorio tal y como la perciba la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos"[3]

De lo anterior se extrae que el "paisaje" se encuentra compuesto de dos elementos fundamentales, uno natural y otro cultural, mismos que se pueden encontrar separados, o bien yuxtapuestos en un mismo espacio físico. Por paisaje natural se entiende "un conjunto estable de componentes naturales socialmente percibido como relevante y jurídicamente tutelado"[4] puede estar integrado por formaciones físicas, biológicas, geológicas y fisiográficas, así como las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales, o bien zonas naturales, todas con algún tipo de valor estético o científico. Mientras tanto, el paisaje cultural sería aquel conjunto igualmente estable, pero conformado por elementos creados por la interacción humano, percibidos como significativos y por tanto, resguardados por el ordenamiento jurídico, pudiendo estar conformado por obras arquitectónicas, de escultura, pintura, elementos de carácter arqueológicos, inscripciones, cavernas, grupos de construcciones, obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza

---

1 mariopena@racsa.co.cr
2 Diccionario de la Real Academia Española, tomo segundo, página 1647, vigésimo segunda edición, 2001, Editorial Espasa, España.
3 Artículo 1 inciso a) del Convenio Europeo del Paisaje suscrito en Florencia, Italia, el 20 de octubre de 2000, mismo que entró en vigor una vez ratificado por diez Estados signatarios el día 1 de marzo de 2004.
4 Martín Mateo, Ramón, Tratado de Derecho Ambiental, Volumen III, Editorial Trivium, Madrid, 1997, páginas 504-505, España.

que posean algún valor desde la perspectiva histórica, estética, etnológico o antropológico.

El paisaje es parte integrante del ambiente y por tanto, objeto de tutela por parte de derecho. El concepto medio ambiente abarca los recursos naturales abióticos y bióticos, así como los bienes que componen el patrimonio cultural y natural.[5] A la vez, las concepciones más amplias del término biodiversidad también la incluyen.[6]

Siguiendo la doctrina elaborada por el Dr. Ramón Martín Mateo, tres son las características propias del paisaje: estabilidad, visualización y utilidad. En cuanto al elemento Estabilidad comenta el autor que el paisaje es estable, por lo menos por un periodo. Hay valoración de la fragilidad visual en cuanto susceptibilidad al cambio y expresión de grado de potencial evolución. Así, un paisaje marino incluye el devenir de las olas y una percepción de playa que no se altera por lento desplazamiento de las dunas. En invierno y en verano cambian algunos elementos pero la infraestructura permanece. Los componentes más significativos del paisaje son sin duda la vegetación y el agua, pero también aquí se insertan otros elementos del reino mineral que crean componentes inanimados. Como segunda característica encontramos la Visualización, en el tanto el paisaje es algo que se percibe por la vista, aunque también puede ser detectado gratamente por otros sentidos; el olor de las flores, la brisa acariciando árboles, el rumor de las olas. Pero lo relevante es la percepción fundamental visual; para que exista es necesario que lo captemos. Por último tenemos la Utilidad. El paisaje es un recurso natural, en el sentido de que es suministrado por la naturaleza, es escaso y proporciona satisfacciones a los que lo perciben. Los beneficios pueden ser exclusivamente extraeconómicos, consistentes en el mero placer estético, en la sensación de equilibrio, de calma y felicidad, o en la satisfacción lúdica asociada a la contemplación de la belleza, o a las emociones suscitadas por las referencias culturales.[7]

El paisaje desempeña un papel preponderante de interés general en los

5. Tanto el Convenio de Lugano sobre Responsabilidad Civil por daños derivados de actividades peligrosas en el medio ambiente suscrita en marzo de 1993, como la Directiva Comunitaria sobre Evaluación de Impacto Ambiental de junio de 1985, incluyen al paisaje como un elemento del concepto medio ambiente. A la vez, el Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental de Costa Rica entiende por ambiente todos los elementos que rodean al ser humano, elementos geológicos (roca y minerales); sistema atmosférico (aire); hídrico (agua: superficial y subterránea); edafológico (suelo); biótico (organismos vivo); recursos naturales, paisaje y recursos culturales, así como los elementos socioeconómicos que afectan a los seres humanos mismos y sus interrelaciones
6. "Normalmente la biodiversidad se ha definido en tres niveles: la diversidad genética, la diversidad de especies y la diversidad de ecosistemas. Algunos autores incluyen también la diversidad a nivel de paisajes como parte de la biodiversidad. Con esto se refieren a la distribución de los ecosistemas en una unidad geográfica dada. Además de estos, la diversidad cultural puede también ser considerada como parte de la biodiversidad, pues las diferentes costumbres y formas de vida han permitido, a través de la historia, la sobrevivencia del ser humano en ambientes difíciles. La diversidad cultural se manifiesta por las diferentes dietas, religiones, idiomas, el arte y la vida social de los seres humanos". Solís Rivera, Vivienne, Toumasjukka, Tomi, Marco Conceptual de la Biodiversidad: Implicaciones políticas, Antología sobre Biodiversidad, Fundación Ambio, 1994.
7. Martín Mateo, Ramón, Tratado de Derecho Ambiental, Volumen III, Editorial Trivium, Madrid, 1997, páginas 505-507, España.

campos cultural, ecológico y social, y al vez constituye un recurso favorable para la actividad económica. [8]

En el plano ambiental, constituye un elemento indisociable de la calidad de vida humana, tanto de los medio urbanos como los rurales, en las zonas degradadas así como los de gran calidad, en los espacios de reconocida belleza excepcional y en los más cotidianos. Al respecto ha manifestado la Jurisprudencia Constitucional Costarricense "..... desde un punto de vista psíquico e intelectual, el estado de ánimo depende también de la naturaleza, por lo que también al convertirse el paisaje en un espacio útil de descanso y tiempo libre es obligación su preservación y conservación" [9]

Dentro de la perspectiva social, contribuye a la formación de las culturas locales y es un componente fundamental del patrimonio natural y cultural, así como al bienestar de los seres humanos y a la consolidación de la identidad de los pueblos.

En el plano económico el paisaje influye en el valor de la tierra y actualmente es presupuesto básico para las actividades relacionadas con el turismo sostenible, generadores de empleo y riqueza para las localidades que han sabido preservar un entorno valioso.[10] A manera de ejemplo, y en el caso costarricense, existen documentadas servidumbres ecológicas entre propietarios privados de tierras con el fin de proteger las bellezas escénicas atractivas para el turismo[11], así como también el desarrollo de quintas y condominios ecológicos, en donde sus propietarios limitan recíprocamente sus propiedades con el fin de conservar el paisaje que las rodea, y con ello asegurarse un alto valor económico de sus inmuebles.

II. EL PAISAJE COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

A pesar de los beneficios que brinda la protección del paisaje en los planos ambiental, social y económico, las deficientes técnicas de producción agrícola, forestal, industrial y minera, la falta de planificación urbanística estatal y regional, el acelerado crecimiento del transporte, la industria y el comercio en general, así como los cambios en la economía

8. "La protección de las bellezas escénicas es un valor dogmático de nuestra Constitución, cualquiera que sea el fundamento que se le quiera dar a esa protección, ya sea por el valor turístico que tiene el sitio y consecuentemente por el potencial económico de esta industria; ya fuera por su mero valor estético o por la simple necesidad de tener lugares donde las personas podamos disfrutar de un paisaje bello y natural sin que la irrupción abrupta de un elemento que desentona abiertamente con el medio y nos distraiga de nuestro descanso; o por todas ellas juntas, este Tribunal debe otorgar protección". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, resolución número 2003-6234 de las ocho horas con treinta minutos del cuatro de julio de dos mil tres.
9. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, resolución número 3705-93 de las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.
10. Fabeiro Mosquera, Antonio, "La creciente importancia del paisaje en el ámbito europeo: su reconocimiento como interés colectivo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la promoción de su tutela por el Convenio Europeo del Paisaje" tomado de la red mundial de la información: www.planetaverde.org.
11. "Cada vez hay en el país más actividades turísticas que dependen de las bellezas naturales de determinadas zonas. Ocurre, sin embargo, que no siempre los inmuebles en que se ubican esas bellezas naturales pertenecen a quienes se dedican a la actividad turística, ya que generalmente los dueños son más bien finqueros cuya ganancia no depende del turismo. En estos casos puede ser muy útil también la servidumbre, ya que el empresario turístico o la comunidad misma que se beneficia con la afluencia de turistas, o que simplemente quiere conservar un determinado sitio, puede pagar al propietario del inmueble para que se mantenga intacta la belleza natural del lugar, acordándose alguna modalidad de pago, mensual o anual." Atmella Cruz, Agustín, "Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales" Fundación Neotrópica, Costa Rica.

mundial están acelerando la transformación de los diversos paisajes, y en la mayoría de los casos degradándolos, con las consecuencias que ello le acarrea a la colectividad.

Por ello, el paisaje se ha convertido en un elemento de la tutela por parte del derecho, en especial del derecho ambiental, y por tanto un bien jurídico tutelado. Dicha protección se da por parte de diversos instrumentos internacionales, la Constitución Política, leyes y reglamentos, en fin, por el entero bloque de legalidad.

II.1 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PROTEJEN EL PAISAJE

II.1.1. Convenio para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América.

El primer instrumento internacional de protección a los paisajes lo es la Convención para la Protección de la flora, de la fauna y de la bellezas escénicas naturales de los países de América, suscrito en la ciudad de Washington el día 12 de octubre de 1940[12], mucho antes que se elaborara la Carta de Naciones Unidas, y las Declaraciones de Estocolmo, Río y por supuesto Johannesburgo.

La Convención crea por primera vez categorías de manejo de áreas protegidas tales como: parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, y reservas de regiones vírgenes, destaca la protección que debe darse a la flora y la fauna y dicta las primeras normas para la vigilancia y reglamentación para el comercio internacional de especies protegidas de flora y fauna o de sus productos, lo que posteriormente adopta la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de flora y fauna silvestres, conocida como Convenio CITES.

Respecto a la protección de paisajes la convención establece en su preámbulo lo siguiente:

"Deseosos de proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico, y los lugares donde existen condiciones primitivas de los casos a que esta Convención se refiere; y"

"Deseosos de concertar una Convención sobre la protección de la flora, la fauna, y las bellezas escénicas naturales dentro de los propósitos arriba enunciados, han convenido en los siguientes artículos:"

De igual forma, el artículo I.1 de la Convención establece como definición de Parque Nacional:

"Las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial."

Por último, el artículo V de la Convención establece:

12. Fecha de entrada en vigencia del Convenio 30 de abril de 1942.

"I. Los Gobiernos contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos competentes, la adopción de leyes y reglamentos que aseguren las protección y conservación de la flora y la fauna dentro de sus respectivos territorios y fuera de los parques nacionales y reservas nacionales, monumentos naturales y de las reservas de regiones vírgenes mencionadas en el Artículo II. Dichas Reglamentaciones contendrán disposiciones que permitan la caza o recolección de ejemplares de flora y fauna para estudios o investigaciones científicas, por individuos y organismos debidamente autorizados.

2. Los Gobiernos contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos la adopción de leyes que aseguren la protección y conservación de los paisajes, las formaciones geológicas extraordinarias y las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico."

II.1.2. Convención Relativa a los Humedales de importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas.

La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas suscrita en Ramsar, el 2 de febrero de 1971, reconoce en su preámbulo la interdependencia del hombre y de su medio ambiente, considerando las funciones ecológicas fundamentales de los humedales en su calidad de reguladores de los regímenes hidrológicos y en tanto son hábitat de una fauna y flora características y particularmente, de las aves acuáticas; reconoce que los humedales constituyen un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, cuya pérdida sería irreparable. La Convención reconoce el valor estético y paisajístico que poseen los humedales y la importancia de su protección, por tratarse de ecosistemas sumamente frágiles.

Por otra parte, encontramos la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural presentada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su décimo séptima reunión, celebrada en París, del 17 al 21 de octubre de 1972.[13]

Su fin es la protección del patrimonio cultural y natural amenazado por la destrucción por causas tradicionales de deterioro y por la evolución de la vida social y económica. Considera que el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituyen un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos lo pueblos del mundo y que su protección debe ser un esfuerzo tanto nacional como internacional. Establece que incumbe a la colectividad internacional entera participar en la protección del patrimonio cultural y natural con valor universal excepcional, prestando asistencia colectiva. Como artículos de especial relevancia relativos a la protección del paisaje encontramos:

Artículo 1. A los efectos de la presente Convención se considerará patrimonio cultural:

13. Fecha de entrada en vigencia del Conveni0 17 de diciembre de 1975

- Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológicos, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.

- Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje, le dé un valor universal excepcional, desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,

- Los lugares: obras del hombre y obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

Artículo 2. A efectos de la presente Convención se considerará "patrimonio natural":

- Losmonumentosnaturalesconstituidos por formaciones físicas y biológicas o grupos de estas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

- Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

- Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.

Artículo 4. Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención, reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que se disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico.

II.1.4. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre.

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, mejor conocida como Convenio CITES, suscrita en Washington el día 3 de marzo de 1974, misma que entró en vigencia el día primero de julio de 1975, en su preámbulo reconoce que la fauna y la flora silvestres, en sus numerosas, bellas y variadas formas, constituyen un elemento irremplazable de los sistemas naturales sobre la Tierra, tienen que ser protegidos para esta generación y las venideras; también reconoce el creciente valor de la flora y la fauna silvestres desde los puntos de vista estético, científico, cultural, recreativo y económico.

II.1.5. Convención sobre Diversidad Biológica.

El Convenio sobre Diversidad Biológica suscrita en Río de Janeiro el 13 de junio de 1992, entrada en vigencia el 29 de diciembre de 1993, tiene como objetivos la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se derivan de la utilización de los recursos genéticos, mediante un acceso adecuado de

los recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes. Define "diversidad biológica" como la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprendiendo la diversidad de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas. En su preámbulo reconoce el valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes.

II.2 La tutela Comunitaria del Paisaje

II.2.1. Protección indirecta

En un primer término, la Directiva de la Comunidad Europea sobre Evaluación de Impacto Ambiental del 27 de junio de 1985, en su artículo 3 adoptó una definición de ambiente que abarca los elementos naturales, el paisaje, los bienes materiales y el patrimonio cultural.

Bajo esta misma tesitura, el Convenio del Consejo de Europa sobre Responsabilidad Civil Derivada de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, aprobado el 8 de marzo de 1993, utilizó un concepto de ambiente que a la vez abarca los recursos naturales abióticos y bióticos, así como los bienes que componen el patrimonio cultural y el paisaje.

Por su parte, la Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad Ambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales, adoptada por el Consejo de Europa en marzo de 2004, tiene por finalidad establecer un marco para la prevención y la reparación de los daños ambientales sobre la base de la responsabilidad ambiental. El régimen estipulado se aplica exclusivamente a los daños ambientales, los cuales abarcan los daños a la biodiversidad[14], daños a las aguas y daños a los suelos

En su Anexo II la Directiva Comunitaria desarrolla las reglas a seguir en materia de reparación del medio ambiente, de suma importancia en relación con el tema del paisaje. El sistema reparatorio contenido en la Directiva está basado en los principios preventivo, precautorio y de corrección a la fuente. El objetivo de la reparación es devolver el conjunto del medio ambiente a su estado básico y compensar por las pérdidas

14 Es importante aclarar que el concepto biodiversidad utilizado por la Directiva no es aquel definido por el artículo 2 del Convenio sobre Diversidad Biológica que al efecto reza "Por diversidad biológica se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras causas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas"; sino más bien, únicamente abarca los hábitats naturales y las especies relacionadas en el Anexo I de la Directiva 79/409/CEE o en los Anexos I, II y IV de la Directiva 92/43/CEE, o los hábitats y las especies no contemplados en dichas Directivas, cuyas áreas de protección o conservación se hayan designado de conformidad con la legislación de los Estados miembros correspondientes sobre la conservación de la naturaleza, tal y como se encuentra establecido por el artículo 2 inciso 2 de la Directiva, dejando por fuera por tanto, la idea de variabilidad contemplada en la definición que da el Convenio de Diversidad Biológica, excluyendo la responsabilidad derivada de los organismos modificados genéticamente y por consiguiente el régimen contemplado en el Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena de Indias. Las Directivas 79/409/CEE y 92/43/CEE carecen de disposiciones en materia de responsabilidad que fomenten un comportamiento preventivo y disuasorio, por tanto el régimen de responsabilidad propuesto viene a llenar tal vacío.abiertamente con el medio y nos distraiga de nuestro descanso; o por todas ellas juntas, este Tribunal debe otorgar protección". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, resolución número 2003-6234 de las ocho horas con treinta minutos del cuatro de julio de dos mil tres.

provisionales en que se haya incurrido. La reparación se realiza rehabilitando, sustituyendo o adquiriendo el equivalente de los recursos naturales dañados en el lugar originalmente dañado o en otro diferente. También implica la eliminación de todo perjuicio grave para la salud humana, tanto real como potencial.[15] En la medida de lo posible la autoridad competente estudiará primero las acciones que permitan establecer los recursos naturales y servicios del mismo tipo y calidad y de valor comparable al que tenían los que sufrieron el daño. Si no es posible utilizar el anterior criterio, podrán aplicarse técnicas de valoración monetaria del paraje dañado a fin de determinar las medidas de reparación compensatorias que se adoptarán.[16]

II.2.1. Tutela directa. El Convenio Europeo del Paisaje

Los Estados Miembros del Consejo de Europa suscribieron el primer tratado regional especializado en el tema de la protección de los paisajes, suscrito en la ciudad de Florencia el 20 de octubre del 2000, mismo que entró en vigencia el día primero de marzo del 2004 una vez ratificado por diez de los Estados signatarios, tal y como lo exige su texto.

En su preámbulo se reconoce su valor ambiental, social y económico del paisaje, constituyendo un recurso favorable para la actividad económica generadora de empleos. A la vez se reconoce como un elemento importante en la calidad de vida de las poblaciones tanto en los medios rurales y urbanos, en las zonas degradadas como en las de gran calidad, en los espacios de reconocida belleza excepcional y en los más cotidianos, al tratarse de un elemento clave del bienestar individual y social, siendo por tanto su protección, gestión y ordenación, un hecho generador de deberes y derechos.

De igual forma el Convenio es consciente de la degradación que sufren todo tipo de parajes en especial debido a las técnicas de explotación agrícola, forestal, industrial y minera, así como en materia de ordenación regional y urbanística, transporte, infraestructura, turismo, ocio, y a nivel más general, por los cambios en la economía mundial los cuales aceleran la transformación de los paisajes.

El fin del Convenio lo es la implementación de una política integral de protección del paisaje, que no se limite, a la conservación de parajes considerados de especial valor[17], o bien a la protección indirecta propia de otros instrumentos internacionales[18], sino que procede a establecer los instrumentos y los medios necesarios acometer de forma directa e integrada una política de protección, gestión y ordenación de los paisajes.[19]

15 Artículo 2.1 del Anexo II de la Directiva
16 Artículo 3.1.5, 3.1.6 y 3.1.7. del Anexo II de la Directiva.
17 Objeto de Tutela de la Convención de la UNESCO sobre Patrimonio Mundial Cultural y Natural suscrito en París en 1972.
18 Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Convenio de Lugano sobre Responsabilidad Civil resultante de actividades peligrosas para el medio ambiente, Tratado de Espoo sobre la Evaluación de Impacto Ambiental en un contexto transfronterizo.
19 Fabeiro Mosquera, Antonio, “La creciente importancia del paisaje en el ámbito europeo: su reconocimiento como interés colectivo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la promoción de sus tutela por el Convenio Europeo del Paisaje”, en la red mundial de la información: www.planetaverde.org

El ámbito de aplicación lo es la totalidad del territorio de las Partes signatarias y abarca las áreas naturales, rurales, urbanas y periurbanas. Comprende a la vez las zonas terrestres, marítima y las aguas interiores. Se refiere tanto a los paisajes que pueden considerarse excepcionales como a los paisajes cotidianos o degradados. [20]

Por paisaje la Convención entiende cualquier parte del territorio tal y como lo percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos.[21] La protección de los paisajes implica la toma de acciones encaminadas a conservar y mantener los aspectos significativos o característicos de un paisaje, justificados por su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o acción del hombre.[22]

Cada parte signataria del Convenio se compromete a las siguientes medidas generales con el fin de cumplir con los objetivos de la Convención:

-Reconocimiento jurídico de los paisajes como elemento fundamental del entorno humano, expresión de la diversidad de su patrimonio común cultural y natural como fundamento de su identidad;

-Definir y aplicar políticas destinadas a la protección, gestión y ordenación del paisaje mediante medidas específicas;

-Establecer procedimientos para la participación ciudadana, las autoridades locales y regionales ; [23]

-y por último a integrar el paisaje en las políticas de ordenación territorial y urbanística y en sus políticas en materia cultural, medioambiental, agrícola, social y económica, así como en cualquiera otras políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre el paisaje.[24]

Como medidas específicas las Partes signatarias se comprometen a:

-Incrementar las sensibilización de la sociedad civil, las organizaciones privadas, y las autoridades públicas respecto al valor de los paisajes, su papel y su transformación.

-A la formación de especialistas en la valoración e intervención de los paisajes, a establecer programas multidisciplinarios de formación política, protección, gestión y ordenación de paisajes con destino a los profesionales y a las asociaciones interesadas, y a que los cursos escolares y universitarios aborden los valores relacionados con los paisajes y cuestiones relativas a su gestión, protección y ordenación.

-Identificar sus propios paisajes en todo su territorio, analizar sus características y la fuerzas y presiones que los transforman, tomar nota de las transformaciones, así como a calificar los paisajes así definidos, teniendo en cuenta los valores particulares que les atribuyen las Partes y las poblaciones interesadas.

20 Artículo 2 del Convenio Europeo del Paisaje.
21 Artículo 1 inciso a) del Convenio Europeo del Paisaje.
22 Artículo 1 inciso d) del Convenio Europeo del Paisaje.
23 Al respecto consultar la Convención de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa sobre El acceso a al información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia, mejor conocido como Convenio de Aarhus, suscrito en el año 1998.
24 Artículo 5 del Convenio Europeo del Paisaje.

-Cada Parte se compromete a definir los objetivos de calidad paisajística para los paisajes identificados y calificados, previa consulta al público. Para aplicar las políticas en materia de paisajes, cada parte se compromete a establecer instrumentos de intervención destinados a la protección, gestión y /u ordenación del paisaje.[25]

Tal y como lo afirma el Doctor Antonio Fabeiro Mosquera[26] "Se trata de la elaboración de una especie de mapas de paisajes, en los que se identifiquen y se califiquen los distintos tipos de paisajes existentes en el territorio del Estado, haciéndose constar sus características, las fuerzas y presiones que los transforman y los valores particulares que se les atribuyen, para así poder definir en relación a cada uno de ellos unos objetivos de calidad paisajística, entendiendo por tales las características paisajísticas que se le quieren dar. Para que estos objetivos de calidad paisajística se puedan lograr, resulta indispensable que se integren distintos instrumentos de ordenación territorial y urbanística y en el resto de las políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre el paisaje y que sean respetados por las actividades privadas y públicas."

Por último las Partes se comprometen a cooperar en el estudio de la dimensión paisajística de las políticas y programas internacionales y a recomendar que se incluyan en los mismos consideraciones relativas al paisaje. A la vez se obligan a rendirse asistencia mutua e intercambio de información y a realizar programas comunes en materia de paisajes transfronterizos.

11.2.2. El paisaje en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos

Desde el año 1985 se cuenta con antecedentes jurisprudenciales relativos a la protección del paisaje por parte de los organismos que integran el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Casos como Muriel vs Reino Unido[27], Buckley vs Reino Unido,[28] y Coster y otros vs Reino Unido[29] son prueba de lo anterior.

En todos ellos estuvo de por medio la supuesta vulneración del derecho a la vida privada y familiar y del domicilio, previsto por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos[30] , frente a un interés

25 Artículo 6 del Convenio Europeo del Paisaje.

26 Fabeiro Mosquera, Antonio, "La creciente importancia del paisaje en el ámbito europeo: su reconocimiento como interés colectivo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la promoción de sus tutela por el Convenio Europeo del Paisaje", en la red mundial de la información: www.planetaverde.org

27 11 de marzo de 1985.

28 25 setiembre de 1996.

29 18 de enero de 2001.

30 "Toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto y en cuanto esta injerencia está prevista por ley y constitutiva de una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección a la salud o la moral, o a la protección de los derechos y libertades de los demás"

general a la protección del medio ambiente[31], por medio de la preservación del paisaje garantizado por leyes de ordenamiento territorial y planificación urbana.

Para el caso Muriel vs el Reino Unido la Comisión Europea de Derechos Humanos estableció en un conflicto entre el derecho de propiedad y la protección del paisaje en la zona de Jersey, que las zonas de interés paisajístico pueden ser preservadas mediante instrumentos de ordenación del territorio para el doble beneficio de los residentes como de visitantes y turistas, sin que por ello se violenten el derecho a la propiedad, a la vida privada ni al domicilio.

De igual forma, en el caso Coster y otros contra el Reino Unido, una familia gitana decide adquirir un terreno en una localidad denominada Hadcorn para establecer allí su caravana. Una vez instalados solicitan la correspondiente licencia, pero la misma es rechazada por parte de la autoridad urbanística, y ésta además les requiere para que cesen en el uso del terreno. Al no dar cumplimiento a la orden son multados.

El rechazo de la licencia se basó en normativa territorial que impide asentamientos gitanos que deterioren el paisaje. La resolución dictada expone que el establecimiento de la caravana en el lugar elegido por la familia Coster, constituye una intrusión real en el paisaje rural que lo rodeaba, capaz de estropear seriamente el carácter y la apariencia de dicho lugar, lo que es contrario a lo objetivos de los planes de ordenación local.

Por lo anterior, los demandantes alegaron violación al respeto a su vida privada y familiar de su domicilio prevista en el artículo 8 del Tratado de Roma, que a la vez impide llevar un modo de vida de acuerdo a su tradiciones culturales.

Al resolver el Tribunal de Estrasburgo consideró atendiendo a los informes de los inspectores y constatada la situación personal de los demandantes, debía prevalecer el interés paisajístico y rural de la zona donde estaba instalada la caravana, por sobre los derechos de los demandantes. El Tribunal llega a considerar al medio ambiente, en su faceta de protección del paisaje, como un elemento de suficiente consistencia a efectos del artículo 8 del Tratado de Roma para justificar las limitaciones de los derechos de los demandantes, atendiendo al principio de proporcionalidad.

Por tanto el paisaje se considera, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal

31 El Tratado de Roma no reconoce explícitamente un derecho humano a gozar de un medio ambiente adecuado. A pesar de lo anterior, la interpretación dinámica y teleológica de los derechos protegidos por el Tratado, tanto la Comisión como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han permitido, para fines, prácticos proteger el derecho al medio ambiente a través de una doble vía indirecta. Por una parte, esta protección puede darse en cuanto a titulares de derechos cuya garantía exija, en determinados supuestos, protección de las condiciones medioambientales de calidad. Por otro lado, también puede darse esta protección al derecho al medio ambiente cuando éste se encuentre en conexión con un interés general, cuya salvaguardia permite a los Estados Parte en el Convenio imponer limitaciones y restricciones en el ejercicio de algunos derechos reconocidos por este instrumento regional de derechos humanos. Al respecto puede consultarse el artículo de este mismo autor denominado "Derechos Humanos y Medio Ambiente" accesible en la red mundial de información en la dirección: www.idea.org/rda/

Europeo de Derechos Humanos, como un interés jurídico colectivo que conlleva determinados deberes de protección por parte de los poderes públicos y puede suponer también, la limitación de otros derechos o intereses particulares. La protección del paisaje constituye un elemento de justificación suficiente para limitar los derechos de los demandantes a la instalación de caravanas en un entorno rural, carente de autorización por aplicación de la normativa británica de ordenación del territorio que limita estos asentamientos cuando afeen el paisaje.[32]

II.3 TUTELA CONSTITUCIONAL DEL PAISAJE

El paisaje como elemento integrante del ambiente encuentra su asidero constitucional en los artículo 21, 89 y 50 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

El numeral 21 establece el derecho a la vida, y como su derivación directa el derecho a la salud, ya que el primero es la razón de ser y explicación última del segundo.

El artículo 89 constitucional expone “Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico”.

Por último, los párrafos segundo y tercero del artículo 50 constitucional rezan “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”.

Las protección de la belleza del paisaje está íntimamente relacionada con la defensa de la riqueza ecológica del país. Así lo ha entendido la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la que ha desarrollado con propiedad el tema. Al respecto el voto número 6240-93 de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1993 agrega “.Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico. El término bellezas naturales era el empleado al momento de promulgarse la Constitución (7 de noviembre de 1949) que hoy se ha desarrollado como una especialidad del derecho; el derecho ambiental que reconoce la necesidad de preservar el entorno no como un fin cultural únicamente, sino como una necesidad vital de todo ser humano. En este sentido, el concepto de un derecho al ambiente sano, supera los intereses recreativos o culturales que también son aspectos de la vida en sociedad, sino que además constituye un requisito capital para la vida misma. Ningún resultado racional puede producir la negación de nuestra fragilidad como seres animados, dependientes del entorno par nuestra subsistencia y la de generaciones futuras”.

La misma Sala al respecto también ha expuesto “Por ello, proteger la naturaleza

32 Fabeiro Mosquera, Antonio, “La creciente importancia del paisaje en el ámbito europeo: su reconocimiento como interés colectivo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la promoción de sus tutela por el Convenio Europeo del Paisaje”, en la red mundial de la información: www.planetaverde.org

desde el punto de vista estético no es comercializarla ni transformarla en mercancía, sino más bien educar la ciudadano para que aprenda a apreciar el paisaje estético por su valor intrínseco. En efecto, desde el punto de vista psíquico e intelectual, el estado de ánimo depende también de la naturaleza, por lo que al convertirse el paisaje en un espacio útil de descanso y tiempo libre, es obligación del Estado y de todos los ciudadanos preservarlo y conservarlo.”[33]

Mediante la sentencia[34] número 2001-3967 de las 16:29 horas del 15 de mayo de 2001, la Sala Constitucional al conocer de un recurso de amparo interpuesto en defensa de un parque de uso público denominado La Sabana estableció “.... La Sabana es un bien demanial que está por ley al servicio de objetivos muy específicos como la recreación, el disfrute de los paisajes escénicos y la conservación del ambiente en beneficio de todos ...” “Estima esta Sala que la Dirección recurrida y en general el Estado debe respetar y velar por el acatamiento de esa normativa, pues no debe obviarse que hoy más que antes el acelerado desarrollo urbano ha generado la necesidad de que se creen y protejan amplias zonas verdes que sirvan no solo como pulmones de las ciudades y con ello proteja el medio ambiente, sino que además sirvan para el esparcimiento y la práctica de los deportes por parte de niños y adultos, quienes usualmente en unión familiar disfrutan de ellos, motivo por el cual deben tener particular tutela del Estado costarricense”.

En una reciente sentencia el Tribunal Constitucional Costarricense ante un recurso de amparo por violación al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado debido a la afectación de un paisaje estableció “La protección de las bellezas escénicas es un valor dogmático de nuestra Constitución, cualquiera que sea el fundamento que se le quiera dar a esa protección, ya sea por el valor turístico que tiene el sitio y consecuentemente por el potencial económico de esta industria; ya fuera por su mero valor estético o por la simple necesidad de tener lugares donde las personas podamos disfrutar de un paisaje bello y natural sin que la irrupción abrupta de un elemento que desentona abiertamente con el medio y nos distraiga de nuestro descanso; o por todas ellas juntas, este Tribunal debe otorgar protección. Este Tribunal no cree que la protección de las bellezas escénicas impida el desarrollo económico, estos dos valores son igualmente constitucionales y pueden convivir, sin que ninguno de ellos se haga en detrimento del otro. La extensión del escenario natural que constituye el Valle de Orosi, tanto por sus líneas y formas, como por sus colores y texturas, hacen de este paraje natural una belleza escénica digna de protección. Se trata de un sitio que, además, ha sido de especial atracción para los turistas durante muchos años, al punto que el Estado a través del Instituto Costarricense de Turismo ha creado un mirador para disfrutar de esa belleza escénica....”

De las sentencias anteriormente expuestas se deduce un avance vertiginoso en la tutela constitucional del paisaje como elemento integrante del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual, al estar contemplado dentro del elenco de derechos

33 Hernández Valle, Rubén, Constitución Política de la República de Costa Rica, Editorial Juricentro, primera edición, 1998, páginas 254 y 255.

34 Sentencia 2003-6324 de las ocho horas con treinta minutos del cuatro de julio de dos mil tres.

reconocidos expresamente por la Constitución Política, permiten al particular su protección y defensa por medio del recurso de amparo.

II.4 Legislación interna

Derivado de la obligación constitucional de proteger el ambiente, y por tanto uno de sus elementos constitutivos como lo es el paisaje, tanto el legislador como el Poder Ejecutivo mediante su facultad normativa de emitir decretos, han creado todo una serie de normativa de carácter legal y reglamentaria que vienen a regular la sostenibilidad del paisaje.

Como normativa de carácter general, la cual informa la totalidad de normas que regulan la tutela del paisaje, encontramos los numerales 71 y 72 de la Ley Orgánica del Ambiente[35], que al respecto expresan:

Artículo 71. Contaminación visual. Se considerará contaminación visual, las acciones, obras o instalaciones que sobrepasan, en perjuicio temporal o permanente del paisaje, los límites máximos admisibles por las norma técnicas establecidas o que se emitan en el futuro. El Poder Ejecutivo dictará las medidas adecuadas y promoverá su ejecución mediante los organismos, los entes y las municipalidades, para prevenir este tipo de contaminación.

Artículo 72. Conservación del paisaje. La autoridad competente promoverá que los sectores públicos y privados participen en la conservación del paisaje. Cuando para realizar una obra se necesite afectarlo, el paisaje resultante deberá ser, por lo menos, de calidad igual que el anterior.

Por su parte, la Ley de Planificación Urbana[36] en su artículo 3 inciso g establece que el Plan Nacional de Desarrollo Urbano tendrá como elementos necesario la recreación física y cultural, que proporcione la conservación y el disfrute racional de los recursos naturales, de las reservas forestales, de la vida silvestre y de los lugares escénicos y sitios y edificios de interés histórico o arqueológico. También mediante el artículo 32 se prohíbe fijar o pintar avisos, anuncios, programas, de cualquier clase y material, en postes, candelabros de alumbrados, kioskos, fuentes, árboles, aceras, guarniciones, en general elementos de ornato de plazas y paseos, parques, calles, así como cerros, rocas, árboles en que se pueda afectar la perspectiva panorámica o la armonía de un paisaje.

El Reglamento para el control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones[37] señala que el desarrollo de terrenos mediante fraccionamientos o urbanizaciones se permite si el diseño geométrico del desarrollo es lo más acorde posible con las condiciones naturales del área incluyendo vegetación y paisaje, tomando en cuenta no solo las del terreno a desarrollar, sino también la de sus inmediaciones.

Son las municipalidades, de conformidad con la Constitución Política, Código Municipal y la Ley de Planificación Urbana, las encargadas de emitir los respectivos planes de ordenación

35 Ley número 7554 del 4 de octubre de 1995.
36 Ley número 4240 del 15 de noviembre de 1968.
37 Decreto ejecutivo número 3391 del 13 de diciembre de 1982-

territorial que regulen la ocupación del suelo y garantice la protección del ambiente y de las bellezas escénicas. Para ello, en caso de existir dentro de su circunscripción territorial sitios de gran belleza escénica, deben hacerse asesorar por el Instituto Costarricense de Turismo. Al respecto ha manifestado la jurisprudencia constitucional "A los gobiernos locales se les ha reconocido una amplia competencia para emitir planes de ocupación del territorio, tanto los planes de ordenamiento territorial como planes reguladores de las ciudades, estos son instrumentos vitales para lograr el uso sostenible de los recursos naturales, incluso de las bellezas escénicas, así que, sin perjuicio de la obligación que, sin perjuicio de la obligación que tiene la Municipalidad de Paraíso de emitir un plan general de ordenamiento territorial y un plan regulador, deberá emitir dentro del término de dieciocho meses contado a partir de la notificación de esta sentencia un plan regulador que garantice la belleza escénica del valle de Orosi"[38].

Corresponde al Instituto Costarricense de Turismo de conformidad con la ley número 1917 del 30 de julio de 1955 "proteger y dar a conocer construcciones o sitios de interés histórico, así como lugares de belleza natural o de importancia científica, conservándolos intactos y preservando su propio ambiente la flora y la fauna autóctona"[39] El Instituto Costarricense de Turismo posee competencia para denunciar, investigar y gestionar ante las autoridades competentes la protección de las bellezas escénicas, incluso para gestionar judicialmente. De igual forma se encuentra obligado a colaborar y asesorar a las distintas municipalidades a la hora de promulgar planes reguladores urbanos en donde esté de por medio lugares con alta bellezas escénicas.[40]

Siguiendo los lineamientos esbozados en al Convención Unesco[41], la ley de Patrimonio Histórico Arquitectónico[42] en su artículo 6 define bienes inmuebles que integran el patrimonio histórico arquitectónico[43] aquellos declarados por el Ministerio de Cultura como edificaciones, monumentos, centro, conjunto o sitio, según el caso, entendiendo como conjuntos el grupo de edificaciones aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje sean de valor excepcional desde el punto de vista histórico, artística o científica. La misma ley sanciona como delito con prisión de uno a tres años, quien dañe o destruya un inmueble declarado de interés histórico-arquitectónico[44]. Con pena de multa de diez a veinte veces el salario base se sanciona a quien, prevenido al efecto, coloque, ordene colocar o no retire placas o rótulos publicitarios de cualquier índole que, por su dimensión, colocación, contenido o mensaje, dificulten o perturben la contemplación de un inmueble declarado de interés histórico-arquitectónico. Por último, se sanciona con multa de veinte a veinticinco salarios base a quien efectúe construcciones, reparaciones y cualquier otra clase de obras, en un bien declarado de interés histórico-arquitectónico sin la autorización debida.

38 Resolución 6324-2003 de las ocho horas con treinta minutos del cuatro de julio de dos mil tres.
39 Artículo 5 inciso e) de la Ley 1917 del 30 de julio de 1955.
40 Así lo resolvió la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución numeral 6324-2003 de las ocho horas con treinta minutos del cuatro de julio de dos mil tres.
41 Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.
42 Ley número 7555 del 4 de octubre de 1995.
43 Artículo 20 de Ley 7555 del 4 octubre de 1995.
44 Artículo 21 de Ley 7555 del 4 de octubre de 1995

Por otra parte , el Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental[45] entiende por ambiente todos los elementos que rodean al ser humano, elementos geológicos (roca y minerales); sistema atmosférico (aire); hídrico (agua: superficial y subterránea); edafológico (suelo); biótico (organismos vivo); recursos naturales, paisaje y recursos culturales, así como los elementos socioeconómicos que afectan a los seres humanos mismos y sus interrelaciones. En su anexo 2 denominados Lista de actividades, obras o proyectos sujetos al proceso de EIA y para los cuales no existen leyes específicas que así lo soliciten) establece como un aspecto ambiental esencial a tomar en cuenta en el desarrollo de actividades, obras o proyectos, los posibles efectos en los recursos socio culturales y el paisaje (área de influencia social, potencialidad de afectación a recursos culturales, posibles efectos a escenarios naturales).

Por último el Reglamento de los Derechos de Vía y Publicidad Exterior[46] tiene por objetivo proteger la inversión vial, promover la seguridad de los conductores y usuarios en general, mantener su valor creativo y preservar el paisaje de la contaminación visual. Este reglamento define varios términos de especial importancia para el tema que se desarrolla[47]. Por paisaje urbano entiende "Todo aquello construido para uso y disfrute de la comunidad, observable desde la vía pública y que mantiene un balance con las actividades contemporáneas del ser humano". Por su parte perspectiva panorámica es "Vista que se da en mayor o menor grado en determinados sectores del territorio nacional, calles, calzadas, caminos clasificados o vecinales y carreteras, en los cuales la composición de los elementos del paisaje circundante brindan una belleza natural escénica diga de exaltarse, mantenerse, protegerse y liberarse de obstáculos visuales que la limiten, la deformen o la alteren, en perjuicio de los derechos básicos del hombre". De igual forma, define vista panorámica como "Lugar en el cual, por su particular ubicación, prepondera la naturaleza en un ángulo de visión específico". Dentro de las conductas absolutamente prohibidas por el Reglamento citado se encuentra el colocar anuncios publicitarios en secciones que por la topografía del terreno, y de acuerdo con el criterio técnico de la Dirección General de Ingeniería de Tránsito puedan afectar la seguridad vial, la visibilidad, la perspectiva panorámica, el ornato o el medio ambiente.[48]

CONCLUSIONES

El paisaje es un elemento integrante del ambiente, y por tanto es objeto de tutela por parte del ordenamiento jurídico. Tratados Internacionales, normas constitucionales y legislación interna regulan su contenido.

Todos debemos aspirar a disfrutar de paisajes de gran calidad y de participara activamente en el desarrollo de los mismos.

Por tratarse de un derecho colectivo de carácter difuso, la tutela del paisaje prevalece por sobre los derechos individuales, tal y como lo ha establecido la Jurisprudencia emanada de la Corte Europeo de Derechos Humanos secundada por la emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, lleva consigo determinados deberes de protección por parte de los distintos poderes públicos, así como también

45 Decreto ejecutivo número: 31849 del 24 de mayo de 2004.
46 Decreto ejecutivo 29253-MOPT
47 Artículo 2 del Decreto Ejecutivo 29253-MOPT.
48 Artículo 52 inciso a) del Decreto Ejecutivo 29253-MOPT.

limitaciones de otros derechos e intereses particulares.

Posee una especial importancia de carácter ambiental, social y económica, por tanto, su protección y conservación debe ser una prioridad con el fin de alcanzar el tan deseado desarrollo sostenible.

Siguiendo el principio preventivo que rige al Derecho Ambiental, el paisaje debe servir como herramienta de planificación, y por tanto debe ser considerada una variable de importancia a tomar en cuenta a la hora de evaluar los impactos que tendrá cualquier proyecto sobre el ambiente.

Por ello, todo plan de ordenación territorial así como los planes de reguladores de las ciudades, deben garantizar la protección de la belleza escénica de su circunscripción territorial. Para esto, es de suma importancia seguir los lineamientos esbozados por el Convenio Europeo del Paisaje, con el fin de identificar, clasificar los distintos paisajes circundantes, y por último se deben fijar metas de calidad paisajística previa consulta ciudadana.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Atmella Cruz, Agustín, "Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales" Fundación Neotrópica, Costa Rica

Cajiao Jiménez, María Virginia, "Grado de Cumplimiento de los Tratados Ambientales Internacionales por parte de la República de Costa Rica a 1999", Cedarena, Costa Rica, 2000.

Fabeiro Mosquera, Antonio, "La creciente importancia del paisaje en el ámbito europeo: su reconocimiento como interés colectivo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la promoción de su tutela por el Convenio Europeo del Paisaje" tomado de la red mundial de la información: www.planetaverde.org.

Hernández Valle, Rubén, Constitución Política de la República de Costa Rica.

Martín Mateo, Ramón, Tratado de Derecho Ambiental, Volumen III, Editorial Trivium, Madrid, 1997,

Peña Chacón, Mario; Fournier Cruz, Ingread,"Derechos Humanos y Medio Ambiente" publicado por la Revista Lex Difusión y Análisis, año VIII, agosto 2004, número 110, México y por Revista Digital de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, número 4, noviembre de 2004, Paraguay, www.idea.org.py/rda/.

Salazar Cambronero, Roxana y Carazo Zeledón, Mario "Sanciones en el Derecho Ambiental", Fundación Ambio, Costa Rica, 2003

Solís Rivera, Vivienne, Toumasjukka, Tomi, Marco Conceptual de la Biodiversidad: Implicaciones políticas, Antología sobre Biodivesidad, Fundación Ambio, 1994.

Zepeda López, Guillermo, "Derecho a un ambiente sano", Editorial Óscar de León Palacios, Guatemala, 1998.

EL SISTEMA GPS DENTRO DEL DERECHO LABORAL.

Msc. Eric Briones Briones.
Profesor de Maestría en Derecho Laboral.

INTRODUCCIÓN

Nadie puede negar la dimensión del hombre y la mujer como seres sociales, el Antiguo Filosofo Aristóteles, enseñó que "…el hombre es, por naturaleza, un animal político", en el sentido social, vale decir habitante de la polis, ya que solo un dios o una bestia pueden vivir solitarios, como un águila en su picacho[1].

Bajo el anterior presupuesto, el derecho y los abogados como operadores del mismo, estamos llamados a velar porque en la "Polis" los problemas cotidianos sean resueltos de la mejor manera para el bien común de los habitantes.

En muchas ocasiones, sucede que el derecho como instrumento de solución pacífica se queda corto, de allí que se pueda tararear la frase de que la realidad y su problemática siempre van a toda proa y el derecho dentro del ordenamiento social a toda popa; es decir, a la zaga de las nuevas corrientes dinámicas de lo social.

Lo anterior, no es para alarmarse, por cuanto es entendible que el derecho es posterior a los hechos y que más bien ante éstos, la sociedad busca darles respuestas dentro de un orden jurídico, que vaya acorde con las creencias, costumbres y experiencias sociopolíticas vividas.

Lo inquietante ocurre cuando el sistema jurídico se lerdea y/o amilana ante hechos reales que demandan respuestas prontas que atemperen a los mismos. La sociedad es sinónimo de cambio y más dentro del presente siglo, que a la postre va a ser conocido como el del descubrimiento masivo de la tecnología; la cual podrá perjudicar o beneficiar a los Seres Humanos y solo la historia y la eficacia de los operadores del derecho lo determinarán.

Dentro de esas constantes innovaciones tecnológicas, se ha descubierto que por medio del "Sistema Global de Navegación por Satélite", se puede determinar en cualquier rincón del planeta la posición de un sujeto u objeto, con más o menor un error de margen de alguno centímetros.

Lo anterior, viene a significar un nuevo hecho no sólo a nivel tecnológico, sino en la vida de todos los seres, con implicaciones en todo nivel; económicas, de seguridad, éticas y ante todo de privacidad; que no pueden quedar a la libre, sin que cuenten con una regulación para amortiguar precisamente esa línea impactante, entre el mal o el bien, como medida última en su utilización.

---

1 Ver en este sentido, Introducción a la Etica, de Antonio Marlasca López, EUNED, 2007.

Es por ello que con la presente innovación, se pretende realizar un nexo entre la fiscalización patronal y la libertad que ostenta en algunas relaciones el trabajador, como presupuesto jurídico, desde el año 1943; lo cual genera jornadas ordinarias superiores a las ocho horas, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 143 del Código de Trabajo e imposibilidad del pago de horas extras. El ordenamiento nacional es muy claro, que la jornada ordinaria junto con la extraordinaria no puede exceder de 12 horas[2]. Lo que significa que entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente debe mediar al menos un lapso de doce horas, para que la persona recobre sus energías vitales.

CONCEPTUALIZACION

Dentro de este marco es imprescindible tratar doctrinariamente el sistema de posicionamiento global, la exclusión de la limitación de la jornada de trabajo de los empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata y lo atinente al pago de la jornada extraordinaria dentro del marco regulatorio costarricense.

1-) GPS: En 1957 la Unión Soviética lanzó al espacio el satélite Sputnik I, que era monitorizado mediante la observación del Efecto Doppler de la señal que transmitía. Debido a este hecho, se comenzó a pensar que, de igual modo, la posición de un observador podría ser establecida mediante el estudio de la frecuencia Doppler de una señal transmitida por un satélite cuya órbita estuviera determinada con precisión. La marina estadounidense rápidamente aplicó esta tecnología, para proveer a los sistemas de navegación de sus flotas de observaciones de posiciones actualizadas y precisas. Así surgió el sistema TRANSIT, que quedó operativo en 1964, y hacia 1967 estuvo disponible, además, para uso comercial. Las actualizaciones de posición, en ese entonces, se encontraban disponibles cada 40 minutos y el observador debía permanecer casi estático para poder obtener información adecuada.

El sistema GPS nace en 1973 y queda oficialmente declarado como funcional en 1995. Es un sistema que inicialmente se desarrolló con enfoque de estrategia bélica, pero a través de los años el gobierno de Estados Unidos decidió permitir el uso al público en general con ciertas limitaciones de exactitud. Es un sistema utilizado en la actualidad por muchos otros sistemas e inclusive ya es una herramienta de trabajo, por ejemplo es utilizado en aeronaves, para guiarse en el espacio, por los geólogos para la medición de movimientos telúricos, por ingenieros y guardia civil para monitoreo de monumentos o estructuras como puentes colgantes y evidentemente por la fuerza militar y secreta de los Estados Unidos de América. Este servicio trae una gran cantidad de beneficios, como el de estar siempre ubicado y poder prevenir inconvenientes; por otro lado, también tiene un costo de oportunidad que es el de perder la privacidad.

El GPS es un sistema compuesto por una red de 24 satélites llamada NAVSTAR, situados en una órbita a unos 20.200 km. de la Tierra, y unos receptores GPS, que permiten determinar una posición en cualquier sitio del

2 El artículo 140 del Código de Trabajo, estipula: " La jornada extraordinaria, sumada a la ordinaria, no podrá exceder de doce horas, salvo que por siniestro ocurrido o riesgo inminente peligren las personas, los establecimientos, las máquinas o instalaciones, los plantíos, los productos o cosechas y que, sin evidente perjuicio, no puedan sustituirse los trabajadores o suspenderse las labores de los que están trabajando. "

mundo, de día o de noche y bajo cualquier condición meteorológica, cuyos fundamentos y/o aplicaciones abarcan aspectos de la física como la termodinámica, química y matemática. Existen distintos tipos: * Fijos: son de mayor tamaño, funcionan alimentados por baterías de automóviles, aviones o barcos y tienen antenas exteriores independientes. Habitualmente van interconectados a otros instrumentos electrónicos como radares, sondas, pilotos automáticos, etc. * Los receptores portátiles: son mucho mas pequeños y además de poder alimentarse con la energía de cualquier vehículo (con adaptadores) pueden funcionar por medio de pilas. Las antenas suelen ir instaladas en el interior del receptor, aunque también las hay desmontables para poder ser instaladas en el exterior. Algunos modelos portátiles también pueden interconectarse con otros instrumentos electrónicos[3].

2-) JORNADAS DE TRABAJO: En términos generales la Sala Segunda mediante su sentencia N.26 de 29 de enero del año 1992, ha conceptualizado la jornada de trabajo como "…el período en que el trabajador está sometido a la disponibilidad de su patrono, para que use sus servicios, durante el que puede disponer de la fuerza de trabajo de su empleado, de acuerdo con el contenido del contrato, quien, a lo largo de ese tiempo, deberá estar presente en su puesto y acatar las órdenes de aquél o de sus representantes".

Dentro del ordenamiento jurídico nacional en un primer escenario encontramos que con la entrada del Código de Trabajo en 1943, se vino a estipular en el artículo 136: "**La jornada ordinaria de trabajo efectivo no podrá ser mayor de ocho horas en el día, de seis en la noche y de cuarenta y ocho horas por semana. Sin embargo, en los trabajos que por su propia condición no sean insalubres o peligrosos, podrá estipularse una jornada ordinaria diurna hasta de diez horas y una jornada mixta hasta de ocho horas, siempre que el trabajo semanal no exceda de las cuarenta y ocho horas. Las partes podrán contratar libremente las horas destinadas a descanso y comidas, atendiendo a la naturaleza del trabajo y a las disposiciones legales".** Y con la exclusión –según lo establece el artículo 143- de la limitación de la jornada de trabajo a los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata. Siendo las jornadas elevadas a rango constitucional en el año 1949, lo que se estipuló en el artículo 58: "**La jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana. La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis a la semana. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados. Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la ley".**

3-) TIEMPO EXTRA: La jornada extraordinaria –indica el profesor nacional, Germán Cascante- es el tiempo que se labora más allá de la jornada ordinaria correspondiente, o de la jornada inferior que hubieren convenido las partes. Se debe pagar

3) Consultar en http://guajiros.udea.edu.co/fnsp/trabajoGRT/Sistema/SISTEMA%20DE%20POSICIONAMIENTO%20GLOBAL.ppt.

con un cincuenta por ciento más (tiempo y medio) del salario mínimo o del salario superior que se le estuviere pagando al (a la) trabajador (a)"[4]. Dentro de los pronunciamientos de la Dirección de asuntos jurídicos del Ministerio de Trabajo, cuya función primordial es absolver consultas sobre la interpretación de las leyes del trabajo, se encuentra el DAJ-AE- 036-99 de fecha 1 de febrero, que con respecto al tema ha manifestado: **"(…) de acuerdo con lo que dispone el artículo 149 en relación con el 152, ambos del Código de Trabajo, cuando un trabajador se ve obligado a laborar un feriado o un descanso semanal, tiene derecho al pago doble. De lo anterior podemos concluir que si se labora en jornada extraordinaria cualesquiera de los días citados, la remuneración también debe ser doble, puesto que la ley no hace diferencia entre jornada ordinaria o extraordinaria para estos efectos, y atendiéndonos al aforismo jurídico "no podemos distinguir donde la ley no distingue", debemos asumir que en ambas situaciones corresponde el mismo pago." (subrayado no es del original).**

SOBRE LA TEMATICA

Teniendo en cuenta los anteriores conceptos, es necesario pasar a discernir sobre la influencia –a nivel jurídico laboral- que conlleva la existencia del GPS y su posible regulación legal en el país

Doctrinariamente se enseña en las aulas universitarias que precisamente la determinación de una relación laboral, la provocan tres elementos imprescindibles y que se encuentran contemplados en el artículo 18 del Código de Trabajo: a-) **LA PRESTACION PERSONAL** (Intuitu personae), es decir, no puedo contratar laboralmente a una persona jurídica, ni mandar a la abuelita para que realice las labores por las que se fue contratado; por cuanto la contratación se da por las condiciones personales del sujeto trabajador; es intransferible su presencia, como se desprende del artículo 4 del código citado; b-) **LA REMUNERACION**, constituye, la contraprestación por un trabajo realizado, en la mayoría de los ámbitos del ciudadano rige la máxima romana del "Do ut des", doy y a su vez espero a cambio o como compensación algo, en este caso el trabajador espera un salario o sueldo, por el trabajo físico o intelectual desempeñado; y c-) **LA SUBORDINACION**: Es el elemento más importante, pues, diferencia en la práctica un contrato laboral de uno por servicios profesionales. Consiste en la dependencia permanente del trabajador con respecto al patrono, entendida desde tres presupuestos: * Poder de Dirección, *Poder de Control o fiscalización y * Poder Sancionatorio. Sin obviar que en muchos casos la doctrina española, incluye como elementos característicos, además de los anteriores, a la **AJENIDAD** y **DEPENDENCIA PATRIMONIAL PRINCIPAL**. Entendida la primera como que la obtención de los beneficios derivados con el trabajo que se desarrolla, no pertenecen al trabajador, sino al patrono y con respecto

4) Ver Cascante Castillo, Germán Manual Práctico de Legislación Laboral, Investigaciones Jurídicas, s.a., año 2003. En igual sentido se puede consultar las siguientes obras jurídicas: Curso de Derecho Laboral Costarricense de Oscar Bautista Vivas y Todo lo que un gerente debe conocer del derecho laboral costarricense de Msc. Marco Durante C, Socio Director de BDS.

a la dependencia patrimonial, como la fuente principal de ingresos del trabajador que obtiene de su empleador, el cual constituye un elemento esencial, para poder establecer si existe o no una relación de trabajo[5].

Resulta de suma importancia centrarnos en el elemento de la subordinación y específicamente en el poder de fiscalización o vigilancia, que ejerce el patrono sobre el trabajador. Dentro del Código de Trabajo, se vino a estipular –como parte general de los contratos de trabajo- que en la relación laboral una persona se obliga a prestar a otros sus servicios, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, dentro de una jornada ordinaria de ocho horas ordinarias diarias, con las excepciones previstas dentro del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución No. 344-2004, se ha pronunciado con respecto a los límites que conlleva este poder en el sentido de que ***"…Si bien, por el contrato de trabajo, el empleador puede ejercer un derecho de control y fiscalización, el ejercicio de ese derecho tiene como límites el derecho fundamental a la intimidad y el respeto de su dignidad…"***[6]

El patrono –entonces- puede desarrollar actividades de monitoreo y control que le procuren una correcta administración de las labores. Igualmente se encuentra en pleno uso de sus potestades para sancionar. Sin embargo, debe procurarse que no se menoscabe la dignidad, confidencialidad y privacidad de los empleados. Como grandes temas apartes, pero que tienen que ver con la dignidad y privacidad, están lo referente a las pruebas por polígrafo y el sometimiento a exámenes periódicos dentro de la relación laboral, como control antidopaje que de facto

5 La Sala 2 del país, ha dado algunos elementos prácticos –con base en lineamientos de la OIT- que pueden servir para discernir si existe o no relación laboral, entre ellos: ″a) si el trabajador trabaja para una sola empresa; b) si la empresa contratante es la proveedora exclusiva de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para el trabajo de la empresa contratada; c)si la empresa contratante da instrucciones al o a los trabajadores de la contratada o subcontratada; d)si es la empresa contratante o su co-contratante quien elige el lugar donde realizar la tarea o prestar el servicio; e)si el contratado asume algún riesgo comercial, que tenga como contrapartida una expectativa de ganancia adicional a la remuneración del trabajo realizado; f) cuál es el grado de integración de las tareas del contratado a las actividades de la empresa contratante; g) cuál es el grado de especialidad de las tareas del contratado; h)si es la empresa contratante o la subcontratista la que paga las cargas fiscales y de la seguridad social; i) si las tareas realizadas por el contratante son iguales a las que realizan o realizaban los trabajadores dependientes de la empresa contratante; j)si las tareas realizadas por la contratada son definidas como una actividad o como un resultado (producto o servicio terminado); k)si la empresa contratante o la contratada remunera a los trabajadores dependientes de esta última; l) quién establece el horario de trabajo y el tiempo de descanso de las personas involucradas en la ejecución del contrato entre empresas; ll) la regularidad y continuidad en el desempeño del trabajo; m)ante quién responden los trabajadores de la empresa contratada; n)si la contratante importe formación a las personas involucradas en la ejecución del contrato entre empresas; ñ)si las empresas contratantes pueden imponer sanciones a los trabajadores de la empresa contratada, y que tipo de efecto produce el incumplimiento de la empresa contratada en el contrato que vincula a ambas". Al respecto, se ha comentado que ninguno de esos indicios son por sí mismos decisivos, pero pueden serlo combinados entre sí, complementando aspectos más concretos (FERNÁNDEZ BRIGNONI (Hugo) y GAUTHIER (Gustavo), ″La tercerización y el derecho de trabajo″, en Revista Derecho Laboral, Tomo XL, Nº 186, Abril-Junio, 1997, Montevideo, p. 379).". Votos Ns. 2001-00761 de las 10:30 hrs del 20 de diciembre y 2007-000561.

6 En derecho comparado, el código de trabajo chileno ha regulado dentro de su artículo 5, lo siguiente: "El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra …"

le realizan los empleadores a sus trabajadores. Con respecto al primero es necesario sostener que el detector de mentiras o polígrafo, resulta un medio probatorio que se ha utilizado como método de interpretación de la veracidad de las declaraciones rendidas, el cual mediante un registro de movimientos orgánicos involuntarios, como la presión sanguínea o ritmo respiratorio, un supuesto "experto" debe deducir resultados ante ciertas alteraciones a las preguntas que se le realicen. A nivel científico este medio se ha considerado que no es muy fiable -a pesar de que desde la primera invención que data de 1914, con el neumógrafo, ya ha transcurrido casi un siglo- porque un mentiroso compulsivo o personas con entrenamiento en relajación pueden manipular la prueba. Por otro lado, el incorporarla al ámbito del trabajo como lo pretenden muchas empresas, como un medio para despedir a un trabajador en caso de no quererse someter a la misma, es a todos luces inconstitucional y por ende una práctica ilegal que es considerada como infracción a la legislación laboral y posible ruptura de la relación con responsabilidad patronal de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 83 inc. J y del Código de lo laboral. La misma atenta contra los derechos a la dignidad del Ser Humano, del no declarar contra sí mismo y el de la privacidad con el que cuentan todos los habitantes de Costa Rica y que están debidamente reconocidos por diversas leyes nacionales. Así un trabajador que durante su relación laboral no se someta a dicha prueba no puede ser considerado por el empleador como una persona que se le puede despedir sin responsabilidad patronal (sin preaviso y auxilio de cesantía) por pérdida de confianza, de lealtad o fidelidad de conformidad con el artículo 81 inc. J y bajo la premisa del principio de la Buena Fe, que debe primar dentro de cualquier relación laboral. Pues, por el contrario, éstos principios en análisis se revierten en favor del trabajador en el sentido de que más bien se ha considerado por parte de la Sala de Casación de lo laboral, que es un abuso de poder del empleador, someter al trabajador al polígrafo; pues esta condición desmejora definitivamente a la persona humana; siendo asimismo violatorio del libre ejercicio de la voluntad en el manejo de su propia conciencia[7]. Finalmente con respecto a la posibilidad de control patronal con carácter antidopaje, se considera que en este mundo materializado y tan convulsionado por el estrés que genera la oferta y la demanda del mercado mundial, muchos trabajadores encuentran el escape en las drogas. Cifras alarmantes arrojan a nivel nacional –según estudio reciente del Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA), el 12% de los trabajadores usan cocaína, el 10.4% marihuana y 7,1% crack-, ello no significa que no se pueda despedir con responsabilidad a un trabajador que se conduzca bajo estos efectos, pues es entendible que ello va a ocasionar un trastorno en el transcurso de la relación, como posibles daños a la propiedad, un bajo rendimiento, y ante todo un mal ambiente laboral entre compañeros, patrono y clientes[8]. Y por ello resulta de

7 Al respecto se puede consultar la revista de Ciencia Penales de Costa Rica, N. 23, año 2005 y la sentencia de la Sala Segunda de las 11: 00 hrs del 11 de Junio del año 2004.

8 En el caso específico que se detecte a un trabajador bajo los efectos del Alcohol, es recomendable –según repertorio de prácticas de los años 1995-96, llevadas en el seño del Organismo Internacional del Trabajo, (OIT)-, que el empleador considere los infortunios del alcohol como un problema de la salud. En tales casos se debería ofrecer servicios de asesoramiento, tratamiento y rehabilitación a los trabajadores, antes de considerar la aplicación de medidas disciplinarias. Eso sí, no confundamos la enfermedad, con el alcohol utilizado como "pasatiempo y sinvergüenzada", pues en este caso si podría haber causal de un despido justificado.

suma importancia la posibilidad de contar con pruebas que se les realice a los trabajadores –mediante un procedimiento previamente establecido, de respeto a la intimidad de la persona y realizado por personal idóneo- aleatoriamente como sucede con la policía, las cuales están reguladas vía Reglamento. Independientemente de lo anterior, sí tiene que quedar claro, que no existe posibilidad de realizar una prueba de orina, sangre o del cualquier índole, previo requisito para haber una contratación laboral y así determinar si hay embarazo, sida u otro; por cuanto caeríamos en el ámbito de la discriminación, regulado por las leyes 2694 de 22 de noviembre de 1960 y recientemente aunque más laxa que la anterior, la número 8107 de 18 de julio de 2001.

Partiendo de un panorama general, y volviendo al tema base de esta disertación, entonces pareciera que con la instalación de sistemas de monitoreo como el de sistemas de posicionamiento global (GPS) en vehículos de una empresa, vendría indudablemente a implicar una fiscalización inmediata para sujetos que por la naturaleza del puesto están exentos de las limitaciones de la jornada, conformidad con la legislación patria, como es el caso de chóferes que conducen rutas tanto nacionales como internacionales y cuyo cometido es la entrega por ejemplo de productos dentro de un determinado tiempo, sin que tengan posibilidad de monitoreo, hasta antes de la entrega del producto. Y que con la implantación patronal del sistema de monitoreo –por ejemplo- para efectos de seguridad, si lo van a tener de manera inmediata y por ende se le incluye un nuevo elemento al rubro normal del desempeño que se venía desarrollando.

Es indudable que cuando el patrono opte por implementar sistemas de monitoreo vehicular o GPS Bluetooth en los celulares, el trabajador pierde no solo su privacidad personal, sino que pasa de un sistema de no fiscalización a uno inmediato y por ende queda excluido de la excepción que ostenta el artículo 143 del Código de Trabajo y por ende su jornada ordinaria pasa de 12 horas a 8 horas con el consecuente pago de la jornada extraordinaria en caso de excederse de la ordinaria pactada. Es ante esta realidad de tipo tecnológica que el derecho debe ser versátil y pasar a regular de manera práctica las situaciones que se le susciten bajo el norte de los principios generales del derecho laboral.

Es tarea del sistema –el cual conformamos todos- regular esta situación y otras que se presenten en el futuro, ante estos cambios técnicos tan veloces, que urgen de solución para los costarricenses del siglo XXI.

CONSIDERACION FINAL.

Los avances tecnológicos traen aparejado cuestiones de tipo ideológico y a su vez éticos, así por ejemplo con la creación del GPS, se ha sentido que el mismo actualmente conlleva dificultad de acceso, por cuanto solo para los de mejores ingresos económicos, tienen la posibilidad de contar con un sistema de este calibre. Por otra parte, si bien la diversificación de sus diferentes usos en la mayoría de la gente ha colaborado a disminuir problemas de tráfico, robos, y ahorro de tiempo y dinero, también ha provocado que las personas se sientan controladas por la empresa, sus familiares o demás personas que tengan acceso al sistema.

Así por ejemplo se ha despertado un gran movimiento de disconformidad entre los taxistas de la "Gran Manzana" en New York, por la obligación decretada de contar con un

sistema de orientación por satélite, lo cual consideran como un ataque a su intimidad y algo que aprecian como una voluntad de tener controlados sus movimientos en todo momento por parte de sus patronos.

En vista de lo anterior, se siente la necesidad de regular el mismo, dentro de todos los ámbitos de la existencia del Ser Humano, sea desde una perspectiva política, militar, religiosa y por lógica del derecho. Sirva el presente tema como el aporte de un granito de arena en materia de derecho laboral, para abrir la discusión entre los colegas expertos en la materia y así poder contar con reglas jurídicas precisas, en pro de ese deber que ostenta el derecho, como pacificador social.

EL CONTRATO DE SEGURO DE CRÉDITO A LAS EXPORTACIONES

Licda. Ana Elena Castillo Chaves

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 58

CAPÍTULO PRIMERO
ASPECTOS GENERALES DEL SEGURO DE CRÉDITO
A LAS EXPORTACIONES 59

I. Conceptualización 59
Contrato de Seguro 59
Seguro de Crédito 61
Seguro de Credito a las Exportaciones 62
II. Antecedentes Históricos 63
III. Naturaleza Jurídica 65
IV. Caracterización del Seguro de Crédito a las Exportaciones 65
Características del Seguro de Crédito a las Exportaciones 65
Objeto del Contrato de Seguro de Crédito a las Exportaciones 70
V. Elementos del Seguro de Crédito a las Exportaciones 70
El Interés Asegurable 71
El Riesgo 71
La Prima 74
La Póliza 74
La Indemnización 76

CAPÍTULO SEGUNDO
EJECUCIÓN DEL SEGURO DE CRÉDITO A LAS EXPORTACIONES 76

I. Obligaciones de las Partes 76
El Asegurador 76
El Asegurado 77
El Beneficiario 78
II. Funcionamiento del Seguro de Crédito a las Exportaciones 78
CONCLUSIÓN 80
BIBLIOGRAFÍA 80

INTRODUCCION

El hombre, como ser limitado que es, siente la necesidad de proteger su vida, sus familiares y sus bienes de los riesgos que les acechan, buscando, entre otras cosas, disminuir las consecuencias económicas que tales riesgos puedan traer sobre sus intereses.

Estos riesgos surgen de la incertidumbre que tiene el ser humano frente al acaecimiento de sucesos futuros, los cuales pueden ser inciertos, es decir susceptibles de ocurrir o no, o ciertos, esto es, que han de ocurrir necesariamente pero se desconoce el momento en que vayan a acaecer. Así, a manera de ejemplo, podemos citar como riesgos inciertos el robo o el incendio, mientras que constituye un riesgo cierto la muerte de una persona.

Como se verá en el desarrollo del presente trabajo, en materia de seguros, cuando estos riesgos se producen se denominan siniestros, cuyo acaecimiento trae para el interesado una serie de pérdidas económicas que en muchos casos no está posibilitado para cubrir. Es por esta razón, que surgió la figura del Seguro, como un mecanismo ideado para cubrir estas pérdidas o necesidades. Evidentemente, con el seguro no se logra evitar los riesgos, sino que se procura reparar los perjuicios patrimoniales que estos riesgos traen consigo.

Siguiendo con la razón de ser del seguro, podemos apreciar que se trata de una figura que nació de las necesidades surgidas de la vida misma. De modo que, es evidente que la cantidad de riesgos que acechan al ser humano en su diario vivir y en sus relaciones sociales, es de una variada naturaleza. Es por esto que, siendo el seguro una figura que nació a fin de responder a las necesidades prácticas del hombre en sociedad, así como nos enfrentamos a una inmensa posibilidad de riesgos, igualmente podemos encontrar una diversa gama de seguros que se han ido creando para responder a las diversas necesidades del ser humano.

Es así, como con el desarrollo del intercambio comercial, surgió el Seguro de Crédito y, específicamente, el Seguro de Crédito a las Exportaciones, que es el objeto del presente trabajo.

La actividad exportadora, tradicionalmente está determinada por dos elementos fundamentales: el precio y la calidad. En términos muy sencillos, podemos decir que la calidad exige la mejora continua de la producción y el precio, por su parte, constituye un típico elemento competitivo. Ahora bien, en relación con el precio influyen una serie de factores más allá del mero valor monetario del bien o servicio, tales como las facilidades otorgadas para satisfacerlo, es decir, en materia de intercambio comercial no interesa únicamente el precio, propiamente dicho, sino también la financiación, llegando de este modo a la exportación a crédito, como una técnica más para competir en los mercados mundiales.

Siguiendo con el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales, apuntado anteriormente, queda manifiesto como el comercio internacional exige el surgimiento de mecanismos financieros que apoyen la compra y venta de servicios y mercancías en el extranjero.

Uno de los instrumentos fundamentales, que se han implementado, para ayudar al exportador es el seguro de crédito. Pues es claro que, en toda relación de exportación, existe un riesgo de crédito típico, cual es el posible incumplimiento del pago. De esta manera, el Seguro de Crédito a la Exportación tiene como finalidad diluir los efectos de la falta de pago que puedan sufrir los exportadores.

En el presente trabajo analizaremos las nociones fundamentales del Seguro de Crédito a la Exportación. Para ello, en un primer capítulo se estudiarán algunos aspectos generales que nos permitan un mejor entendimiento de esta figura, así como sus antecedentes históricos y las principales características este tipo de seguro.

Finalmente en el segundo capítulo se analizará lo referente a la ejecución del seguro en estudio, para lo cual se analizarán, en un primer apartado, los sujetos que conforman la relación aseguradora, así como las obligaciones de cada uno de ellos, derivadas del propio contrato de seguro y, en un segundo apartado, se esbozará el funcionamiento de este tipo de seguro, de forma tal que el lector pueda formarse una apreciación de la utilidad práctica del Seguro de Crédito a las Exportaciones, en nuestros días.

De esta manera, con el presente trabajo se procura establecer un planteamiento general de las nociones fundamentales que caracterizan al Contrato de Seguro de Crédito a las Exportaciones, de modo que constituya un pequeño aporte para el estudio de esta figura, que ha sido poco desarrollada en nuestro medio y que, sin embargo, su utilidad práctica en el comercio internacional es ampliamente rescatable.

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DEL SEGURO DE CRÉDITO A LAS EXPORTACIONES

CONCEPTUALIZACIÓN

Contrato de Seguro

Resulta necesario precisar ciertos conceptos fundamentales en materia de Derecho de Seguros, a efectos de definir el marco teórico dentro del cual se desarrolla el Contrato de Seguro de Crédito a las Exportaciones.

Una primera definición esencial en esta materia, es el concepto de Contrato de Seguro. El término “seguro” etimológicamente proviene de la palabra “securus”, que significa confianza, seguridad, certeza. Sin embargo, es evidente que esta definición etimológica no comprende todo el contenido de lo que el término seguro envuelve.

Se ha definido el Contrato de Seguro como “un contrato principal y sinalagmático, mediante el cual se obliga al asegurador, dentro de una organización sistemática de su actividad, y a cambio de una determinada exacción, a efectuar ciertas prestaciones en el caso de producirse un suceso incierto previsto en el contrato.”[1]

Por su parte Vivante, lo define de la siguiente manera: “el contrato por el que una empresa constituida para el ejercicio de esa industria asume los riesgos ajenos mediante una prima fijada de antemano.”[2]

---

1 HERMANNSDORFER, Fritz. Seguros Privados. Editorial Labor S.A: Barcelona-Madrid,España, 1933. P. 4. Citado por SERRANO SPOERER, Lisandro. El Seguro de Crédito. Editorial Jurídica de Chile: Santiago, Chile, 1970. Pp. 5-6.

2 VIVANTE, César. Derecho Comercial. Ediar S.A. Editores: Buenos Aires, Argentina, 1952. Citado por SERRANO SPOERER, Lisandro. Ob. Cit. P. 6

En resumen, podemos decir que el contrato de seguro, es aquel mediante el cual una persona llamada asegurador se obliga, a cambio de una suma de dinero, conocida como prima, a indemnizar a otra llamada asegurado o a la persona que este designe, de un perjuicio o daño que pueda causar un suceso incierto.[3]

En este mismo sentido, encontramos la definición dada por la Ley del Contrato de Seguro de España, en su artículo 1, que establece que el contrato de seguro es "aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas."[4]

De las definiciones anteriores, podemos extraer los elementos que conforman este contrato: el riesgo y la prima, así como los sujetos que intervienen en el contrato de seguro: el asegurador, el asegurado o tomador, y el beneficiario; figuras que analizaremos con mayor detenimiento en un apartado posterior, respecto del Contrato de Seguro de Crédito a las Exportaciones.

En nuestro Ordenamiento Jurídico no se establece una definición del Contrato de Seguros, sin embargo el proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Seguro que se encuentra en proceso de discusión en la Asamblea Legislativa de nuestro país, bajo el número de expediente 16304, sí recoge una definición del Contrato de Seguro, en su artículo 2: "El contrato de seguro es aquel en que el asegurador se obliga, contra el pago de una prima y en el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones, dentro de los límites y condiciones convenidos."[5]

A efectos de profundizar en la conceptualización de este tipo de contrato, podemos decir que el contrato de seguro presenta las siguientes características, que se detallan brevemente a continuación:[6]

Nominado: En cuanto goza de una denominación propia, que lo distingue de cualquier otro tipo de contrato.

Solemne: El contrato de seguro es solemne, ya que su perfeccionamiento se produce a partir del momento en que el asegurador suscribe la póliza, la firma del asegurador sirve para solemnizar el acuerdo previo de voluntades entre las partes contratantes, respecto a los elementos del seguro.

Bilateral: En razón de que genera derechos y obligaciones para cada uno de los sujetos contratantes. GARRIGUES al respecto señala : "..el tomador de seguros se obliga a pagar la prima y el asegurador se obliga a una prestación pecuniaria: si bien esta prestación está subordinada a un evento incierto, cual es la realización del siniestro".[7]

4 http://www.monografias.com/trabajos17/contrato-seguro/contrato-seguro.shtml
5 Reino de España. Ley del Contrato de Seguro. Ley 50 de 8 de octubre de 1980, España.
6 República de Costa Rica. Proyecto de Ley del Contrato de Seguro. Expediente 16304, San José, Costa Rica.
7 Sobre este tema consultar SERRANO SPOERER, Lisandro. Ob. Cit. Pp. 7-9 y http://www.monografias.com/trabajos17/contrato-seguro/contrato-seguro.shtml.

Oneroso: Es oneroso, porque significa para las partes un enriquecimiento y empobrecimiento correlativos, es decir, existe reciprocidad de derechos y obligaciones para ambas partes del contrato.

Aleatorio: Es aleatorio porque tanto el asegurado como el asegurador están sometidos a una contingencia que puede representar para uno una utilidad y para el otro una pérdida. Tal contingencia consiste en la posibilidad de que se produzca el siniestro.

De ejecución continuada: Por cuanto los derechos de las partes o los deberes asignados a ellas se van desarrollando en forma continua, a partir de la celebración del contrato hasta su finalización por cualquier causa.

De adhesión: El seguro no es un contrato de libre discusión sino de adhesión. Las cláusulas son establecidas por el asegurador, no pudiendo el asegurado discutir su contenido, tan sólo puede aceptar o rechazar el contrato impuesto por el asegurador.

En síntesis, podemos decir que de acuerdo con las definiciones anteriormente esbozadas, el contrato de seguro, es aquel contrato mediante el cual una persona llamada asegurador se obliga, a cambio de una suma de dinero, conocida como prima, a indemnizar a otra llamada asegurado o a la persona que este designe, beneficiario, de un perjuicio o daño que pueda derivarse de un suceso incierto. De tal manera que la suma objeto de indemnización, que fue pactada expresamente, sea pagada cuando ocurra el suceso o riesgo cubierto por el seguro.

Seguro de Crédito

El Crédito es un elemento fundamental del desarrollo económico. Sin él, la subsistencia del comercio en nuestros días, sería sumamente difícil. No obstante, el crédito encierra siempre un elemento de riesgo, pues lleva consigo la eventualidad de pérdida total o parcial de su importe, en tanto existe la posibilidad de que el crédito no se pueda hacer efectivo a su vencimiento.

Por esta razón, se vuelven necesarios los mecanismos para contrarrestar este riesgo, pues de lo contrario se obligaría al acreedor a realizar sus transacciones de contado, lo cual traería una evidente restricción al comercio.

Dentro de los instrumentos ideados para minimizar los riesgos derivados del otorgamiento de crédito, encontramos una modalidad de seguro denominado Seguro de Crédito, el cual puede definirse como "aquel que garantiza al asegurado contra las pérdidas imprevistas y extraordinarias, superiores a las cifras determinadas en las pólizas y que sufriría por el hecho de la insolvencia de los clientes a los que ha enviado mercaderías a crédito."[8]

"El seguro de crédito en general es un contrato mediante el cual una persona, denominada asegurador, en virtud del pago de una remuneración conocida como prima, se compromete a indemnizar a otra persona denominada asegurado, o a un tercero, denominado beneficiario, de la pérdida que sufra por la falta de pago de su deudor, como

8 GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV. Imprenta Aguirre, Madrid, 1976.

consecuencia de la realización de alguno de los riesgos determinados en el contrato."[9]

Una definición comercial de este tipo de seguros la encontramos en la página de la compañía de seguros española Crédito y Caución: "El seguro de crédito es un instrumento eficaz al servicio de las empresas, que protege sus cuentas comerciales a cobrar contra el riesgo de mora prolongada y el de insolvencia de sus clientes compradores, garantizando con ello uno de sus activos más importantes."

Seguro de Crédito a las Exportaciones

Realizar transacciones comerciales al exterior supone considerar, entre otras cosas, el riesgo de insolvencia de la parte compradora. En el caso de ventas dentro del mercado nacional, se dispone de información más accesible respecto de la situación comercial del futuro deudor, los mecanismos legales pueden ser más efectivos o al menos más sencillos de acceder y el seguimiento incluso es más eficiente debido a las distancias. Sin embargo, en el caso de ventas al extranjero se cuenta con menos posibilidades de obtener información a fin de realizar una acertada evaluación del comprador, las gestiones de cobro y/o acciones judiciales resultan más complejas y onerosas, así como también a la aplicación de legislación internacional en caso de controversias, entre otras.

Además, también los riesgos se agravan dada la probabilidad de acaecimiento de hechos imposibles de prevenir o de controlar resultantes de catástrofes naturales o de tipo político, los cuales se conocen como riesgos extraordinarios.

Ante esta situación de incertidumbre en la cual se encuentra el exportador, una opción que permite transferir esos riesgos se halla en el Seguro de Crédito a la Exportación. En palabras llanas, un Seguro de Crédito a la Exportación protege al vendedor ante ciertos riesgos que pudieran hacer incobrables los créditos otorgados a los compradores de otros países.[10]

El seguro de crédito a las exportaciones es un tipo de seguro de crédito y se define como "…aquella modalidad de seguro en que siendo un instrumento de cooperación con el comercio exterior, una de las partes, el asegurador, especializada en la celebración sistemática y en gran escala de estos contratos, se obliga a pagar al asegurado o a un tercero, previo el examen de la clientela o del país de destino, un porcentaje de pérdida neta definitiva derivada del incobro de los créditos comerciales incluidos en el seguro, en virtud de las causas y en las condiciones previstas en la póliza, a cambio de una prima o precio."[11]

Asimismo, se ha definido el Seguro de Crédito a las Exportaciones de la siguiente manera: "El Seguro de Crédito a la Exportación es un mecanismo de coberturas que protege a los exportadores contra los Riesgos Ordinarios y Extraordinarios del Comercio Internacional,

9 BENÍTEZ DE LUGO, Luis. Tratado de Seguros. Instituto Editorial Reus: Madrid, España, 1955. Citado por SERRANO SPOERER, Lisandro. Op. Cit. P. 41

10 El Seguro de Crédito de Exportación, Revista de Seguros, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, S.A., 1967, pp. 7-8. Citado por CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. El nuevo Orden Jurídico del Contrato de Seguro de Crédito a las Exportaciones el Caso de Costa Rica. San José, Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1994, p.1

11 Cf. http://comex.infobaeprofesional.com/adjuntos/documentos/02/0000297.pdf

permitiendo a los mismos resarcirse de los daños ocasionados por determinados acontecimientos que pudieren impedir el cobro o recuperación de los créditos acordados a sus compradores en el exterior."[12]

Las definiciones anteriores, comprenden los elementos fundamentales del Contrato de Seguro de Crédito a las Exportaciones[13]:

En la relación aseguradora participan principalmente dos sujetos: el asegurador y el asegurado. Eventualmente puede intervenir un tercer sujeto, denominado beneficiario, en aquellos casos en la que indemnización a pagar en virtud del acaecimiento del siniestro es a favor de un tercero.

El asegurador y el asegurado se obligan, principal y respectivamente, al pago de la indemnización y de la prima correspondientes.

Procede pagar la indemnización en aquellos casos en que la falta o imposibilidad de pago de los créditos en el extranjero, sean consecuencia de la realización de algunos de los riesgos convenidos en el contrato de seguro.

En conclusión, en virtud de la posibilidad de que acontecimientos comerciales, políticos o catastróficos imposibiliten el pago del precio de las exportaciones, los exportadores pueden acudir a la formalización de un contrato de seguro de crédito a las exportaciones, a fin de que el asegurador asuma los riesgos derivados del incumplimiento en el pago en la compraventa internacional.

Antecedentes Históricos

La historia del seguro se remonta a las antiguas civilizaciones, donde se utilizaban prácticas que constituyeron los inicios de los actuales sistemas de seguros. Una de las formas más antiguas de seguros fue desarrollada en Babilonia y en India, y que es conocida bajo el nombre de Préstamo a la Gruesa, en virtud del cual, el dueño de un barco tomaría prestados los fondos necesarios para financiar una aventura marítima. Si el barco o la carga se perdía durante el viaje, el préstamo se entendería como cancelado, mientras que si la aventura resultaba exitosa el dueño del barco debía pagar al prestamista un premio. Vemos como en esta primera figura, el prestamista asumía el riesgo de la aventura, lo cual innegablemente es un primer antecedente del contrato de seguro.

Ahora bien, para efectos del presente trabajo nos limitaremos a reseñar brevemente el nacimiento y el desarrollo del seguro de crédito a las exportaciones[14].

Se considera que el seguro de crédito a las exportaciones es uno de los más recientes ramos de seguros. Nació en Inglaterra en el siglo XVIII, mediante contratos esporádicos celebrados por la compañía Lloyd, sin embargo la experiencia fue negativa por lo que la figura desapareció hasta el fin de la Primera Guerra Mundial.

12 Jiménez de Parga Cabrera (Rafael), El seguro de crédito a la exportación, Madrid, España, Editorial Tecnos, S.A., 1965, p. 134. Citado por CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P.2

13 http://www.primeraexportacion.com.ar/doc/capacit/docs/0020.php

14 CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. Pp. 2-3

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con el surgimiento de los Estados Unidos como potencia económica mundial, y como consecuencia de su expansión en las operaciones internacionales, se inicia un proceso de búsqueda de soluciones al problema que representaban los riesgos crediticios. Es así como en 1889, nace el United States Credit System of New Jersey, que fue la primera institución en ofrecer el seguro de crédito a las exportaciones.

En esta misma época, igualmente en Inglaterra aparecen otras compañías aseguradoras desarrollando esta modalidad de seguro, tales como la Ocean Accident and Guarantee Corporation, Ltd. y la Excess Insurance Company.

Después de la Primera Guerra Mundial se incrementó la actividad económica internacional y en consecuencia aumentó la concesión de créditos para las transacciones internacionales. Es en este momento, en que reaparece el seguro de crédito a las exportaciones, como mecanismo a favor de los exportadores para enfrentar los riesgos derivados del cobro de sus créditos.

El impulso de este seguro surge como parte de una creciente política de incentivar el comercio exterior, con una especial participación del Estado, desarrollándose una figura mixta en la que se combinaba la participación del Estado con la iniciativa privada.

Dentro de las condiciones que promovieron el surgimiento de este seguro cabe mencionar la creciente cooperación internacional, el desarrollo del comercio exterior a gran escala, la producción excesiva frente a la demanda interna de cada país y, en general, la política creciente de llevar el comercio a nivel mundial.

No obstante lo anterior, también se presentaron algunos factores que dificultaron el desarrollo del seguro de crédito a las exportaciones, tales como las altas cargas fiscales, el proteccionismo brindado a la producción nacional en varios sectores, así como el temor de los mismos exportadores en la implementación de nuevas instituciones, incluyendo el seguro en estudio.

En razón de lo anterior, no es sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, cuando este seguro toma fuerza, por la necesidad de restablecer los problemas económicos de la época. Es así como los países industrializados establecieron agencias gubernamentales para proveer facilidades de crédito a sus exportaciones, con el fin de protegerlas de la inestabilidad económica y financiera de los países en vías de desarrollo al que se dirigían tales exportaciones.

Desde esta época, el seguro de crédito a las exportaciones ha variado y se ha perfeccionado considerablemente, convirtiéndose en un instrumento de fomento de las exportaciones. Sin embargo, los expertos en materia de seguros afirman que "… a pesar de haber transcurrido ya numerosos años desde su establecimiento, y de practicarse a gran escala, se considera que esta actividad aún no está enteramente madura y es todavía una rama experimental en el campo del seguro."[15]

15 Sobre este tema Cf. CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P. 110-115

Naturaleza Jurídica

En lo referente a la naturaleza jurídica del seguro de crédito a las exportaciones, es claro que las normas que regulan esta materia contienen preceptos tanto de Derecho Público como de Derecho Privado.

En general se afirma en doctrina, casi en forma unánime, que el seguro de crédito a las exportaciones en su modalidad de garantizar los riesgos comerciales es, en esencia, una figura de Derecho Privado. No podría decirse lo mismo del seguro que garantiza los riesgos políticos y extraordinarios. Ello, puesto que algunas de las soluciones que se adoptan en los contratos con el fin de garantizar los riesgos políticos y extraordinarios, parecen asimilarse más a una medida económica arbitrada por el Estado, que a un contrato de seguro.[16]

Como ejemplo de lo anterior, cabe citar el caso de Argentina, país en que opera la Compañía de Seguros de Crédito a la Exportación S.A; constituida por 141 compañías aseguradoras del sector privado y público. Esta compañía asume los Riesgos Ordinarios por cuenta propia; o sea aquellos riesgos derivados de la insolvencia comercial o incumplimiento en el pago; mientras que para los Riesgos Extraordinarios esta compañía tiene un contrato celebrado con el Estado Nacional actuando como Mandataria del mismo en la gestión y en la administración de este tipo de seguros. Es decir que; es el Estado Nacional el que cubre los Riesgos Extraordinarios.[17]

Continuando con el análisis de la naturaleza jurídica del contrato en estudio, puede afirmarse que, en virtud de estar concluido por un comerciante y tener como objeto el aseguramiento de bienes de comercio, concretamente, los créditos concedidos a los compradores extranjeros, este contrato puede catalogarse como de naturaleza mercantil.[18]

Caracterización Del Seguro De Crédito A Las Exportaciones

Características del Seguro de Crédito a las Exportaciones

Las características del Seguro de Credito a las Exportaciones, siendo una modalidad de contrato de seguro, en términos generales, son las mismas del Contrato de Seguro, a saber[19]:

Bilateralidad

El contrato de seguro de crédito a las exportaciones adquiere ese carácter, al igual que todos los contratos de seguros, puesto que impone a las dos partes obligaciones recíprocas. Concretamente, el asegurador se compromete a indemnizar si se produce la pérdida como consecuencia del siniestro, a saber, la falta de pago de los créditos concedidos a compradores de otros países. Asimismo el asegurado, para tener derecho a la indemnización consecuente, debe pagar una prima y cubrir otros cargos, tanto al suscribir el contrato como durante la vigencia de éste.

16 VARGAS PIZARRO, Carlos. Tutela Jurídica del Seguro de Crédito a las Exportaciones. Citado por CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P. 115
17 Cf. CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P. 4-5
18 Cf. http://www.primeraexportacion.com.ar/doc/capacit/docs/0020.php
19 VARGAS PIZARRO, Carlos. Tutela Jurídica del Seguro de Crédito a las Exportaciones. Citado por CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P. 8.

Onerosidad

El contrato de seguro de crédito a las exportaciones es considerado un contrato oneroso, por cuanto ambas partes de la relación soportan un sacrificio económico.

En el mismo sentido, es un contrato oneroso porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; el asegurador con la obligación condicional de pagar la indemnización y el asegurado, con la obligación de pagar la prima. En efecto, para el asegurador es un negocio lucrativo y para el asegurado representa la ventaja de que transfiere los riesgos contra los cuales se asegura.

Aleatoriedad

En cuanto a la aleatoriedad o no del contrato de seguro de crédito a las exportaciones, existen posiciones encontradas en doctrina.

En este sentido, hay quienes sostienen que el carácter aleatorio del contrato de seguro de crédito a las exportaciones es indiscutible, por cuanto en las relaciones exclusivas entre el asegurado y el asegurador existe una oportunidad de ganancia o de pérdida para ambos, partiendo de que se hagan realidad o no los riesgos comerciales, políticos o catastróficos sobre los cuales se pactó el seguro.

Nuestra legislación civil, sin discusión al respecto, clasifica expresamente a los contratos de seguros en general dentro del capítulo referente a los contratos aleatorios, según se dispone en el artículo 1410 del Código Civil, por lo que el seguro objeto de este estudio se encontraría dentro de esta categoría de contratos.

Sin embargo, para alguna parte de la doctrina, el contrato de seguro de crédito a las exportaciones no constituye un contrato aleatorio para el asegurador, por cuanto le es perfectamente posible calcular el costo de las primas para que su negocio le resulte lucrativo. De la misma manera, para el asegurado tampoco se trata de un contrato aleatorio. En efecto, el seguro es un contrato de mera indemnización y no puede ser jamás ocasión de una ganancia para el asegurado.

En razón de lo anterior, otros autores consideran que el contrato de seguro de crédito a las exportaciones es un contrato conmutativo por las siguientes dos razones: primero, la prestación del asegurado, es decir, pagar la prima, es la causa y el equivalente de la prestación del asegurador, cual es pagar la indemnización en caso que se produzca el siniestro, y viceversa; y segundo, el contrato en estudio es conmutativo en el tanto sea considerado en forma global, puesto que el riesgo no se basa en la posición individual de un deudor, sino en la de grupos numerosos de deudores. De esta manera, el riesgo es perfectamente calculable, no siendo ese el caso de los contratos individuales en que se asegura una única transacción.

Solemnidad

En cuanto a la característica de solemnidad del contrato de seguro de crédito a las exportaciones, al igual que los diferentes tipos de seguros en general, se requiere que el contrato de seguro para su validez debe de constar por escrito y lo acreditará la póliza respectiva.

En igual sentido, se ha dicho que el contrato de seguro de crédito a las exportaciones es solemne y formal, requiriéndose que para la

materialización de su existencia, conste por escrito en un documento que se denomina póliza.

Ejecución continuada o de tracto sucesivo

Se considera que el contrato de seguro de crédito a las exportaciones es un contrato de ejecución o de tracto sucesivo, porque las obligaciones de las partes se cumplen de manera continuada. En efecto, aparte de pagar las primas, el asegurado debe cuidar de las cosas como un buen padre de familia y estar continuamente previendo el acaecimiento del siniestro; debe, en fin, ejecutar una serie de actos y cumplir con ciertas obligaciones, según las diferentes etapas de la relación aseguradora. El asegurador, por su parte, no sólo se obliga a asumir el riesgo, sino también a tomar una serie de medidas que mantengan su capacidad económica y su aptitud para cubrir oportunamente las indemnizaciones.

Buena fe

Se considera la principal característica del contrato de seguro de crédito a las exportaciones, debido a las peculiaridades de este negocio jurídico. La buena fe en el contrato de seguro de crédito a las exportaciones implica un deber de información que corresponde al tomador del seguro en relación con la entidad aseguradora, acerca de las circunstancias que puedan dar lugar a la valoración del riesgo. En el mismo sentido, el asegurador no está eximido de actuar con buena fe, tanto al ejecutar sus deberes como a la hora de interpretar la póliza.

Contrato de Adhesión

El contrato de seguro de crédito a las exportaciones es considerado un contrato de adhesión, por cuanto en él, al igual que en todos los contratos de seguros, el asegurado se limita a aceptar, en forma libre y consciente, las condiciones generales establecidas por el asegurador.

En este orden de ideas, el seguro es, en términos generales, un contrato de adhesión, puesto que las compañías aseguradoras celebran sus contratos por medio de pólizas pre-impresas, en las cuales hay una parte fundamental denominada Condiciones Generales, que no admite otras estipulaciones más que las que están ahí previstas. Lo único susceptible de libre discusión son las denominadas Condiciones Particulares, en las que se incluyen disposiciones tales como la cosa asegurada, monto del seguro, duración del contrato, etc.

En relación con esta característica del contrato de seguro revisten especial importancia las regulaciones en nuestro ordenamiento jurídico sobre cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, las cuales son igualmente aplicables a los contratos de seguro, incluyendo al objeto de nuestro estudio, es decir al seguro de crédito a las exportaciones.

En este sentido, el artículo 1023 del Código Civil establece un listado de cláusulas contractuales cuya nulidad puede ser reclamada por la parte afectada (en nuestro caso el asegurado adherente):

"… A solicitud de parte los tribunales declararán la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas contractuales:

a)…
b)…
c)…
d) La de reenvío a una ley extranjera para aplicarla a la ejecución o interpretación

del contrato, con el fin de impedir que rijan los preceptos nacionales que protegen al consumidor;

e) Las que excluyen o restringen el derecho del comprador o adherente para recurrir a los tribunales comunes;

f) Las de renuncia por el comprador o adherente al derecho de rescisión del contrato en caso de fuerza mayor o en caso fortuito;

g)…
h)…
i)…
j)…

k) La que imponga al comprador o adherente plazos excesivamente cortos para formular reclamos al vendedor u oferente;

l)…

m) La que excluya o limite la responsabilidad del vendedor u oferente;

n) La que faculta al vendedor u oferente para sustraerse de sus obligaciones contractuales, sin motivo justificado o sin la contraprestación debida;

o) La que establezca renuncia del comprador o adherente a hacer valer sus derechos por incumplimiento del contrato o por defectuosa ejecución de éste;

p)…

q) Las que autoricen al vendedor u oferente para aumentar unilateralmente el precio fijado en el contrato, sin conceder al comprador o adherente la posibilidad de rescindirlo;

r) Las que permiten al vendedor u oferente o al prestatario de un servicio, eximirse de responsabilidades para que sea asumida por terceros;
s)…"

Ahora bien, sobre la nulidad establecida en el artículo 1023 antes citado, si bien este no es el tema de este trabajo, cabe destacar que de la norma transcrita surge el cuestionamiento sobre si realmente se trata de una "nulidad absoluta" como se dispone en dicha norma. Pareciera más bien tratarse de una "nulidad relativa" considerando que únicamente puede ser declarada a solicitud de parte.

Adicionalmente, el mencionado artículo 1023 establece una disposición general para solicitar la nulidad de cláusulas abusivas en este tipo de contratos, según se dispone en el párrafo tercero: "Toda persona interesada u organización representativa de los consumidores podrá demandar la nulidad de las cláusulas abusivas de los contratos tipo o de adhesión enumeradas en este artículo."

Por otra parte, la ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472, en su artículo 42, igualmente establece la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, para lo cual sí hace una diferenciación entre aquellas cláusulas que son objeto de nulidad absoluta y aquellas que son objeto de nulidad relativa:

"…Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles, que:

a) Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto.

b) Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente.

c) Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.

d) Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora.

e) Faculten al predisponente para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente, nacido del contrato, excepto cuando tal rescisión modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al último.

f) Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato.

g) Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o en leyes especiales conexas.

h) Sean ilegibles.

i) Estén redactadas en un idioma distinto del español.

j) Los que no indiquen las condiciones de pago, la tasa de interés anual por cobrar, los cargos e intereses moratorios, las comisiones, los sobreprecios, los recargos y otras obligaciones que el usuario quede comprometido a pagar a la firma del contrato.

Son abusivas y relativamente nulas, las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:

a) Confieran, al predisponente, plazos desproporcionados o poco precisos para aceptar o rechazar una propuesta o ejecutar una prestación.

b) Otorguen, al predisponente, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para ejecutar la prestación a su cargo.

c) Obliguen a que la voluntad del adherente se manifieste mediante la presunción del conocimiento de otros cuerpos normativos, que no formen parte integral del contrato.

d) Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños para resarcir por el adherente."

Asimismo, el artículo 42 establece una protección especial al adherente al reconocer que: "En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales. Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente."

Accesoriedad

El contrato de seguro de crédito es, por regla general, un contrato principal; sin embargo, en ciertos tipos de seguro, como es el caso del seguro de crédito a las exportaciones, éste puede tener por finalidad caucionar el cumplimiento de una obligación principal, y sería, por tanto, un contrato accesorio.

Por otra parte, hay quienes sostienen que el contrato de seguro de crédito a las exportaciones será accesorio o principal según dependa o no de la existencia de otro contrato. En este sentido, el caso típico de un seguro accesorio, es aquel en el que se garantiza el

pago del precio de una exportación realizada y vendida. Asimismo, el caso típico de un seguro principal es aquel en el que se garantiza la realización de la exportación proyectada o la venta y el consiguiente pago del precio del producto exportado.

No es condicional

Hay quienes sostienen que el contrato de seguro de crédito a las exportaciones no es un contrato condicional, ya que el cumplimiento de las obligaciones que él engendra no está sujeto a condición. En efecto, celebrado el contrato, nace para el asegurador, de inmediato, la obligación de asumir el riesgo que ha sido transferido y para el asegurado, la de pagar la prima, cuidar la cosa como un buen padre de familia, no agravar los riesgos, entre otras…

Es evidente que lo que podría estar sujeto a condición dentro del contrato de seguro de crédito a las exportaciones es la indemnización, pues la misma depende de un hecho futuro e incierto constituido por el riesgo. Sin embargo, esta situación no se aplicaría al contrato como un todo.

Objeto del Contrato de seguro de Crédito a las Exportaciones

Se sostiene en doctrina que el objeto del contrato de seguros en general es el interés asegurable, es decir, "…la relación lícita sobre un bien amenazado por un riesgo". En el caso del seguro de crédito a las exportaciones, ese interés recae sobre el crédito otorgado por el exportador al importador en el extranjero.[20]

De la misma manera, otros han sostenido, con relación al objeto genérico del contrato de seguro, lo cual es aplicable en todos sus extremos al seguro de crédito a las exportaciones, que éste consiste en crear dos obligaciones correlativas: por una parte se encuentra "…la obligación condicional del asegurador de indemnizar al beneficiario en caso de siniestro…" y por la otra, "… la obligación del asegurado de pagar la prima".[21]

En resumen, siguiendo al autor Maynard Fernández, podemos concluir que el riesgo a que se ve sometida la relación entre una cosa y quien sobre ella tiene un interés patrimonial legítimo, es lo que constituye el objeto del contrato de seguro, y no la cosa por sí misma.[22]

En este sentido, y específicamente en lo que se refiere al contrato de seguro de crédito de las exportaciones, se establece que el objeto de éste no es la mercadería exportada, sino más bien, el interés amenazado por un riesgo comercial, político o catastrófico.

ELEMENTOS DEL SEGURO DE CRÉDITO A LAS EXPORTACIONES

A efectos de comprender la estructura del Seguro de Crédito a las Exportaciones, resulta necesario estudiar los elementos fundamentales que integran esta figura, los cuales consisten básicamente en los elementos esenciales de todo contrato de seguro, a saber:

20 Sobre este tema Cf. CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. Pp. 11-27
21 Cf. CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P. 9
22 Ibid. P. 10

El Interés Asegurable

¡Podemos decir, en palabras sencillas, que el interés asegurable consiste en "la relación lícita de valor económico sobre un bien. Cuando esta relación se halla amenazada por un riesgo, es un interés asegurable".[23]

El interés asegurable es un requisito que debe concurrir en quien desee la cobertura de algún riesgo, reflejado en su deseo verdadero de que el siniestro no se produzca, ya que a consecuencia de él se originaría un perjuicio para su patrimonio.

El principio del interés asegurable se puede entender fácilmente si se tiene en cuenta lo que se está asegurando, esto quiere decir, el objeto del contrato no es la cosa amenazada por un peligro incierto, sino el interés del asegurado en que el daño no se produzca. En efecto si tomamos en cuenta estas premisas, tendríamos que la existencia de contratos sin interés asegurable, produciría necesariamente un aumento en la ocurrencia de siniestros y esto motivaría una elevación de las primas y el verdadero asegurado tendría que pagar un precio superior al que realmente correspondería a su riesgo.

Este interés asegurable, "es el elemento determinante en esta relación con la cosa asegurada y el riesgo que sobre ella recae, ya que la necesidad patrimonial se vería generada, en caso de ocurrir el evento, no por la pérdida o daño de la cosa, sino porque se ve afectada la relación entre la cosa y la persona que sobre ella tiene un interés".[24]

Con respecto al Seguro de Crédito a las Exportaciones, el interés asegurable lo constituye precisamente, el interés del acreedor sobre el crédito otorgado a su deudor.

El Riesgo

La esencia misma del contrato de seguro está constituida por el riesgo. Una noción bastante sencilla del término riesgo, nos la da Lutschaunigm quien lo define como "la incertidumbre de pérdida o posibilidad de pérdida".[25]

Otra definición bastante general de riesgo consiste en la definición del riesgo como "la vulnerabilidad de bienes jurídicos protegidos ante un posible o potencial perjuicio o daño"[26]

En materia de seguros, es necesario que el riesgo esté referido a un contenido patrimonial, es decir que su acaecimiento produciría directa y necesariamente un perjuicio medible en términos económicos. Ahora bien, cabe aclarar que la calificación económica del riesgo no es suficiente para limitar su concepto dentro del contrato de seguro, pues no todo riesgo económico es asimilable al contrato de seguro ni es el contrato de seguro la única forma de hacer frente a un riesgo económico[27].

El riesgo, en materia de seguros, presenta ciertas características:

23 MAYNARD FERNÁNDEZ, Norman. El Siniestro Provocado en el Contrato de Seguro. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1993. P. 5
24 http://www.monografias.com/trabajos17/contrato-seguro/contrato-seguro.shtml.
25 MAYNARD FERNÁNDEZ, Norman. Ob. Cit. P. 6
26 LUTSCHAUNIG MONTERO, Alfredo. Principios Generales de Seguros. Citado por MAYNARD FERNÁNDEZ, Norman. Ob. Cit. P. 7
27 http://es.wikipedia.org/wiki/Riesgo

Es incierto y aleatorio
Posible
Concreto
Licito
Fortuito
De contenido económico

En el contrato de seguro el asegurador no puede asumir el riesgo de una manera abstracta, sino que este deber ser debidamente individualizado, ya que no todos los riesgos son asegurables, es por ello que se deben limitarse e individualizarse, dentro de la relación contractual.

En el caso específico del Contrato de Seguro de Crédito a las Exportaciones, en términos generales, se puede concluir que el riesgo cubierto consiste básicamente en el posible incumplimiento de pago de un crédito. Los riesgos que se encuentran cubiertos por esta modalidad de seguro, pueden ser de naturaleza Ordinaria o Extraordinaria[28]:

Riesgos Ordinarios: que son de naturaleza comercial, la insolvencia o incumplimiento en el pago.

Riesgos Extraordinarios: que son los riesgos de crédito de carácter catastrófico o político, tales como:

Desastres Naturales
Guerra Civil o Internacional
Revolución
Sublevación
Confiscación
Expropiación
Prohibición de importar

Cancelación no imputable al importador de una licencia de Importación que impida el pago de la deuda o la adquisición de la disponibilidad jurídica de la mercadería por el comprador.

Medidas de gobierno que impidan o demoren excesivamente la transferencia de las divisas.

Tradicionalmente, los riesgos ordinarios en el seguro de crédito han sido cubiertos por las aseguradoras privadas, mientras que en el caso de los riesgos extraordinarios han sido cubiertos con intervención del Estado. El autor Gallegos Romero, explica el fundamento de esta situación en los siguientes términos: “Evidentemente, los riesgos comerciales, a lo largo del tiempo y por medio de las estadísticas, que se han ido utilizando por los distitntos organismos aseguradores, se puede valorar la frecuencia con que pueden aparecer los siniestros correspondientes y, por tanto, por medio de la ley de los grandes números, calcular el coste de cobertura de dichos riesgos. No sucede así con los riesgos políticos y extraordinarios, que son, en su mayor parte, imprevisibles y fuera del control del comprador y del vendedor. Por ello, la intervención del Estado en este tipo de riesgos es caso unánime en todos los países, bien actuando como asegurador directo, bien como reasegurador de los riesgos que le ceda el ente asegurador.”[29]

Siguiendo con lo anterior, podemos concluir con los autores, Cañas y Scharf, que el riesgo en el seguro de crédito a las exportaciones es la amenaza de pérdida o daño patrimonial que

28 Cf. MAYNARD FERNÁNDEZ, Norman. Ob. Cit. P. 7
29 Cf. http://www.primeraexportacion.com.ar/doc/capacit/docs/0020.php

puede sufrir el exportador en virtud de la falta de pago, por parte de su deudor.

En el seguro de crédito a las exportaciones, el riesgo se encuentra bien delimitado e individualizado, según las siguientes consideraciones[30]:

El riesgo está delimitado por el ramo al que pertenece el seguro en estudio, donde el objeto es el interés del asegurado sobre un derecho, existente o esperado, de exigir prestaciones de terceros.

El riesgo está individualizado por el objeto sobre el cual recae el seguro, es decir el crédito concedido por el exportador.

El riesgo se encuentra delimitado por las estipulaciones de la póliza.

El riesgo también se encuentra individualizado por el tiempo por el que se contrata el seguro.

Asimismo, el riesgo en el seguro de crédito a la exportación, también se han clasificado según la etapa en la que se encuentra la exportación[31]:

Riesgos pre-embarque: Comprende los riesgos que afectan al crédito del exportador después de celebrado el contrato de compraventa internacional, pero antes de que la mercadería haya sido embarcada al comprador.

Riesgos post- embarque: En esta categoría se incluyen los riesgos que afectan el crédito concedido por el exportador al importador, a partir del envío de la mercadería. Dentro de estos riesgos podemos citar, a manera de ejemplo, la insolvencia del deudor o el acaecimiento de un terremoto que imposibilite al deudor cumplir con su obligación de pago.

La clasificación más usual de los riesgos amparados por el seguro de crédito a las exportaciones, es aquella que los clasifica en riesgos comerciales, riesgos políticos y riesgos catastróficos.

Los riesgos comerciales son aquellos que comprende la amenaza o peligro de pérdida por la falta de pago, total o parcial, de los créditos objeto del seguro, cuando el incumplimiento se deba a razones de naturaleza jurídica[32].

Ejemplo de este tipo de riesgos lo constituyen la declaratoria de quiebra o insolvencia así como la mora prolongada en el pago del crédito concedido.

Los riesgos políticos están conformados por todos aquellos actos de las autoridades, nacionales o internacionales, que podrían imposibilitar u obstruir la realización de la exportación o el pago del crédito. A diferencia de los anteriores, para el aseguramiento de estos riesgos no se analizan tanto las características del deudor, sino más bien las del país del importador. Como ejemplo de este tipo de riesgos podemos citar el dictado de nuevas políticas de comercio exterior que dificulten el pago del precio de la exportación, o la cancelación de licencias de importación.

30 GALLEGOS ROMERO, José Elías. El Seguro y el Crédito a la Exportación en los países de Europa Occidental. Instituto de Desarrollo Económico: Madrid, 1972. P. 17
31 Cf. CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. Pp. 62-64
32 Cf. CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. Pp. 65-69

Por último, los riesgos catastróficos son aquellos sucesos o eventos derivados del caso fortuito o la fuerza mayor, los cuales son ajenos a la voluntad de las partes, que podrían impedir la realización o el pago de la exportación, tales como el acaecimiento de un terremoto o un huracán y en general. Son también conocidos como riesgos extraordinarios o naturales.

La Prima

La prima es otro de los elementos indispensables del contrato de seguro, constituye la suma que debe pagar el asegurado a efecto de que el asegurador asuma la obligación de resarcir las pérdidas y daños que ocasione el siniestro, en caso de que se produzca. Este monto se fija proporcionalmente, tomando en cuenta, entre otros factores, la duración del seguro, el grado de probabilidad de que el siniestro ocurra y la indemnización pactada.

El autor Stiglitz la define como "la contraprestación del asegurado equivalente al precio del seguro y a la remuneración que corresponde al asegurador por todos los riesgos que acepta a su cargo."[33]

En el caso particular del seguro de crédito a las exportaciones, para la determinación de la prima se deben considerar una serie de factores, por el hecho de que en este seguro, se debe llevar a cabo una exhaustiva investigación de los importadores, y todos los demás elementos que permitan evaluar la situación económica del importador y del país en que este se encuentra.

En razón de lo anterior, se han establecido una serie de aspectos a considerar en la fijación de las primas en este seguro[34]:

- La experiencia del exportador
- El volumen de operaciones cubiertas por el seguro
- El número de importadores y países con los que comercia
- La situación financiera de los importadores
- La estabilidad política del país de destino de la mercadería
- La modalidad de cobertura otorgada
- La duración y vigencia de la cobertura
- Las características de la operación, tales como forma y condiciones de pago, etcétera.
- Pérdidas anteriores sufridas por el exportador
- La naturaleza de la mercancía

La Póliza

Es el instrumento escrito en el cual constan las condiciones del contrato. Puede decirse que es "la forma donde se manifiesta el contenido del Seguro de Crédito a la Exportación".[35] De acuerdo con lo anterior, la póliza cumple una doble función: Por un lado, es medio de prueba del contrato de seguro y por otro, determina el contenido obligacional del contrato.

La póliza de seguro debe contener, entre otras cosas la siguiente información:

La información necesaria para identificar al asegurado y al asegurador, y de ser necesario el nombre del beneficiario.

33 Cf. GUZMÁN BARRÓN, César. El Seguro de Crédito a la Exportación. Citado por CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P. 70

34 STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel. Contrato de Seguro. Ediciones la Rocca: Buenos Aires, Argentina, 1988. P. 409

35 Sobre este tema CF. GALLEGOS ROMERO, José Elías. Ob. Cit. Pp. 19-20

Fecha de emisión de la póliza y periodo de vigencia.

Descripción del seguro, los riesgos cubiertos y las sumas aseguradas.

La designación y el estado de los objetos que son asegurados.

La especificación de la prima que tiene que pagar el asegurado, así como la forma y el lugar de pago.

Las causales de resolución del contrato.

El procedimiento para reclamar la indemnización en caso de ocurrir el siniestro.

Cláusulas que aclaren o modifiquen parte del contenido del contrato de póliza.

La definición de los términos más importantes empleados en la póliza.

La indicación de los seguros existentes sobre el mismo objeto y riesgo.

Las pólizas de seguros contienen condiciones generales, que son aquellas establecidas para ser aplicadas a todos los contratos de seguros de una misma clase expedidos por la entidad aseguradora y condiciones particulares, que son las que individualizan el seguro y respecto de las cuales surgen las voluntades que generan el acuerdo de los sujetos contratantes y da origen al correspondiente contrato de seguro.

En el seguro de crédito a las exportaciones se pueden contratar dos modalidades de póliza: póliza global y póliza individual, según sea el interés del asegurado de cubrir una o varias exportaciones.

La póliza global "está diseñada para cubrir todas las operaciones realizadas por un exportador, en las cuales el ´plazo de pago sea corto, por lo general no mayor de un año, y en relación con productos que se exportan de manera continua y rutinaria."[36]

La póliza individual, en cambio, protege únicamente exportaciones específicas, a un país y a un importador determinado, cuyos plazos de pago suelen ser medianos y largos.

Entre ambas pólizas, la mayoría de los autores consideran más ventajosa la p´liza global frente a la individual, entre otras, por las siguientes razones:

La póliza global le permite al asegurador equilibrar sus riesgos, estableciendo un promedio entre las transacciones más seguras y las más riesgosas.

En virtud de la cantidad de operaciones que cubre la póliza global, la prima a pagar por el asegurado es más baja.

Con la suscripción de pólizas globales, el asegurado puede programar su política de exportación, basada en la seguridad de sus operaciones.

La Indemnización

La obligación de indemnización por parte del Asegurador constituye otro de los elementos

36 JIMENEZ DE PARGA CABRERA, Rafael. El Seguro de Crédito a la Exportación. Citado por CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P. 39

fundamentales del contrato de seguro, sin embargo este concepto lo analizaremos en el capítulo siguiente, al estudiar las obligaciones de las partes dentro del contrato de seguro de crédito a las exportaciones.

CAPÍTULO SEGUNDO

EJECUCIÓN DEL SEGURO DE CRÉDITO A LAS EXPORTACIONES

OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En la relación aseguradora participan principalmente dos partes: el asegurado y el asegurador. Eventualmente, participa una tercera parte denominada beneficiario, en aquellos casos en los que la indemnización a pagar en virtud de la realización del siniestro es a favor de una tercera persona distinta del asegurado.

En el caso del Seguro de Crédito a las Exportaciones, participan los mismos sujetos, cuyas obligaciones derivadas del contrato en estudio, analizaremos a continuación:

El Asegurador

El Asegurador "es la persona jurídica que toma sobre sí la obligación contractual de pagar la indemnización correspondiente en caso de que ocurra el siniestro."[37] En este sentido, debe tenerse presente que lo que caracteriza al asegurador no es el tomar sobre sí el riesgo, sino más bien el ser la parte obligada a pagar la indemnización.

La figura del asegurador puede ser asumida por un ente público o privado, según la legislación de cada país. En la mayoría de las legislaciones, los riesgos comerciales son otorgados a compañías privadas, mientras que los riesgos políticos y extraordinarios son reservados, por lo general, a entidades públicas, como se explicó en un apartado anterior.

Ahora bien, entre las principales obligaciones que asume el asegurador en el contrato de seguro de crédito a las exportaciones, tenemos las siguientes[38]:

El pago del importe de los daños causados por la realización del riesgo, constituye la principal obligación del asegurador. Este pago, se lleva a cabo una vez que se haya demostrado el siniestro, la relación causal entre el siniestro y la falta de pago, y la extensión del daño. Algunos consideran que esta obligación del asegurador se encuentra sujeta a una condición suspensiva, es decir, a la realización de alguno de los riesgos amparados por el seguro. Por otro lado, algunos autores consideran que la obligación del asegurador se extiende únicamente a indemnizar perjuicios y jamás a proporcionar ganancias al beneficiario; mientras que otros consideran que es perfectamente posible asegurar tanto el daño emergente como el lucro cesante de una exportación infructuosa por falta o imposibilidad de pago.

El asegurador está obligado a asumir una parte del riesgo. A diferencia de la anterior, esta obligación no se encuentra sujeta a ninguna condición suspensiva, pues ésta nace de inmediato para el asegurador al celebrar el contrato.

37 CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P. 40
38 CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P. 28

El asegurador debe poner al servicio del asegurado sus fuentes de información en el exterior (requisito sine qua non para que opere este seguro), con el fin de que investigue a sus posibles clientes antes de iniciar relaciones comerciales con ellos.

El Asegurado

El asegurado es la otra parte que interviene en el contrato de seguro de crédito a las exportaciones, también conocido como suscriptor o estipulante. Es la persona que se compromete a pagar la prima al asegurador para así, trasladarle a este último parte del riesgo que implica el cobro de los créditos de sus exportaciones.[39]

Toda persona física o jurídica que se dedique a la exportación, así como las entidades financieras y de crédito que intervengan en la financiación de tales exportaciones, pueden contratar en calidad de asegurado. Únicamente se requiere que intervenga en el comercio exterior y que tengan un interés asegurable sobre el crédito que esperan vaya a ser cancelado.

El asegurado siempre es la persona que contrata el seguro de crédito a las exportaciones con el asegurador. Ahora bien, si contrata el seguro para sí, él sería el beneficiario de la indemnización correspondiente; pero si contrata el seguro a favor de una tercera persona, ajena al contrato de seguro pero considerada elemento esencial de este convenio, pues esa persona constituiría el sujeto activo de la obligación del asegurador.

En cuanto a las obligaciones del asegurado, dentro del contrato de seguro de crédito a las exportaciones, podemos citar las siguientes[40]:

El pago de la prima constituye la principal obligación del asegurado. Se trata de una obligación en dinero, de carácter indivisible y cuyo incumplimiento producirá la rescisión del contrato por parte del asegurador.

Informar al asegurador, antes de formalizar el contrato de seguro de crédito a las exportaciones, de todas las circunstancias necesarias para determinar, de la manera más exacta posible, el crédito a asegurar y la extensión de los riesgos. Para el cumplimiento de esta obligación es indispensable la actuación de buena fe del asegurado.

En algunas legislaciones, las compañías aseguradoras imponen al asegurado la obligación de cumplir con los trámites, estipulaciones y reglamentaciones que rigen las importaciones en el país de destino.

Una vez suscrito el contrato, el asegurado tiene la obligación de comunicar e informar al asegurador las siguientes circunstancias:

a) cambios que puedan producirse, sean aumentos o disminuciones, en relación con los riesgos cubiertos por el contrato de seguro; b) todas las circunstancias que llegase a conocer y que sean desfavorables para el pago de la exportación; c) todos los avances y progresos que acontezcan en relación con el funcionamiento de la operación, tales como el reporte de pagos parciales, reporte de envío de mercadería, entre otros.

39 Cf. CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. Pp. 29-31
40 Cf. CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. P. 32

El asegurado está obligado a mantener el estado de riesgo existente al momento de suscribir el contrato de seguro de crédito de que se trate.

El asegurado tiene la obligación de asumir una parte del riesgo, que es lo que se conoce como coaseguro.

El asegurado está obligado a comunicar al asegurador la cesión de los derechos derivados del contrato, a favor de una tercera persona. En algunas legislaciones se requiere del consentimiento previo del asegurador para poder llevar a cabo tales cesiones.

El asegurado está obligado a cobrar los créditos que haya asegurado.

Por otro lado, el asegurado está obligado, hasta donde le sea posible, a aminorar las posibilidades de que ocurra el siniestro, adoptando las medidas que estime convenientes para proteger el crédito otorgado al importador o, al menos para intentar disminuir la eventuales pérdidas que se causarían como consecuencia de ese siniestro. En caso de no ser posible ninguna de las situaciones anteriores, el asegurado tiene el deber de comunicarle al asegurador la realización del siniestro.

Después de ocurrido el siniestro, el asegurado está obligado a permitir la subrogación, a favor del asegurador, de todos los derechos que le corresponden en virtud de la suscripción del contrato de compraventa internacional.

El Beneficiario

El beneficiario es aquella persona que recibe del asegurador la indemnización del daño que aquel sufra como consecuencia del siniestro, sea el propio asegurado o sea una tercera persona.[41]

Algunos autores argumentan que el pago de una indemnización a favor de una tercera persona distinta del asegurado constituye un enriquecimiento sin causa, pues esta tercera persona recibe n pago sin cumplir con ninguna contraprestación. Sin embargo, el pago de la indemnización a favor de esa tercera persona tiene su causa en la relación jurídica que existe entre el asegurado y el beneficiario, en virtud de la cual el asegurado estipuló en el contrato de seguro respectivo, que la indemnización deberá serle pagada al beneficiario.

FUNCIONAMIENTO DEL SEGURO DE CRÉDITO A LAS EXPORTACIONES

Para efectos de brindarle al lector un mejor entendimiento de cómo opera en la práctica el seguro de crédito a las exportaciones, se procedió en el presente estudio a hacer entrevistas a comercializadores de este tipo de seguro[42].

Como se ha explicado a lo largo del presente trabajo, el seguro de crédito a las exportaciones permite a los exportadores asegurar los riesgos derivados de sus ventas a crédito en el exterior.

41 Cf. CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. Ob. Cit. Pp. 34-38

42 Entrevista a la señora Ileana Vargas Turner, Gerente Comercial de COFACE Servicios Costa Rica S.A. y entrevista realizada a la señorita Carolina Coto, encargada del seguro de crédito a las exportaciones del Instituto Nacional de Seguros.

En la práctica el interesado en contratar este tipo de seguro, debe presentar al ente asegurador toda la información relacionada con sus clientes, a fin de que el asegurador pueda hacer una evaluación del nivel de riesgo y, en consecuencia, establecer la prima que deba pagar el asegurado.

Generalmente, las empresas aseguradoras en su mayoría, contratan pólizas de tipo global, es decir, que amparan portafolios completos de exportaciones de una determinada empresa, los cuales pueden estar conformados por docenas o hasta miles de compradores.

Además con el desarrollo de esta modalidad de seguro, se ha alcanzado una flexibilidad del producto, que permite a las compañías aseguradores ofrecer un seguro a la medida del cliente, según sean sus necesidades y las características de sus exportaciones. Así por ejemplo, el seguro se ajustará dependiendo del tamaño de la empresa exportadora, de los países en los que opera y de las necesidades de cobertura de crédito que requiera.

Esto ha llevado a que las empresas aseguradoras se especialicen, no sólo en el servicio de seguro que prestan, sino en otras áreas relacionadas con el otorgamiento de este seguro, como puede ser la realización de análisis de clientes y distribución de riesgos, y el cobro de de deudas, pues estas empresas, gracias a los informes presentados por sus clientes llegan a formar una base de datos gigantesca de información crediticia. Tal es el caso de COFACE, que además de los servicios de seguros ha desarrollado una gran variedad de nuevos servicios complementarios para sus clientes.

El seguro de crédito a las exportaciones es comercializado por una gran cantidad de empresas aseguradoras, tales como Mapfre, Cesce y COFACE. Incluso, el Instituto Nacional de Seguros ofrece este producto cuya finalidad es, según se establece en el brochure del Seguro de Crédito a la Exportación del Instituto, "…garantizar al exportador la indemnización de un porcentaje de la pérdida que sufra como consecuencia de la falta de pago total o parcial del crédito otorgado a su comprador en el extranjero…"

Los riesgos cubiertos por el INS son únicamente los riesgos comerciales: Insolvencia del comprador extranjero y mora prolongada, estableciendo una serie de exclusiones a la protección del contrato, tales como la falta de pago derivada de incumplimiento de normas de calidad o desacuerdos en la interpretación del contrato o falta de pago por pérdida o deterioro de las mercaderías.

El INS contrata pólizas tanto de tipo global como individual y se establecen las siguientes condiciones básicas del seguro:

• En las condiciones particulares, se establece un porcentaje de participación en el riesgo del Instituto y uno del Exportador, por lo que la pérdida será cubierta por el Instituto hasta la proporción que participa en el riesgo.

• Se establece un límite de crédito para cada uno de los compradores, de forma tal que si el Exportador excede esos límites ese porcentaje en exceso no será cubierto por el Instituto.

• La vigencia del seguro se establece por un año para el caso de pólizas globales y para el seguro individual será el plazo del crédito objeto del seguro.

• La cobertura inicia a partir de que la mercadería ha sido despachada.

• El exportador debe cubrir los gastos de la evaluación crediticia que realiza el Instituto de los compradores a asegurar.

CONCLUSIÓN

En el desarrollo del presente trabajo, pudimos apreciar como el Seguro de Crédito a las Exportaciones, ha sido un instrumento fundamental en el fomento de las exportaciones, pues ha permitido a las empresas exportadoras cubrirse de los numerosos riesgos de crédito que enfrentan en sus relaciones comerciales internacionales, así como facilita la financiación bancaria.

Ente los beneficios que se pueden derivar de la implementación de esta figura, podemos enunciar, a manera de ejemplo los siguientes:

i) el exportador obtiene una compensación de las pérdidas que pudiera sufrir como consecuencia de su negocio, ii) se logra, a su vez, una acción preventiva contra posibles pérdidas por la labor de investigación que realizan las compañías aseguradoras de las características de los compradores; iii) se facilita la obtención de financiación, pues los ingresos del exportador se encuentran en cierta medida asegurados.

Lo anterior, permite concluir que el seguro de crédito a las exportaciones, aún cuando los medios de pago en la actualidad se han modernizado, permite obtener una garantía complementaria para los exportadores contra los riesgos inherentes a su actividad, de modo que esta figura no ha caído en desuso, máxime que otros medios para asegurar los pagos, como las garantías bancarias, suelen tener costos elevados.

Ahora bien, en el desarrollo del presente trabajo, hemos podido constatar que la figura del seguro de crédito a la exportación, a pesar de ser un seguro ampliamente utilizado a nivel internacional, en nuestro medio no se ha desarrollado completamente y resulta, hasta un tanto desconocido.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- GALLEGOS ROMERO, José Elías. El Seguro y el Crédito a la Exportación en los países de Europa Occidental. Instituto de Desarrollo Económico: Madrid, 1972

- GARRIDO Y COMAS, J.J. El Contrato de Seguro. Publicaciones y Ediciones Spes: Barcelona, España, 1954.

- GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV. Imprenta Aguirre, Madrid, 1976

- HERNÁNDEZ MUÑOZ, Lázaro. Los Riesgos y su Cobertura. FC Editorial: Madrid, España.

- SERRANO SPOERER, Lisandro. El Seguro de Crédito. Editorial Jurídica de Chile: Santiago, Chile, 1970.

- STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel. Contrato de Seguro. Ediciones la Rocca: Buenos Aires, Argentina, 1988.

Tesis:

- CAÑAS COTO, Rafael Enrique y SCHARF TAITELBUM, Eric. El nuevo Orden Jurídico del Contrato de Seguro de Crédito a las Exportaciones el Caso de Costa Rica. San José, Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1994.

- MAYNARD FERNÁNDEZ, Norman. El Siniestro Provocado en el Contrato de Seguro. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1993

Sitios de Internet:

- http://www.monografias.com/trabajos17/contrato-seguro/contrato-seguro.shtml

- http://comex.infobaeprofesional.com/adjuntos/documentos/02/0000297.pdf

- http://www.primeraexportacion.com.ar/doc/capacit/docs/0020.php

- http://es.wikipedia.org/wiki/Riesgo

Leyes:

- Código Civil. Ley No. 3 de 1 de enero de 1888. 5ta Edición. San José, IJSA, 1998.

- Código de Comercio. Ley No. 3284 de 30 de abril de 1964. 12va. Edición. San José, IJSA, 2000.

- República de Costa Rica. Proyecto de Ley del Contrato de Seguro. Expediente 16304, San José, Costa Rica

- Reino de España. Ley del Contrato de Seguro. Ley 50 de 8 de octubre de 1980, España.

Otros:

- Entrevista a la señora Ileana Vargas Turner, Gerente Comercial de COFACE Servicios Costa Rica S.A.

- Entrevista realizada a la señorita Carolina Coto, encargada del seguro de crédito a las exportaciones del Instituto Nacional de Seguros

- Brochure del Instituto Nacional de Seguros sobre Seguro de Crédito a la Exportación

RESEÑA DE LA GUÍA PARA LOS ACUERDOS DE FRANQUICIA PRINCIPAL INTERNACIONAL DEL INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT)

Licda. Belquis Rosa Gallardo

Introducción 85

Primera Parte- El contrato de franquicia 86
1.1.- Definición de franquicia 86
1.2.- Tipos de franquicia 86
1.3.- La franquicia de formato comercial 87
1.3.1.- Elementos básicos de la franquicia de formato comercial 87
1.3.2.- Ventajas y desventajas de la franquicia 87

Segunda parte- Aspectos generales de la franquicia internacional 88
2.1.- Delimitación conceptual de la franquicia principal internacional y diferencias con otros contratos 88
2.2.- Negociación del contrato 90

Tercera Parte- El contrato de franquicia principal internacional.
Sujetos, objeto y función económica. Derechos y obligaciones de las partes 91
3.1.- Sujetos 91
3.2.- Objeto 92
3.3.- Función 93
3.4.- Obligaciones del franquiciador 93
3.4.1.- Proporcionar información 93
3.4.2.- Formación 94
3.4.3.- Entrega de manuales 94
3.4.4.- Asistencia y otros servicios 94
3.4.5.- Otras obligaciones 94
3.5.- Derechos del franquiciador 95
3.6.- Obligaciones del subfranquiciador 95
3.6.1.- Apertura de operaciones piloto 95
3.6.2.- Plan de desarrollo 95
3.6.3.- Obligaciones operacionales 96
3.7.- Derechos del subfranquiciador 96
3.8.- Relación con el contrato de subfranquicia 96

Cuarta parte- Otras cláusulas del contrato de franquicia principal internacional
4.1.- Duración y renovación del contrato 96

4.2.- Publicidad de la franquicia ... 97
4.3.- Suministro de equipo, productos y servicios ... 98
4.4.- Propiedad intelectual ... 98
4.4.1.- Marcas ... 98
4.4.2.- Derechos de autor ... 99
4.5.- Know How y secretos comerciales ... 99
4.6.- Modificaciones al sistema de franquicia ... 100
4.7.- Venta, cesión y transferencia de la franquicia ... 101
4.8.- La Responsabilidad por hechos de otro, indemnización y seguro ... 102
4.8.1.- Responsabilidad por hechos de otro ... 102
4.8.2.- Indemnización ... 102
4.8.3.- Seguros ... 103
4.9.- Disposiciones sobre acciones en caso de incumplimiento contractual ... 104
4.9.1.- Rescisión ... 104
4.9.2.- Otras acciones distintas de la rescisión ... 105
4.10.- Disposiciones relativas a la terminación de la relación y sus consecuencias ... 106
4.10.1.- Modos en que puede terminar la relación ... 106
4.10.2.- Consecuencias de la terminación del contrato ... 106
4.11.- Disposiciones sobre el derecho aplicable ... 107
4.12.- Disposiciones sobre resolución de conflictos ... 107
4.12.1.- Resolución de conflictos a través de negociación, mediación y conciliación ... 108
4.12.2.- Resolución de conflictos mediante litigio ... 108
4.12.3.- Resolución de conflictos mediante arbitraje ... 109
4.13.- Cláusulas generales ... 109
4.13.1.- Cláusula de separabilidad ... 109
4.13.2.- Cláusula de acuerdo completo ... 109
4.13.3.- Cláusula de renuncias ... 109
4.13.4.- Cláusula de fuerza mayor y excesiva onerosidad ... 110
4.13.5.- Cláusulas relativas a la naturaleza del contrato ... 110
4.13.6.- Cláusulas relativas a los derechos cumulativos ... 111
4.13.7.- Cláusula sobre notificaciones ... 111
4.13.8.- Cláusula sobre daños ... 111

Quinta Parte- Otros aspectos a tener en cuenta para la celebración del contrato
5.1.- Documentos accesorios ... 111
5.2.- Exigencias normativas ... 112

Conclusiones ... 113
Bibliografía ... 114

Introducción

De todos es conocido el desarrollo que el contrato de franquicia ha tenido en las últimas décadas. Este instrumento, nacido a finales del siglo XIX, ha permitido la expansión tanto nacional como internacional de una gran variedad de negocios, al punto de que hoy día se pueden encontrar establecimientos que funcionan bajo este sistema prácticamente en todo el mundo, con contadas excepciones.

En nuestro país se ha escrito bastante sobre el contrato de franquicia en general,[1] por lo que nos pareció interesante dedicar este trabajo a la franquicia en el plano internacional, para lo cual acudimos a la Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, elaborada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), en el año 2005 (en adelante, La Guía). De esta forma, dejaremos de lado lo atinente a la franquicia de unidad o a la que se desarrolla dentro del mismo país, para dedicarnos la problemática que se presenta en la relación de franquicia internacional y específicamente, cuando la franquicia se desarrolla como franquicia principal. Debe entenderse además que la Guía se refiere a las franquicias de formato comercial, o sea, aquellas que incluyen no sólo la posibilidad para el franquiciado de comercializar bienes o servicios bajo la marca del franquiciador, sino también la implementación de todo el modelo de negocios de éste en los establecimientos franquiciados.

La Guía de Unidroit para los acuerdos de franquicia principal internacional no es un compendio de legislación o de jurisprudencia. Más bien, desarrolla con gran amplitud y profundidad los diferentes problemas a los que se pueden enfrentar las partes a la hora de introducir una franquicia en un territorio nuevo y de redactar los contratos respectivos, y ofrece diferentes alternativas para solucionar esos problemas. También establece una lista muy detallada de las diferentes cláusulas que deben ser incluidas en el contrato, y de aquellas que si bien no son esenciales, pueden ser incluidas para asegurar un mejor desarrollo de la relación de franquicia. Dada la falta de regulación de esta figura en nuestro país y el hecho de que cada día se establecen nuevas franquicias en nuestro territorio -sin excluir por supuesto la posibilidad de que también franquicias originadas en Costa Rica puedan expandirse a otros países- creemos que es de fundamental importancia el estudio de esta Guía, que puede ser de gran ayuda en la negociación y firma de un contrato de franquicia principal internacional.

Para una mejor comprensión del tema, hemos tratado de agrupar el contenido de la Guía en una forma más didáctica, comenzando por un esbozo general del contrato de franquicia, para después entrar de lleno a analizar los aspectos del contrato desarrollados en la Guía.

Aclaramos que este trabajo se ha centrado en realizar una síntesis lo más clara posible de la Guía, que por su extensión puede ser difícil de consultar; por tanto, salvo que se mencione lo contrario, todo el texto ha sido extraído de la misma, y no haremos referencias constantes a

---

1 Al respecto, véanse las obras Contratos Económicos Modernos, de Jorge Enrique Romero Pérez; El Contrato de Franchising, de Bernal Fuentes y Fabio Jiménez; El Contrato de Franquicia Comercial, de Marianela Carvajal Carvajal (En Revista Judicial No. 87); El Contrato de Franquicia, de María del Rocío Madrigal Salazar (En Revista Judicial No. 93), entre otros.

sus páginas o capítulos, porque equivaldría a hacer citaciones prácticamente en cada línea o párrafo. Así, cuando se trate de una opinión propia, se hará el comentario correspondiente, y si se citara otra fuente, se introducirá la respectiva referencia al pie de página.

Primera Parte- El contrato de franquicia.

Si bien la Guía desarrolla los aspectos más importantes relativos al contrato de franquicia principal internacional, en su Anexo 1 contiene algunas nociones generales sobre la franquicia, los tipos de franquicia, los elementos que forman la misma, y sus ventajas y desventajas. En esta primera parte haremos un breve resumen de estas nociones generales, de forma que sea más fácil comprender el resto del trabajo.

1.1.- Definición de franquicia.

La Guía no incluye una definición de franquicia en general, sino únicamente referida a la franquicia principal internacional, la cual veremos más adelante. Sin embargo, para efectos de facilitar la comprensión del tema, incluimos la definición dada por la Cámara de Comercio Internacional y citada por Fuentes y Jiménez[2], y que establece que la franquicia es "un sistema de colaboración entre dos empresas diferentes pero ligadas por un contrato en virtud del cual una de ellas concede a la otra, mediante el pago de una cantidad y bajo condiciones bien determinadas, el derecho de explotación de una marca o fórmula comercial representadas por un símbolo gráfico o un emblema, y asegurándole al mismo tiempo una ayuda y unos servicios regulares destinados a facilitar esta explotación".

De esta definición se desprenden los elementos fundamentales de la franquicia que veremos más adelante en el punto 1.3.1.

1.2.- Tipos de franquicia

En la doctrina existen diversos criterios para clasificar las franquicias, ya sea por el sector de su actividad, el nivel de integración de la red, la forma específica que adopte la franquicia, etc.[3] La Guía por su parte recoge dos formas de clasificar las franquicias. La primera forma es la que las clasifica en franquicias industriales, de distribución, y de servicio.[4] La segunda forma las divide en franquicias de distribución de productos, y franquicias de formato comercial.

Las franquicias industriales, también llamadas por algunos autores de producción,[5] son definidas por la Guía como aquellas en las que se otorgan licencias de fabricación basadas en patentes y/o know how técnico, acompañadas por licencias de marcas. Las franquicias de distribución, por su parte, son aquellas relativas a la venta de productos. Las franquicias de servicio, finalmente, como su nombre lo indica se refiere a la prestación de servicios.

2 Fuentes, Bernal, y Jiménez, Fabio. El Contrato de Franchising. Primera Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2000, pág. 61.

3 Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Primera Edición. Editorial Editorama, San José, Costa Rica, 2004, pág. 195-197.

4 En el mismo sentido, véase Carvajal Carvajal Marianela, El contrato de franquicia comercial, Revista Judicial # 87, publicada en http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/DOCS/revista%20judicial/RevJud87/ principal.htm, consultada el 5-10-09.

5 Fuentes, Bernal, y Jiménez, Fabio. Op. Cit., pág. 77.

La segunda clasificación, a nuestro juicio más importante, se refiere a las franquicias de distribución de productos como aquellas en las que el franquiciado vende productos fabricados o suministrados por el franquiciador, bajo las marcas de éste, a cambio del pago de cuotas. Las franquicias de formato comercial, por su parte, son aquellas donde se concede el derecho a utilizar un formato comercial específico, y son las que encontramos prácticamente en casi todas las franquicias más conocidas, como Pizza Hut, McDonald´s, Holiday Inn, etc. Esta clasificación en franquicias de distribución de productos y franquicias de formato comercial se encuentra establecida en la CCH Business Franchise Guide, una guía elaborada en los Estados Unidos de América que incluye las leyes federales y estatales que regulan la compra y operación de cualquier franquicia.[6]

1.3.- La franquicia de formato comercial

Como mencionamos en la introducción, este es el tipo de franquicia a la que se refiere la Guía, razón por la cual veremos a continuación algunos de sus elementos básicos.

1.3.1.- Elementos básicos de la franquicia de formato comercial

Los elementos básicos de la franquicia de formato comercial son:

• El franquiciador, empresario que ha desarrollado un sistema de hacer negocio que funciona, y que decide conceder a otro empresario, el franquiciado, el derecho a utilizar este sistema;

• Ambos empresarios son legal y económicamente empresas independientes;

• El derecho a utilizar el sistema de franquicia conllevará el derecho del franquiciado a utilizar los activos del franquiciador, incluyendo su know-how, en la forma de los métodos comerciales y técnicos que son parte de su sistema, sus marcas y otros derechos de la propiedad intelectual;

• El franquiciado se compromete a seguir el método elaborado por el franquiciador y a pagar la compensación que se le pida,

• El franquiciador conserva los derechos de supervisión sobre la manera en que el franquiciado implementa el sistema de franquicia; y se compromete a proporcionar al franquiciado formación y asistencia continua.

• El contrato puede contener otros compromisos, como la exclusividad territorial, la exclusividad de producto, cláusulas de confidencialidad y de no competencia, etc., todo lo cual veremos en detalle más adelante.

1.3.2.- Ventajas y desventajas de la franquicia

Para el franquiciado, esta forma de hacer negocios supone varias ventajas importantes. Primeramente, en muchos casos entrará al mercado portando una marca o nombre comercial conocidos, por lo que ya tendrá una clientela potencia. Sin embargo, aún en los casos en que la franquicia no sea conocida en el país anfitrión (donde se establecerá) siempre se trata de un negocio

6 http://www.wsicorporate.com/article/cch_business_franchise_guide. Revisado el 18 de octubre de 2009.

que ya demostró su viabilidad y éxito en el país de donde es originario. Al no tener que invertir en dar a conocer la franquicia, la inversión que tiene que hacer el franquiciado es considerablemente menor. Se menciona como ventaja también que el índice de fracaso de las franquicias es muy inferior al de los negocios tradicionales, lo cual dependerá en todo caso del grado de madurez del sistema de franquicia, según la Guía. Otra ventaja para el franquiciado es la formación y asistencia que le proporcionará el franquiciador, y que le pondrá en una situación ventajosa frente a sus competidores. Por último, se menciona como ventaja la publicidad coordinada como medio eficaz para difundir una imagen unitaria de la red.

Para el franquiciador, por su parte, la franquicia supone la posibilidad de expandir su negocio de forma relativamente rápida sin tener que hacer inversiones directas y de llegar a mercados más pequeños a través de los franquiciados; y de percibir cuotas de los franquiciados. Todo esto podrá lograrlo sin tener la carga de la responsabilidad por actos u omisiones del franquiciado, ya que son empresarios independientes.

Sin embargo, como todo negocio, la franquicia también tiene sus desventajas para ambas partes. El franquiciado, por ejemplo, aunque es legal y financieramente independiente, tiene la obligación de seguir las políticas de empresa que dicta el franquiciador, quien tomará todas las decisiones importantes. Otra desventaja es el control que el franquiciador ejerce sobre el franquiciado, y que puede llegar a ser excesivo. Tampoco tiene el franquiciado la garantía de que su contrato será renovado cuando expire, por lo que cabe la posibilidad de que el franquiciador en ese momento tome posesión del negocio desarrollado por el franquiciado. Además, el franquiciado es el que corre con el riesgo económico del negocio, pues perderá el dinero invertido si fracasa. A esto debe sumarse el hecho de que las ganancias, como en cualquier negocio, son inciertas, y que debe compartirlas con el franquiciador.

El franquiciador por su parte corre con un gran riesgo también: si falla la relación de franquicia, deberá sufrir las consecuencias como propietario de la franquicia, de las marcas y del nombre comercial. Si una unidad no se ajusta a los estándares de calidad establecidos, el franquiciador será quien sufra el daño en su prestigio, lo cual podría alcanzar a toda la red de franquicia. Esta es la razón del control que el franquiciador ejerce sobre los franquiciados.

Otra desventaja para el franquiciador es que los franquiciados se puedan separar del sistema y establecer negocios competitivos, aunque esto sea prohibido en los contratos. También se cuenta como desventaja la resistencia de los franquiciados a introducir cambios al sistema, en especial cuando estos suponen modernizar locales y comprar equipo nuevo. Finalmente, se hace mención a la obtención de una retribución económica menor a la que se tendría si se operara un local propio.

Segunda parte- Aspectos generales de la franquicia internacional

2.1.- Delimitación conceptual de la franquicia principal internacional y diferencias con otros contratos.

La Guía define el contrato de franquicia principal como aquel por el cual el franquiciador otorga a otra persona, llamada

subfranquiciador, el derecho a otorgar franquicias a subfranquiciados dentro de un cierto territorio, que en el caso de la franquicia principal internacional se referiría por supuesto uno o varios países extranjeros. Este derecho puede ser o no exclusivo, e incluir o prohibir que el sufranquiciador abra por sí mismo establecimientos de franquicia.

Como podemos ver, en este tipo de franquicia el subfranquiciador actúa a su vez como franquiciador en el país o países incluidos en el contrato. De esta forma, se dan en realidad dos contratos: el de franquicia principal internacional entre franquiciador y subfranquiciador, y el de franquicia de unidad entre subfranquiciador y subfranquiciados.

El contrato de franquicia principal internacional se encuentra poco regulado en la mayoría de los países, lo cual provoca que muchas veces se le identifique con otros contratos que pueden presentar algunas similitudes, pero cuya naturaleza es en realidad muy diferente. Así, se le ha asimilado al contrato de agencia comercial, lo cual es incorrecto, porque este contrato supone la actuación del agente por cuenta y en nombre del principal, mientras en la franquicia existe una relación entre dos empresarios independientes, que en principio no son responsables por las acciones u omisiones del otro. También, y más a menudo, se ha confundido la franquicia con un contrato de distribución, aún y cuando la distribución más bien es uno de los aspectos que puede formar parte del contrato de franquicia, pero no el único, ya que involucra otros elementos como las licencias de propiedad industrial, el know how y el asesoramiento técnico y comercial; además de que en la distribución el distribuidor compra los productos y los revende, cosa que no sucede en la franquicia. Otro de los contratos con que se confunde a la franquicia es el de licencia, que al igual que la distribución, forma parte de aquel, pero no es el único elemento de la franquicia; se apunta además como diferencia fundamental la falta de control del licenciante sobre el formato comercial del establecimiento, al contrario de lo que sucede con la franquicia. Lo mismo sucede con los contratos de transferencia de tecnología (contratos de know how), con los que también en ocasiones se asimila la franquicia y cuyas leyes a veces son aplicadas a ésta.

Además del contrato de franquicia principal internacional, la franquicia puede realizarse de forma directa entre franquiciador y franquiciado, ya sea a través de la franquicia de unidad que se otorga a varios franquiciados individuales, o a través de contratos de desarrollo, que se firman entre el franquiciador y un promotor al que se otorga el derecho de abrir un número determinado de unidades dentro de cierta área y según un programa. En la determinación de cuál instrumento es más apropiado para cada caso, la Guía señala que deben tenerse en cuenta factores objetivos como el mercado (tipo de economía, inflación, disponibilidad de financiamiento, etc.), las consideraciones culturales (si hay tradición empresarial, las tradiciones nacionales, las costumbres religiosas), y el marco jurídico (existencia de legislación sobre contratos, propiedad intelectual y sociedades, etc.); así como factores subjetivos, como la naturaleza del negocio, la inversión a realizar por cada una de las partes y las posibilidades de ingreso para cada una (forma de distribución de las utilidades), la experiencia de las partes en relación con la operación de una franquicia, el grado de control del franquiciador sobre el franquiciado (que dependerá del tipo de instrumento, mientras mayor sea la participación del franquiciador, mayor será el

grado de control que ejerza), así como el grado de riesgo que el negocio supone para cada una de las partes. En general, la franquicia directa, en cualquiera de sus formas, se utiliza cuando se trata de países geográficamente cercanos, mientras que la franquicia principal es más usada para áreas geográfica y culturalmente más distantes.

2.2.- Negociación del contrato

A diferencia de lo que sucede con los contratos de franquicia de unidad, que generalmente son contratos de adhesión, en los de franquicia principal es común que las partes discutan ampliamente sobre sus términos. En este proceso de negociación la Guía hace hincapié en la importancia del deber de información que ambas partes, pero sobre todo el franquiciador, deben proporcionarse, y del deber de buena fe y lealtad en los negocios. Se hace mención además al hecho de que la relación entre franquiciador y subfranquiciador está contenida no sólo en el contrato, sino también en el manual para el sufranquiciador, el manual de operaciones que éste debe entregar a los subfranquiciados, guías de publicidad, y contratos separados sobre licencias de propiedad intelectual o de otro tipo (si fueren necesarios).

Se considera de gran importancia la redacción del contrato, que dependerá muchas veces del sistema de derecho -common law o civil law- del que derive el ordenamiento aplicable al contrato; por lo que podrá tratarse de un contrato muy detallado o de uno más corto que haga referencia a la legislación vigente. Esto es importante por cuanto los tribunales de los países que se rigen por el common law son muy estrictos a la hora de interpretar un contrato, mientras que los de los países que se rigen por el civil law incorporan la legislación relacionada con el contrato para su interpretación y para determinar ciertas obligaciones no mencionadas expresamente en el contrato, pero que derivan de la ley. En estos países además se entenderán obligatorias aún las disposiciones legales no imperativas, si las partes no han establecido algo diferente en el contrato. Igualmente, se considera que algunos principios generales son aplicables aún cuando no sean expresamente mencionados en el contrato, como es el caso de la buena fe, por lo que una cláusula contractual que vaya en contra de este principio podría ser anulada. Esto no es posible en los países que se rigen por el common law, si bien según señala la Guía, es cada vez más común que el principio de buena fe sea reconocido en las decisiones de los tribunales.

La Guía recomienda que el contrato de franquicia principal se ajuste más a las necesidades del franquiciador en cuanto a idioma y redacción, y los contratos de subfranquicia se redacten según las exigencias del país donde vayan a establecerse las unidades. En cuanto al idioma, deberá respetarse lo establecido en las legislaciones nacionales, en especial en relación con los documentos que deben ser registrados, como los contratos de licencia. Especial importancia tiene el idioma cuando se trata de los manuales operativos, que deben entregarse en el idioma de los subfranquiciados.

La Guía también señala la importancia del Preámbulo del contrato, donde se pueden aclarar conceptos, derechos y deberes generales, definir el sistema de franquicia y los elementos que lo constituyen, mencionar la legislación aplicable al contrato, etc. El Preámbulo puede ser utilizado por un tribunal o panel arbitral para interpretar el contrato, sobre todo en países donde la franquicia no es un contrato bien conocido, como es el caso de Costa Rica.

Por último, debe recordarse que al extender la franquicia al extranjero, el franquiciador deberá adaptar su contrato de franquicia a las condiciones nacionales del país anfitrión, para lo cual debe considerar factores como el idioma, la moneda en que se realizarán los pagos, los impuestos, la forma en que se debe manejar la propiedad intelectual, las diferencias culturales, las leyes sobre competencia, etc.; consideraciones en las que será de gran ayuda el subfranquiciador, por su mejor conocimiento del país y del mercado.

Tercera Parte- El contrato de franquicia principal internacional. Sujetos, objeto y función económica. Derechos y obligaciones de las partes.

3.1.- Sujetos

Como ya mencionamos, el contrato de franquicia principal internacional difiere un poco del contrato tradicional de franquicia. Los sujetos del contrato principal siguen siendo dos: el franquiciador y el subfranquiciador; sin embargo, dado el objeto particular de este contrato y la especial estructura de la franquicia principal, debe tenerse en cuenta también al subfranquiciado, aunque éste en realidad no sea parte de este contrato sino del de subfranquicia. Estos sujetos son empresas autónomas, independientes jurídica y financieramente.

El franquiciador o franquiciante es el dueño de un modelo de negocios para la producción de bienes o la prestación de servicios; modelo que incluye las marcas, el nombre comercial, el know how, y otros derechos de propiedad industrial. El subfranquiciador, por su parte, es el principal responsable de la introducción del sistema de franquicia en el país anfitrión y del desarrollo posterior de la red de franquicias. Dentro del territorio que se le ha otorgado, actúa como franquiciador respecto de los subfranquiciados, por lo que es el encargado de reclutar, formar y supervisar la actuación de éstos, y proveerles de los servicios como “franquiciador”.

Los subfranquiciados, por último, son los que implementan el modelo de negocios obtenido a través de la franquicia en establecimientos individuales (unidades de franquicia) que comercializan los bienes o servicios directamente a los usuarios finales.

Es de vital importancia para el éxito de la franquicia que el franquiciador escoja como subfranquiciador a una persona con la experiencia y conocimiento necesarios para introducir la franquicia en el país anfitrión. Las condiciones personales del subfranquiciador (o de sus directivos, si se trata de una persona jurídica) son fundamentales a la hora de determinar a quién otorgar la franquicia, sobre todo teniendo en cuenta que estos contratos son por lo general de larga duración, como veremos más adelante. De igual forma, el subfranquiciador deberá asegurarse de que el franquiciador tiene la experiencia necesaria en el manejo de franquicias que le permita asumir y cumplir sus obligaciones de asesoramiento y transmisión del know how, entre otras. Es por estas razones que al contrato de franquicia se le considera un contrato “intuitu personae” o en consideración a su persona.[7]

---

7 Romero Pérez, Jorge Enrique. Op. Cit., págs. 189 y 351.

Usualmente, el franquiciador ser relacionará únicamente con el subfranquiciador, y éste con los subfranquiciados, estableciendo una cadena en la cual el subfranquiciador es el eslabón intermedio. Esto facilita el funcionamiento de la franquicia, ya que generalmente el subfranquiciador conoce mejor el mercado del país anfitrión y sus costumbres; además de que protege al franquiciador de posibles responsabilidades respecto a los subfranquiciados y a los usuarios de éstos. Sin embargo, en ocasiones será necesario que el franquiciador se relacione directamente al subfranquiciado, en especial cuando se trata de la ejecución de derechos de propiedad intelectual, si la legislación nacional así lo exige. En estos casos, las relaciones contractuales directas se crean comúnmente a través de un contrato de licencia celebrado directamente entre el franquiciador y el subfranquiciado, que puede formar parte de un contrato de franquicia tripartito entre franquiciador, subfranquiciador y subfranquiciado, o que puede ser un contrato independiente, pero paralelo tanto en su firma como en su ejecución, al contrato de subfranquicia.

Por otra parte, el franquiciador puede reservarse la facultad de inspeccionar y controlar los establecimientos subfranquiciados, para asegurarse de que han implementado correctamente el modelo de negocios. Esto, sin embargo, no es recomendable, ya que desnaturaliza al contrato de franquicia principal al invadir competencias que son del subfranquiciador, y expone al franquiciador a responsabilidades legales que usualmente no tendría, al considerársele como posible responsable por las acciones de los subfranquiciados.

3.2.- Objeto

A diferencia del contrato de franquicia directo, que se refiere a la transmisión del modelo de negocios, en el contrato de franquicia principal se trasmite tanto el modelo de negocios como el derecho a otorgar subfranquicias, o sea, a trasmitir el mismo modelo a terceros; a cambio de un pago (que consiste generalmente en una cuota inicial y regalías periódicas). Por tratarse de una estructura en tres niveles, es entonces de gran importancia que tanto en el contrato de franquicia principal como en los contratos de subfranquicia se determine claramente cuáles son los derechos otorgados. El contrato de franquicia principal debe incluir una cláusula de otorgamiento que determine qué activos del franquiciador se licencian al subfranquiciador, para qué pueden ser utilizados, el territorio en que pueden ser utilizados, el plazo de dicha utilización, y el grado de exclusividad en el uso. Estos activos, para efectos prácticos, son incluidos en el contrato bajo dos categorías básicas: el sistema, que comprende el modelo de negocios, incluyendo el know how; y las marcas, que se refieren a las palabras o símbolos que identifican al sistema de franquicia y lo distinguen de otros.

El sistema se refiere básicamente al know-how, que representa el conjunto de experiencia ganada por el franquiciador en el curso de su actividad como empresario y como franquiciador. Es esta experiencia la que el franquiciador ha utilizado para desarrollar procedimientos y métodos que son efectivos para su tipo de negocios, y se complementa con el uso de las marcas, que contribuyen a formar la imagen del negocio (la apariencia general de las operaciones franquiciadas) y a dar más valor al propio know how. En general, el otorgamiento incluye el derecho a utilizar tanto el know how en su totalidad, como las marcas, así como a sublicenciarlos, para poder trasmitirlo a los subfranquiciados. La Guía menciona que entre los derechos de propiedad

intelectual que pueden incluirse en la cláusula de otorgamiento está el derecho de autor, en referencia a los materiales publicitarios, manuales de operaciones, software, menús, etc.; así como las patentes de invención.

En cuanto a la forma de utilización del sistema (know how), la cláusula de otorgamiento puede establecer tres posibilidades: el subfranquiciador puede sublicenciarlo a otros, puede desarrollar y dirigir sus propias unidades franquiciadas utilizando el sistema, o puede hacer ambas cosas. El otorgamiento de derechos sobre las marcas, por su parte, puede restringirse a los derechos necesarios para que el subfranquiciador pueda otorgar sublicencias y a la utilización de las marcas para el reclutamiento, nombramiento y supervisión de subfranquiciados.

Finalmente, la Guía menciona la importancia de determinar correctamente el territorio donde se podrán ejercer esos derechos, de forma que sea apropiado a los recursos económicos o humanos de que disponga el subfranquiciador. El territorio debe establecerse en la cláusula de otorgamiento, la cual debe incluir además cualquier restricción a los derechos otorgados, si el franquiciador se reserva algunos de ellos, y si los derechos son exclusivos para el territorio o no.

Más adelante desarrollaremos lo relativo a marcas y know how con más detalle, al referirnos a las cláusulas del contrato.

3.3.- Función

El contrato de franquicia principal internacional persigue la finalidad de reproducir en el país anfitrión el modelo comercial que el franquiciador ha probado con éxito en su propio país. Para lograr que esa reproducción sea lo más exacta posible, se utilizan los contratos de franquicia principal y subfranquicia, mediante el otorgamiento del derecho al uso tanto de las marcas que identifican al franquiciador como del sistema (know how) que éste ha implementado y probado con anterioridad. De esta forma se construye una estructura vertical que incluye al franquiciador, al subfranquiciador, y a una red de establecimientos franquiciados, a través de los cuales se realiza la distribución de bienes y servicios de igual calidad al usuario final. Se trata, por tanto, de un contrato de colaboración entre los sujetos que lo forman, cuyo fin es precisamente, la distribución de los bienes y la prestación de los servicios.

3.4.- Obligaciones del franquiciador.

La Guía divide las obligaciones del franquiciador en dos tipos: las que se producen al iniciarse el contrato (obligaciones iniciales) y las que perduran durante toda la ejecución de este (obligaciones continuas). Estas obligaciones deben estar claramente establecidas en el contrato, e incluyen en lo fundamental:

3.4.1.- Proporcionar información.

• información inicial: se entrega al subfranquiciado una vez que se ha firmado el contrato. Esta información permitirá al subfranquiciado adaptar el sistema de franquicia a las condiciones del mercado local. Generalmente se trasmite a través de la formación inicial y los manuales de operaciones.

• información continua: se refiere a la obligación del franquiciador de proporcionar información de forma regular al subfranquiciado sobre mejoras al sistema y acontecimientos que puedan afectar a la red de franquicias.

3.4.2.- Formación

Formación inicial: el franquiciador debe trasmitir al subfranquiciador todos los conocimientos necesarios para que éste pueda establecer y administrar la red de franquicia, incluyendo habilidades específicas como el uso de cierto software o el manejo de máquinas sofisticadas. Esta formación se da directamente al subfranquiciado, a sus gerentes o representantes, y es una condición fundamental para el éxito de la franquicia. Debe establecerse la forma, el costo, y los componentes de esa formación inicial.

Formación continua: se refiere a programas de formación adicional y de actualización. Dependiendo de la naturaleza de la franquicia implicada, estos programas de formación adicional pueden ser opcionales u obligatorios, y su duración y costo deberán también ser incluidos en el contrato.

3.4.3.- Entrega de manuales.

Esta es una obligación fundamental, ya que los manuales operativos contienen el know how y otros derechos de propiedad intelectual, sin los cuales no puede existir el contrato. De hecho, los manuales pueden, por disposición del propio contrato, considerarse como parte integral del mismo. El manual debe ser revisado por el subfranquiciador antes de firmar el contrato, bajo condición de confidencialidad, ya que de lo contrario podría considerarse que al no conocer su contenido, no pudo dar su consentimiento al respecto, lo cual podría viciar de nulidad al contrato. La Guía recomienda que para proteger el know how contenido en los manuales éstos deben ser entregados al subfranquiciador en calidad de préstamo, y deben ser devueltos al franquiciador al finalizar la relación contractual.

3.4.4.- Asistencia y otros servicios

La asistencia del franquiciador al subfranquiciador y aún a los subfranquiciados puede hacer la diferencia entre el éxito y el fracaso de la franquicia; de ahí que constituya otra de las obligaciones que pueden (y deben) ser incluidas en el contrato.

• asistencia inicial: se presta hasta la apertura de la primera operación piloto (lo cual veremos más adelante) y en ocasiones durante algún tiempo después. Su costo está generalmente incluido en la cuota inicial de la franquicia, y su duración dependerá tanto de dicha cuota como de lo negociado por las partes. La asistencia se brinda en relación con la operación de la franquicia, el manejo de personal, la contabilidad, etc.

• asistencia contínua: se refiere a la obligación, establecida en algunos contratos, que tiene el franquiciador de proporcionar consejo y asistencia técnica en relación con cuestiones administrativas, operacionales y técnicas, durante todo el plazo del contrato. De esta forma, el subfranquiciador, en lugar de contratar asesores externos, utiliza la asesoría del personal calificado del franquiciador, que tiene mayor experiencia en el manejo de la franquicia.

3.4.5.- Otras obligaciones

Además de las obligaciones anteriores, el franquiciador puede obligarse a suministrar las mercancías que el subfranquiciador y los subfranquiciados necesitan, ya sea por sí mismo o a través de proveedores por él autorizados, lo cual garantizaría un cierto nivel de calidad. Asimismo, es generalmente obligación del franquiciador la promoción internacional de la red de franquicia, a través de la creación de un fondo de publicidad al cual todos los subfranquiciadores contribuyen. Por último, la Guía menciona la obligación del franquiciador de proteger las marcas y otros derechos de propiedad intelectual, incluyendo el know how, que se licencien al subfranquiciador.

3.5.- Derechos del franquiciador

La guía no establece una lista de derechos, como lo hace con las obligaciones, por cuanto considera que en la mayoría de los casos los derechos del franquiciador se confunden con sus obligaciones, como es el control sobre la red, que es derecho en cuanto permite el control al subfranquiciador por parte del franquiciador, y deber en cuanto éste es responsable de salvaguardar la reputación de la red y asegurar que los niveles de calidad se mantengan. Se mencionan además otros derechos/obligaciones especificados en el contrato, entre ellos, el derecho a aprobar la ubicación de los establecimientos en el país anfitrión, el derecho a aprobar posibles subfranquiciados, el derecho a nombrar un director para la junta directiva del subfranquiciador o a recibir cuotas directamente de los subfranquiciados y el derecho a tratar directamente con los subfranquiciados con independencia de cualquier decisión tomada por el subfranquiciador. La propia Guía advierte que estos derechos modifican la naturaleza de la franquicia principal internacional y aumenta el riesgo de responsabilidad indirecta para el franquiciador, por lo que no es recomendable incluirlos en el contrato. Se menciona además la posibilidad de que el franquiciador conserve el derecho a realizar inspecciones periódicas a las unidades y de ofrecer al subfranquiciador consultas con respecto al funcionamiento de las unidades, así como incluso, la facultad de sancionar a los subfranquiciados que incumplan.

3.6.- Obligaciones del subfranquiciador

El subfranquiciador tiene obligaciones tanto hacia el franquiciador como hacia los subfranquiciados. Respecto al primero, se obliga a dirigir el sistema como lo haría el franquiciador; respecto a los segundos, debe comportarse como un franquiciador responsable y asumir las obligaciones relativas al desarrollo y mantenimiento de la red de franquicia. Para introducir la franquicia en el país anfitrión y desarrollar la red, el subfranquiciador asumirá las siguientes obligaciones:

3.6.1.- Apertura de operaciones piloto.

A los subfranquiciadores se les exige abrir este tipo de operaciones con el fin de determinar si el negocio de franquicia es viable en el país anfitrión, y para ajustar el sistema al nuevo mercado. Con una operación piloto, el subfranquiciador podrá además identificar las exigencias legales aplicables y en el futuro, apoyar a los subfranquiciados con un nivel adecuado de asesoramiento.

3.6.2.- Plan de desarrollo.

Para asegurar el desarrollo ordenado y realista del territorio, es común que el franquiciador imponga al subfranquiciador un plan de desarrollo de la franquicia que incluya la velocidad a la cual las nuevas unidades subfranquiciadas deben abrirse. De esta forma se logrará la explotación adecuada del territorio. Sin embargo, este punto debe negociarse y establecerse cuidadosamente, ya que podría desincentivar al subfranquiciador

o incluso tentarlo a otorgar subfranquicias a personas no calificadas con el objetivo de cumplir el plan de desarrollo.

3.6.3.- Obligaciones operacionales.

En el contrato deben establecerse claramente los criterios que debe utilizar el subfranquiciador para seleccionar a los subfranquiciados, así como su obligación de darles formación. Una vez firmados los contratos de subfranquicia, el subfranquiciador debe garantizar que los subfranquiciados cumplan con los términos de dichos contratos, para lo cual se le debe asegurar el manejo flexible de la red. Deberá además garantizar que los subfranquiciados cumplan con sus obligaciones de proporcionar información financiera y de pagar puntualmente sus obligaciones. Es también su responsabilidad velar por el cumplimiento de las leyes de protección de propiedad intelectual, aunque le corresponde al franquiciador adoptar procedimientos de ejecución contra los infractores. En algunos casos el franquiciador exigirá que el subfranquiciador cuente con cierta estructura administrativa y operacional que le permita establecer y desarrollar la red.

3.7.- Derechos del subfranquiciador

La Guía no contiene una sección específica que recoja los derechos del subfranquiciador; sin embargo, estos son correlativos a las obligaciones del franquiciador, e incluyen el derecho a obtener, explotar (en algunos casos) y sublicenciar el sistema de franquicia, y a recibir información, formación y asistencia técnica del franquiciador.

3.8.- Relación con el contrato de subfranquicia.

Aunque no es el objeto principal de este trabajo, nos referiremos brevemente a los lineamientos que establece la Guía respecto al contrato de subfranquicia, de forma que podamos comprender más fácilmente las relaciones entre las partes en la red de franquicia.

Si bien el subfranquiciador es quien generalmente escoge al subfranquiciado y firma el contrato con él, el franquiciador puede determinar la forma de este contrato, ya sea que imponga la utilización de su contrato de franquicia de unidad tipo con excepción de las cláusulas que entren en conflicto con leyes, costumbres, o prácticas comerciales obligatorias del país anfitrión, o que proporcione la estructura básica para el contrato, con algunas disposiciones obligatorias, pero dejando su redacción efectiva al subfranquiciador, lo cual sería lo más conveniente. En cualquier caso, el contrato de subfranquicia siempre tendrá que cumplir las leyes y reglamentos del país anfitrión, razón por la cual el subfranquiciador tiene más capacidad para decidir cómo debe redactarse el contrato, eso sí, siempre que respete el objetivo del contrato y el derecho del franquiciador de proteger el sistema de franquicia.

El franquiciador no es parte en este contrato; sin embargo, podría ser nombrado beneficiario, si las leyes del país lo permiten, a efectos de cobrar seguros, por ejemplo.

En caso de incumplimiento por parte de los subfranquiciados, es responsabilidad del subfranquiciador hacer cumplir el contrato. En el contrato deberá además señalarse algún medio por el cual los subfranquiciados puedan comunicarse directamente con el franquiciador, en caso de que se produzca un incumplimiento por parte del subfranquiciador.

Cuarta parte- Otras cláusulas del contrato de franquicia principal internacional.

Además de identificar a los sujetos, establecer los activos que se licenciarán, y

determinar los derechos y obligaciones de las partes, en el contrato de franquicia principal internacional se deberán incluir otras cláusulas de suma importancia para asegurar la buena marcha del negocio y facilitar las relaciones entre las partes. A continuación mencionamos algunas de ellas, siguiendo siempre las indicaciones de la Guía.

4.1.- Duración y renovación del contrato.

Es imprescindible que en el contrato se determine claramente cuál es su duración, si es susceptible de ser renovado y en caso afirmativo, cuál es el procedimiento de renovación.

Las partes deben negociar el plazo teniendo en cuenta que si bien al franquiciador le puede resultar más beneficioso establecer un plazo relativamente corto, esto no sólo podría ser perjudicial para el subfranquiciado, sino además, para la propia franquicia, ya que la expiración del plazo afectará no sólo al subfranquiciador, sino a los subfranquiciados, cuyos contratos terminarían al expirar el plazo del contrato de franquicia principal. Otro argumento a favor de un plazo largo es la necesidad de que el subfranquiciado pueda recuperar la inversión que va a realizar para establecer la red de franquicia, y que es generalmente bastante grande. La Guía menciona que es común que este tipo de contratos tenga un plazo de veinte años.

Un aspecto importante en este tema es la renovación del contrato. Debe establecerse en el contrato si éste puede ser renovado, y de serlo, si dicha renovación operará de forma automática o si se le exigirá al subfranquiciador ciertas condiciones, entre las cuales la Guía incluye: que no exista incumplimiento de una obligación sustancial al momento de la renovación; que haya observado y cumplido sus obligaciones durante el término del contrato; que no tenga deudas monetarias; que firme una renuncia general de reclamaciones contra el franquiciador; que comunique por escrito al franquiciador su intención de renovar el contrato antes del vencimiento de éste; que pague una cuota de renovación; o que exija a los subfranquiciados la renovación o remodelación de las instalaciones.

4.2.- Publicidad de la franquicia

Un aspecto de gran influencia en la posibilidad de éxito de la franquicia en un territorio nuevo es la publicidad, la cual puede contribuir en gran medida al desarrollo del prestigio y la imagen pública del sistema franquiciado. De ahí la importancia de determinar en el contrato cuál de las partes deberá soportar la carga de recursos humanos y económicos que conlleva la publicidad.

Al negociar este punto se debe buscar un equilibrio entre el deseo de control sobre la publicidad que el franquiciador pueda tener y que puede deberse a factores como la protección de sus marcas, el control de la publicidad engañosa y la estandarización de la imagen global del sistema de franquicia; y la necesidad de adecuar la publicidad a las condiciones del país anfitrión, cosa que puede realizar con mayor éxito el subfranquiciador e incluso los subfranquiciados. Lo anterior hace necesario que las partes determinen en el contrato el grado de control que el franquiciador ejercerá sobre la publicidad, y que puede consistir en el derecho a aprobar todos los materiales publicitarios, o en proporcionar pautas o estándares para que el subfranquiciador y los subfranquiciados desarrollen su propio material.

La Guía llama la atención sobre la necesidad de establecer en el contrato quién traducirá el material publicitario suministrado por el franquiciador, si fuere el caso, y quién pagará por dicha traducción; debe hacerse referencia además a los derechos exclusivos que el franquiciador tendría sobre las traducciones.

Por último, debe determinarse la forma en que se pagará la publicidad, o sea de dónde se obtendrán los recursos financieros. En este sentido, puede establecerse la responsabilidad total del subfranquiciador de financiar la publicidad realizada en su territorio; que el subfranquiciador deba aportar un pequeño porcentaje de sus ingresos brutos al franquiciador por la publicidad que éste realice en el territorio; o que tal publicidad sea responsabilidad únicamente del franquiciador, siempre en términos financieros. Una alternativa a este sistema de publicidad local la constituyen los fondos de publicidad, que pueden cubrir una región o territorio administrativo dentro de un país, o ser nacionales, supranacionales (es decir, abarcar una región geográfica que comprenda más de un país, por ejemplo la Unión Europea), o internacionales, incluyendo dentro de su ámbito algunos países diferentes que no se encuentran necesariamente dentro de la misma región. Con estos fondos se pueden maximizar los aportes financieros al comprender territorios más amplios donde se utilizará la misma publicidad.

4.3.- Suministro de equipo, productos y servicios.

El acceso a productos y servicios es fundamental para que la red de franquicia mantenga estándares de calidad, integridad y uniformidad. Por esto es necesario que en el contrato se defina cómo se realizará el abastecimiento de equipo, productos o servicios esenciales. Estos pueden ser proveídos por el franquiciador, o por terceros que él haya aprobado, con el fin de asegurar la calidad y uniformidad mencionadas. Los productos o servicios son clasificados por la Guía en dos grupos: aquellos que se identifican con las marcas del sistema y que se ofrecen a los clientes finales, y aquellos que son suministrados como parte del sistema de franquicia y que dan a los miembros de la red una ventaja competitiva. Los primeros tienden a tener características únicas, mientras los segundos, aún sin ser exclusivos del sistema de franquicia, son necesarios para realizar su operación (equipo de cómputo, por ejemplo). Estos últimos pueden ser suministrados por cualquiera.

En cualquiera de los dos casos es preferible que los productos puedan adquirirse de fuentes dentro del país anfitrión, ya que de esta forma se evitarían costos extras y posibles dificultades de índole legal. Se recomienda que cualquier acuerdo relativo al suministro se firme en un contrato de suministro aparte, para que pueda hacerse con más detalle.

4.4.- Propiedad intelectual.

La propiedad intelectual incluye, en lo concerniente al contrato de franquicia principal, las marcas (y nombres comerciales) y el derecho de autor.

4.4.1.- Marcas

El contrato debe asegurar que el franquiciador pueda controlar el uso de la marca por parte del subfranquiciador y de los subfranquiciados, a través de la inclusión de disposiciones que determinen claramente el uso que éstos pueden darle a la marca, los

límites de dicho uso, la prohibición de utilizar las marcas como parte del nombre corporativo o comercial del subfranquiciador con o sin el consentimiento del franquiciado, la obligación del subfranquiciador de supervisar la forma en que los subfranquiciados utilizan la marca y la manera en que se llevan a cabo los servicios relacionados con la misma.

Se deberá establecer además a quién corresponde perseguir a los infractores de las leyes de protección de propiedad intelectual, así como aquellos que incurran en competencia desleal. Esta tarea puede corresponderle al franquiciador, al subfranquiciador o a ambos conjuntamente, según se establezca en el contrato.

La Guía menciona la posibilidad de que a un subfranquiciador se le impida hacer uso de la marca en virtud de un procedimiento establecido por un tercero que tenga mejor derecho sobre la misma. En este caso, es importante que el contrato determine quién, franquiciador o subfranquiciado, asumirá el riesgo de tal evento.

Por último, se hace referencia al caso de que la legislación nacional impida que las marcas sean sublicenciadas por el subfranquiciador al subfranquiciado. En este caso, se deberá firmar un contrato directo de licencia entre el franquiciador y el subfranquiciado, conjuntamente con el contrato de subfranquicia que éste firma con el subfranquiciador.

4.4.2.- Derechos de autor

Este derecho, como ya mencionamos, puede estar protegido en un contrato de franquicia principal en relación con los manuales de operación, formas o modelos, materiales publicitarios o decorativos, menús, etc. En el contrato debe hacerse referencia a las consecuencias de la infracción a estos derechos, en especial, a través de la piratería.

4.5.- Know How y secretos comerciales

El know how se refiere al conjunto de conocimientos profesionales que es adquirido por las personas dedicadas a una actividad específica y que es distintivo de esa actividad; conocimiento que es usualmente una combinación de información fáctica acerca de la actividad y de la experiencia obtenida en su ejercicio. También conocido como “trade secrets” (secretos comerciales) y “confidential or undisclosed information” (información confidencial o no comunicada); el know how no es susceptible de protección como las patentes, marcas y derecho de autor, pero se le incluye como un derecho de propiedad intelectual. Al ser un elemento fundamental de la franquicia, es imprescindible que tanto el contrato de franquicia principal como el de subfranquicia establezcan disposiciones claras dirigidas a su correcta utilización y protección; dado que al constituirse en una ventaja sobre los competidores, debe considerarse como un secreto comercial que por su valor económico debe ser protegido, lo cual justifica la obligación a las personas con acceso a él de no comunicarlo a terceros.

Esta obligación se traduce en dos cláusulas que generalmente son incluidas en los contratos: la cláusula de no competencia y la cláusula de confidencialidad. La cláusula de competencia prohíbe al subfranquiciador y a los subfranquiciados dedicarse a una actividad mercantil que compita con la del franquiciador durante y hasta cierto tiempo después de terminado el contrato (donde la legislación lo permita), e incluso participar en el capital de

empresas competidoras, para evitar el riesgo de comunicación del know how. La cláusula de confidencialidad, por su parte, les impone la obligación de no divulgar los conocimientos adquiridos en el ejercicio de la actividad franquiciada. La cláusula de confidencialidad protege no sólo al know how, sino también cualquier otra información confidencial que el franquiciador entregue al subfranquiciador y a los subfranquiciados; y puede extenderse a los empleados de ambos a través de la firma de acuerdos de confidencialidad con cada uno de ellos. Estos acuerdos no terminan con la finalización del contrato, sino que siguen vigentes mientras la información protegida no se haga pública, o incluso si se hace pública por incumplimiento del deber de confidencialidad del subfranquiciador o subfranquiciados.

En el contrato de franquicia comercial, el know how es comunicado mediante el manual de operaciones y la formación inicial y continua que el franquiciador proporciona al subfranquiciado.

La Guía menciona la posibilidad de que el subfranquiciador o los subfranquiciados desarrollen su propio know how durante la vigencia del contrato. En este caso, lo procedente sería que este know how independiente del trasmitido por el franquiciador sea licenciado a éste y a toda la red de franquicia, de forma no exclusiva, mediante las llamadas cláusulas de reciprocidad o "grantback". Esta cláusula por supuesto debe estar incluida en ambos contratos.

4.6.- Modificaciones al sistema de franquicia

El contrato de franquicia debe ser redactado de forma tal que se resguarde el derecho discrecional del franquiciador para introducir modificaciones unilaterales al sistema, aún cuando supongan un incremento de las obligaciones de las demás partes, teniendo en cuenta por supuesto la legislación nacional relativa a cláusulas abusivas o injustas y los estándares de buena fe y razonabilidad. Esto último permitiría que el franquiciador pueda introducir modificaciones necesarias cuando se produzcan situaciones imprevistas en la ejecución del contrato, si se ajusta a los estándares comerciales de razonabilidad. La Guía menciona como aspectos donde es más probable que sea necesario un cambio, los siguientes: ubicación y naturaleza del establecimiento, derechos territoriales, clientes a los que se dirige el sistema, productos y servicios ofrecidos, métodos de mercadotecnia y distribución, marcas e imagen comercial, renovación de locales, nuevas obligaciones, estándares de cumplimiento superiores, etc.

Aquí es importante acotar, por nuestra parte, que en muchas legislaciones una modificación unilateral del contrato que pueda causar perjuicios a la otra parte sería causa de resolución del contrato con las consecuencias que de ello se derivan para el franquiciador. Así, por ejemplo, en Costa Rica existe una posición doctrinal que considera que el contrato de franquicia debe regirse por las disposiciones de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras,[8] según la cual una de las causas por las que el representante puede poner fin al contrato con responsabilidad para la casa extranjera, y por tanto reclamar la indemnización, es la modificación unilateral del contrato por parte de la casa extranjera, cuando se produzca una lesión a los intereses o derechos del representante. Este sector de la doctrina aplica por analogía las normas de

8 Al respecto, véase Bernal y Jiménez, Op. cit., pág. 119 y ss., y Carvajal Carvajal Marianela, op. cit.

esta Ley a la franquicia, por ser contratos con ciertas características similares; sin embargo, otra posición doctrinal señala que esta materia debe regirse por la teoría general del contrato.[9] En este sentido, creemos importante citar la jurisprudencia que considera que la Ley citada no puede aplicarse por analogía a otras situaciones que no sean las expresamente previstas en la misma, por tratarse de ius singulare.[10] De cualquier forma, la misma discusión existente en nuestro país es una muestra de la dificultad a la hora de tratar este tema.

Por lo controversial del tema y los problemas legales que podría suscitar, la Guía sugiere que las modificaciones sean negociadas a la hora de renovar el contrato, a cambio de ciertas concesiones al subfranquiciador o subfranquiciados (expansión territorial, extensión del plazo, autorización para transferir la franquicia) o mediante el uso de documentos distintos al contrato, como los manuales operativos. Asimismo, recomienda utilizar políticas de comunicación con el subfranquiciador y subfranquiciados, donde se establezcan un número máximo de cambios, se otorguen incentivos o ayuda financiera, etc.

4.7.- Venta, cesión y transferencia de la franquicia.

Las partes deben considerar e incluir en el contrato la posibilidad de vender, ceder o traspasar sus derechos en el contrato de franquicia. Esta transferencia podría darse con motivo de una reestructuración interna, de incapacidad, muerte o insolvencia de una de las partes, o simplemente por el deseo de terminar la relación.

En general, el franquiciador se reserva el derecho de autorizar la transferencia de los derechos del subfranquiciador, ya que una relación de franquicia se basa en la confianza entre las partes y una de los elementos que el franquiciador ha tomado en cuenta para establecer esa relación es precisamente la calidad personal de subfranquiciador y sus cualidades como empresario. De ahí que se establezcan restricciones para la transferencia de sus derechos, de forma que el franquiciador pueda comprobar que el nuevo subfranquiciador tiene la capacidad y la posibilidad de cumplir con sus obligaciones. En cuanto a la forma de otorgar la autorización de transferencia, la Guía señala dos posibilidades: el franquiciador tiene el derecho único y absoluto de conceder o negar su consentimiento, o éste puede estar sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones, diseñadas para asegurar que el nuevo subfranquiciador tiene las cualidades que se consideran necesarias según lo dicho arriba y a finiquitar la relación con el subfranquiciador anterior. Ejemplo de estas condiciones serían: que no exista incumplimiento contractual por parte del subfranquiciador, que éste renuncie a cualquier reclamo contra el franquiciador, que el cesionario demuestre que cumple con los requisitos para ser subfranquiciador y firme un nuevo contrato, que el cedente pague una cuota de transferencia, etc. Debe tenerse en cuenta que estos requisitos variarán según se trate de una transferencia voluntaria, o si ésta se da por quiebra, insolvencia o incluso

9 Idem.

10 Sentencia No. 001-F-94, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas del 5 de Enero de 1994. Citada por Pérez Vargas, Víctor, Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, Primera Edición, Litografía e Imprenta LIL S.A., San José, 2005, pág. 24 y ss.

incapacidad o muerte del subfranquiciador, casos en que se deberá acudir a la legislación de los países involucrados para determinar los posibles derechos y obligaciones de las partes en cada caso concreto.

Finalmente, la Guía menciona la posibilidad de que el franquiciador se reserve el derecho de tanteo, o sea, retenga el derecho a adquirir los intereses del subfranquiciador en los mismos términos y condiciones que los ofrecidos por el cesionario propuesto, en cuyo caso de existir unidades de franquicia dirigidas por el subfranquiciador, se convertirán en unidades del franquiciador, y las unidades dirigidas por los subfranquiciados pasarán a ser unidades de franquicia ordinarias.

El franquiciador, por su parte, no está limitado para transferir sus derechos, por dos motivos fundamentales: la posibilidad de que existan muchos subfranquiciadores en el sistema, lo cual haría muy difícil obtener el consentimiento de todos y por tanto virtualmente imposible la transferencia, y la restricción a la comerciabilidad del sistema de franquicia que tal restricción significaría. Por estas razones los contratos de franquicia generalmente otorgan total libertad a los franquiciadores para transferir sus intereses sin ninguna limitación.

De cualquier forma, el contrato debe contemplar si se permite o no la transferencia, y si ésta estará sujeta a autorizaciones. Es importante que, en caso de que se restrinja la transferencia por parte del subfranquiciador, se aclare que esa restricción se extiende a cualquier tipo de transferencia, ya sea directa o indirecta, de sus intereses, para cubrir los traspasos de acciones de la empresa subfranquiciadora, si se trata de una persona jurídica.

4.8.- La Responsabilidad por hechos de otro, indemnización y seguro.

4.8.1.- Responsabilidad por hechos de otro.

A pesar de que uno de los principios del contrato de franquicia en cualquiera de sus modalidades es la independencia jurídica y financiera entre las partes, en ciertas circunstancias pueden presentarse reclamos contra el franquiciador por incumplimientos del subfranquiciador o de los subfranquiciados, lo cual constituye una fuente de riesgos para el primero. Este tipo de reclamos se pueden basar en la percepción de que entre ambos existe un contrato de agencia comercial, lo que implica un control del franquiciador sobre las operaciones diarias de los subfranquiciados; o en el hecho de que ante el público, el subfranquiciado se identifica con el franquiciador, ya que utiliza sus marcas, sus productos, etc., y es muy difícil para el público reconocer el tipo de relación que une a las partes, por lo que generalmente se le confunde con un agente del franquiciador o con una sucursal del mismo. Para evitar estos riesgos, se recomienda que el franquiciador no retenga un control riguroso sobre los subfranquiciados, como ya mencionamos anteriormente, ya que además, este control debe ser facultad del subfranquiciador. La Guía menciona también la posibilidad de que los subfranquiciados tengan la obligación de anunciar en sus establecimientos, que éstos funcionan como franquicia y que por tanto son independientes del franquiciador, e incluso, del subfranquiciador.

4.8.2.- Indemnización

El contrato de franquicia principal internacional debe establecer con claridad qué parte asumirá responsabilidad en caso de incumplimientos contractuales o daños a terceros. En general, el franquiciador asumiría la responsabilidad exclusiva y absoluta por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluidas costas judiciales y honorarios legales razonables) que surja de cualquier reclamación, acción, petición administrativa u otra investigación relacionadas con la gestión del negocio (como problemas con el producto o infracciones a los derechos de propiedad intelectual), con independencia de la razón que la provocó. Por su parte, el subfranquiciador asumiría la responsabilidad por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluidas igualmente costas judiciales y honorarios legales razonables) que surjan de reclamaciones, acciones, peticiones administrativas u otras investigaciones relacionadas con el funcionamiento de su negocio, incluyendo aquellas relacionadas con conductas atribuibles a sus subfranquiciados, si fuese el caso. Ejemplos de estas acciones serían los perjuicios provocados al franquiciador como resultado de una actividad prohibida al subfranquiciador, y que pueden consistir en la pérdida de un derecho perteneciente al franquiciador (como los relacionados con propiedad intelectual) o la pérdida de beneficios. No será responsable, sin embargo, por acciones resultantes de accidentes ocurridos como consecuencia de un uso legítimo y adecuado de la franquicia, o si se plantean acciones contra el franquiciador como consecuencia del uso por el subfranquiciador de las marcas o del sistema de franquicia, si éstos se utilizaron conforme al contrato.

En cualquier caso, debe establecerse la obligación de ambas partes de informar a la otra sobre la existencia de cualquier acción legal o administrativa, o de resolución final que declare responsable a una de las partes o que podría afectarla, y el plazo en que debe darse dicha información. Asimismo, debe aclararse cuál de las partes deberá asumir la defensa en caso de tales reclamos, quién correrá con los gastos de defensa, y en qué condiciones podría llegarse a un acuerdo. La Guía menciona que generalmente se autoriza a la parte en cuyo país se establece el reclamo, aunque es importante tener en cuenta ante qué tipo de reclamo nos encontramos y sobre cuál se las partes podría recaer la responsabilidad. El franquiciador generalmente se reserva el derecho a elegir si quiere o no ejercer la defensa, aunque tratándose se derechos de propiedad intelectual, esto dependerá de la legislación de cada país.

Es importante señalar que tanto las responsabilidades del franquiciador como las del subfranquiciador se refieren a la parte que haya firmado el contrato, por lo que si son personas jurídicas, no podrá recaer dicha responsabilidad sobre sus directivos, agentes o socios, excepto que exista una reclamación especial al respecto.

Por último, para limitar los riesgos, se recomienda que el contrato establezca la prohibición de que el subfranquiciador realice manifestaciones o dé garantías en relación con los productos obtenidos del franquiciador, que vayan más allá de las manifestaciones o garantías dadas por éste; así como la revisión por ambas partes de sus pólizas de seguro de responsabilidad, de forma que estén actualizadas y cubran cualquier eventualidad.

4.8.3.- Seguros

Con el fin de asegurar que en caso de incumplimiento la parte responsable podrá afrontar el pago de indemnizaciones, el contrato debe establecer el tipo de seguro que ambas partes deberán adquirir. En el caso del

subfranquiciador, es común sobre todo en los contratos de franquicia principal originados en Estados Unidos, Europa y Australia, que se le obligue a adquirir un seguro contra riesgos de responsabilidad ante terceros y contra daños a la propiedad, así como por daños causados por la interrupción del negocio; obligación que será exigible también a los subfranquiciados. La cobertura mínima de estas pólizas se determinaría según la práctica del país anfitrión, y se puede extender al franquiciado, sus ejecutivos y funcionarios, para evitar que resulten perjudicados. Se recomienda que las pólizas sean revisadas de forma periódica para ajustar las coberturas, si fuera necesario. Es importante tener en cuenta siempre la legislación y las coberturas existentes en cada país. Para minimizar los riesgos de demandas de terceros (entre ellos clientes de los subfranquiciados) contra el franquiciador, la Guía recomienda que se incluya al subfranquiciador y a los subfranquiciados en la póliza de seguro del franquiciador, cosa que por supuesto elevaría muchísimo el monto a pagar por la póliza; o que se busque algún tipo de cobertura en el mercado de seguro extranjero que pueda cubrir ese riesgo.

También para asegurar que las pólizas se mantengan vigentes, el franquiciador puede exigir que se le envíen copias de los recibos de pago, y si la legislación lo permite, establecer la posibilidad de subrogarse en lugar del subfranquiciador para continuar pagándolas, o incluso, suscribir las pólizas si el subfranquiciador no lo ha hecho; casos en los cuales por supuesto podrá requerir al subfranquiciador el reembolso de los costos y gastos en que incurrió.

Es recomendable que las mismas exigencias que se hacen al subfranquiciador en cuanto a seguros, se extiendan a los subfranquiciados, lo cual debe hacerse constar así en el contrato de franquicia principal.

4.9.- Disposiciones sobre acciones en caso de incumplimiento contractual.

La Guía es enfática en cuanto a la importancia de redactar correctamente y de forma clara las disposiciones relativas a las acciones de que disponen las partes en caso de que se produzca un incumplimiento contractual, por la importancia de los bienes y derechos involucrados. Se recomienda evitar términos generales e imprecisos como incumplimiento “material” o “sustancial”. Partiendo de que los incumplimientos se dan generalmente en relación con el derecho de desarrollar la franquicia, y con las funciones del subfranquiciador como franquiciador en el país anfitrión y su relación con los subfranquiciados, la Guía distingue entre la posibilidad de pedir la rescisión del contrato, y otras acciones de que disponen las partes.

4.9.1.- Rescisión

A diferencia de los contratos comerciales corrientes donde ambas partes generalmente tienen el mismo derecho a rescindir el contrato ante el incumplimiento de la otra parte, en los contratos de franquicia principal lo usual es que únicamente el franquiciador tenga este derecho. Sólo en ciertos casos, como el incumplimiento en el suministro por parte del franquiciador, podría el subfranquiciador acudir también a la rescisión. Esta situación que a todas luces es injusta, según la Guía se justifica en el hecho de que el franquiciador, ante el incumplimiento del subfranquiciador, necesita actuar de forma rápida para proteger preservar su nombre comercial, marcas de fábrica, marcas de servicio y el prestigio asociado con ellos y con sus otros derechos de propiedad intelectual, así como su información confidencial y know-how; además de poder decidir rápidamente qué hacer con la red de

subfranquiciados y actuar sin la dilación que supone un juicio común por incumplimiento contractual. El subfranquiciador, se dice, podrá siempre acudir a la acción por daños por incumplimiento del contrato. Por otro lado, es muy posible que el subfranquiciador no tenga interés en rescindir el contrato aún cuando esté autorizado por éste a hacerlo, ya que supondría poner fin a su negocio y perder su fuente de ingresos.

El contrato establecerá las circunstancias en que el franquiciador podrá tener por rescindido el contrato, entre otras: la insolvencia, quiebra o liquidación del subfranquiciador; el fracaso de éste en cumplir el plan de desarrollo; el mal uso o infracción de los derechos de propiedad intelectual; la imposibilidad del subfranquiciador de hacer que los subfranquiciados cumplan con sus obligaciones contractuales; el incumplimiento de las obligaciones de información y pago; y cualquier otro incumplimiento contractual, que por supuesto, debe ser relevante.

En general se establecerá un plazo para que el subfranquiciador subsane el incumplimiento, antes de proceder a rescindir el contrato. Otra posibilidad, cuando el incumplimiento se refiere a la ejecución del plan de desarrollo, es que el subfranquiciador pague al franquiciador las llamadas “regalías fantasmas”, que en realidad pueden ser consideradas como una forma de liquidación por daños, en orden a preservar los derechos de desarrollo; éstas podrán pagarse por un período de tiempo determinado, y si en ese tiempo no se ha subsanado el incumplimiento, el franquiciador no podrá continuar recibiendo las regalías fantasmas, y podrá ejercer las acciones por incumplimiento. En estos casos de incumplimiento del plan de desarrollo, la rescisión podrá ser únicamente en relación con el derecho de desarrollo, y no respecto al resto de las unidades subfranquiciadas ya establecidas.

4.9.2.- Otras acciones distintas de la rescisión.

Para evitar los problemas que trae una rescisión contractual en el caso de las franquicias principales, donde el franquiciador no siempre está al tanto de cómo funciona la red de franquicia, la Guía propone una serie de acciones alternativas a la rescisión, las cuales se adoptarían en dependencia del tipo de incumplimiento de que se trate. Así, cuando se produce un incumplimiento por parte del subfranquiciador en relación con el manejo y explotación de la red, se sugieren las siguientes acciones: dar mayor apoyo para elevar los estándares hasta el nivel requerido por el franquiciador; formar y readaptar al personal clave del subfranquiciador para asegurar que entienden cómo debe funcionar la red y en qué se está fallando; y dar apoyo publicitario y de mercadotecnia para estimular el crecimiento de las ventas. Si el incumplimiento se debe a dificultades financieras, se sugiere entonces que se aliente o ayude al subfranquiciador a considerar la venta del negocio a una tercera parte bien financiada, a encontrar un socio financiero, o a obtener apoyo de un fondo de inversión de capital. El franquiciador puede además reestructurar la deuda, o acudir a una demanda únicamente para recuperar lo debido o los perjuicios, sin rescindir el contrato. Sin embargo, la utilización de medidas que conlleven procedimientos judiciales no es recomendada por la Guía, ya que podrían empeorar las relaciones entre las partes.

La Guía menciona como posibles acciones a tomar por el subfranquiciador en caso de incumplimiento contractual o liquidación

por parte del franquiciador, la posibilidad de convertir el contrato de franquicia en uno de licencia y de comprar las marcas para usarlas en su país, todo a través de negociaciones con el liquidador o depositario del negocio del franquiciador. Sin embargo, si bien esto sería posible en caso de liquidación, no nos parece una solución viable cuando se produce un incumplimiento contractual de parte del franquiciador; y dado que la costumbre indica que los contratos generalmente no incluyen la posibilidad del subfranquiciador de acudir a la rescisión, la única salida sería la demanda ordinaria por incumplimiento contractual y la solicitud del pago de daños y perjuicios, o si la legislación lo permite, la solicitud de ejecución forzosa del contrato, que de cualquier modo, podría ser extremadamente difícil por existir diferentes jurisdicciones involucradas.

4.10.- Disposiciones relativas a la terminación de la relación y sus consecuencias.

4.10.1.- Modos en que puede terminar la relación.

La Guía menciona cuatro formas en que puede terminar el contrato de franquicia: el vencimiento del plazo del contrato, la rescisión por parte del franquiciador según lo estipulado en el contrato, la rescisión por parte del subfranquiciador según lo estipulado en el contrato, y el ejercicio por parte del subfranquiciador de alguna acción legal para rescindir el contrato. Consideramos que esta clasificación tiende a complicar el tema, que en realidad se resume a la terminación normal del contrato por su vencimiento, en el primer caso, o anormal, por rescisión u otra acción legal, en los otros tres casos mencionados.

En cuanto a la terminación por vencimiento del término por haber llegado el contrato a su fin, deberá determinarse en el propio contrato si procede o no ampliar el plazo o renovar el contrato. En el primer caso, deberá estipularse qué sucede si una de las partes decide no renovar el contrato o ampliar el plazo (sobre todo en el caso del franquiciador, si el subfranquiciador ha incumplido o está en ese momento incumpliendo el contrato); todo lo cual ya se analizó en la cláusula referente al plazo o duración del contrato. En el segundo caso, el subfranquiciador podría negociar (al momento de firmar el contrato, por supuesto) la inclusión de algún tipo de remuneración en razón del valor del negocio desarrollado; además debería preverse qué sucedería con las unidades subfranquiciadas.

El contrato puede terminar también de forma anormal cuando se produce un incumplimiento de una de las partes lo que puede dar lugar a la rescisión por parte del franquiciador o por parte del subfranquiciado si tiene esa opción (como vimos en el apartado anterior), o a que este último adopte alguna acción legal (como el reclamo de daños por incumplimiento) para poner fin a la relación contractual. La Guía subraya la importancia de dar suficiente atención a las posibles consecuencias de la terminación anormal del contrato durante la negociación y posterior firma de éste.

4.10.2.- Consecuencias de la terminación del contrato.

Para el subfranquiciador, el fin de la relación de franquicia implica normalmente la pérdida de los derechos a desarrollar el territorio; a actuar como franquiciador respecto a los subfranquiciados; a usar las marcas, nombres comerciales, y cualquier otro bien o derecho propiedad del franquiciador, incluyendo por supuesto el know how y la información

confidencial; además podría ser obligado por el contrato a transferir los contratos de subfranquicia al franquiciador, a vender a éste determinados activos si se ha reservado ese derecho, y a respetar la cláusula de no competencia, entre otros deberes.

Un aspecto importante a tener en cuenta cuando se negocia el contrato de franquicia principal es qué va a suceder con las unidades subfranquiciadas cuando el contrato principal llegue a su fin. Por regla general, y cuando no hay provisión al respecto, al expirar el contrato principal también expirarían automáticamente los de subfranquicia, lo cual implica que las unidades tendrían que dejar de usar el sistema de franquicia, las marcas de fábrica y toda indicación que las identifiquen como parte de la red de franquicia, lo cual equivaldría en la práctica a tener que cerrar sus establecimiento. Sin embargo, esto puede ser contrario a los intereses de todas las partes incluido el franquiciador, así como a la ejecución del plan de desarrollo, ya que nadie firmaría un contrato de subfranquicia sabiendo que tiene pocos años para explotar la unidad y recuperar la inversión. Por esta razón, la Guía sugiere varias posibilidades que podrían incluirse en el contrato principal, entre ellas, que ciertas partes de este contrato se mantengan en vigor únicamente con relación a las unidades ya existentes, de forma que el subfranquiciador pueda continuar atendiendo a las unidades creadas por él y recibir las regalías de esta hasta la expiración de cada contrato de subfranquicia individual; mientras que el franquiciador podría seguir desarrollando nuevas unidades dentro del territorio, ya sea directamente o a través de otro subfranquiciador. Otra posibilidad es que el franquiciador se comprometa a firmar contratos de franquicia directamente con los subfranquiciados por el período que reste de sus contratos. La última posibilidad, que la Guía reconoce como la única alternativa práctica, es que el subfranquiciador ceda al franquiciador todos sus derechos en todos y cada uno de los contratos de subfranquicia, de forma que el franquiciador se haga cargo de la red. Ante esta última alternativa, señala la Guía, debe tomarse en cuenta la posibilidad de una compensación financiera a favor del subfranquiciador, lo cual podría incluso ser exigible en determinadas jurisdicciones para tener por válida la cesión.

4.11.- Disposiciones sobre el derecho aplicable

La definición en el contrato de franquicia principal del derecho aplicable tanto a este contrato como a los de subfranquicia es de vital importancia, ya que del derecho aplicable dependerán en gran medida no sólo los derechos y obligaciones de las partes, sino incluso la misma redacción del contrato, como ya vimos. A la hora de determinar el derecho aplicable, las partes deben tener en cuenta si la legislación comercial y de protección de derechos de propiedad intelectual del país anfitrión está debidamente desarrollada, con el fin de asegurar la adecuada explotación de la franquicia y la protección de aquellos derechos. Así, la Guía menciona que a menos que el sistema de derecho del futuro país anfitrión carezca de esas características, lo más probable es que las partes elijan el derecho del futuro país anfitrión, normalmente es el derecho del domicilio del subfranquiciador, como el derecho aplicable a todo, salvo al propio contrato de franquicia principal. Este se regirá generalmente por el derecho del país del franquiciador.

4.12.- Disposiciones sobre resolución de conflictos.

Las disposiciones sobre resolución de conflictos son fundamentales dentro de un

contrato de franquicia principal internacional, pues su falta puede provocar que una vez surgido el conflicto, las partes no tengan forma de resolverlo, o que la forma prevista no se adecue a sus necesidades. La Guía hace mención de tres posibilidades que las partes pueden dejar establecidas en el contrato: la resolución mediante conciliación, a través de arbitraje, o acudiendo a un litigo común.

4.12.1.- Resolución de conflictos a través de negociación, mediación y conciliación.

La resolución de conflictos a través de la negociación, mediación y conciliación es, según la Guía, cada vez más frecuente, dados los altos costos y larga duración de los litigios, la dificultad para ejecutar sentencias o laudos extranjeros, y la posibilidad de mantener una mejor relación entre las partes. Se caracteriza porque, a diferencia del litigio o el arbitraje en la resolución final del conflicto no interviene ningún tercero, aunque sí pueden tomar parte en el proceso. Entre las formas más usadas se encuentran los acuerdos de asociación y conciliación, así como los mini-juicios, comunes en Estados Unidos, mediante los cuales un panel compuesto por representantes de ambas partes (ejecutivos superiores con poder de arreglar el conflicto) y un auxiliar neutral escucha una exposición de los argumentos; los ejecutivos posteriormente se reúnen para discutir posibles vías de solución, y pueden pedir al auxiliar neutral su opinión sobre los argumentos de las partes, pero la decisión final debe ser alcanzada por los representantes de las partes sin la intervención de un tercero. La Guía hace referencia en este punto al Reglamento de Conciliación publicado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y al de la Cámara de Comercio Internacional como guías útiles para las partes y sus mediadores o conciliadores en la conducción de estos métodos de resolución de conflictos.

4.12.2.- Resolución de conflictos mediante litigio.

En caso de decidirse por acudir al litigio, las partes deben dejar establecido en el contrato el foro o lugar donde habrá de entablarse la demanda, y que podría ser el lugar de residencia del demandante, el lugar de residencia del demandado o un tercer país con el cual el objeto de la acción esté relacionado o donde el demandado tenga activos. Para elegir el foro las partes deben tener en cuenta aspectos como el lugar de residencia de las partes y posibles testigos, el derecho aplicable al contrato, el idioma, la duración del proceso, la posibilidad de ejecutar la sentencia, etc. Deberán establecer además si tal elección es exclusiva o si las partes podrán presentar demandas ante un tribunal de otro lugar. La cláusula de elección del foro puede no ser sostenida en casos en que cause una inconveniencia sustancial (en relación con los gastos y dificultades del idioma, etc.), si existe una acción efectiva en el sistema cuya jurisdicción se excluye, si hay prueba de que la cláusula de elección de foro deriva de fraude, influencia debida o engaño; o si su ejecución viola el orden público del foro en que se plantea el litigio. Sin embargo, apunta la Guía, la tenencia general en los últimos años en Estados Unidos, Japón y la Unión Europea entre otros países, es la de respetar la libertad de las partes de restringir el litigio a una jurisdicción, siempre que quede claro que se trata de una opción exclusiva. Por último, la Guía recalca la importancia de asegurarse de que la sentencia dictada por el tribunal del foro elegido será ejecutada en las demás jurisdicciones pertinentes, para lo cual las partes deben revisar cuidadosamente los tratados internacionales vigentes al respecto.

4.12.3.- Resolución de conflictos mediante arbitraje.

El arbitraje es frecuentemente usado en los contratos por la flexibilidad que brinda a las partes a la hora de determinar la forma de arbitraje, cómo seleccionar los árbitros, la ley aplicable o la posibilidad de que los árbitros actúen como amigables componedores, cómo elegir las normas de arbitraje; además de ser un procedimiento confidencial cuya ejecución está reconocida en la mayoría de las legislaciones a través del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Respecto a este último aspecto, las partes deberán cerciorarse de si los Estados donde han de tener efecto los laudos arbitrales han ratificado dicha Convención, si le han hecho alguna reserva y en qué consiste, si cuentan con la legislación requerida para hacer efectiva la Convención si esto fuera necesario, y si existe alguna razón por la cual el laudo podría no ser ejecutado, como el hecho de que la materia no fuera susceptible de arbitraje según el derecho del país en el cual se pretende la ejecución, o que el reconocimiento o ejecución del laudo fuera contrario al orden público de ese país.

La cláusula arbitral debe escoger un ente con autoridad sobre cualquier arbitraje que se realice, y en dependencia del ente seleccionado, las reglas de arbitraje a utilizar. Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional pueden ser seleccionadas con independencia de cuál sea el ente administrativo elegido.

4.13.- Cláusulas generales

Además de las cláusulas anteriores, que se refieren en particular al contrato de franquicia, la Guía recoge algunas otras cláusulas, de carácter más general, que se recomienda incluir en estos contratos, para seguridad de ambas partes. Estas cláusulas son:

4.13.1.- Cláusula de separabilidad.

Se refiere a la autonomía de las cláusulas contractuales, de forma que si una cláusula es considerada nula, esta declaración de nulidad no afectará la validez del resto de las cláusulas del contrato, y puede ser tenida por no puesta, reemplazada por otra válida que alcance los objetivos de las partes, o modificada e interpretada de forma que su propósito pueda ser alcanzado con toda legalidad. De esta forma se asegura la continuación del contrato aún cuando una cláusula del mismo sea declarada nula.

4.13.2.- Cláusula de acuerdo completo.

Esta cláusula puede consistir simplemente en la mención de que el contrato contiene todo lo acordado entre las partes, incluyendo las negociaciones y acuerdos previos, o que los acuerdos orales accesorios son inválidos, pero puede también contener largas descripciones de lo que se pretende por las partes, especificar la existencia de otros contratos específicos entre las partes, adjuntar documentos tales como condiciones generales de comercio, incluir excepciones al contrato completo, etc. También en ocasiones en esta cláusula se incluye una manifestación de que el subfranquiciador no ha adoptado el contrato como resultado de cualesquiera peticiones, garantías, incentivos o promesas del franquiciador. Su objetivo es salvaguardarse contra reclamaciones sorpresivas.

4.13.3.- Cláusula de renuncias

Esta cláusula generalmente incluye disposiciones sobre la renuncia a la

responsabilidad del franquiciador en relación con el éxito o fracaso del negocio, de lo cual se excluye las pérdidas o daños causados directamente por el incumplimiento o fraude del franquiciador, en cuyo caso la responsabilidad se limitaría a una cantidad establecida en el contrato. También puede incluir rechazos de renuncia, que se refieren a los casos en que el franquiciador no ejercita sus derechos o los poderes que se le han otorgado, lo cual no significará una renuncia a estos derechos o que no pueda ejercitarlos en el futuro.

4.13.4.- Cláusula de fuerza mayor y excesiva onerosidad.

La Guía menciona estas cláusulas como comunes en los contratos de franquicia, y para efectos de determinar cuándo se está en presencia de fuerza mayor o de excesiva onerosidad, hace la aclaración de que mientras la primera hace objetivamente imposible el cumplimiento aunque sea de forma temporal, la segunda no hace imposible el incumplimiento, pero lo torna muy difícil por lo que el contrato debe ser renegociado. En este punto se incluyen las definiciones que al respecto se han establecido en los Principios de Unidroit, y que transcribimos a continuación:

"Hay excesiva onerosidad (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse del contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja". (Principios de Unidroit, artículo 6.2.2)

En cuanto a la fuerza mayor, se define en el artículo 7.1.7 de los Principios, como sigue:

"(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, o cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias. (2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato."

Los efectos de un acontecimiento que se considere fuerza mayor o excesiva onerosidad deben ser negociados e incluidos en el contrato de franquicia principal, en especial en lo relativo al posible incumplimiento del plan de desarrollo.

4.13.5.- Cláusulas relativas a la naturaleza del contrato.

En vista de que en la mayoría de los países los contratos de franquicia son contratos atípicos, es aconsejable incluir en los mismos una cláusula que establezca lo más claramente posible el tipo de relación que une a las partes, por ejemplo, que son empresarios independientes, que el subfranquiciado no puede hacer ningún contrato, acuerdo, garantía o petición en nombre del franquiciador, o crear obligación alguna en nombre del éste, y en general cualquier disposición encaminada a aclarar el tipo de contrato que une a las partes, y a diferenciarlo de otros contratos más conocidos, como el de agencia, por ejemplo.

4.13.6.- Cláusulas relativas a los derechos cumulativos.

En los contratos de franquicia principal puede encontrarse una cláusula afirmando que los derechos y deberes del franquiciador y subfranquiciador son cumulativos y que la ejecución de cualquiera de estos derechos o deberes no excluirá la ejecución de cualquier otro derecho o deber.

4.13.7.- Cláusula sobre notificaciones

Esta cláusula debe especificar lo que se considera una notificación válida y una aceptación válida (por ejemplo, una exigencia de que cualquier comunicación de este tipo sea por escrito), la forma en que la notificación debería entregarse y las fechas límite aplicables a la misma.

4.13.8.- Cláusula sobre daños

El contrato debe incluir una cláusula que especifique qué tipo de daños pueden ser compensados, y el tipo de compensación, que dependerá del sistema legal adoptado. Por ejemplo, en el "commom law" no se permiten las cláusulas penales, sino las de liquidación por daños, mientras en otros sí se permiten, algunas veces sujetas a control judicial.

Quinta Parte- Otros aspectos a tener en cuenta para la celebración del contrato.

5.1.- Documentos accesorios

Dada la complejidad de las relaciones entre las partes en un contrato de franquicia principal internacional y los derechos y obligaciones derivados de esas relaciones, la Guía dedica un capítulo completo a los documentos que pueden acompañar al contrato, y que pueden ser contratos preliminares, secundarios y de addenda, entre otros. La utilización de documentos accesorios cumple varios propósitos, que la Guía resume en la posibilidad de mantener un contrato de franquicia principal básico y uniforme contenga todos los términos que han de permanecer constantes de un subfranquiciador a otro; de obligar a personas que no son parte del contrato de franquicia principal, como por ejemplo, accionistas y empleados del subfranquiciador y los subfranquiciados, en relación con los acuerdos de confidencialidad y no competencia, o de transferencia de intereses; de hacer ajustes si la relación cambia después de formarse, por ejemplo si el subfranquiciador vende su negocio o introduce nuevos inversionistas; y con la necesidad de cumplir con determinadas leyes, como la exigencia de un contrato de licencia de marcas separado.

Entre los documentos accesorios más comunes que cita la Guía se encuentran los acuerdos de confidencialidad y no competencia en relación con empleados y accionistas del subfranquiciador y los subfranquiciados mencionados en el párrafo anterior; los de garantía e indemnización, diseñados para proteger al franquiciador de pérdidas causadas por el incumplimiento de un subfranquiciador y que permiten al franquiciador recurrir a los accionistas si el subfranquiciador no cumple sus obligaciones; los contratos de rescisión, que establecen las condiciones para la rescisión de un acuerdo de franquicia principal por consentimiento mutuo de las partes; los documentos de liberación, en los que la parte liberadora renuncia a cualesquiera reclamaciones que pueda tener contra la otra parte; y los contratos de transferencia, que autorizan al subfranquiciador a ceder o transferir sus intereses en el contrato de

franquicia, bajo las condiciones establecidas en éste.

En ciertos casos, y dependiendo de las relaciones particulares entre las partes, pueden exigirse contratos de suministro, que deben especificar las condiciones en las que los productos son vendidos al subfranquiciador por el franquiciador; contratos de arrendamiento, en caso de arrendamiento de equipo del franquiciador al subfranquiciador; y contratos de licencia de software, cuando el franquiciador es propietario del software que el subfranquiciador debe usar para desarrollar la franquicia. Todos estos contratos pueden incluirse como parte del contrato principal o en un contrato separado, lo cual permite mayor flexibilidad a las partes.

En otros casos, dada la estructura del negocio, se podrían requerir otros documentos como cartas de intención, utilizadas en negocios que suponen grandes desembolsos de capital, como hoteles, y que expresan las condiciones básicas del contrato previsto (incluyendo los derechos y obligaciones que tendrían las partes y el territorio de la franquicia), de forma que las negociaciones posteriores quedan reducidas a aspectos mínimos; los contratos de joint venture cuando el franquiciador decida crear una empresa conjunta con un socio extranjero para que dicha empresa actúe como subfranquiciador; contratos sobre los métodos de pago, cuando se van a utilizar medios de pago diferentes como las cartas de crédito; y contratos de financiación, en los casos, que la Guía señala como extremadamente raros, en que el franquiciador decida financiar parte o la totalidad de la operación inicial del subfranquiciado.

Finalmente, la Guía señala que en ciertos casos, por exigencias del derecho local del país anfitrión, deberá firmarse un contrato de licencia de marca por separado, con lo cual el contrato de franquicia se dividiría en dicho contrato de licencia de marca y un contrato de asistencia técnica; o un contrato de usuario registrado, el cual identifica al subfranquiciador o a los subfranquiciados como usuarios legítimos y autorizados de la marca del franquiciador ante las autoridades de ejecución de un país determinado.

5.2.- Exigencias normativas

Otro capítulo de la Guía se refiere a las posibles exigencias normativas que deberán cumplir las partes al ejecutar el contrato de franquicia principal internacional, por lo que es importante que estas exigencias sean conocidas y discutidas en el proceso de negociación. Entre estas exigencias se pueden encontrar la aprobación previa para el funcionamiento del negocio o establecimiento; la inscripción en ciertos registros (fundamentalmente marcas, patentes, nombres comerciales, o de la propia empresa); los permisos para elementos extranjeros, ya sea porque existan restricciones en el número de empleados o directivos extranjeros permitidos, o por requisitos adicionales para la inscripción de derechos de propiedad intelectual provenientes del extranjero; los permisos migratorios para el personal del franquiciador; las licencias de importación y exportación; las restricciones a la exportación de ganancias y divisas; las retenciones impositivas; y las licencias exigidas a negocios específicos, como venta de alimentos o bebidas.

Todos los aspectos anteriores deben ser considerados a la hora de negociar el contrato principal, en el cual además deberá aclararse quién correrá con la responsabilidad de obtener los permisos y licencias mencionados, y quién correrá con sus gastos. En la mayoría de los casos, dicha responsabilidad recae sobre el subfranquiciador, que está en mejor posición de gestionar y obtener los permisos correspondientes, por encontrarse en el país anfitrión. En esos casos el subfranquiciador deberá también correr con los gastos. En algunos casos específicos, como el registro de marcas, nombre comercial, patentes, etc., así como el registro de productos para su aprobación, la responsabilidad será del franquiciador.

Conclusiones

Si bien cuenta con algunas desventajas, las ventajas que el contrato de franquicia ofrece a todas las partes involucradas ha hecho que éste haya alcanzado en las últimas décadas un grado de difusión que lo convierte en parte fundamental de las relaciones comerciales internacionales. A pesar de esto, son contratos que no se encuentran regulados en muchas legislaciones, incluyendo la costarricense.

La Guía Unidroit hace hincapié en la importancia de diferenciar el contrato de franquicia en general, y específicamente el de franquicia principal internacional, de otros contratos con los que se le pudiera confundir, como es el contrato de agencia, el contrato de distribución, el contrato de licencia, el contrato de transferencia de tecnología, entre otros. Una correcta comprensión de la naturaleza y características del contrato de franquicia posibilitará un mejor entendimiento y utilización del mismo, así como su interpretación por parte de los tribunales, en caso que fuere necesario.

A diferencia de la franquicia de unidad, en la franquicia principal no estamos en presencia de un contrato tipo o de adhesión, sino que las partes pueden negociar las condiciones y términos en que se realizará el contrato. De ahí que la fase de negociación del contrato sea de gran importancia para ambas partes, y en ella deben discutirse todos los posibles problemas que puedan surgir durante la ejecución del contrato. Esta negociación no excluye, por supuesto, que sea el franquiciador quien lleve ventaja a la hora de lograr condiciones que le favorezcan.

La franquicia principal internacional involucra tanto a los sujetos del contrato principal, franquiciador y subfranquiciador, como a los subfranquiciados, ya que aún cuando estos últimos no son parte de este contrato, muchas de sus estipulaciones influirán en la forma en que puedan desarrollar su negocio. Un ejemplo de esto son las disposiciones sobre la expiración del contrato principal, ya que si no se ha previsto nada al respecto, los contratos de subfranquicia podrían expirar de forma automática junto con el principal.

Dado el especial objeto del contrato de franquicia principal internacional -que involucra la transferencia de derechos de un alto contenido económico, como son los derechos de propiedad intelectual, incluyendo marcas, nombres comerciales, know how, además de secretos comerciales- las partes deberán tener en cuenta no sólo aquellos aspectos que usualmente se incluyen en los contratos, como el objeto, los derechos y obligaciones de las partes, la duración del contrato, etc., sino también, entre muchos otros temas, el manejo de esos derechos de propiedad intelectual, la responsabilidad ante los usuarios del sistema de franquicia y las posibles indemnizaciones por daños, las cláusulas de confidencialidad y no competencia, y los efectos de la terminación del contrato, ya sea de forma normal o anormal; efectos que involucran no sólo a las partes del

contrato principal sino, como ya mencionamos, a los subfranquiciados.

Además del contrato de franquicia en sí, las partes pueden regular su relación a través de otros documentos accesorios, como son contratos preliminares, cartas de intención, contratos secundarios, contratos de addenda, etc., y cuyos objetivos principales pueden ser obligar a personas que no son parte del contrato principal, hacer ajustes si la relación de franquicia cambia después de firmarse el contrato principal, o cumplir con determinadas leyes locales. Estos documentos accesorios permiten además mantener un contrato de franquicia básico y uniforme, que puede ser adaptado a cada situación particular mediante los mencionados documentos.

El contrato de franquicia principal internacional engloba temas regulados por diferentes ramas del Derecho; de ahí que deban tenerse en cuenta las regulaciones no sólo comerciales y contractuales del país anfitrión, sino también las migratorias, impositivas, registrales, aduaneras, sanitarias, financieras, y de derecho común, entre otras. De esta forma será posible adaptar el sistema de franquicia al mercado local, y adaptar el contrato a las exigencias de la legislación nacional.

La Guía Unidroit para los acuerdos de franquicia principal internacional es un instrumento muy valioso no sólo para los profesionales en derecho sino también para los empresarios que se enfrenten a esta forma de negocios. Por la gran variedad de temas que incluye y las soluciones que brinda a los problemas surgidos de la discusión de esos temas, su contenido puede ser una inestimable ayuda a la hora de negociar y redactar un contrato de franquicia principal internacional.

Bibliografía:

Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), 2005.

Libros:

Fuentes, Bernal, y Jiménez, Fabio. El Contrato de Franchising. Primera Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2000.

Pérez Vargas, Víctor, Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, Primera Edición, Litografía e Imprenta LIL S.A., San José, 2005.

Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Primera Edición. Editorial Editorama, San José, Costa Rica, 2004.

Artículos:

Carvajal Carvajal Marianela, El contrato de franquicia comercial. Revista Judicial # 87. Edición digital.

http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/DOCS/revista%20judicial/RevJud87/principal.htm

Madrigal Salazar María del Rocío, El Contrato de Franquicia. En Revista Judicial No. 93, Corte Suprema de Justicia, Septiembre de 2009.

Sitios web:

http://www.wsicorporate.com/article/cch_business_franchise_guide.

Jurisprudencia:

Sentencia No. 001-F-94, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas del 5 de Enero de 1994.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

Lic. LUIS ALBÁN ARIAS S.

ÍNDICE

Introducción 118

I – Reserva de ley 118

A – Noción 119
B – Corolarios 119

II – Igualdad 121

A – Delimitación conceptual 121
B – Derivaciones 122

III – Generalidad 123

A – Esbozo 123
B – Resultados 123

Conclusión 124

Bibliografía 125

INTRODUCCIÓN

Los principios jurídicos, entendidos como las ideas y valores que inspiran al ordenamiento jurídico, son criterios de larga data que cumplen importantes funciones en los sistemas de derecho. Ellos orientan, señalan el norte, para el logro de los diferentes fines democráticos.

En materia constitucional y tributaria no se permanece indiferente frente a estos postulados. En virtud de eso, desde hace un buen tiempo, se había expresado la necesidad de que los órganos constitucionales examinarán, con amplitud, que cada ley tributaria respetara los preceptos establecidos en la propia constitución para la debida observancia del legislador.[1]

Por lo anterior, el propósito general de este estudio es examinar el tratamiento brindado por la Sala Constitucional –en épocas recientes- a tres de los principales principios rectores del tributo.

Consecuentemente, los objetivos guías de este trabajo son los que a continuación se detallan:

Establecer las acepciones que, respecto a cada postulado, maneja el alto tribunal.

Reseñar su parecer en cuanto al contenido de los mismos.

Exponer bajo que condiciones acepta la flexibilización de aquellos.

Para alcanzarlos -usando un método de carácter deductivo- empezaremos por considerar, en la correspondiente sección, el ángulo definitorio de cada precepto, con posterioridad examinaremos las consecuencias deducidas. De este modo esperamos poder cumplir los fines propuestos.

BREVES APUNTES EN MATERIA DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

Para los señores jueces constitucionales, dentro del Derecho Tributario, tres postulados jurídicos de suma importancia son: "a) el de legalidad de la tributación, conocido también, como reserva de ley; o lo que es lo mismo la exclusiva regulación de la actividad tributaria por ley formal; b) el principio de igualdad ante el impuesto y las cargas públicas, que alude a la necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en análogas circunstancias ...; c) el de generalidad, que implica que no deben resultar afectadas con el tributo, personas o bienes determinados singularmente, ..."[2]

I - RESERVA DE LEY[3] [4]

Este precepto, de singular trascendencia para el derecho que nos ocupa, constituye toda una garantía para los contribuyentes al prescribir el diseño del tributo. Asegurando

1 Corte Plena citada por T. S. C. A. – S. 2da.: #326-89.
2 S. Cp.: #2197-92. Lo cual, con posterioridad, fue reiterado. S. Cp.: #4496-94, #4510-94, #4511-94, #4512-94, #1269-95, #3450-95
3 Constitución Política, art. 121 inc. 13.
4 Todo empieza con la afamada expresión "nullum tributum sine lege". La actividad de la Administración se subordina a la ley. De allí que la materia tributaria este sometida a regulación por parte del legislador. Ello en atención a los derechos de la ciudadanía. Ver al respecto: Casas, 1994, pp. 112-117; Luqui, 1993, p.34.

con eso la consecución de ciertos propósitos y eliminando atropellos.

A – NOCIÓN

Cuentan los entendidos, a manera de antecedente, que el principio se remonta al 15 de junio del año 1215. En aquella época, el monarca inglés –mediante la Carta Magna- delegó en el Parlamento la imposición de tributos. Así el consentimiento de los representantes populares se constituyó, a partir de ese momento, en una exigencia. La cual con posterioridad, vigorizada por la Declaración de los Derechos del Hombre, se trasladó al resto de los países.[5]

Es por eso que – en la actualidad- "... la causa fuente de la obligación, por la cual el contribuyente está obligado al pago de los tributos, es la ley." Muy sencillamente el postulado se suele enunciar como la necesaria existencia de una disposición legal que imponga la contribución.[6] Aunque, en forma particular, estimamos más conveniente una concepción que denote, con total claridad, su elevado rango. Optamos, en consecuencia, por entenderlo como un precepto constitucional que garantiza al ciudadano, en el caso de nuestra materia, tributos establecidos por una ley que encuentra su origen en el órgano y el procedimiento previstos por el constituyente.[7]

Nuestro más alto tribunal, siguiendo una modalidad enumerativa, en varios votos, define al principio en estudio como: "... aquel que garantiza que la creación, modificación o supresión de tributos, cargas o exacciones, la definición del hecho generador de la relación tributaria, así como el otorgamiento de exenciones o beneficios solo puede disponerse en una ley."[8]

De los párrafos que preceden, resulta manifiesto que la competencia en este campo está asignada -en el caso patrio- a la Asamblea Legislativa. Algo que es común a prácticamente todas las constituciones modernas. En ellas expresamente se señala una exclusividad para el Congreso en este tópico.[9] El cual, como de seguido veremos, contempla diversas opciones.

B – COROLARIOS

Para la observancia y respeto del postulado es menester que el Parlamento en su regulación contemple los elementos esenciales del tributo.[10] En esto el consenso es enorme. Entre otros, a manera de ejemplo, suelen citarse los siguientes aspectos: hecho imponible, sujetos pasivos, cuantificación de la obligación, derechos del contribuyente.[11]

Respecto a esta temática la Sala Constitucional hace una importante

5 Ver en igual sentido: Rodríguez, 1998, p. 36; Villalobos, 1991, p. 50, S. Cp.: #4806-99.
6 Ver al respecto: Pérez, 1997, p. 41; Villalobos, 1991, p. 50; S. Cp.: #4806-99, #5877-99.
7 Ver en igual sentido: Navarro, 1998, p. 40; Rodríguez, 1998, p. 37.
8 S. Cp.: #1830-99, #4844-99. Entre otros.
9 Esta prohibido "... a otro poder que no sea el legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas." Corte Suprema Nacional Argentina citada por Luqui, 1993, p. 40. Ver en igual sentido: Casas, 1994, pp. 111-112; Navarro, 1998, p.40.
10 "La ley debe establecer todos los aspectos relativos a la existencia, estructura y cuantía de la obligación tributaria (...), así como los relativos a la responsabilidad tributaria, a la tipificación de infracciones, imposición de sanciones y establecimiento de limitaciones a los derechos y garantías individuales." Simposio sobre el Principio de Legalidad en el Derecho Tributario citado por Casas, 1994, p. 123.
11 Carrera, 1993, p. 102; Pérez, 1997, p. 44.

consideración. Los señores magistrados distinguen entre dos clases de reserva: "... puede ser "absoluta", cuando sólo la propia ley formal puede disponer la regulación, o "relativa", cuando tan sólo se necesita de una ley habilitante, capaz de delegarla en terceros –generalmente la Administración-, desde luego estableciendo por lo menos sus criterios y condiciones generales y los límites de la propia delegación."[12]

En el primer caso, entonces, toda la ordenación relativa a la contribución de que se trate será encargo del legislador. Así las cosas, "la ley debe llevar a cabo de manera acabada la completa regulación de la materia a ella reservada, ..."[13] Consecuencia de lo anterior, nace una imposibilidad de delegar ciertas prerrogativas.[14]

Con relación al segundo punto[15], y de conformidad con la argumentación que venimos sosteniendo, la exigencia de legalidad versa sobre determinados aspectos especiales. Para, de este modo, fijar los parámetros a obedecer en la específica determinación impositiva.[16]

Normalmente, en el supuesto de comentario, aparece la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Acerca de esto debe tenerse presente que los reglamentos únicamente pueden desarrollar los mandatos legales, acatando –en todo momento- el contenido substancial de la legislación.[17]

A propósito de lo expresado, el máximo tribunal costarricense –como sabemos- ha señalado la posibilidad de una delegación relativa. Ello mientras indique la legislación los márgenes del tributo respectivo. No se infringe el principio cuando la Asamblea Legislativa establece las bases estructurales de un impuesto, mencionando las pautas que debe seguir el Ejecutivo. Es más -muchas veces- es necesaria la "individualización" tributaria que hace éste, para la consecución efectiva de las finalidades propuestas por el legislador.[18]

Entre las aspiraciones que el postulado pretende cumplir nos encontramos con la exigencia de la auto imposición, el respeto al derecho de propiedad y la seguridad jurídica. En otras palabras, se trata de consentir la contribución ordenada vía la representación popular[19], tolerando la intromisión -en la

12 S. Cp.: #4806-99.
13 Pérez, 1997, p. 45.
14 Se indican, a título de ejemplo, delitos y penas. Navarro, 1998, p. 41.
15 Mismo que no goza del favor de todos los especialistas, al tenerlo como el origen de una crisis en cuanto a reserva de ley se refiere. Opinan que el principio se debilita cuando el Congreso efectúa este tipo de delegaciones. Ver al respecto: Cornick, 1998, p.120; Villalobos, 1991, p.51.
16 Ver en igual sentido: Carrera, 1993, p. 101; Pérez, 1997, p.45.
17 En Argentina, a la problemática en cuestión, le han llamado la no alteración del espíritu de las leyes. Luqui, 1993, pp. 35-37. Para el caso costarricense -con cita incluida de la Sala Constitucional- se ha manifestado que el Ejecutivo debe orientar su actuación al cumplimiento de los fines dispuestos por el legislador, sólo le competen los elementos accesorios del tributo. Navarro, 1998, pp. 41-42.
18 S. Cp.: #3235-99, #4844-99. Observemos lo estudiado a la luz de un caso concreto: se transgredió el postulado al establecer el plazo, aspecto esencial, en normas reglamentarias que determinan la vigencia de los beneficios fiscales. S. Cp.: #1830-99.
19 Véase el aparte A de esta sección.

propiedad privada- de la voluntad general manifestada en la ley[20] , dado que es posible precisar el alcance de las concernientes obligaciones tributarias.[21] No afectándose, al proceder así, derecho fundamental alguno. De este modo, una vez finiquitado este aparte, es menester proseguir con lo referente a la igualdad.

II - IGUALDAD[22]

Con este precepto, tanto en su modalidad general como particular, se obtiene la certidumbre de que las eventuales distinciones deben reposar sobre un soporte racional.

A – DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El principio asoma con los inicios del sistema republicano23. No resulta posible imaginar un Estado Democrático sin él. Su intención es la eliminación de toda diferencia odiosa, poner fin a los privilegios infundados.[24] "La igualdad tributaria es una consecuencia de la igualdad de todos ante la ley, ..." [25]

Este postulado, en su acepción ordinaria, determina un mismo trato para los que se encuentren en circunstancias idénticas, pero –al mismo tiempo- un tratamiento diferenciado en situaciones diversas. La genuina igualdad, comentan en otro medio, consiste en aplicar la legislación a los distintos casos según las disparidades naturales entre ellos.[26]

Los jueces constitucionales patrios, por su parte, y a tono con otros precedentes[27], anotan lo siguiente: "... la igualdad supone que toda persona será tratada en la misma forma, por igual, cuando se encuentre en idéntica situación, en todas y cada una de las relaciones jurídicas que constituyan".[28]

En este orden de ideas, entonces, iguales prestaciones tributarias por los iguales y desiguales aportaciones tributarias por los desiguales.[29] Estando en las mismas condiciones, el gravamen debe ser igual para los contribuyentes y viceversa.[30] El principio también opera, ha dicho acertadamente la Sala Constitucional, cuando se exime de deudas con el fisco.[31] Dotándose con ello de globalidad al precepto.

20 Como los tributos importan restricciones a ese derecho, pues en su virtud se sustrae para el estado algo del patrimonio de los particulares, ello solamente es legítimo –se ha apuntado- por disponerlo un órgano representativo de la soberanía popular. Belsunce citado por Casas, 1994, p. 155.
21 De este modo se genera certeza y hay protección contra la arbitrariedad. Ver al respecto: Luqui, 1993, p. 38; Rodríguez, 1998, p. 38.
22 Constitución Política, art. 33.
23 "..., el principio de igualdad aparece en el siglo XVIII con la ruptura de la monarquía y el advenimiento del sistema republicano." Corti, 1994, p. 275.
24 Localmente nos cuentan que recibió su primera formulación legal en el Derecho Público surgido de la Revolución Francesa. Aunque había sido enunciado previamente por Adam Smith en 1767. Villalobos, 1991, p. 51.
25 Luqui, 1993, p. 42.
26 Corte Suprema Nacional Argentina citada por Luqui, 1993, p. 48.
27 Ver al respecto: S. Cp. #5749-93 citada por Navarro, 1998, p. 46; Corte Plena #32-63, #15-69 citada por Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.
28 S. Cp.: #1287-99.
29 En esto seguimos a Albiñana, 1992, p. 71.
30 En sentido contrario: estando en diferentes condiciones, el gravamen debe ser distinto para los contribuyentes. Ver al respecto: Corte Suprema Nacional Argentina citada por Luqui, 1993, p. 49; S. Cp. #633-94 citada por Navarro, 1998, p. 46.
31 S. Cp.: #2581-99.

La doctrina anglosajona, al referirse al tema, sin alejarse de lo aquí reseñado, divide el postulado en igualdad horizontal (a un mismo nivel de manifestación de riqueza corresponde una idéntica cantidad de impuesto) e igualdad vertical (a diversa manifestación incumbe una dispar carga impositiva).[32] Nótese que se trata de una igualdad jurídica, no de aquella de carácter aritmético (simple división del monto por gasto público entre el número de habitantes de un Estado). Razón que, en buena medida, aclara la existencia de disparidades.

B – DERIVACIONES

El precepto, consecuentemente con lo que venimos explicando, no impide que los congresistas nacionales establezcan grupos diferenciados. Ello será legítimo mientras la discriminación este justificada.[33] Es más, hay quien considera que el principio exige la formación de categorías homogéneas (de acuerdo a los diferentes niveles de poder económico)[34]

Por tanto, contrarían el postulado "... aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables ... "[35]Lo mismo se dice, y con mayor vehemencia, si se afecta la dignidad de la persona humana[36]

Bastante coincidentes, con los párrafos anteriores, resultan varias resoluciones del alto tribunal. En que se pronuncia sobre distinciones autorizadas, por ende objetivas, y que respetan al hombre. Veamos:

"Resulta legítima una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho, lo que haría que el principio de igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales..."[37]

"..., la Asamblea Legislativa optó por condonar un grupo delimitable de obligaciones tributarias valiéndose de un parámetro objetivo y razonable, ... No se estima, por tanto, que la diferenciación que surge a partir de ahí sea contraria al principio de igualdad ..."[38]

"Tratándose de situaciones fácticas distintas, es válido que el legislador establezca consecuencias jurídicas igualmente diversas. El mismo numeral 33 permite la imposición de diferenciaciones no contrarias a la dignidad humana, por lo que no resulta correcto afirmar que la distinción acusada sea inconstitucional."[39]

Pero para finalizar este aparte debemos ser enfáticos en algo. Se propone que la igualdad, en el ámbito tributario, no se detenga en el dintel de la ley.[40] En otras palabras, se requiere de una aplicación efectiva del precepto. La igualdad formal debe tornarse en igualdad material. Los poderes públicos deben

32 Doctrina hacendística anglosajona citada por Corti, 1994, p. 273.
33 "... no repugna , en consecuencia, al principio constitucional de la igualdad, la creación de grupos o categorías de contribuyentes, siempre que éstos respondan a discriminaciones fundadas ..." Luqui, 1993, p. 47. Ver en igual sentido: Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.
34 Corti, 1994, p. 279.
35 Tribunal Constitucional Español citado por Carrera, 1993, p. 96.
36 Navarro, 1998, p. 47.
37 S. Cp.: #1287-99.
38 S. Cp.: #2581-99.
39 S. Cp.: #4844-99.
40 Albiñana, 1992, p. 71.

crear las condiciones necesarias. Salvo juicio razonable, no podrán variar sustancialmente sus decisiones en supuestos análogos.[41] Dilucidado lo atinente a la igualdad, conviene pasar a examinar ahora lo relativo al cercano tópico de la generalidad.

III – GENERALIDAD[42]

Es imperativo para este principio evitar que la materia tributaria se impregne de un carácter personalísimo y sectario. De allí que, en algunos momentos, sólo consideraciones demasiado especiales aconsejan alejarse de él.

A - ESBOZO[43]

Los señores magistrados, acerca del postulado, han tenido la oportunidad de advertir que los tributos "... deben abarcar integralmente a todas las personas o bienes previstas en la ley y no sólo a una parte de ellas ..."[44]

De no procederse de esta manera, las contribuciones tendrían un rasgo persecutorio[45]. Lo cual, de ningún modo, es aceptable. Al existir un deber, para con el Estado, de ayudar a sufragar el gasto. Mismo que permite satisfacer las necesidades y fines públicos. Por eso, hay obligación de cumplimiento sea cual fuere el carácter del sujeto pasivo.

Así las cosas, "... el gravamen se debe establecer en tal forma que cualquier persona cuya situación coincida con la señalada como hecho generador del tributo debe quedar sujeta a él."[46] Desglosemos, un poco más, lo que precede.

B - RESULTADOS

Propiamente, según lo acabamos de ver, la consecuencia del principio de comentario es la inadmisibilidad de medidas tributarias intuitu personae.[47] Nadie debe verse afectado o beneficiado por una determinación singularmente establecida.[48]

La regla aquí, en contraposición a lo anterior, es la abstracción y la impersonalidad.[49] En efecto, "... nadie debe ser eximido si se encuentra en las condiciones previstas o supuestas por el tributo."[50]

En razón del efecto expuesto, el postulado –como su misma nomenclatura lo deja entrever- nos aglutina a todos.[51] Precisamente,

41 Ver al respecto: Carrera, 1993, p. 95; Pérez, 1997, p. 37.
42 Constitución Política, art. 18.
43 El ordenamiento jurídico, en un pasado, "... se basaba precisamente en el privilegio, en la diferente condición de las personas como criterio determinante del pago de tributos." Pérez, 1997, p. 38.
44 S. Cp.: #4844-99, #5877-99.
45 No es admisible, dicen en el cono sur, que se grave a una parte de la población en beneficio de la otra. Corte Suprema Argentina citada por Villalobos, 1991, p. 53.
46 Corte Plena #87-87 citada por Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.
47 "... la generalidad hace que tributen sin discriminación arbitraria todos los que están incluidos en el ámbito del supuesto contributivo." Corte Plena #87-87 citada por Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.
48 Ver al respecto: Pérez, 1997, p. 39.
49 Ver en igual sentido: Villalobos, 1991, p. 53.
50 Corte Plena #87-87 citada por Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.
51 En virtud de la ausencia de privilegios en la distribución de la carga impositiva. Ver al respecto: Albiñana, 1992, p. 70; Carrera, 1993, p. 90.

entendiendo muy bien esto, y ante la pretensión reduccionista de limitar ese "todos" a sólo los "habitantes", se ha explicado:

"... de hecho existen personas o grupos económicos que, sin ostentar dicha condición, están obligados –por mantener empresas o actividades que generan riqueza dentro del territorio costarricense- a contribuir ..."[52]

Pese a lo absoluto que se dibuja el precepto, en realidad cuenta con la flexibilidad necesaria. Aunque suene paradójico, el conceder beneficios tributarios puede ser permitido[53]. En virtud de la intención de procurar la realización de ciertos fines.[54]

Lo importante es que las motivaciones no sean las de antaño: clase o linaje. Sino razones sociales o económicas tendientes –entre otras cosas- a la obtención de justicia y desarrollo.[55] Predicar lo contrario es crear privilegios fiscales.

CONCLUSIÓN

A esta altura del trabajo, luego de finiquitado el desarrollo del mismo, resulta oportuno presentar las ideas fundamentales que asoman a raíz de lo expuesto.

El alto tribunal, guardando armonía con la significación usual, define enumerativamente a la reserva de ley.

Como modalidades de reserva legal, de acuerdo a los señores magistrados, tenemos la absoluta y la relativa.

Para la Sala Constitucional es admisible – en forma particular- la delegación relativa, a condición de que la ley determine la estructura del tributo. Dejando tan solo la individualización al Poder Ejecutivo.

La noción ordinaria de igualdad concuerda con aquella manejada por nuestro máximo tribunal.

De conformidad con los jueces constitucionales ha de aplicarse gravamen igual en las mismas circunstancias, contrariamente, obligación desigual en disímiles condiciones.

Son reconocidas como aceptables, por el alto tribunal, las distinciones objetivas y humanas.

Observan, los señores magistrados, que la generalidad contempla íntegramente a todos los cubiertos con la previsión legal.

Una vez reseñada la atención prestada -en la Sala Constitucional- a los principios tributarios, consideramos haber constatado las orientaciones expuestas en los inicios de este estudio.

---

52 Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.
53 Caso típico de las exenciones. Ver en igual sentido: Torrealba y Rodríguez, 1992, p. 16.
54 Ver al respecto: Pérez, 1997, p. 39.; Villalobos, 1991, pp. 53-54.
55 "... debe eximirse lo que es justo que no tribute; no debe eximirse lo que es justo que tribute ..." Sainz de Bujanda citado por Carrera, 1993, p. 91.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Albiñana (Cesar)
Sistema tributario español y comparado, Madrid, Tecnos, Segunda Edición, 1992.

Carrera (Francisco)
Manual de derecho financiero, Madrid, Tecnos, 1ª. edición, vol. I, 1993.

Cornick (Jorge)
La reforma del sistema tributario en Costa Rica 1994-1997, San José, Eureka Comunicación, Primera edición, 1998.

Luqui (Juan Carlos)
Derecho constitucional tributario, Buenos Aires, Depalma, s.n.e., 1993.

Pérez (Fernando)
Derecho financiero y tributario, Madrid, Editorial Civitas, Séptima Edición, 1997.

Villalobos (Enrique)
Derecho tributario, San José, EUNED, 1. ed., 1991.

Villalobos (Enrique)
Introducción al derecho tributario, San José, EUNED, 2ª. ed., 1990.

REVISTAS

Cozián (Maurice)
La gestión tributaria de la empresa, Revista Judicial, San José, #51, setiembre de 1990, pp. 33-41.

Navarro (Román)
Los principios jurídico constitucionales del derecho tributario, Ivstitia, San Pedro, #139-140, julio-agosto de 1998, pp. 37-48.

Rodríguez (Luis Ramón)
El poder tributario de las municipalidades en Costa Rica, Ivstitia, San Pedro, #133-134, enero-febrero de 1998, pp. 35-49.

Salazar (Fernando)
El criterio de territorialidad en el ordenamiento tributario costarricense, Ivstitia, San Pedro, #126-127, junio- julio de 1997, pp. 21-34.

Torrealba (Adrián)
El control de constitucionalidad de los derechos económicos y sociales a través de principios de justicia financiera material, Ivstitia, San Pedro, #75, 1993, pp. Sección de derecho económico.

Torrealba (Adrián) y Rodríguez (Luis Ramón)
Importancia de la incorporación de principios de justicia tributaria en las constituciones políticas, Ivstitia, San Pedro, #65, 1992, pp. 13-20.

OBRAS COLECTIVAS

Casas (José)
Estudio preliminar sobre los aspectos introductorios al principio de reserva de ley en materia tributaria, Estudios de derecho constitucional tributario, Buenos Aires, Depalma, s.n.e., 1994.

Corti (Arístides)
De los principios de justicia que gobiernan la tributación, Estudios de derecho constitucional tributario, Buenos Aires, Depalma, s.n.e., 1994.

CONSTITUCIÓN

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

RESOLUCIONES JUDICIALES

Sala Constitucional, #4496-94 de las 15:36 hrs. del 23 de agosto de 1994. Acciones de inconstitucionalidad de E.T.S.A. y G.I.S.A.

Sala Constitucional, #4510-94 de las 14:51 hrs. del 24 de agosto de 1994. Acción de inconstitucionalidad de J.J.L.N. y V.L.N.

Sala Constitucional, #4511-94 de las 14:54 hrs. del 24 de agosto de 1994. Acciones de inconstitucionalidad de la C.C. de C.R. y ACOFEFLEX.

Sala Constitucional, #4512-94 de las 14:57 hrs. del 24 de agosto de 1994. Acción de inconstitucionalidad de la C.C. e I. P.

Sala Constitucional, #1269-95 de las 15:48 hrs. del 7 de marzo de 1995. Acción de inconstitucionalidad de A.P.C. y otros.

Sala Constitucional, #3450-95 de las 16:33 hrs. del 4 de julio de 1995. Acción de inconstitucionalidad de A.A.L.

Sala Constitucional, #1287-99 de las 15:30 hrs. del 23 de febrero de 1999. Recurso de amparo de R.A.D. y otros.

Sala Constitucional, #1830-99 de las 16:12 hrs. del 10 de marzo de 1999. Acción de inconstitucionalidad de la A.C. de A.R.

Sala Constitucional, #2581-99 de las 11:18 hrs. del 9 de abril de 1999. Acción de inconstitucionalidad de A.M.S.A.

Sala Constitucional, #3235-99 de las 16:36 hrs. del 4 de mayo de 1999. Acción de inconstitucionalidad de W.C.C.

Sala Constitucional, #4806-99 de las 13:51 hrs. del 18 de junio de 1999. Acción de inconstitucionalidad del I.N.A.

Sala Constitucional, #4844-99 de las 16:18 hrs. del 22 de junio de 1999. Acción de inconstitucionalidad de P.R.C.S.A. y U-H.S.A.

Sala Constitucional, #5877-99 de las 14:48 hrs. del 28 de julio de 1999. Acción de inconstitucionalidad de L.B.F.

Tribunal Superior Contencioso Administratrivo, Sección Segunda, #326 de las 9:00 hrs. del 10 de agosto de 1989. Proceso contencioso administrativo del B.A.C. contra el Estado.

“LOS DERECHOS CONEXOS AL DERECHO DE AUTOR”.

Mariana Castro Hernández y Daniela Hernández Clausen

Abreviaturas

Código Procesal Civil	CPC
Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos	LDADC
Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual	LPODPI
Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos	RDADC

I. Concepto

El origen del concepto de Derechos Conexos se remota a la invención de la imprenta, ya que con ésta inicia una gran difusión de las obras literarias. Sin embargo, fueron el fonógrafo, el cinematógrafo y la radio los que dieron mayor impulso a su desarrollo. Estas invenciones facilitaron la producción y reproducción de obras en grandes cantidades y con bajos costos. Surgió así la necesidad de regular los derechos provenientes de la reproducción de tales obras.

Posteriormente al reconocimiento de los Derechos de Autor, fueron incorporándose los Derechos Conexos. Este nuevo conjunto de derechos tuvo como objetivo primordial la protección de acciones vinculadas directamente con la difusión de las obras creadas por los artistas, músicos, etc.

Nuestra legislación busca primeramente proteger los Derechos de Autor que tiene el creador de la obra sobre la misma y luego se encarga de proteger a quienes divulgan esta obra, ya sean artistas, intérpretes, productores, etc. Sin embargo, se considera que el roce entre ambos derechos debe ser aminorado por la legislación, que debe tender a procurar la coexistencia pacífica de los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

No existe una lista taxativa sobre quienes ostentan los Derechos Conexos. Nuestra legislación se ha referido típicamente a tres categorías de beneficiarios tradicionales: artistas, intérpretes y ejecutantes; productores de fonogramas y, por último, los organismos de radiodifusión. Estas categorías tienen en común la presencia de una relación de intermediación, en todas ellas el sujeto titular de los Derechos Conexos es el intermediario entre la obra del autor y el público. No toda obra requiere de un intermediario para ser puesta a disposición del público, por ejemplo, las obras artísticas meramente visuales como la pintura o la escultura no necesitan ser interpretadas o ejecutadas. La intermediación aplica, generalmente, a las obras musicales y audiovisuales.

Otra característica común a todos los casos, para clasificar una obra como objeto de protección de los Derechos Conexos, es su naturaleza derivada. La doctrina clasifica las

obras en originales o primigenias y derivadas. El objeto de protección de los Derechos Conexos hace referencia a este segundo tipo de obras. En ellas se encuentra presente el elemento originalidad pero en menor grado que en las originales, ya que se valen de otras obras ya existentes como base de su surgimiento. Son obras compuestas, ya que son producto de la incorporación de nuevos elementos a la obra existente, pero sin la intervención del autor de la obra originaria.

Los Derechos Conexos están conformados por dos clases de derechos, los morales y los patrimoniales. El derecho moral es extrapatrimonial, irrenunciable, absoluto, inalienable, intransmisible, y perpetuo. Nuestra LDADC solamente otorga facultades de tipo moral a los artistas, intérpretes y ejecutantes. Por otro lado, los derechos patrimoniales hacen referencia al derecho del autor de autorizar o impedir la explotación económica de su obra, por cualquiera de los medios de explotación posibles. Las características propias de los derechos de esta índole son: exclusividad[1], temporalidad, independencia[2], y disponibilidad.

El plazo mínimo de protección de los Derechos Conexos, conforme con la Convención de Roma, es de 20 años, a partir del final del año de: la fijación, la actuación y la emisión. La LDADC otorga protección por un período de 70 años a partir de la muerte del creador. En cuanto al derecho moral, a la muerte del creador de la obra, éste pasa a ser ejercido por sus herederos, independientemente de si éstos son titulares o no de los derechos patrimoniales. De no existir sucesores, su ejercicio es confiado al Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes.

1 El sujeto titular del derecho ejerce de forma exclusiva sus facultades patrimoniales, las cuales son oponibles erga omnes.

2 El ejercicio de cada una de las facultades de tipo patrimonial es independiente con respecto al ejercicio de las demás facultades.

II. Observancia de los Derechos Conexos

En el marco de la normativa nacional existen dos leyes que desarrollan específicamente el tema de los Derechos Conexos, estas leyes son la LDADC y la LPODPI. La LDADC trata el aspecto sustantivo o de contenido y la LPODPI el aspecto adjetivo o procedimental de la materia de Derechos de Autor y Conexos.

Acciones administrativas

El artículo 1º de la LPODPI establece que cualquier violación a los derechos de propiedad intelectual establecidos en la legislación nacional y en los convenios internacionales vigentes, da lugar al ejercicio de acciones administrativas ante el RDADC. Las decisiones tomadas por este Registro tienen recurso de revocatoria ante el mismo y son apelables ante el Tribunal Registral Administrativo, el cual agota la vía administrativa.

Medidas cautelares y medidas en frontera

Conforme con el artículo 3 de la LPODPI, las medidas cautelares son ordenadas por "… la autoridad judicial competente, el Registro de la Propiedad Industrial o el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, según corresponda". A pesar de lo anterior, desde el año 2007 el Registro Nacional se encuentra impedido para la aplicación de estas medidas en virtud del criterio de la Procuraduría General de la República número C-034-2007.

Las medidas en frontera son medidas cautelares especificas "…que efectúan las

autoridades nacionales competentes ante las Aduanas, para que mediante procedimientos ágiles se detengan las mercancías presuntamente violatorias de la Propiedad Intelectual hasta que se compruebe su licitud, impidiendo entre tanto su ingreso a los circuitos legítimos comerciales…".[3] Constituyen un mecanismo eficaz para evitar el tráfico nacional e internacional de mercancías falsificadas o pirateadas. Por medio de la acción de las Autoridades Aduaneras y las regulaciones del Derecho Aduanero, pretende protegerse la Propiedad Intelectual.

Procesos judiciales

Las pretensiones relativas a los Derechos Conexos se tramitan, en sede civil, por medio del procedimiento abreviado, establecido en el Título II del Libro II del CPC.

Mediante estos procesos se pretende el pago de los daños y perjuicios causados por la infracción de los derechos de propiedad intelectual. Dentro de éstos, puede solicitarse a la Autoridad Judicial, entre otras cosas, que ordene el pago de costas procesales y personales y la destrucción de los artículos relacionados con la actividad infractora.

Ante la insuficiencia de las sanciones civiles para la protección de los Derechos de Autor y Derechos Conexos, surge la necesidad de que las violaciones a estos derechos sean penalizadas. Conforme con el artículo 43 de la LPODPI, los procesos penales se rigen por el régimen procesal penal común y son de acción pública a instancia privada.

El citado numeral también establece que "…cualquier decisión sobre la acción penal no afectará el derecho de ejercer la acción civil ante los Tribunales correspondientes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 164 del CPC".[4] Lo anterior significa que puede ejercerse la acción civil para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la infracción a los Derechos Conexos tanto en vía civil como en vía penal. No obstante, si dentro del proceso penal procede a pedirse la acción civil resarcitoria, sea ésta declarada con lugar o no, no podría acudirse a la vía civil con la misma pretensión, ya que son de ejercicio alternativo.[5]

Iii. La Gestión Colectiva

La gestión colectiva es el sistema de administración de derechos por medio del cual los titulares confían la negociación de las condiciones en que sus obras serán utilizadas a personas jurídicas creadas especialmente

3 RODRÍGUEZ (Manuel). Modos, medios y formas de piratería: ¿una lucha perdida". Inédito. p. 79. [Citado por el mismo autor en La Observancia de los derechos de propiedad intelectual: acciones y recursos, medidas provisionales, medidas en frontera y medidas tecnológicas. En: Propiedad Intelectual. Derecho de Autor y Propiedad Industrial. Congreso Internacional. Tomo II. Universidad de Margarita, 2004. p. 663].

4 Art 164 CPC.- Sentencias penales.
Las sentencias firmes de los tribunales penales producen cosa juzgada material para o contra toda persona, indistintamente y de una manera absoluta, cuando decidan:
1) Si la persona a quien se le imputan hechos que constituyen una infracción penal, es o no el autor de ellos.
2) Si esos hechos le son imputables desde el punto de vista de la ley penal.
3) Si ellos presentan los caracteres requeridos para la aplicación de tal o cual disposición de aquella ley. Los demás pronunciamientos de una sentencia dada por un tribunal penal, que no se encuentren comprendidos en uno de los tres incisos anteriores, no producirán cosa juzgada material, ante un tribunal civil, a menos que en el proceso penal hubiera intervenido el damnificado.

5 Ver art. 41 CPP.

para esto. Dichas sociedades se encargan de representar a los titulares de los Derechos de Autor y de los Derechos Conexos.

La gestión colectiva es el único medio efectivo para que los derechohabientes reciban las remuneraciones correspondientes a las utilizaciones secundarias de sus obras. Este sistema es beneficioso para los titulares, quienes no tienen la posibilidad real de resguardar todos sus derechos de una forma individual.

El objeto de las sociedades de gestión colectiva es la protección de los derechos patrimoniales y morales de sus miembros, realizando funciones como la representación de sus afiliados, la negociación de mejores beneficios y la recaudación y distribución de tarifas. Se encargan de administrar los repertorios de titulares nacionales y extranjeros dentro del territorio nacional y, posteriormente, distribuyen las correspondientes regalías.

En nuestro país, estas organizaciones no solo deben encontrarse inscritas en el Registro de Personas Jurídicas, sino que también deben solicitar la autorización de funcionamiento como sociedades de gestión colectiva ante el RDADC.

A pesar de que las entidades de gestión colectiva tienen el sustento legal para realizar el cobro de los derechos de sus miembros, éste ha sido un trabajo duro que no ha dejado muchos frutos. A causa de esto, han empezado a realizar una fuerte campaña para lograr el cobro efectivo de sus respectivas tarifas, lo que incluso ha suscitado disputas judiciales con los usuarios.

VI. PROBLEMÁTICA ACTUAL Y POSIBLES SOLUCIONES

Con respecto a los problemas que enfrentan los titulares de los Derechos Conexos, cabe destacar que éstos se deben tanto a las deficiencias normativas, como a los problemas de carácter práctico en la aplicación de la ley.

Dentro de las deficiencias del sistema normativo se observa que ni los Tratados Internacionales, ni la LDADC hacen una distinción entre los conceptos de artista, intérprete y ejecutante. A pesar de que la clasificación es meramente doctrinal y para efectos prácticos los tres términos deben ser tomados como sinónimos, su la ambigüedad puede resultar problemática a la hora de interpretar el texto normativo y en eventuales disputas.

Asimismo, cabe señalar que la LDADC y su Reglamento incluyen dentro de los Derechos Conexos a grupos de beneficiarios que no tienen punto de conexión entre sí y que no cumplen con las características y razón de ser propias de éstos. A causa de lo anterior, se excluyen a sujetos que deberían estar protegidos por la ley, tales como el fotógrafo y el editor.

Por su parte, la LPODPI establece que los procesos penales se rigen por el régimen procesal penal común y son de acción pública a instancia privada. La vía penal no ha sido efectiva en la protección de los Derechos Conexos, y demás derechos de propiedad intelectual, por las siguientes razones:

Generalmente, en la etapa preparatoria se aplican criterios de oportunidad.

La política de persecución penal, con respecto a los delitos de propiedad intelectual, se enfoca en perseguir casi que exclusivamente los delitos que ponen en peligro o lesionan el bien jurídico salud y aquéllos en los que se vislumbra organización criminal.

Por tratarse de delitos de orden económico, las empresas ofendidas tienen la política de conciliar con los imputados y dar por finalizado el caso. Esto tiene un costo muy alto para la Administración de Justicia.

Con respecto a las sociedades de gestión colectiva, la regulación existente es muy limitada. En el RLDADC se detallan una serie de obligaciones que deben de cumplir estas instituciones, pero lamentablemente no existen sanciones establecidas en caso de que éstas se incumplan. Dado lo anterior, los derechos de los usuarios y los miembros de estas asociaciones se encuentran desprotegidos.

Dentro de los problemas existentes en la práctica, se encuentra la subutilización del RDADC, ya que existen muchas más obras que las que efectivamente se inscriben. Lo mismo sucede con la inscripción de actos de enajenación, cesión de derechos patrimoniales, licencias y uso y demás contratos relativos al Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Lo anterior afecta negativamente a los titulares de derechos, quienes no gozan de la protección que brinda el RDADC como ente certificante.

Finalmente, se encuentra el fenómeno de la piratería. Dicho fenómeno consiste en la realización ilícita de copias de una obra, interpretación, ejecución o fonograma; la puesta a disposición del público de tales reproducciones; y la reemisión de una radiodifusión sin la autorización respectiva. Sin embargo, para que las acciones descritas sean consideradas como piratería, se requiere que sean realizadas a escala comercial y sin la autorización del titular del derecho. Se trata de "…una modalidad de crimen organizado. Los que incurren en este tipo oficial de delincuencia, se organizan para incurrir riesgos, minimizar gastos y obtener la mayor cantidad de ganancias."[6]

Las nuevas tecnologías y los medios digitales, han facilitado la fijación y transmisión del material protegido, agravando el problema. Así, por ejemplo, mediante el "downloading de música" por Internet, los usuarios obtienen copias gratuitas de fonogramas protegidos. Esta actividad causa un enorme perjuicio económico a los titulares de los Derechos Conexos, quienes dejan de percibir los ingresos relativos a la venta de los fonogramas. El sector más afectado ha sido la industria discográfica, la piratería ha generado el desplome de este sector, afectando indirectamente a otros sectores relacionados con esta industria.

Este fenómeno también tiene efectos negativos para la colectividad, tanto a nivel económico como social. Por ejemplo, en el sector cultural, se desalienta la creación nacional y las actividades artísticas al hacerlas poco rentables. Además, la inversión empresarial se ve desincentivada por la baja rentabilidad de este sector y prefiere dirigir sus actividades hacia otros sectores más seguros.

---

6 AYU (José). Acciones y Procedimientos Penales en Materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Seminario Nacional sobre la Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual. pp. 149.

La afectación al Estado se refleja en dos direcciones. Por una parte, se causa un perjuicio tributario, ya que la mercancía de origen fraudulento no paga impuestos. Por otro lado, la inobservancia de los derechos de propiedad intelectual a nivel nacional puede afectar nuestras relaciones comerciales con la comunidad internacional. La piratería proyecta hacia el exterior un mercado interno inseguro y una legislación ineficiente.

Tomando en consideración la problemática planteada, resulta necesario tomar medidas al respecto, entre las posibles acciones por seguir, se propone:

La legislación nacional debe referirse a los requisitos necesarios para entrar en la clasificación de Derechos Conexos, siendo la característica esencial la naturaleza derivada de estos derechos.

Debe de promoverse la formación y divulgación sobre el tema de los Derechos Conexos. Estos esfuerzos deben enfocarse en los estudiantes de Derecho, en los funcionarios del Poder Judicial y en las dependencias administrativas, cuya labor se relaciona de alguna forma con los Derechos Conexos.

Es imperativo lograr una coordinación eficiente entre las autoridades aduaneras y el Registro Nacional, capacitar a estos sujetos y crear una infraestructura adecuada, tanto a nivel nacional como internacional.

Debido al crecimiento de la piratería, por medio de la utilización de medios digitales, es necesario incluir dentro del sistema normativo sanciones específicas para la violación de los Derechos Conexos haciendo uso de estos medios. Asimismo, se deben establecer definiciones específicas, incentivar su utilización por parte de los titulares, establecer normas que delimiten claramente sus alcances y crear una entidad, supervisada por el Estado, contralora de la utilización de Internet a nivel nacional. También, es recomendable homogeneizar las legislaciones de los distintos países, por la ausencia de fronteras físicas que implica Internet y los avances tecnológicos.

Para solucionar el problema del cobro que enfrentan las sociedades de gestión colectiva es necesario que una sola asociación se encargue de cobrar el monto total por Derechos de Autor y Derechos Conexos. En cuanto al acceso a la información, sería de gran utilidad que las sociedades de gestión colectiva publiquen su repertorio.

Para solventar la subutilización de la cual es objeto el RDADC, es necesaria una mayor difusión de los servicios que dicha institución brinda.

En cuanto a la política criminal, los delitos relacionados con la Propiedad Intelectual no son una prioridad dentro del Ministerio Público. Por lo anterior, es necesario cambiar la orientación que se le da al tema y crear una Fiscalía especializada en delitos de Propiedad Intelectual. De la misma forma, es necesario reformar la legislación para que la acción sea pública y, por lo tanto, ejercida directamente por el Estado. También, es necesaria la cooperación internacional mediante la estandarización de los diversos sistemas penales.

Bibliografía

AYÚ PRADO (José). La Observancia de los derechos de propiedad intelectual. En: “Propiedad Intelectual. Derecho de Autor y Propiedad Industrial. Congreso Internacional. Tomo II. Universidad de Margarita, 2004.

Convención de Roma de 1961, sobre la protección de intérpretes, productores de fonogramas y radiodifusores (Ley N.° 4727, del 5 de marzo de 197l. Publicada en el diario oficial La Gaceta N.° 59 del 13 de marzo de 1971).

Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos (Ley N.° 6683 de 14 de octubre de 1982. Publicada en el diario oficial La Gaceta N.° 212 de 4 de noviembre de 1982).

Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (Ley N.° 8039 del 12 de octubre del 2000. Publicada en el diario oficial La Gaceta N.° 206 de 27 de octubre del 2000).

Lipszyc (Delia). Derecho de autor y derechos conexos. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Unesco/Cerlalc/Zavalia, 1993.

LÓPEZ QUESADA (Laura Rebeca). Los derechos de autor y los derechos conexos en la reproducción de obras textuales, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2000.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen C-034-2007 de 9 de febrero del 2007. San José, Costa Rica.

Reglamento a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos (Decreto Ejecutivo N.° 24611-J, del 4 de setiembre de 1995. Publicado en el diario oficial La Gaceta N.° 201 del 24 de octubre de 1995).

RODRÍGUEZ (Manuel). La Observancia de los derechos de propiedad intelectual: acciones y recursos, medidas provisionales, medidas en frontera y medidas tecnológicas. En: Propiedad Intelectual. Derecho de Autor y Propiedad Industrial. Congreso Internacional. Tomo II. Universidad de Margarita, 2004.

LA CONTINUIDAD ENTRE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS, LOS PRINCIPIOS DE UNDROIT PARA LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES, LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL COSTARRICENSE [1]

Dr. Víctor Pérez Vargas

En las tendencias unificadoras y armonizadoras en el comercio internacional, destacan diversas organizaciones; en primerísimos lugares se encuentran la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante "UNCITRAL" o "CNUDMI"), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (en adelante "UNIDROIT") Y la Cámara de Comercio Internacional, en adelante, "C.C.I.").

Ellas han contribuido a la formación de la nueva Lex Mercatoria que, aunque tiene su origen principal en los usos y costumbres, se ha formalizado en recopilaciones de éstos (Como los INCOTERMS y diversos USOS BANCARIOS), en propuestas de Derecho Uniforme, como la Convención de Naciones Unidas en materia de compraventa internacional de mercancías (en adelante, "la Convención de Viena"), la Ley Modelo de Arbitraje Comercial y tantas más.

Todo este caudal ha sido elaborado por UNIDROIT donde, con el apoyo de juristas de las más diversas procedencias, que buscaron los principios y normas comunes a diferentes sistemas de Derecho Comparado, fueron preparados los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, "los Principios" o "los Principios de UNIDROIT").

"Lejos de ser una mera compilación de usos y costumbres, los Principios son una codificación del derecho internacional de los contratos. La preparación de este instrumento implicó una ardua labor de estudios comparativos de los principales sistemas

1 Comisión de Arbitraje I.C.C. Costa Rica- CONGRESO INTERNACIONAL PRESENTE Y FUTURO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN COSTA RICA . HOTEL. San José, COSTA RICA . 24 y 25 de FEBRERO 2010

legales nacionales y de ciertos instrumentos internacionales como la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980" [2].

Dentro del proceso de formación de la Lex Mercatoria, debe destacarse la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercancías. Ella constituye el antecedente más importante de los Principios de UNIDROIT (de 1994) y, al igual que esta normativa, ha determinado el contenido de la jurisprudencia arbitral de nuestros días.

Muchos principios de UNIDROIT tienen su claro origen en esta Convención de la cual son transcripción literal.

Un ejemplo se encuentra en materia de responsabilidad por daños imprevisibles. El artículo 74 de la citada Convención [3], anticipa la formulación de UNIDROIT 7.4.[4] y de la jurisprudencia actual, en el sentido de que se responde por los daños previstos o que pudieron serlo al tiempo de contraerse la obligación y que los daños contractuales imprevisibles no deben ser indemnizados, salvo cuando haya dolo, regla de toda justicia. Esta regla puede considerarse todo un principio de la Lex Mercatoria.

A su vez, buena parte de la jurisprudencia se ha inspirado en materia de responsabilidad por daños imprevisibles en los Principios de UNIDROIT para los Contratos, y en la citada Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional, según veremos más adelante.

En muchos otros campos, la Convención de Viena de 1980 y los principios de UNIDROIT de 1994 han inspirado la jurisprudencia hasta la fecha actual. Los segundos, que, en buena medida, son una generalización de las reglas que los primeros establecían para la compraventa internacional.

Los arbitrajes nacionales, en algunos casos, acuden a estas dos fuentes de la Lex Mercatoria, para complementar la legislación interna.

José Luis Siqueiros ha hablado de los Principios de UNIDROIT como normativa aplicable por los árbitros en controversias comerciales internacionales.

Lo que ha hecho el Instituto de Roma es armonizar los principios generales utilizados en el tráfico mercantil de manera que al surgir una contienda las partes puedan acudir a los Principios de UNIDROIT para dirimir el diferendo y evitar de esa manera el sometimiento a un ordenamiento jurídico extranjero.

"Existe una tendencia en aplicar los Principios Generales del Derecho y/o el

2 MAC LAREN, Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004

3 Convención de Viena. Artículo 74: La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

4 UNIDROIT, Principios, ARTÍCULO 7.4.4 (Previsibilidad del daño) La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

lus Mercatorum para la regulación de las relaciones jurídicas con elementos extranjeros, es decir, con elementos que las vincula con más de un Estado, por ende, adquiriendo la relación jurídica su carácter internacional. Sin embargo, algunos tratadistas indican que en muchas ocasiones la aplicación de la Lex Mercatoria deja mucha incertidumbre dada su oscuridad, es decir, su aplicación se complica ya que sus reglas están dispersas y pueden interpretarse de manera distinta según donde y quienes la aplican, por eso ha surgido la iniciativa del Instituto de Roma en crear un cuerpo normativo común, unificador y armonizador, dirigido al trafico mercantil, ya sea como Derecho Sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales o como herramientas (utilizadas por los árbitros) para la solución de controversias" [5].

A pesar de las críticas y dificultades que surgen al hablar de una jurisprudencia arbitral, la práctica nacional e internacional revela la reiteración de algunos principios generales que utilizan comúnmente los árbitros en el Comercio Internacional [6].

En un arbitraje ad hoc, en Costa Rica, los Principios fueron aplicados con base en el siguiente razonamiento:

"…las partes mismas convinieron en la cláusula décima de la carta de intenciones que actuarían entre ellas "con base en la buena fe y sanas costumbres, de conformidad con las más sanas prácticas comerciales y términos amistosos". Este enunciado faculta al Tribunal para aplicar tales reglas, como lo ha hecho en casos semejantes la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (V. Casos 8908 de 1996 y 8873 de 1997. International Court of Arbitration Bulletin, vol 10/2-Fall-1999, p. 78 y ss. Así citados en el laudo)".

En otro laudo costarricense se justificó del siguiente modo la aplicación de Los Principios, como doctrina:

"Sin que constituya una aplicación de Derecho no pactado ni invocado por las partes, sino por su valor doctrinario, cabe recordar que los principios de UNIDROIT se han aplicado reiteradamente, en al muchos casos sometidos a la Corte de Arbitraje Internacional de la C.C.I. hasta 1998 y en el arbitraje nacional… Las razones por las cuales este Tribunal considera que los Principios de UNIDROIT resumen "las más sanas prácticas comerciales" a que aluden las partes son :

1. Los Principios son una recopilación hecha por expertos internacionales procedentes de todas las partes del planeta, sin intervención de los estados o gobiernos, lo cual redunda en su alto grado de neutralidad y calidad y en su habilidad para reflejar el estado actual del consenso en la materia,

2. Al mismo tiempo, los Principios de UNIDROIT están ampliamente inspirados por el Derecho Internacional uniforme, particularmente la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercancías.

5 http://www.emba.com.bo/index.php?option=com_content&view=article&id=91%3Aprincipios-de-UNIDROIT&Itemid=114&lang=es

6 "Although not binding, the Principles have been applied by arbitrators in a growing number of ICC cases". http://74.125.47.132/search?q=cache:_O8Wp-iawNgJ:www.netcase.net/court/arbitration/id4126/langtype1034/index.html+UNIDROIT+C.C.I.+laudos&cd=122&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a

3. Los Principios de UNIDROIT son particularmente aptos para ser aplicados en el campo arbitral.

4. Ellos han sido especialmente concebidos para ser aplicados a los contratos internacionales y

5. Más que vagos principios, ellos proporcionan reglas específicas útiles.

El arbitraje nacional e internacional, en buena medida, se ha alimentado de la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [7].

"La práctica arbitral y la doctrina en el campo revelan tres principales tipos de aplicaciones para los Principios de UNIDROIT:

1. Como lex contractus, en otras palabras, como la ley que las partes acuerdan utilizar para regir sus relaciones y los conflictos que surjan a partir de ellas.

2. Como medio para interpretar y complementar normas de carácter internacional, entre ellas, convenciones, leyes modelo y otras que los sujetos del contrato han elegido para regular la ejecución de las cláusulas contractuales.

3. Como medio para interpretar y complementar leyes nacionales, cuando las partes han dispuesto que éstas han de ser las normas que se apliquen" [8].

"Los casos en que los árbitros de la Corte Internacional de Arbitraje han hecho uso de los Principios de UNIDROIT como lex contractus, cuando las partes eligieron una ley no nacional para reglar la resolución de sus disputas, son numerosos" [9].

Igualmente, resulta interesante que los árbitros nacionales también hayan utilizado los Principios y la jurisprudencia de la C.C.I. en la motivación de sus laudos [10].

ALGUNOS TEMAS

La autonomía de la cláusula arbitral

La autonomía de la cláusula arbitral es un principio general, cuyos orígenes se remontan a la actividad jurisprudencia norteamericana en el caso Prima Paint de 1967 y a la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional, desde 1968 [11].

7 Oviedo Albán, Jorge. APLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf

8 MAC LAREN, Rosemarie, op.cit.

9 MAC LAREN, Rosemarie, op.cit.

10 http://74.125.47.132/search?q=cache:n5DQuUzKLEkJ:www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf+UNIDROIT+C.C.I.+laudos&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a
ver también. http://74.125.47.132/search?q=cache:nhu0QIIlvO4J:biblioteca.unisabana.edu.co/revistas/index.php/dikaion/article/viewPDFInterstitial/525/892+UNIDROIT+C.C.I.+laudos&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a

11 Prima Paint Corporation vs Flood and Conklin Manufacturing Co. U.S. Supreme Court, 12 de junio de 1967 -388 US 396 1967, Yearbook on Commercial Arbitration T. II, 1977, p 123, cit p. HUYS, op.cit., p.486. V. también SANDERS, Peter, Trends in the field of international commercial arbitration, recueil des cours de l´Academoe de Droit International de La Haya, 1975-II, Sithof, Leyden, 1976, p 215.
"La autonomía de la cláusula compromisoria en relación con el contrato que la contienen (otro principio perteneciente al derecho "anacional" del arbitraje) viene afirmada por el árbitro, sin considerar la posibilidad de una solución en contrario del derecho nacional que regla la cláusula de arbitraje" (DERAINS, 101). *continúa sgt. pág.*

De conformidad con este principio el acuerdo de arbitraje no es simplemente un accesorio de un contrato, sino que es un contrato en sí mismo, que puede permitir un análisis independiente e, incluso merecer la aplicación de un Derecho diferente.

La autonomía de la cláusula arbitral se encuentra consagrada en la Ley Modelo de U.N.C.I.T.R.A.L. en cuyo artículo 16 se lee "... una cláusula compromisoria, que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará, ipso iure, la nulidad de la cláusula compromisoria". También el principio se encuentra en nuestra Ley de Resolución Alterna de Conflictos y en diversos Reglamentos de Arbitraje Institucional.

La interpretación restrictiva de la cláusula arbitral:

La cláusula arbitral implica una renuncia a la jurisdicción común. En cuanto renuncia que es, debe interpretarse restrictivamente. Sólo lo expresamente pactado por las partes es susceptible de ser sometido a un proceso arbitral. Así lo ha sostenido la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

"La exclusión de la justicia ordinaria, que es el efecto principal del acuerdo arbitral, se ha de mirar siempre con criterio restrictivo.

viene de pág. anterior.

"...deberá recordarse que en virtud de la función que la cláusula compromisoria cumple en el comercio internacional, es autónoma y está sometida a un régimen distinto del reservado para el contrato...la cláusula de arbitraje que figura en un contrato internacional, puede regirse perfectamente por una ley distinta a la aplicable al contrato principal" (Caso C.C.I. 1507 de 1970).
"Es una norma, ahora admitida en materia de arbitraje internacional... el que ... el acuerdo compromisorio, ya se celebre por separado o en el mismo acto jurídico a que se refiere, goza siempre, salvo en circunstancias excepcionales, de una completa autonomía jurídica, excluyéndose que pueda verse afectado por una posible invalidez de ese acto" (Caso C.C.I. 1526 de 1968).
"Es una regla admitida actualmente en materia de arbitraje internacional, o en vías de serlo de un modo uniforme que... el acuerdo compromisorio, ya se hayan concluido por separado o esté incluido en el acto jurídico al que se refiere, tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica, excluyéndose que pueda verse afectado por una posible invalidez de este acto" (1976, CASO C.C.I. 2476).
"La demandada ha impugnado la competencia del Tribunal Arbitral basándose especialmente en el hecho de que el contrato de licencia no tenía valor, siendo defectuoso su consentimiento, por el profundo desacuerdo existente sobre las bases mismas del contrato, o que al menos estará viciado. En consecuencia la demandada ha pretendido que la cláusula de arbitraje a la cual se refería la demandante no podía tener ningún efecto. De acuerdo con el Reglamento... la pretendida nulidad o inexistencia alegada de un contrato no ocasiona, salvo excepción en contrario, la incompetencia del árbitro. Si el árbitro admite la validez del convenio de arbitraje seguirá siendo competente, incluso en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones" (Caso C.C.I. 2476 de 1976).
Una sociedad suiza Y demandada junto con otras sociedades, una francesa y otra de Luxemburgo alegó que "no estaba vinculada por el contrato litigioso, debido a que sus representantes no estaba capacitados en el momento de efectuarse las negociaciones. "...el Tribunal estimó que en virtud de la autonomía jurídica de que goza la cláusula compromisoria en materia de arbitraje internacional, era competente para juzgar sobre la no oponibilidad del contrato con respecto a Y. "La nulidad contrato principal no es una excepción de incompetencia, sino un medio de defensa con respecto al fondo" (DERAINS, 209)
Resultando que la sociedad Y (suiza) invoca la nulidad del contrato... que sus "representantes" habían firmado sin tener capacidad para ello... aparece como una norma material del Derecho Mercantil Internacional : que al descartar cualquier incidencia de la impugnación de la validez del contrato sobre la cláusula compromisoria, al menos cuando se trata de un contrato internacional, tiene como consecuencia permitir a los árbitros pronunciarse sobre las impugnaciones relativas a la validez del contrato" (Caso C.C.I. 2694 de 1977).

Esto, por lo demás resulta de lo que dispone el artículo 11 del Código Procesal Civil para quien la jurisdicción de los árbitros está limitada al negocio o negocios que expresamente les hayan sometido" (N. 200 de las 15 hs. Del 7 de abril del 2006).

Los árbitros no tienen competencia más allá de lo que las partes han convenido, ni tampoco sobre cuestiones diferentes de las previstas en el acuerdo arbitral. Como la existencia de la competencia arbitral deriva del consentimiento de las partes, sobre puntos que no fueron previstos expresamente, o que fueron expresamente excluidos hay incompetencia (sobre el tema de la interpretación restrictiva del acuerdo arbitral, véase: Revista Judicial, N. 32 de marzo de 1985, pág. 157 y ss).

Es un principio universal que "los árbitros han de concretarse a los puntos sometidos en el acuerdo arbitral"[12]. Los árbitros no tienen competencia más allá de lo que las partes han acordado.

El secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, quien hace poco visitó nuestro país, ha dicho: "la ausencia de toda ambigüedad en la voluntad de las partes es una condición "sine qua non" para que los árbitros tengan el poder suficiente"[13].

El acuerdo arbitral debe ser interpretado en forma restrictiva pues con él se sustrae de una manera excepcional a las partes de su Juez natural. En este sentido los tribunales del sistema romano (especialmente belgas, franceses y latinoamericanos) han afirmado el principio de que éste es de interpretación restrictiva.

También la jurisprudencia francesa ha mantenido la tesis de la interpretación restrictiva de los acuerdos arbitrales [14].

Es la jurisprudencia belga la que ha desarrollado mejor el principio de que la convención de arbitraje debe ser interpretada en forma restrictiva (así: Trib Com. Bruxelles, 6 janvier, 1955, Trib Com. Anvers, 8 de octubre de 1956 y Corte de apelaciones de Bruxelles, 13 de noviembre de 1974). En el mismo sentido se ha manifestado la doctrina belga, para la cual los límites de la competencia arbitral están en la voluntad expresa de las partes, en lo previsto en la cláusula arbitral [15].

También la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha sostenido que no se puede acudir al arbitraje, si éste no resulta en forma inequívoca de la voluntad de las partes: "La convención de arbitraje es de interpretación restrictiva" [16].

En la doctrina argentina el tratadista Alsina, afirma sobre las cláusulas arbitrales: "deben interpretarse en forma restrictiva, por cuanto la cláusula compromisorio implica una renuncia al principio general de sometimiento a la jurisdicción judicial" [17]. La jurisprudencia argentina ha hecho uso del principio de

12 Véase CABANELLAS, Repertorio Jurídico, Heliasta, Buenos Aires, 1974, p. 144
13 DERAINS, Ives, Jurisprudencia Arbitral, Clunet, 1974, p. 938
14 Rivista Trimestrale di Diritto Commerciale, 1976, p. 704
15 HUYS, Marcel y KEUTGEN, Guy, L´arbitrage en Droit belge et internacional, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 151 y ss
16 Laudos C.C.I., 1974, Números 2138 y 2321, Clunet, 1975, ps. 934 y 978
17 ALSINA, Tratado Teórico-práctico de Derecho procesal Civil y Comercial, Tomo VII, EDIAR, Buenos Aires, 1965, ps. 35 y 36

interpretación restrictiva de los acuerdos arbitrales en reiterados fallos.

En esta materia, la jurisprudencia de la C.C.I. sigue más la tradición romana continental europea y latinoamericana que la anglosajona [18]. En los países del "Common Law" la jurisprudencia ha afirmado que "cuando hay dudas sobre si un asunto es materia de arbitraje, la cuestión se resuelve en favor del arbitraje" [19] y que "cualquier duda debe ser resuelta dentro de la línea de la política liberal de promover el arbitraje" [20]. Contrariamente,"los tribunales belgas, franceses y latinoamericanos han reiterado el principio de que en caso de duda, la cláusula debe interpretarse restrictivamente. Se considera que la sentencia de los árbitros "ha de concretarse a los puntos que se les sometieron" [21]. El árbitro no tiene jurisdicción más allá de lo que expresamente las partes han convenido, ni tampoco sobre cuestiones diferentes de las previstas por las partes en la respectiva cláusula. Alsina ha dicho : "Las partes no suelen ser muy precisas en sus expresiones y éstas deben interpretarse en forma restrictiva, por cuanto la cláusula compromisoria importa una renuncia al principio general de sometimiento a la jurisdicción judicial" [22].

El principio Kompetenz Kompetenz

Este Principio fue desarrollado desde 1968; hoy es de aceptación universal y se encuentra incorporado en nuestra Ley. De conformidad con él, los árbitros tienen competencia para resolver sobre su propia competencia [23].

La jurisprudencia arbitral costarricense en varios casos se ha referido a este principio, diciendo: "implica que este Tribunal tiene competencia para decidir sobre su propia competencia, lo cual obedece al principio "iudex actionis est eo ipso iudex exceptionis"[24].

18 Pérez Vargas, Víctor, La interpretación de las cláusulas arbitrales, Apuntes de Derecho Comparado, Revista Judicial, N. 32, marzo de 1985, p. 158.
Algunos laudos de la C.C.I., donde se ha afirmado esta regla son:
"Las cláusulas compromisorias son de interpretación estricta y el Tribunal... no podrá excederse de su competencia (Caso C.C.I. 2138 de 1974 ;flexibilidad en CASO C.C.I. 2321 de 1974).
"...cuando se trata de apreciar su validez o su eficacia, el árbitro debe guiarse por el deseo de garantizar el funcionamiento del acuerdo elaborado por las partes para solucionar los litigios..." (2321 de 1974).
19 Southern Bell Tel Co. V. Louisiana Power and Light Co, DC La, 1963, 221 F. Supp 364.
20 Oregon Pacific Forest Products Corp. V. Welsh Penal Co, or, 1965, 248, F. Supp. V. más referencias jurisprudenciales sobre el principio "favor arbitration" en PEREZ VARGAS, op.cit, en Revista Judicial N. 32, pág. 157.
21 CABANELLAS, repertorio Jurídico, Heliasta, Buenos aires, 1974, p. 144.
22 ALSINA, Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VII, Juicios especiales, EDIAR, Buenos Aires, 1965, p. 35.
23 "La posibilidad que el árbitro tiene de proveer sobre su propia competencia se considera como "una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral"". (DERAINS, p. 101).
"Es norma admitida en materia de arbitraje internacional, el que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia" (Caso C.C.I. 1526 de 1968).
"Según el artículo 13, párrafo 3, del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el árbitro tiene la competencia de su propia competencia. Además, es un principio esencial, generalmente reconocido por el Derecho del Arbitraje (Caso C.C.I. 2521 de 1975 ; V. también : CASO C.C.I. 1507 de 1970, CASO C.C.I. 213, 8 de 1974).
24 Por ejemplo en: Expediente CCA01-AR01-01-01, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

El Derecho aplicable

Sobre el Derecho aplicable, en caso de falta de designación de las partes[25], no puede decirse que haya jurisprudencia uniforme. En algunos casos se han usado los métodos tradicionales de "conflicto de leyes"[26]; en otros se ha optado por la sede del arbtraje[27]; de amplia utilización ha sido el método de los factores de conexión[28]; en otros se ha afirmado el por discrecional de los árbitros[29] y, en numerosas ocasiones, desde 1969, se ha hablado de la

25 "Resultando que todos los poderes y la competencia del tribunal arbitral provienen del acta de misión y que al contrario de lo que ocurre en un tribunal judicial, aquél se encuentra vinculado a la voluntad de las partes..." (Caso C.C.I. 1581, cit. p. DERAINS
"Habiendo hecho las partes una elección expresa...el árbitro no puede sustituir la elección hecho por las partes por la suya" (Caso C.C.I. 1512 de 1971).

26 Se apoya en una referencia a las normas de Derecho Internacional Privado vigentes en el lugar del arbitraje y en los otros países con los que el litigio guarda conexión (así en el CASO C.C.I. 1434 de 1975).
"Si los árbitros pueden evidenciar que, en relación con el extremo planteado, las normas de conflicto de los diferentes estados con los que el litigio se encuentra vinculado, son del mismo tenor o conducen al mismo resultado, también puede aplicar esas normas de conflicto comunes..." (Caso C.C.I. 1776 de 1972 ; 1970 CASO C.C.I. 1689 ; 1972 : CASO C.C.I. 1759 y CASO C.C.I. 2096).

27 En un caso, había varios contratos de venta celebrados entre una empresa de aluminio yugoslava, vendedora y un comprador americano. Las partes no habían precisado el Derecho aplicable.
"El único lugar con el que el contrato tenía una relación específica era París, designado como lugar del arbitraje. En virtud de la libertad que los árbitros tienen, en materia de arbitraje internacional, para aplicar la norma de conflicto que consideran adecuada, el Tribunal Arbitral decide arbitrar el litigio según el Derecho francés" (Caso C.C.I. 27735 de 1976).

28 Se estableció que las partes no había determinado ley aplicable. Pero que era la Ley de Kuwait la aplicable por diversos puntos de conexión, como el lugar donde fue concluido el contrato, el lugar de residencia de la parte que debía cumplir, además de que se dijo que el acuerdo y su cumplimiento no tienen ningún vínculo con otros países que no sean Kuwait, donde todo el contrato fue discutido, perfeccionado y ejecutado (Caso C.C.I. 5835 de 1996, ICC p 33).
En un caso donde había un vendedor yugoslavo y comprador iraní. (entrega en Irán), se discutió el DERECHO APLICABLE. El árbitro resolvió en favor de aplicar el iraní.
"El árbitro en esta búsqueda deberá tener en cuenta numerosos elementos para poder determinar el sistema jurídico con el que la transacción tiene una mayor y más efectiva relación. Entre ellos, los más importantes son el lugar de conclusión, los lugares de residencia o de establecimiento de las partes, así como la naturaleza y el objeto del contrato. No tengo duda de que el contrato tiene una más estrecha y efectiva relación con Irán" (1972 CASO C.C.I. 1717 p. 73, cit. DERAINS, p. 72).
Una sociedad francesa se había comprometido frente a una sociedad española a garantizar el suministro, montaje y funcionamiento de todo el material necesario para la construcción en España de una fábrica. Se dijo :
"...hay aquí una convergencia de indicios de localización que debe conducir a que se designe la ley española como aplicable al caso" (Caso C.C.I. 2438 de 1975).

29 "Esta libertad...no significa una discreción completa e ilimitada...el árbitro... no puede eludir los principios generales fundamentales del procedimiento" (Caso C.C.I. 1512 DE 1971).
En un caso donde había dos Contratos : a. uno de agencia general de venta, donde la parte Suiza se compromete a distribuir en USA y Méjico productos de la parte italiana. B. Otro, una contraescritura donde decía: "unico objeto el hacer de la sociedad suiza un intermediario entre la sociedad italiana y "C" residente en USA, único autorizado para vender en USA y Méjico", se dijo que el CONTRATOS. DERECHO APLICABLE. era el italiano, tomando en cuenta el lugar principal de ejecución y considerando elemento secundario la moneda de pago. Se expresó :
"...las instancias arbitrales disponen de cierto poder discrecional en cuanto a la elección de la ley aplicable cuando las partes no la han designado" (1966, CASO C.C.I. 1422, DERAINS, p. 67).

aplicabilidad de un Derecho ANACIONAL[30], identificado con la Lex Mercatoria.

La buena fe

El artículo 1.7 de "los Principios" establece que "(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber".

El Máster Yuri López Casal ha hablado de un auge del principio de la buena fe como criterio de aplicación obligatoria, interpretación e integración de la contratación privada[31].

Este principio ha sido aplicado para la interpretación de los contratos en numerosos laudos [32], tanto en relación con la fase de

30 "el infrascrito árbitro no considera necesario decidir si es aplicable al contrato que se somete un sistema particular de derecho nacional" (1972, CASO C.C.I. 2151, cit. DERAINS, p. 72 y de 1971, CASO C.C.I. 1512).
"El árbitro internacional carece de una lex fori de la que pueda tomar las normas de conflicto de leyes" (1971, CASO C.C.I. 1512). "...los árbitros no pueden recurrir a tales normas en la medida en que su poder no lo reciben de ningún Estado" (1970, CASO C.C.I. 1776).
En un caso donde el actor era francés y el demandado sueco : "Las partes no indicaron en sus acuerdos ni en su correspondencia el derecho nacional que llegado el caso estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. De este modo han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en sus defecto, los usos del comercio" (1969 CASO C.C.I. 1641 p. 71 Véase además : de 1969, CASO C.C.I. 1641 Cit. p. DERAINS, p. 70).
"La conducta posterior de las partes, por ejemplo el haber sometido sus disputas a las reglas de la I.C.C. es una clara evidencia y confirmación de que las partes estaban a favor de la "deslocalización" de la resolución de la disputa... escoger el arbitraje comercial internacional tiene un efecto "deslocalizante" en el Derecho aplicable" (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).
"Seis de los nueve contratos contienen la expresión "justicia natural". "reglas de justicia natural" en relación con la resolución de la disputa mediante arbitraje... El hecho de que los contratos estén en inglés no es decisivo, dado que el inglés ha llegado a ser un instrumento internacional para expresar los términos y condiciones de sofisticadas transacciones..."
(Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).
"Las referencias a "la justicia natural", "reglas de justicia natural" encontradas en la mayoría de los contratos, deben ser uniformemente interpretadas como relativas no solamente a la justicia procesal, sino al especial tipo de justicia sustancial que las partes tuvieron en mente, sobre la base de la neutralidad de la ley aplicable al mérito" (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).
"...los árbitros no están ligados a las reglas estrictas de un derecho nacional cuando se trata de determinar si, y en que medida, los usos del comercio pueden aplicarse, eventualmente en sustitución de normas dispositivas de la ley... esto permite a los árbitros atribuir un lugar más importante a los usos del comercio y en consecuencia, a las reglas consuetudinarias establecidas a nivel internacional... Naturalmente, todo esto se aplica cuando se trata de verdadero usos : esto es, de usos ampliamente conocidos y regularmente observados en el ramo considerado : debe establecerse que se trata de reglas que las personas comprometidas en el comercio internacional (y particularmente en el ramo en cuestión) consideran aplicables, sin ninguna necesidad de referencia expresa, porque ellas han llegado a ser obligatorias como consecuencia de un uso continuado..." (Caso C.C.I. 8873 de 1997).

31 López Casal, Yuri, Deberes contractuales accesorios y concurso de pretensiones.Revista Judicial 95, Corte Suprema de Justicia, San José.

32 Ejemplos:
"Las convenciones deben interpretarse de buena fe teniendo cada parte la obligación respecto a la otra de no actuar de tal manera que pueda perjudicarla". (Caso C.C.I. 2291, 1975).
Y con posterioridad a UNDROIT: "Las reglas relativas a la interpretación y a la buena fe contenidas en los principios de UNIDROIT, artículos 1.7, 4.1 a 4.8 y 2.11 son en todo caso un útil marco de referencia para aplicar y juzgar un contrato internacional" (Caso C.C.I. 8909 de 1998).

formación como con respecto a la fase de ejecución [33].

También el tema de la buena fe ha sido importante en relación con los costos del proceso arbitral [34].

Lo mismo ha ocurrido en la jurisprudencia arbitral costarricense:

"La buena fe contractual impone no solo un respeto a las disposiciones que expresamente hayan convenido las partes en su contrato, sino además una colaboración recíproca, armonía y lealtad, especialmente cuando se debe enfrentar y resolver un diferendo"[35].

"La Corte de la Cámara de Comercio Internacional ha señalado que "cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no le pueda perjudicar" (Laudo N. 2291, cit.p. DERAINS, Yves, Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Morales, Madrid, 1985, p. 57). "Se impone esta obligación de cooperación que, con toda razón, la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato" (CCI, Laudo 2443 de 1975) y con respecto a la buena fe y deberes de cooperación, recientemente, ha consagrado que según los Principios de UNIDROIT (artículo 5.3) los usos del comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los contratos (CCI, Laudo 9593 de 1998)" [36].

33 "Ya desde 1932 un laudo de la C.C.I.... subrayaba que las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe. En este mismo sentido el CASO C.C.I. 2443 de 1975 ha declarado que "las partes deben ser perfectamente conscientes de que sólo una colaboración leal, total y constante entre ellas podrá eventualmente permitir resolver, por encima de las dificultades inherentes a la ejecución de cualquier contrato, los numerosos problemas derivados de la extrema complejidad de la formulación y enmarañamiento de los compromisos litigiosos". Y los árbitros añaden : "se impone esta obligación de cooperación que, con razón la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato" (DERAINS, 159)
"La buena fe y el espíritu de cooperación deben presidir la ejecución de los contratos (Caso C.C.I. 2291, 1975).

34 "... de conformidad con los principios generales del Derecho del arbitraje internacional, el Tribunal en su decisión sobre costos, debe tener en cuenta, no solamente el resultado del proceso, sino también la conducta de las partes durante aquel. Las partes en el arbitraje internacional tienen un especial deber, en buena fe, de contribuir a que el proceso progrese y abstenerse de cualquier táctica dilatoria. La conducta del demandado durante todo el proceso, de ninguna manera se conforma con estos requerimientos. El demandado no pagó los adelantos de los costos requeridos para el arbitraje. Además, no sólo se atrasó en presentar su contrademanda... y no asistió a las audiencias...etc... Por las anteriores razones, el demandado debe reembolsar al actor los adelantos de costos..." (Caso C.C.I. 8486 de 1996).
"No cabe extrañarse de que la parte que en este negocio obtiene ganancias y cuya excepción de incompetencia se admite, sea condenada a soportar una parte de los gastos del procedimiento. El artículo 20 de Reglamento... al indicar que el laudo definitivo del árbitro, además de la decisión de fondo, liquida los gastos del arbitraje y decide cuál de las partes debe efectuar el pago o en qué proporción se reparte entre ellas, otorga plena libertad al árbitro para repartir los gastos. El hecho de tener en cuenta un comportamiento criticable para hacer soportar una parte que, sin embargo ha sido satisfecha, una parte de los gastos, corresponde asimismo a la práctica de los tribunales franceses" (DERAINS, REF. L 2558 de 1976)

35 Laudo arbitral #A-05-02, de las 17:35 horas del 27 de junio del 2002. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.

36 Tribunal Arbitral ad-hoc. San José, Costa Rica, quince horas del treinta de abril del dos mil uno. Se dijo en este laudo: De conformidad con la jurisprudencia reciente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en aplicación de los Principios de UNIDROIT (artículo 7.1.6.), una parte incurre en grave negligencia si muestra una elemental falta de atención a las consecuencias de su acción y si realiza un cumplimiento substancialmente diferente de lo que la otra parte razonablemente esperaba" (CCI, Laudo 6320 de 1992, ICC Yearbook XX-1995, p. 62 y 5835, de junio 1996).

Los deberes de cooperación

En los contratos de prestaciones recíprocas, las partes deben dar cumplimiento al principio de buena fe y, con su cooperación recíproca, deben poner los mejores esfuerzos para la consecución de los fines acordados. Se trata de realizar los comportamientos instrumentalmente indispensables para la realización de la obligación principal; así lo ha afirmado la jurisprudencia arbitral internacional[37].

Sobre esta obligación de cooperación, con base en UNIDROIT, se afirmó en un reciente laudo costarricense:

"El deber de cooperación es uno de los principios de la Lex Mercatoria, que los árbitros del comercio internacional hacen respetar afanosamente. Sobre todo, encuentra su ámbito de aplicación en materia de ejecución de contratos. La Corte de la Cámara de Comercio Internacional ha señalado que "cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no le pueda perjudicar" (Laudo N. 2291, cit.p. DERAINS, Yves, Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Morales, Madrid, 1985, p. 57). "Se impone esta obligación de cooperación que, con toda razón, la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato" (C.C.I., Laudo 2443 de 1975) y con respecto a la buena fe y deberes de cooperación, recientemente, ha consagrado que según los Principios de UNIDROIT (artículo 5.3) los usos del comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los contratos (C.C.I., Laudo 9593 de 1998)"[38].

Principios del efecto útil

"Una regla de interpretación universalmente admitida exige que, ante dos interpretaciones contrarias o dos sentidos posibles de los mismos términos de un contrato, y ante la duda, se prefiera la interpretación que atribuye a las palabras un determinado alcance, antes que las que las consideran inútiles o incluso absurdas"[39].

La presunción de competencia profesional

Para la jurisprudencia arbitral internacional, debe prevalecer la voluntad expresada en los negocios; considerando que los comerciantes "tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente" y para ejercitar "una salvaguardia diligente de sus propios intereses, comportándose como prácticos razonables en lo que hacen…. La tendencia internacional ha trascendido a la jurisprudencia arbitral nacional, con la aplicación de principios como el de "presunción de competencia profesional" y "presunción de apreciación de los riesgos de los operadores del comercio".[40].

37 "...con respecto a la buena fe y deberes de cooperación, recientemente, ha establecido que según los Principios de UNIDROIT (artículo 5.3) los usos del comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los Contratos" (CCI, Laudo 9593 de 1998).

38 Expediente CCA 15 ARO7 08 02- Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

39 (Caso C.C.I. 1434 de 1975).

40 RAMIREZ Calderón, Ana Lucía. La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses. Revista Judicial N. 92, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2009

Estas presunciones han sido aplicadas en dos campos: Los vicios de la voluntad y el campo de circunstancias.

Los vicios de la voluntad

El error en los negocios comerciales, por lo general, no ha sido admitido en la jurisprudencia arbitral de de la Cámara de Comercio Internacional[41] y de la Cámara de Comercio de Costa Rica[42].

La doctrina de la jurisprudencia arbitral ha sido radicalmente restrictiva en materia de vicios de la voluntad, o del consentimiento, aplicando el principio de "presunción de competencia profesional" y "presunción de apreciación de los riesgos" de los operadores del comercio, que significa que se supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y se espera de ellos que ejerciten una salvaguardia diligente de sus propios intereses y se comporten como prácticos razonables en lo que hacen..."[43].

En Costa Rica, en algunos casos se ha alegado vicio de la voluntad a la hora de la firma de contratos de fideicomiso[44]. En algunos casos ha hablado de engaño (o sea, dolo), de error y, también de violencia moral (amenazas, coacción o intimidación).

En uno de estos casos se dijo: La parte actora ha alegado vicios de la voluntad. El Tribunal comparte al respecto la doctrina sostenida por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Tal doctrina ha sido radicalmente restrictiva en materia de vicios de la voluntad, o del consentimiento, aplicando el principio de "presunción de competencia profesional" y "presunción de apreciación de los riesgos" de los operadores del comercio, que significa que se supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y se espera de ellos que ejerciten una salvaguardia diligente de sus propios intereses y se comporten como prácticos razonables en lo que hacen,

41 "Una vez que se ha obligado mediante su firma, no puede unos meses después, liberarse del mismo, con el pretexto de que no se había dado cuenta exacta de lo que había firmado. En efecto, el error en la sustancia del contrato no puede admitirse como causa de anulación, salvo cuando es disculpable teniendo en cuenta las cualidades del que lo comete...si antes de la firma, la demandada no había realizado un profundo estudio de la situación del mercado español, cometió una negligencia inexcusable, de la que sólo ella es culpable..." (1972, CASO C.C.I. 1990).
"Se presume que los prácticos del comercio internacional entablan con conocimiento de causa las operaciones que negocian y no podrán pretender que no estaban en condiciones de darse cuenta de la importancia de las obligaciones que asumían. La personalidad de los contratantes excluye cualquier error in negocio" (L- 1512 de 1971).
"Resultando que la demandada, representada en sus negociaciones con la demandante por el señor X, eminente industrial tanto por su experiencia en los negocios, como por sus conocimientos profesionales y de las costumbres de los hombres, no puede afirmar con seriedad que ha firmado el contrato por agotamiento, subyugado por la fogosidad y las artes oratorias de un interlocutor" (L- 1397 de 1966).
"Resultando que si incluso la demandada tiene la impresión de haberse comprometido de un modo imprudente, y sobre todo, como ha declarado, de haber sellado un acuerdo en base a unos "precios excesivamente onerosos", la imprudencia en personas mayores de edad y en sus sano juicio no es obstáculo para la conclusión de contratos válidos" (Caso C.C.I. 1397 de 1966). "...la presión que la demandante haya podido ejercer sobre la demandada no ha sido, sin duda, mayor que la que suele darse normalmente en las relaciones entre un concedente y un concesionario" (1972, CASO C.C.I. 1990).
42 Expediente CCA20-ARO7-07-00, demanda declarada sin lugar, con base en la presunción de competencia profesional
43 V. DERAINS, Yves, La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matiere de vente internationale : experiences et perspetives. Convegno sulla compravendita Internazionale. 1980, Roma.
44 Expediente CCA20-ARO7-07-00, citado

habiéndose afirmado que "la imprudencia en personas mayores de edad y en su sano juicio no es obstáculo para la conclusión de contratos válidos" [45]. En relación con el respeto a la voluntad expresada, los árbitros se han manifestado muy restrictivos. En aplicación del mismo principio, hay jurisprudencia reiterada rechazando el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente o "imprevisión" … el Tribunal utiliza esta presunción para subrayar que los firmantes (que se deben presumir aptos profesionalmente para el comercio) del contrato de Fideicomiso no podían ignorar el alcance de las cláusulas a que se sometían. Además de referirse al vicio de violencia, o amenazas, la actora reiteradamente ha hablado de error. Valen a este respecto las mismas consideraciones expuestas en relación con el principio de presunción de competencia profesional que, como se dijo: "supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y se espera de ellos que ejerciten una salvaguardia diligente de sus propios intereses y se comporten como prácticos razonables en lo que hacen".

Dentro de estos principios destaca el del "efecto vinculante del contrato" (pacta sunt servanda) y la "presunción de competencia profesional" la cual supone que el comerciante tiene pleno conocimiento de los compromisos que adquiere, en especial si no ha hecho reservas o previsiones en el contrato. Estos principios, ampliamente utilizados en la jurisprudencia arbitral costarricense han sido avalados por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Solo a manera de referencia, en un pronunciamiento reciente, de las 15:10 horas del 15 de enero del 2003, la Sala Primera al confirmar un laudo arbitral donde aplicó el principio de competencia profesional, afirmó: "… y antes por el contrario, como lo resalta el laudo, sus representantes eran personas familiarizadas con este tipo de negocios y en el caso concreto discutieron y consintieron expresamente el clausulado." (…) la accionada es agente económico y para efectos de ofertar y vender su producto, debió contar con el elenco profesional conocedor y actualizador sobre legislación e ingeniería, a fin de evitar no solo contraer pactos con presunta violación de la normativa vigente y por virtud de ello, las consecuencias legales del caso. En realidad las relaciones comerciales se inspiran bajo el principio de buena fe y de confianza. (…) conforme con los principios de competencia y diligencia profesionales y de la doctrina sobre los actos propios, este tribunal llega al convencimiento de los términos en que la accionada se obligó y considera inaceptables, los motivos alegados (…)[46]

La Sala Primera de la Corte ha avalado la doctrina de la presunción de competencia profesional, diciendo[47]: "Cabe resaltar, en punto al tema de la emisión de los certificados CPF y DRV y su traspaso, que el Tribunal también se fundamentó en el principio de la "presunción de competencia profesional ", desarrollado como doctrina aplicable por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional". Afirmó: "Además, según el referido principio, estima el órgano arbitral que

45 V. DERAINS, Yves, op.ult.cit-
46 Cit.p. RAMIREZ, Revista Judicial. Op.cit.
47 Res: 000753-F-2007 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas veinte minutos del diecinueve de octubre de dos mil siete

tratándose de negocios jurídicos y el hecho de llevar a cabo actividades empresariales, procede presumir y exigir competencia y diligencia al empresario moderno al desarrollar sus negocios. De esta manera, como lo sigue exponiendo el órgano arbitral, impera un criterio restrictivo en la ponderación de reclamos entre las partes del contrato, en lo atinente a actuaciones y omisiones al suscribir o ejecutar la negociación, bajo la suposición de que los comerciantes cuentan con suficiente capacidad profesional para definir sus contratos de modo libre y responsable, esperándose de ellos una diligente salvaguardia de sus propios intereses. Cierra este razonamiento diciendo que "… los firmantes del Fideicomiso y en caso particular, la parte aquí demandante, no podía ignorar el alcance, ni las vaguedades de las cláusulas a las que se sometió al firmar el contrato de Fideicomiso, ni debió permanecer inactiva frente a posibles omisiones de la contraparte, pues se supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad para percibir y discernir la conveniencia y efectos de los negocios jurídicos en los cuales se involucran y para actuar oportunamente en defensa de sus intereses". Todo ello es parte de la motivación del laudo a lo que, dicho sea de paso, el recurrente no pudo enlazar con ninguna de las causales taxativas de nulidad".

El cambio de circunstancias

Aplicando el principio de "presunción de competencia profesional" y "presunción de apreciación de los riesgos" de los operadores del comercio, en relación con el respeto a la voluntad manifestada, los árbitros se han manifestado muy restrictivos 48/; hay jurisprudencia reiterada rechazando el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente o "imprevisión". Este principio ha sido un componente constante de la Lex Mercatoria.

Se ha admitido la modificación del contrato o su resolución, solamente si las partes lo han pactado de tal manera 49/. En caso, contrario, la presunciones la de que los contratantes

48 "...la necesidad de limitar la aplicación de la supuesta doctrina "Rebus sic stantibus" (a veces aludida mediante las expresiones "frustration", "fuerza mayor", "imprevisión" y otros términos similares) a aquellos casos en los que las razones apremiantes lo justifican, considerando no sólo el carácter fundamental de las modificaciones, sino también el carácter particular de los contratos de que se trata, las exigencias de lealtad y equidad y todas las demás circunstancias del negocio" (1971, CASO C.C.I. 1512).
"los árbitros... especialmente rigurosos cada vez que una parte intenta liberarse de una de sus obligaciones contractuales en nombre del principio "Rebus sic stantibus", sin poder invocar una cláusula de revisión o de ajustamiento a la variación de precios. Los árbitros tienden a presumir que las partes se han abstenido de incluir, a sabiendas, tales cláusulas en su convención y que en consecuencia, el principio "Pacta sunt servanda", otra regla fundamental de la LEX MERCATORIA, debe ser aplicado sin excepción. Esta tendencia está reforzada por la idea de que las partes deben velar por la salvaguardia de sus intereses" (así también CASO C.C.I. 1512 de 1971 y 2004 de 1975, DERAINS, p. 159).
Otro ejemplo de reticencia de los árbitros del comercio internacional con respecto a esta excepción del carácter sacrosanto de los contratos (1971, CASO C.C.I. 1512).

49 "En un contrato de suministro de carburante el anexo que decía "En caso de devaluación o revaluación de franco francés o del dólar, las partes se reunirán para examinar las consecuencias de la nueva situación y acordar las medidas a establecer para restablecer el equilibrio contractual según las intenciones y espíritu inicial del contrato, por lo que respecta a las cantidades no entregadas". Se consideró que dicha cláusula excluía todo automatismo (V. DERAINS, 115). "Salvo que haya una estipulación de las partes en que se prevea un derecho automático a la rescisión del contrato, la ejecución debe continuar. "El anexo del contrato no constituye, de hecho más que una obligación de negociar con vistas a convenir las medidas a adoptar...No es en modo alguno una cláusula de revisión de precios... No otorga a las partes un derecho automático para la rescisión del contrato en caso de fracaso de las negociaciones" (Caso C.C.I. 2478 de 1974).

continúa sgt. pág.

no quisieron ninguna ineficacia sobreviviente o transformación de los efects jurídicos del contrato, en caso de cambio de la base negocial [50]. "La tendencia en los procesos de arbitraje internacionales, es la aplicación del principio de Pacta sunt servanda de la manera más rígida"[51]. Esta resulta de una aplicación adicional de la presunción de competencia profesional[52]. Esta línea ha sido continuada por la jurisprudencia arbitral reciente,

viene de pág. anterior.

La demandante (italiana) había confiado a la demandada (española) la venta de los productos de su fabricación, sin embargo, una cláusula del contrato preveía la transformación de esta concesión de venta en una concesión de producción en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil. En este caso la sociedad española debería abonar un canon correspondiente al 10% de sus ventas.
"En cuanto a la devaluación de la peseta, habrá podido convertir las importaciones de Italia a España en más onerosas, pero no en imposibles" "...sin duda la demandada tenía derecho a prevalerse de la devaluación del mes de noviembre de 1967 para invocar el beneficio del artículo 18 del contrato, en el que se preveía la transformación de la concesión de venta en concesión de producción (en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil) (1972, CASO C.C.I. 1990).
"...laudos citados... han mostrado que los árbitros otorgan plenos efectos a las cláusulas de readaptación (DERAINS, 183, cita L 1990 de 1972, L 2478 de 1974, L 2291 de 1975).

50 "En un contrato de suministro de carburante el anexo que decía "En caso de devaluación o revaluación de franco francés o del dólar, las partes se reunirán para examinar las consecuencias de la nueva situación y acordar las medidas a establecer para restablecer el equilibrio contractual según las intenciones y espíritu inicial del contrato, por lo que respecta a las cantidades no entregadas". Se consideró que dicha cláusula excluía todo automatismo (V. DERAINS, 115). "Salvo que haya una estipulación de las partes en que se prevea un derecho automático a la rescisión del contrato, la ejecución debe continuar.
"El anexo del contrato no constituye, de hecho más que una obligación de negociar con vistas a convenir las medidas a adoptar...No es en modo alguno una cláusula de revisión de precios... No otorga a las partes un derecho automático para la rescisión del contrato en caso de fracaso de las negociaciones" (Caso C.C.I. 2478 de 1974).
La demandante (italiana) había confiado a la demandada (española) la venta de los productos de su fabricación, sin embargo, una cláusula del contrato preveía la transformación de esta concesión de venta en una concesión de producción en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil. En este caso la sociedad española debería abonar un canon correspondiente al 10% de sus ventas.

51 RAMIREZ, Ana Lucía, La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses.

52 "...para rechazar el argumento basado en la noción de "frustration", como para estimar que no se puede tener en cuenta la máxima "Rebus sic stantibus", se desprenden, al menos dos ideas forzosas : la primer la de la preeminencia sobre cualquier otro principio de la norma "Pacta sunt servanda" que sólo puede derogarse en casos excepcionales... la segunda idea... es que los prácticos del comercio, por el hecho de presumirse que tienen experiencia en los negocios, están obligados a protegerse por sí mismos, mediante disposiciones contractuales adecuadas, de los acontecimientos que pueden sobrevenir y que sean susceptibles de perjudicar la ejecución del contrato. Por eso, si el contrato no contiene tales disposiciones, no se considera como involuntaria esta laguna y la máxima "Pacta sunt servanda" exige que el contrato sea ejecutado como fue concebido inicialmente, con conocimiento de causa, hasta que se demuestre lo contrario" DERAINS, 93 ; así : 1972, CASO C.C.I. 1990).
"Considerando además que el principio "Rebus sic stantibus", invocado por X, no puede ser aplicado en este caso. Conviene, en efecto, retener esta noción con reserva y prudencia, sobre todo cuando la intención de las partes se ha manifestado claramente en un contrato. Esta preocupación se impone aún más, cuando se trata de transacciones internacionales, en las que, en general, las partes conocen los riesgos que pueden sufrir y pueden, por ello, formularlos de manera precisa. Y que, además, los prácticos del comercio internacional deben comprometerse con conocimiento de causa en las operaciones que negocian, y no pueden pretender que no están en condiciones de darse cuenta de la importancia de las obligaciones que corren a su cargo" (Caso C.C.I. 2404 de 1975)

restringiendo la aplicación de los Principios de UNIDROIT[53].

El deber de mitigar daños

Se le ha denominado también deber de minimizar pérdidas. Es ampliamente conocido en materia de seguros, pero ha sido aplicado en diferentes campos por la jurisprudencia arbitral[54].

La previsibilidad del daño

En este tema, como ya se adelantó, se muestra una directa filiación de los Principios en relación con la Convención de Viena. En

53 En relación con la construcción de una carretera en Argelia, el actor, una compañía francesa, entró en una relación contractual con el demandado "1", una compañía española, cuyos derechos fueron cedidos al demandado "2", también español. Debido que el actor se atrasó en la realización del trabajo, el demandado le pidió que aumentara los recursos para recuperar el tiempo perdido. El actor explicó que el atraso se debió a las condiciones en Algeria que le impidieron movilizar el personal necesario y el trabajo extra solicitado. Luego se hizo una enmienda al contrato. El trabajo siguió pero atrasado. El demandado reclama penalidad por el atraso y le envió al actor unos títulos de crédito para que los firmara, a lo que el actor se negó. Así, las cosas el actor presentó la demanda arbitral alegando fuerza mayor por el atraso. Reclamó además el pago de unas facturas. El accionado contrademandó para obtener el pago de las penalidades por el atraso. El tribunal no consideró aplicable UNIDROIT en relación con el tema de "hardship" en las condiciones que lo pedía el actor. Examinó los diversos reclamos y estableció las sumas debidas. Los costos fueron divididos a la mitad (Caso C.C.I. 8873 de 1997).
"El único medio para justificar su aplicación será el de decir que se trata de una "codificación" de los usos existentes y que los Principios de UNIDROIT deben ser aplicados en calidad de usos codificados. Para llegar a esta conclusión será necesario probar que las reglas invocadas por la actora (en particular la de hardship, artículo 6.2.1) corresponden a un uso internacional generalmente establecido... Queda excluido que se pueda considerar las disposiciones en matera de hardship contenidas en UNIDROIT como usos del comercio. Se trata de lo contrario, de reglas que no corresponden, al menos en el momento actual, a la práctica corriente de los negocios en el comercio internacional y que no serán aplicables sino cuando las partes hagan referencia a ellas" (Caso C.C.I. 8873 de 1997).
El demandado (turco) había ordenado a una planta de producción de cubitos de azúcar. Debido a que el demandado falló en sus pagos, el actor (holandés) dió per terminado el contrato de venta y pidió compensación e intereses, destacando su intento de mitigar los daños, vendiendo parte del equipo... el demandado alegó su imposibilidad de financiar el pedido debido a cambios económicos imprevistos en el mercado de caña turco de caña de azúcar, en tipo de cambio y costos de energía, etc. y que no había podido obtener financiamiento bancario. El árbitro resolvió que el contrato era eficaz por cuanto el financiamiento no era una condición. Consideró que estos eventos no liberaban al demandado y que ellos eran parte de los riesgos asumidos por éste.
"El criterio decisivo aquí es el principio pacta sunt servanda , tal como se expresa en el artículo 1.3. de UNIDROIT... la terminación de un contrato sobre la base del acaecimiento de circunstancias imprevistas ("hardship", "cláusula rebus sic stantibus,") debe ser admitida solamente en casos extremos y raros...El principio subyacente en el comercio internacional es más bien que las mismas partes asumen sus correspondientes riesgos de cumplimiento de los contratos, a menos que los riesgos hayan sido expresamente distribuidos en el contrato mismo. El artículo 6.2.1. de UNIDROIT establece específicamente que el mero hecho de que un contrato implique mayores dificultades económicas para una de las partes no es suficiente justificación para aceptar un caso de "hardship"... una caída dramática de precios y la diferencia de tipo de cambio no constituyen por sí mismos circunstancias imprevisibles y en consecuencia no justifican la terminación del contrato" (Caso C.C.I. 8486 de 1996, p 69).

54 "El recurso de hecho la LEX MERCATORIA... es todavía más notable por lo que respecta al deber que tiene el acreedor de minimizar sus pérdidas. El recuerdo de este deber, consagrado por el artículo 88 de la L .U.V.I., es una constante de la práctica arbitral (cf. L 2142 de 1974, L 2103 de 1972, Ls. 2216, 2139 y 2478 de 1974, DERAINS, 165).
"A menudo ocurre que la parte perjudicada trata de atribuir toda la responsabilidad del perjuicio sufrido a su cocontratante, que sin duda habría podido reducirlo, actuando sin tardar, desde el momento en que hubiese tenido conocimiento del incumplimiento de aquel" (2404 DE 1975. V. también : CASO C.C.I. 2103 y CASO C.C.I. 2216 de 1974, DERAINS, p. 76).

continúa sgt. pág.

efecto en ambos cuerpos normativos aparece la limitación de responsabilidad a los daños previsibles[55].

La pérdida de Chance

Un concepto ampliamente aplicado, siguiendo los Principios de (artículo 7.4.3. al 2) ha sido el de pérdida de chance o de oportunidades, considerándose que la pérdida de un chance puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización[56].

Artículos 7.4.3. : " (1) La indemnización sólo procederá con respecto a los daños y perjuicios, aún cuando sean futuros, que

viene de pág. anterior.

"...la parte que invoca un perjuicio sólo puede ser indemnizada en la medida que haya hecho todo lo posible para limitar el daño sufrido, ha sido consagrada por la ley uniforme de ventas con carácter internacional de bienes muebles de 1964, en su artículo 88" (DERAINS, 86). En un caso de venta de carburante, en que se produjo una variación de precios, considerando que la falta de entrega ha obligado a la parte a reemplazar las cantidades que les faltaban para hacer frente a sus compromisos, se dijo : "Para calcular el importe exacto de este perjuicio, hay que tener en cuenta la diferencia existente entre el precio fijado en el contrato y el precio en que la demandada pudo, o habría podido obtener las cantidades que le faltaban...en virtud de los principios de derecho... le corresponde a la parte perjudicada adoptar todas las medidas para no aumentar el daño (Caso C.C.I. 2478 de 1974). Con posterioridad a UNIDROIT, la jurisprudencia ha seguido la misma línea: "La conducta (consistente en la disposición de un equipo después de un largo período de bodegaje) es consistente con el principio generalmente aceptado de mitigicación del daño, según se expresa en UNIDROIT 7.4.8." (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).

55 "...las reglas expuestas por el tribunal Arbitral en lo que respecta al cálculo del daño reparable, son asimismo conformes con las que se siguen habitualmente por los árbitros del comercio internacional en esta materia, ya se trata de previsibilidad del daño o... Por lo que respecta a la previsibilidad del daño, el tribunal arbitral hace referencia al laudo dictado en 1968 en el asunto 1526. Este veía, en el cálculo del daño, teniendo en cuenta el curso ordinario de las cosas y de lo que era previsible, un principio de alcance internacional... La limitación a los daños previsibles se recoge, asimismo, en los artículos 82 y 86 de la Ley Uniforme de 1964 sobre la venta con carácter internacional de bienes muebles corporales (Caso C.C.I. U.V.I.) " (DERAINS, 165).

56 "Dado que el actor incumplió sus obligaciones de ejercitar sus mejores esfuerzos... dado que el daño sufrido por el demandada, a este respecto, no puede ser precisamente determinado debido al hecho de que se basa en presunciones sobre lo que "hubiera sido" el beneficio...el Tribunal Arbitral, tomando en cuenta los artículos 7.4.3. y 7.4.9. de los Principios de UNIDROIT, decide que el actor debe compensar al demandado por la pérdida de oportunidades (chance) de disfrutar el probable beneficio de los proyectos abortados" (ICC p 68, caso C.C.I. 8331, diciembre de 1996).
"...en razón de la actitud de la parte actora, la demandada ha perdido un chance de rentabilizar convenientemente las instalaciones... la pérdida de un chance puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. Así lo expresan los principios de UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional (artículo 7.4.3. al 2), que consagra como se sabe reglas ampliamente admitidas a través del mundo en los sistemas jurídicos y en la práctica de los contratos internacionales"(Caso C.C.I. 8264 de 1997, Bulletin p 64).
El actor se había obligado a diseñar, producir y poner en marcha unas instalaciones industriales. Se había pactado, además, la transmisión del actor al demandado de la propiedad industrial requerida. El demandado había aceptado pagar sumas fijas y proporcionales. El actor reclamó al demandado haber dejado de pagar las sumas proporcionales sin justificación y haber dejado de enviar informes. El demandado justificó su falta de pago debido al incumplimiento del actor de proporcionar las mejoras necesarias, por lo cual pidió compensación. El tribunal consideró que el demandado había cumplido sus obligaciones de informar Determinó luego el monto de las sumas proporcionales debidas y luego consideró la contrademanda basada en el alegado incumplimiento del actor en cuanto a proporcionar los cambios relativos al diseño, manufactura uso y mantenimiento del equipo cubierto por el contrato. El tribunal consideró que no había incumplimiento total del actor, en consecuencia rechazó la contrademanda, pero admitió que el actor faltó en el cumplimiento al deber de proporcionar información, lo que condujo a una pérdida de oportunidad para el demandado, de acuerdo con el artículo 7.4.3. de UNIDROIT. Se estimó el daño en un décimo de la suma reclamada. Decidió no ordenar el pago de intereses de las sumas debidas en vista de que las omisiones del actor justificaban esta falta de pago entonces (Caso C.C.I. 8264 de 1997).

pueden determinarse con un grado razonable de certeza. (2) La pérdida de una “chance”... puede ser objeto de indemnización en proporción a la probabilidad de su realización. (3) Cuando el monto de la indemnización no pueda establecerse con un grado suficiente de certeza, la determinación de dicho monto queda sujeta a la discreción del tribunal”.

En Costa Rica, en el antes citado arbitraje ad-hoc, se aplicó esta doctrina, con base en las siguientes consideraciones:

Aplicando la sana crítica, el Tribunal considera que el perjuicio resarcible no es el monto total de la pérdida sufrida o ganancias dejadas de percibir tal y como las actoras lo reclaman, no el valor global de la ganancia o pérdida, sino la proporción de ese valor que en concreto representa la frustración de la “chance” que es atribuible al agente según las circunstancias del caso. En caso de pérdida de “chance”, la reparación de un daño no puede ser sino parcial Así, la jurisprudencia francesa[57], puesto que en la pérdida de “chance” u oportunidad se hace necesaria la intervención de otros elementos que son inciertos, para que la ventaja o ganancia frustrada hubiera sido efectivamente posible. El resarcimiento no puede comprender el íntegro de la ganancia a la que se aspiraba puesto que ella dependía de otro factores ajenos al daño ; en consecuencia, los Tribunales deben otorgar una indemnización razonable, siguiendo su buen criterio y considerando las otras concausas necesarias para producir la ventaja o ganancia[58].

Conclusión

En síntesis: asistimos a una de las manifestaciones más interesantes de la armonización y unificación del Derecho Comercial anacional.

Es claro que, por sí mismos, ni los Principios de UNIDROT ni la Jurisprudencia de la C.C.I. constituyen fuentes formales vinculantes, pero su autoridad los ha hecho merecedores de reconocimiento universal y, en modo creciente, han venido utilizándose en el arbitraje internacional y nacional, identificándoseles, desde su origen en la Convención de Viena, con la nueva Lex Mercatoria[59].

Aclaración final

Esta exposición no ha pretendido ser exhaustiva. Quedan fuera de ella muchos otros temas que han sido desarrollados por los laudos de la C.C.I., como la capacidad

57 Civ. 1re, 27 mars 1973: JCP 1974. II. 17643, note R. Savatier; Gaz. Pal. 1973. 2. 630, note Doll 9 mai 1973: eod. loc.) por ejemplo, el daño resultante para la víctima de la pérdida de un “chance” de obtener un mejoramiento está en función directa con la gravedad de su estado (Civ. 1re, 7 juin 1989: D. 1991. 158, note J.-P. Couturier; Defrénois 1990. 746, obs. Aubert 8 juill. 1997: Bull. civ. I, n° 239; JCP 1997. II. 22921, rapp. Sargos 2e esp.

58 v. TRAZEGNIES, Fernando de, La responsabilidad extracontractual, U. Católica del Perú, 1988 .

59 “El Tribunal considera que el asunto debe resolverse a la luz de los principios generales del comercio internacional y es de la opinión de que tales principios están incorporados en la Convención de Viena sobre la venta internacional (Viena Sales Convention) la que refleja ampliamente los usos aceptados y las reglas del comercio”. Aunque la Convención de Viena no sea aplicable directamente al contrato (el demandado era vietnamita y Viet Nam no la ha ratificado), el Tribunal considera que ésta refleja los usos del comercio internacional” (Caso C.C.I. 8502 de 1996, ICC).

de los Estados para comprometerse en arbitraje (desde 1968) 60/, la renegociación 61/, la oferta poco razonable 62/, el rechazo de ofertas razonables 63/, la esencialidad en la inejecución contractual 64/ el contrato de distribución (donde se ha aplicado conjuntamente la convención de Viena y los Principios de UNIDROIT) 65/, el contrato

60 “Un Estado no está privado de la aptitud para comprometer” (Caso C.C.I. 1526 de 1968).
“El árbitro confirmó su competencia frente al Estado demandado, considerando que éste no podía invocar legítimamente su inmunidad jurisdiccional para sustraerse al procedimiento” (DERAINS, comentario al CASO C.C.I. 2321 de 1974).
“La inmunidad de jurisdicción no tiene lugar en materia de arbitraje internacional, ya se acuse al Estado por actos realizados de iure gestionis o iure imperii . Esto es una consecuencia más del hecho de que el árbitro no administra justicia en nombre del Estado, sino que ejecuta una misión que las partes le han confiado, circunstancia que ya justifica que no esté obligado a aplicar un sistema de conflicto de leyes estatales” (DERAINS, comentario al CASO C.C.I. 2321 de 1974).
“...no considero que la doctrina de la inmunidad deba tener ninguna aplicación en un procedimiento arbitral que, como ocurre en Suecia, se lleva a cabo con independencia de los tribunales locales” (Caso C.C.I. 2321 de 1974).

61 siendo habitual la renegociación... las partes deben demostrar una diligencia normal, útil y razonable en la salvaguardia de sus intereses, velando especialmente por no hacer ofertas presurosas, no razonables y susceptibles de sorprender al cocontratante” (Caso C.C.I. 2291, 1975)

62 “Este laudo, así como el de 1974 señala que este deber de la buena fe no podría excluirse de las negociaciones que se refieren a la readaptación de un contrato... la obligación de negociar de buena fe implica abstenerse de cualquier propuesta manifiestamente inaceptable y que deba conducir necesariamente al fracaso de las negociaciones” (DERAINS, 180).
“Es un principio de derecho suizo (culpa in contrahendo), conforma además con un principio general del Derecho, que aquel que causa un daño durante una negociación, faltando a sus deberes de diligencia o a los deberes dictados por la buena fe o la equidad, debe repararlo; y esto se aplica tanto si la negociación tiene por objeto un contrato propiamente dicho o, como en este caso una transacción para resolver el litigio” (1976 CASO C.C.I. 2580).

63 “...los árbitros habían sancionado a un comprador por haber rechazado un aumento de precio propuesto por el vendedor, considerando que por este rechazo no había puesto de su parte todo lo que podía para minimizar sus pérdidas” (DERAINS, 180, CASO C.C.I. 2478 de 1964 y otros en el mismo sentido 2142 de 1974, 2103 de 1972, 2216 de 11974, 2404 de 1973).

64 “El árbitro señala que según los usos del comercio internacional el retraso en la apertura de un crédito documentario sólo constituye causa justa de rescisión de un contrato de venta, cuando el plazo señalado para embarcar la mercadería haya expirado... ya que hasta ese momento la ejecución del contrato conserva para él un interés suficiente, que el retraso en la apertura del crédito no ha hecho desaparecer” (DERAINS, 79) ; “Según los usos del comercio internacional el retraso en la apertura de un crédito documentario sólo constituye causa de rescisión de un contrato de venta, cuando el plazo señalado para embarcar la mercancía haya expirado” (DERAINS, p. 79) ; se dijo :
“Este modo de rescindir unilateralmente el contrato como consecuencia en la prestación de una de las partes, no es admitido...el retraso de una de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones no puede tener como consecuencia el que la otra se libere del convenio, salvo que los usos o el derecho nacional lo autoricen” (1969. CASO C.C.I. 1675).
“En un caso donde una empresa española que se había obligado a realizar unos trabajos de electrificación en Libia: El uso invocado... según el cual un contratista no puede abandonar la obra más que en caso de grave infracción de su cocontratante con sus obligaciones, se corresponde de hecho con los principios generales que regular la excepción non adimpleti contractus...” (DERAINS, 189)
“No sería conforme con la buena fe el oponerse a la inejecución de una obligación relativamente secundaria, para eximirse de cumplir uno mismo con la obligación principal” (DERAINS, 189) (Caso C.C.I. 2583 DE 1976).

65 “...el demandado intentó cambiar las prácticas y hábitos entre las partes desde 1993 en relación con los plazos de pago. De acuerdo con el artículo 9.1. de la Convención de Viena... “las partes están vinculadas por cualquier uso que hayan acordado y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas” Esta regla fue extendida a los principios de UNIDROIT, artículo 1.8 que establecen que “las partes están vinculadas por cualquier uso que hayan acordado y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas” (Caso C.C.I. 8817 de 1997).

de know how 66/, la cesión del contrato 67/, los deberes de información en el contrato de licencia 68/, el llamado velo social 69/ y la fuerza mayor 70/.

---

66 "un conjunto coherente y aprovechable de datos técnicos : prototipos, planos, soluciones tecnológicas, indicaciones relativas a la fabricación y a las maquinarias, etc." (Caso C.C.I. 1397, 1966, DERAINS p. 63).

67 Antes del aviso de terminación, la actora fue asumida por otra empresa "X" del mismo grupo y el contrato fue transferido a ésta. El árbitro consideró que esta transmisión era eficaz frente al demandado, basándose en UNIDROIT 2.19 y que el actor no tenía ya legitimación, por lo que se rechazó su demanda. Del mismo modo rechazó la contrademanda afirmando que estaba dirigida contra una parte que ya no era contractualmente responsable. Los costos fueron divididos entre las dos partes.
"La parte actora no podrá a la vez ceder el contrato y continuar a invocarlo... El contrato ya no le pertenece y no puede valerse de los derechos que pertenecen a "X" en calidad de cesionario" (Caso C.C.I. 8223 , 1995, 1998).

68 "...es incontestable que la parte actora ha gravemente faltado a sus obligaciones generales de información en relación con su licencia. El contrato de licencia obliga a un comportamiento activo... la falta e transparencia es contraria al principio general según el cual las obligaciones contractuales deben ser ejecutadas según buena fe, principio particularmente exigente en un contrato internacional de cooperación industrial que tiene por objeto la realización efectiva de una transferencia de tecnología a largo plazo" (Caso C.C.I. 8264 de 1997).

69 La convención se inserta dentro de una red contractual.....ni el grupo A, ni su presidente, ni ninguna de las sociedades miembro de aquel, puede ampararse tras la redacción de tal cláusula particular interpretada literalmente y aislada del contexto del conjunto de los acuerdos, para solicitar su declaración de culpabilidad en un litigio que afecta directamente al grupo o a la Organización... " (Caso C.C.I. 1434 de 1975).

70 "En su definición de fuerza mayor, el Tribunal arbitral se atiene a una concepción de lo más clásica, que es por regla general la de los árbitros del comercio internacional. Este clasicismo aparece tanto en el plano de los elementos constitutivos de la fuerza mayor, imprevisibilidad e irresistibilidad... como en lo referente a la aplicación del concepto mismo a las repercusiones de la legislación de control de cambios sobre la ejecución del contrato. (DERAINS, 109, ref : 1974 CASO C.C.I. 2216. V. También CASO C.C.I. 1512 de 1971 y CASO C.C.I. 2142 de 1974).
"Un suceso de fuerza mayor es "stricto sensu" un suceso anónimo que presenta los caracteres de imprevisibilidad (es decir que en el momento en que se produce, no hay ninguna razón especial para pensar que se va a producir) y de irresistibilidad (es decir que el demandado se ha encontrado en la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato)" (Caso C.C.I. 2139 de 1974).
"Esta actitud que se manifiesta en el laudo dictado en 1973, en el asunto 1782, así como en los laudos dictados en 1974 en los asuntos 2216 y 2478 es característica de los árbitros del comercio internacional. Su rigor refleja la preocupación que tienen por no admitir, más que muy excepcionalmente, derogaciones al principios "Pacta sunt servanda", como ya habíamos subrayado... en relación con el laudo dictado en 1971 en el asunto 1512" (comentario al CASO C.C.I. 2139 de 1974 DERAINS, 122).
Esta decisión (1974 CASO C.C.I. 2142) "puede considerarse de lo más clásica...define el concepto de fuerza mayor con base a dos criterios, a saber : la imprevisibilidad y la insalvabilidad" (DERAINS, p. 76).
"las amenazas (de embargo de productos de una empresa nacionalizada no constituyen fuerza mayor, realizadas por las empresas antes explotadoras) ; no revisten los caracteres de imprevisibilidad e irrestitibilidad constitutivos de la fuerza mayor" (1974 CASO C.C.I. 2142 p. 75 ; en el mismo sentido en 1972, CASO C.C.I. 2103, cit. p DERAINS, p. 76).
Una sociedad noruega, demandada por inejecución alegaba la baja sufrida en los precios del petróleo, que se produjo entre la fecha de conclusión del contrato y la fecha en que debería haberse efectuado su recogida...además de que las autoridades de control de cambios de Noruega se habían opuesto a la ejecución de la transacción dado que podría ocasionar una pérdida de divisas para Noruega y se alegaba que esta intervención era un supuesto de fuerza mayor. "...en general no se reconoce el carácter de fuerza mayor a las prohibiciones de ejecución que emanan de las autoridades de cambios. (DERAINS, 109, ref : 1974 CASO C.C.I. 2216. V. También CASO C.C.I. 1512 de 1971).
"La intervención de las autoridades de control de cambios noruega no constituye un supuesto de fuerza mayor que exonere a la demandada ya que no presentaba los requisitos exigidos de imprevisibilidad e irresistibilidad" (DERAINS, 106, ref : 1974, CASO C.C.I. 2216).

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

BONELL, Joachim, The UNIDROIT Principles as a Means of Interpreting and Supplementing International Uniform Law. Special Suplement, I.C.C. International Court Bulletin, june, 2002

BORTOLOTTI, Fabio, Diritto dei contratti internazionali, Cedam Padova, 1997.

CRAWFORD-SINCLAIR, The UNIDROIT Principles and their application to state contracts, Special Suplement, I.C.C. International Court Bulletin, june, 2002

DERAINS, Yves, Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Gráficas Morales, Madrid, 1985.

DERAINS, Yves, La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matiere de vente internationale : experiences et perspetives. Convegno sulla compravendita Internazionale. Roma, 1980

DERAINS, Yves, The role of the UNIDROIT Principles in international commercial arbitration. Special Suplement, I.C.C. International Court Bulletin, june, 2002

FOUCHARD, Philippe, L»arbitrage commercial international, Paris, Librairie Dalloz, s.n.e., 1965.

GARCIA, Ignacio, El Principio de la plenitud hermética y la Lex Mercatoria, San José, 2005.
http://74.125.47.132/search?q=cache:4gOLD-rgObYJ:www.iij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/Plenitud_Hermetica_y_lex_mercatoria.pdf+lex+mercatoria+ignacio&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a

López Casal, Yuri, Deberes contractuales accesorios y concurso de pretensiones. Revista Judicial 95, Corte Suprema de Justicia, San José.

LALIVE, Pierre, The UNIDROIT Principles as Lex Contractus, with or without an explicit or tacit choice of Law; an arbitrator perspective, Special Suplement, I.C.C. International Court Bulletin, june, 2002

MAC LAREN, Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004

MARELLA, et al. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, en ICC arbitration, publicado por ICC, International Court of Arbitration, 1999.

MATUTE, Claudia. Jurisprudencia Arbitral Internacional. Revista Judicial N. 80.

MAYER, Pierre, The Role of UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice. Special Suplement, I.C.C. International Court Bulletin, june, 2002

Se ha hablado de un auge del principio de la buena fe como criterio de aplicación obligatoria, interpretación e integración de la contratación privada

Oviedo Albán, Jorge. Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales.
http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf

Pérez Vargas, Víctor, El contrato de arbitraje en el comercio internacional, Revista Judicial, N. 40, marzo de 1987

Pérez Vargas, Víctor, La interpretación de las cláusulas arbitrales, Apuntes de Derecho Comparado, Revista Judicial, N. 32, marzo de 1985

Pérez Vargas, Víctor. (1982). La solución de conflictos en la compraventa internacional. Revista Judicial. Año VII. No.23. (pp.50 a 69). San José, Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Octubre de 1982, p.68.

Pérez VARGAS, Víctor y Pérez Umaña, Daniel (2006). “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice”. UNIDROIT Uniform Law Review. Vol. (XI), Enero, 2006, p.180

RAMIREZ Calderón, Ana Lucía. La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses. Revista Judicial N. 92, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2009

SOLANO PORRAS, Julián, La Lex Mercatoria, Revista Judicial, N. 76, Corte Suprema de Justicia. Abril, 2000

TRAZEGNIES, Fernando de, La responsabilidad extracontractual, U. Católica del Perú, 1988

ANEXO

PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/translations/blackletter2004-spanish.pdf

PREÁMBULO

(Propósito de los Principios)

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos (*).

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.1
(Libertad de contratación)

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

ARTÍCULO 1.2
(Libertad de forma)

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

ARTÍCULO 1.3
(Carácter vinculante de los contratos)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

(*) Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones:

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2004) [excepto en lo que respecta a los Artículos …]”.

Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula:

"El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2004) [excepto en lo que respecta a los Artículos …], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado "X"].

Principios UNIDROIT

350

ARTÍCULO 1.4
(Normas de carácter imperativo)

Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

ARTÍCULO 1.5
(Exclusión o modificación de los Principios por las partes)

Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

ARTÍCULO 1.6
(Interpretación e integración de los Principios)

(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

(2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

ARTÍCULO 1.7
(Buena fe y lealtad negocial)

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

ARTÍCULO 1.8
(Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium)

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

ARTÍCULO 1.9
(Usos y prácticas)

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

ARTÍCULO 1.10
(Notificación)

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

(2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.

(3) A los fines del parágrafo anterior, se considera que una notificación "llega" al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.

Apéndice
351

(4) A los fines de este artículo, la palabra "notificación" incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

ARTÍCULO 1.11
(Definiciones)

A los fines de estos Principios:

– "tribunal" incluye un tribunal arbitral;

– si una de las partes tiene más de un "establecimiento," su "establecimiento" será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;

– "deudor" o "deudora" es la parte a quien compete cumplir una obligación, y "acreedor" o "acreedora" es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento;

– "escrito" incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

ARTÍCULO 1.12
(Modo de contar los plazos fijados por las partes)

(1) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedarán incluidos a los efectos de calcular dicho plazo.

(2) En todo caso, si el plazo expira en un día que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte que debe cumplir un acto, el plazo queda prorrogado hasta el día hábil siguiente, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(3) El uso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo,a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

CAPÍTULO 2

FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCIÓN 1: FORMACION

ARTÍCULO 2.1.1
(Modo de perfección)

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

ARTÍCULO 2.1.2
(Definición de la oferta)

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

ARTÍCULO 2.1.3
(Retiro de la oferta)

(1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.

(2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Principios UNIDROIT

352

ARTÍCULO 2.1.4

(Revocación de la oferta)

(1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.

(2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

(a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o

(b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

ARTÍCULO 2.1.5

(Rechazo de la oferta)

La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

ARTÍCULO 2.1.6

(Modo de aceptación)

(1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.

(2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.

(3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

ARTÍCULO 2.1.7

(Plazo para la aceptación)

La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

ARTÍCULO 2.1.8

(Aceptación dentro de un plazo fijo)

El plazo de aceptación fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedición de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedición.

ARTÍCULO 2.1.9

(Aceptación tardía. Demora en la transmisión)

(1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.

(2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido

enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

Apéndice

353

ARTÍCULO 2.1.10

(Retiro de la aceptación)

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.

ARTÍCULO 2.1.11

(Aceptación modificada)

(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

ARTÍCULO 2.1.12

(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

ARTÍCULO 2.1.13

(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

ARTÍCULO 2.1.14

(Contrato con términos “abiertos”)

(1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

(a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o

(b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

ARTÍCULO 2.1.15

(Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son

responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Principios UNIDROIT

354

ARTÍCULO 2.1.16

(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

ARTÍCULO 2.1.17

(Cláusulas de integración)

Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

ARTÍCULO 2.1.18

(Modificación en una forma en particular)

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.

ARTÍCULO 2.1.19

(Contratación con cláusulas estándar)

(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22.

(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

ARTÍCULO 2.1.20

(Cláusulas sorpresivas)

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

ARTÍCULO 2.1.2

(Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

ARTÍCULO 2.1.22

(Conflicto entre formularios)

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean.

Apéndice

355

Sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

SECCIÓN 2

APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

ARTÍCULO 2.2.1

(Ámbito de aplicación de esta sección)

(1) Esta sección regula la facultad de una persona (“el representante”) para afectar las relaciones jurídicas de otra persona (“el representado”) por o con respecto a un contrato con un tercero, ya sea que el representante actúe en su nombre o en el del representado.

(2) Esta sección sólo regula las relaciones entre el representado o el representante, por un lado, y el tercero por el otro.

(3) Esta sección no regula la facultad del representante conferida por la ley ni la facultad de un representante designado por una autoridad pública o judicial.

ARTÍCULO 2.2.2

(Constitución y alcance de la facultad del representante)

(1) El otorgamiento de facultades por el representado al representante puede ser expreso o tácito.

(2) El representante tiene facultad para realizar todos los actos necesarios, según las circunstancias, para lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido.

ARTÍCULO 2.2.3

(Representación aparente)

(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero.

(2) Sin embargo, los actos del representante sólo afectan las relaciones entre el representante y el tercero, cuando con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante.

ARTÍCULO 2.2.4

(Representación oculta)

(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan solamente las relaciones entre el representante y el tercero.

(2) Sin embargo, cuando tal representante, al contratar con un tercero por cuenta de una empresa, se comporta como dueño de ella, el tercero, al descubrir la identidad del verdadero titular de la misma, podrá ejercitar también contra este último los acciones que tenga en contra del representante.

ARTÍCULO 2.2.5
(Representante actuando sin apoderamiento o excediéndolo)

(1) Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero.

(2) Sin embargo, cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y

que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante.

ARTÍCULO 2.2.6
(Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo)

(1) Un representante que actúa sin poder o excediéndolo es responsable, a falta de ratificación por el representado, de la indemnización que coloque al tercero en la misma situación en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo.

(2) Sin embargo, el representante no es responsable si el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo.

ARTÍCULO 2.2.7
(Conflicto de intereses)

(1) Si un contrato celebrado por un representante lo involucra en un conflicto de intereses con el representado, del que el tercero sabía o debiera haber sabido, el representado puede anular el contrato. El derecho a la anulación se somete a los Artículos 3.12 y 3.14 a 3.17.

(2) Sin embargo, el representado no puede anular el contrato:

(a) si ha consentido que el representante se involucre en el conflicto de intereses, o lo sabía o debiera haberlo sabido; o

(b) si el representante ha revelado el conflicto de intereses al representado y éste nada ha objetado en un plazo razonable.

ARTÍCULO 2.2.8
(Sub-representación)

Un representante tiene la facultad implícita para designar un sub-representante a fin de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice personalmente. Las disposiciones de esta sección se aplican a la sub-representación.

ARTÍCULO 2.2.9
(Ratificación)

(1) Un acto por un representante que actúa sin poder o excediéndolo puede ser ratificado por el representado. Con la ratificación el acto produce iguales efectos que si hubiese sido realizado desde un comienzo con apoderamiento.

(2) El tercero puede, mediante notificación al representado, otorgarle un plazo razonable

para la ratificación. Si el representado no ratifica el acto en ese plazo, no podrá hacerlo después.

(3) Si, al momento de actuar el representante, el tercero no sabía ni debiera haber sabido la falta de apoderamiento, éste puede, en cualquier momento previo a la ratificación, notificarle al representado su rechazo a quedar vinculado por una ratificación.

ARTÍCULO 2.2.10
(Extinción del poder)

(1) La extinción del poder no es efectiva en relación a un tercero a menos que éste la conozca o debiera haberla conocido.

(2) No obstante la extinción de su poder, un representante continúa facultado para realizar aquellos actos que son necesarios para evitar un daño a los intereses del representado.

CAPÍTULO 3

VALIDEZ

ARTÍCULO 3.1
(Cuestiones excluidas)

Estos Principios no se ocupan de la invalidez del contrato causada por:

(a) falta de capacidad;

(b) inmoralidad o ilegalidad.

ARTÍCULO 3.2
(Validez del mero acuerdo)

Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

ARTÍCULO 3.3
(Imposibilidad inicial)

(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

ARTÍCULO 3.4
(Definición del error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebró el contrato.

ARTÍCULO 3.5
(Error determinante)

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y:

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

ARTÍCULO 3.6
(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración.

Principios UNIDROIT
358

ARTÍCULO 3.7
(Remedios por incumplimiento)

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.

ARTÍCULO 3.8
(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

ARTÍCULO 3.9
(Intimidación)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

ARTÍCULO 3.10
(Excesiva desproporción)

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del Artículo 3.13(2).

ARTÍCULO 3.11
(Terceros)

(1) Cuando el dolo, la intimidación, excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) Cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato.

Apéndice
359

ARTÍCULO 3.12
(Confirmación)

La anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo para notificar la anulación.

ARTÍCULO 3.13
(Pérdida del derecho a anular el contrato)

(1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar razonablemente de conformidad con la notificación de anulación.

(2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno.

ARTÍCULO 3.14
(Notificación de anulación)

El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte.

ARTÍCULO 3.15
(Plazos)

(1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente.

(2) Cuando una cláusula del contrato pueda ser anulada en virtud del Artículo 3.10, el plazo para notificar la anulación empezará a correr a partir del momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

ARTÍCULO 3.16
(Anulación parcial)

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato.

ARTÍCULO 3.17
(Efectos retroactivos)

(1) La anulación tiene efectos retroactivos.

(2) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido conforme al contrato o a la parte que haya sido anulada. Si no puede restituir en especie lo recibido, deberá compensar adecuadamente a la otra parte.

ARTÍCULO 3.18
(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y

perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

ARTÍCULO 3.19
(Carácter imperativo de estas disposiciones)

Las disposiciones de este capítulo son imperativas, salvo cuando ellas se refieran a la fuerza vinculante del mero acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y al error.

ARTÍCULO 3.20
(Declaraciones unilaterales)

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

CAPÍTULO 4

INTERPRETACIÓN

ARTÍCULO 4.1
(Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

ARTÍCULO 4.2
(Interpretación de declaraciones y otros actos)

(1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.

(2) Si el parágrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

ARTÍCULO 4.3
(Circunstancias relevantes)

Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

(a) las negociaciones previas entre las partes;

(b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;

(c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;

(d) la naturaleza y finalidad del contrato;

(e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y

(f) los usos.

ARTÍCULO 4.4
(Interpretación sistemática del contrato)

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

ARTÍCULO 4.5
(Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

ARTÍCULO 4.6
(Interpretación contra proferentem)

Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

ARTÍCULO 4.7
(Discrepancias lingüísticas)

Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales versiones, la interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado originalmente.

ARTÍCULO 4.8
(Integración del contrato)

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.

(2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

(a) la intención de las partes;
(b) la naturaleza y finalidad del contrato;
(c) la buena fe y la lealtad negocial;
(d) el sentido común.

CAPÍTULO 5

CONTENIDO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

SECCIÓN 1: CONTENIDO

ARTÍCULO 5.1.1
(Obligaciones expresas e implícitas)

Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas.

ARTÍCULO 5.1.2
(Obligaciones implícitas)

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

(a) la naturaleza y la finalidad del contrato;

(b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;

(c) la buena fe y la lealtad negocial.

(d) el sentido común.

ARTÍCULO 5.1.3
(Cooperación entre las partes)

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

ARTÍCULO 5.1.4
(Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

ARTÍCULO 5.1.5
(Determinación del tipo de obligación)

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

(a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato;

(b) el precio y otros términos del contrato;

(c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;

(d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

ARTÍCULO 5.1.6

(Determinación de la calidad de la prestación)

Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias.

ARTÍCULO 5.1.7
(Determinación del precio)

(1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.

(2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.

(3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable.

(4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

ARTÍCULO 5.1.8
(Contrato de tiempo indefinido)

Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación.

ARTÍCULO 5.1.9
(Renuncia por acuerdo de partes)

(1) Un acreedor puede renunciar a su derecho mediante un acuerdo con el deudor.

(2) La oferta de renunciar a título gratuito a un derecho se presume aceptada si el deudor no la rechaza inmediatamente después de conocerla.

SECCION 2: ESTIPULACION A FAVOR DE TERCEROS

ARTÍCULO 5.2.1
(Estipulación a favor de terceros)

(1) Las partes (el “promitente” y el “estipulante”) pueden otorgar por acuerdo expreso o tácito un derecho a un tercero (el “beneficiario”).

(2) La existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes y se encuentran sujetos a las condiciones y limitaciones previstas en dicho acuerdo.

ARTÍCULO 5.2.2
(Identificación del beneficiario)

El beneficiario debe estar identificado en el contrato con suficiente certeza pero no necesita existir cuando se celebre el contrato.

ARTÍCULO 5.2.3
(Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)

El otorgamiento de derechos al beneficiario incluye el de invocar una cláusula en el contrato que excluya o limite la responsabilidad del beneficiario.

ARTÍCULO 5.2.4
(Excepciones)

El promitente puede oponer al beneficiario toda excepción que el promitente pueda oponer al estipulante.

ARTÍCULO 5.2.5
(Revocación)

Las partes pueden modificar o revocar los derechos otorgados por el contrato al beneficiario mientras éste no los haya aceptado o no haya actuado razonablemente de conformidad con ellos.

ARTÍCULO 5.2.6
(Renuncia)

El beneficiario puede renunciar a un derecho que se le otorgue.

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1:
CUMPLIMIENTO EN GENERAL

ARTÍCULO 6.1.1
(Momento del cumplimiento)

Una parte debe cumplir sus obligaciones:

(a) si el momento es fijado o determinable por el contrato, en ese momento;

(b) si un período de tiempo es fijado o determinable por el contrato, en cualquier momento dentro de tal período, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento;

(c) en cualquier otro caso, en un plazo razonable después de la celebración del contrato.

ARTÍCULO 6.1.2
(Cumplimiento en un solo momento o en etapas)

En los casos previstos en el Artículo 6.1.1(b) o (c), el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento.

ARTÍCULO 6.1.3
(Cumplimiento parcial)

(1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.

(2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

ARTÍCULO 6.1.4
(Secuencia en el cumplimiento)

(1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

(2) En la medida en que la prestación de sólo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su

prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

ARTÍCULO 6.1.5
(Cumplimiento anticipado)

(1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.

(2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

(3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado hande ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

ARTÍCULO 6.1.6
(Lugar del cumplimiento)

(1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquél, una parte debe cumplir:

(a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria;

(b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación.

(2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

ARTÍCULO 6.1.7
(Pago con cheque u otro instrumento)

(1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.

(2) No obstante, un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del parágrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida.

ARTÍCULO 6.1.8
(Pago por transferencia de fondos)

(1) El pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta, a menos que haya indicado una cuenta en particular.

(2) En el caso de pago por transferencia de fondos, la obligación se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor.

ARTÍCULO 6.1.9
(Moneda de pago)

(1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, éste puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:

(a) dicha moneda no sea convertible libremente; o

(b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse sólo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada.

(2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el parágrafo (1)(b) de este Artículo.

(3) El pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe efectuarse el pago.

(4) Sin embargo, si el deudor no ha pagado cuando debió hacerlo, el acreedor puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante, bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo.

ARTÍCULO 6.1.10
(Moneda no expresada)

Si el contrato no expresa una moneda en particular, el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago.

ARTÍCULO 6.1.11
(Gastos del cumplimiento)

Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones.

ARTÍCULO 6.1.12
(Imputación de pagos)

(1) Un deudor de varias obligaciones dinerarias al mismo acreedor puede especificar al momento del pago a cuál de ellas pretende que sea aplicado el pago. En cualquier caso, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses debidos y finalmente al capital.

(2) Si el deudor no hace tal especificación, el acreedor puede, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a cuál de las obligaciones lo imputa, siempre que dicha obligación sea vencida y sea indisputada.

(3) A falta de imputación conforme a los parágrafos (1) o (2) de este Artículo, el pago se imputa, en el orden indicado, a la obligación que satisfaga uno de los siguientes criterios:

(a) la obligación que sea vencida, o la primera en vencerse;

(b) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor;

(c) la obligación que es más onerosa para el deudor;

(d) la obligación que surgió primero.

Si ninguno de los criterios precedentes se aplica, el pago se imputa a todas las obligaciones proporcionalmente.

ARTÍCULO 6.1.13
(Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)

El Artículo 6.1.12 se aplica, con las adaptaciones del caso, a la imputación del pago de obligaciones no dinerarias.

ARTÍCULO 6.1.14
(Solicitud de autorización pública)

Cuando la ley de un Estado requiera una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto:

(a) si sólo una parte tiene su establecimiento en tal Estado, esa parte deberá tomar las medidas necesarias para obtener la autorización; y

(b) en los demás casos, la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla.

ARTÍCULO 6.1.15
(Gestión de la autorización)

(1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización debe hacerlo sin demora injustificada y soportará todos los gastos en que incurra.

(2) Esa parte deberá, cuando sea pertinente, notificar a la otra parte, sin demora injustificada, de la concesión o la denegación de la autorización.

ARTÍCULO 6.1.16
(Autorización ni otorgada ni denegada)

(1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si, pese a que la parte responsable de obtener la autorización ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla, ésta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o, cuando no se haya acordado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato.

(2) No se aplicará lo previsto en el parágrafo (1) de este Artículo cuando la autorización afecte solamente algunas cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorización.

ARTÍCULO 6.1.17
(Autorización denegada)

(1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, sólo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato.

(2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

SECCIÓN 2:
EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

ARTÍCULO 6.2.1
(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship).

ARTÍCULO 6.2.2
(Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

ARTÍCULO 6.2.3
(Efectos de la "excesiva onerosidad" (hardship))

(1) En caso de "excesiva onerosidad" (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

CAPÍTULO 7
INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1:
INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

ARTÍCULO 7.1.1
(Definición del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

ARTÍCULO 7.1.2
(Interferencia de la otra parte)

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.

Principios UNIDROIT
368

ARTÍCULO 7.1.3
(Suspensión del cumplimiento)

(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.

(2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.

ARTÍCULO 7.1.4
(Subsanación del incumplimiento)

(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:

(a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;

(b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;

(c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y

(d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

(2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.

(3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.

(4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.

(5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

ARTÍCULO 7.1.5
(Período suplementario para el cumplimiento)

(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.

(2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.

(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.

(4) El parágrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

ARTÍCULO 7.1.6
(Cláusulas de exoneración)

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte

Apéndice
369

razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

ARTÍCULO 7.1.7
(Fuerza mayor) (force majeure)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO

ARTÍCULO 7.2.1
(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago.

ARTÍCULO 7.2.2
(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

(a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;

(b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;

(c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;

(d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o

(e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

ARTÍCULO 7.2.3
(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los Artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.

ARTÍCULO 7.2.4
(Pena judicial)

(1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.

Principios UNIDROIT
370

(2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento.

ARTÍCULO 7.2.5
(Cambio de remedio)

(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.

(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio.

SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN

ARTÍCULO 7.3.1
(Derecho a resolver el contrato)

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;

(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.

ARTÍCULO 7.3.2
(Notificación de la resolución)

(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.

(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.

ARTÍCULO 7.3.3
(Incumplimiento anticipado)

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.

Apéndice
371

ARTÍCULO 7.3.4
(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.

ARTÍCULO 7.3.5
(Efectos generales de la resolución)

(1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.

(2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

(3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

ARTÍCULO 7.3.6
(Restitución)

(1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(2) No obstante, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, la restitución sólo podrá reclamarse para el período posterior al efecto de la resolución.

SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO

ARTÍCULO 7.4.1
(Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios.

ARTÍCULO 7.4.2
(Reparación integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

ARTÍCULO 7.4.3
(Certeza del daño)

(1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.

(2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.

Principios UNIDROIT
372

(3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

ARTÍCULO 7.4.4
(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

ARTÍCULO 7.4.5
(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

ARTÍCULO 7.4.6
(Prueba del daño por el precio corriente)

(1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

(2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.

ARTÍCULO 7.4.7
(Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa pare asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

ARTÍCULO 7.4.8
(Atenuación del daño)

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

ARTÍCULO 7.4.9
(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares,

el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

ARTÍCULO 7.4.10
(Intereses sobre el resarcimiento)

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.

ARTÍCULO 7.4.11
(Modalidad de la compensación monetaria)

(1) El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante, puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado.

(2) El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado.

ARTÍCULO 7.4.12
(Moneda en la que se fija el resarcimiento)

El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en lacual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido.

ARTÍCULO 7.4.13
(Pago estipulado para el incumplimiento)

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

CAPÍTULO 8
COMPENSACIÓN

ARTÍCULO 8.1
(Condiciones de la compensación)

(1) Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera

de ellas (“la primera parte”) puede compensar su obligación con la de su acreedor (“la otra parte”) si en el momento de la compensación:

(a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación;

(b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido.

(2) Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado.

ARTÍCULO 8.2
(Compensación de deudas en moneda extranjera)

Cuando las obligaciones sean de pagar dinero en diferentes monedas, el derecho a compensar puede ejercitarse siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las

partes no hayan convenido que la primera parte sólo podrá pagar en una moneda determinada.

ARTÍCULO 8.3
(Notificación de la compensación)

El derecho a compensar se ejerce por notificación a la otra parte.

ARTÍCULO 8.4
(Contenido de la notificación)

(1) La notificación debe especificar las obligaciones a las que se refiere.

(2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente.

ARTÍCULO 8.5
(Efectos de la compensación)

(1) La compensación extingue las obligaciones.

(2) Si las obligaciones difieren en su importe, la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa.

(3) La compensación surte efectos desde la notificación.

CAPÍTULO 9

CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS

SECCIÓN 1: CESIÓN DE CRÉDITOS

ARTÍCULO 9.1.1
(Definiciones)

“Cesión de créditos” es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el “cedente”) a otra (el “cesionario”) de un derecho al pago de una suma de dinero u otra prestación a cargo de un tercero (el “deudor”), incluyendo una transferencia a modo de garantía.

ARTÍCULO 9.1.2
(Exclusiones)

Esta sección no se aplica a las transferencias sometidas a las reglas especiales que regulan transferencias:

(a) de instrumentos como títulos de crédito, títulos representativos de dominio, instrumentos financieros, o

(b) de derechos incluidos en la transferencia de una empresa.

ARTÍCULO 9.1.3
(Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)

Un crédito relativo a una prestación no dineraria sólo puede ser cedido si la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

ARTÍCULO 9.1.4
(Cesión parcial)

(1) Un crédito relativo al pago de una suma de dinero puede ser cedido parcialmente.

(2) Un crédito relativo a una prestación no dineraria puede ser cedido parcialmente sólo si es divisible y si la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

ARTÍCULO 9.1.5
(Cesión de créditos futuros)

Un crédito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo, siempre que cuando llegue a existir dicho crédito pueda ser identificado como al que la cesión se refiere.

ARTÍCULO 9.1.6
(Créditos cedidos sin especificación individual)

Pueden cederse varios créditos sin que sean identificados individualmente, siempre que tales créditos, en el momento de la cesión o cuando lleguen a existir, puedan ser identificados como a los que la cesión se refiere.

ARTÍCULO 9.1.7
(Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)

(1) Un crédito es cedido por el mero convenio entre el cedente y el cesionario, sin notificación al deudor.

(2) No se requiere el consentimiento del deudor a menos que la obligación, según las circunstancias, sea de carácter esencialmente personal.

ARTÍCULO 9.1.8
(Costes adicionales del deudor)

El deudor tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o el cesionario por todos los costes adicionales causados por la cesión.

ARTÍCULO 9.1.9
(Cláusulas prohibiendo la cesión)

(1) La cesión de un derecho al pago de una suma de dinero surte efectos pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesión. Sin embargo, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

(2) La cesión de un derecho a otra prestación no surtirá efectos si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesión. No obstante, la cesión surte efectos si el cesionario, en el momento de la cesión, no conocía ni debiera haber conocido dicho acuerdo. En este caso, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

ARTÍCULO 9.1.10
(Notificación al deudor)

(1) El deudor se libera pagando al cedente mientras no haya recibido del cedente o del cesionario una notificación de la cesión.

(2) Después que el deudor recibe tal notificación, sólo se libera pagando al cesionario.

ARTÍCULO 9.1.11
(Cesiones sucesivas)

Si un mismo crédito ha sido cedido por el cedente a dos o más cesionarios sucesivos, el deudor se libera pagando conforme al orden en que las notificaciones fueron recibidas.

ARTÍCULO 9.1.12
(Prueba adecuada de la cesión)

(1) Si la notificación de la cesión es dada por el cesionario, el deudor puede solicitar al cesionario que dentro de un plazo razonable suministre prueba adecuada de que la cesión ha tenido lugar.

(2) El deudor puede suspender el pago hasta que se suministre prueba adecuada.

(3) La notificación no surte efectos a menos que se suministre prueba adecuada de la cesión.

(4) Prueba adecuada de la cesión incluye, pero no está limitada a, cualquier escrito emanado del cedente e indicando que la cesión ha tenido lugar.

ARTÍCULO 9.1.13
(Excepciones y derechos de compensación)

(1) El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que podría oponer al cedente.

(2) El deudor puede ejercitar contra el cesionario cualquier derecho de compensación de que disponga contra el cedente hasta el momento en que ha recibido la notificación de la cesión.

ARTÍCULO 9.1.14
(Derechos relativos al crédito cedido)

La cesión de un crédito transfiere al cesionario:

(a) todos los derechos del cedente a un pago o a otra prestación previstos por el contrato en relación con el crédito cedido, y

(b) todos los derechos que garantizan el cumplimiento del crédito cedido.

ARTÍCULO 9.1.15
(Obligaciones del cedente)

El cedente garantiza al cesionario, excepto que algo distinto se manifieste al cesionario, que:

(a) el crédito cedido existe al momento de la cesión, salvo que el crédito sea un derecho futuro;

(b) el cedente está facultado para ceder el crédito;

(c) el crédito no ha sido previamente cedido a otro cesionario y está libre de cualquier derecho o reclamación de un tercero;

(d) el deudor no tiene excepción alguna;

(e) ni el deudor ni el cedente han notificado la existencia de compensación alguna respecto del crédito cedido y no darán tal notificación;

(f) el cedente reembolsará al cesionario cualquier pago recibido del deudor antes de ser dada notificación de la cesión.

SECCIÓN 2:
TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES

ARTÍCULO 9.2.1
(Modalidades de la transferencia)

Una obligación de pagar dinero o de ejecutar otra prestación puede ser transferida de una persona (el "deudor originario") a otra (el "nuevo deudor") sea:

(a) por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor, conforme al Artículo 9.2.3, o

(b) por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, por el cual el nuevo deudor asume la obligación.

Apéndice
377

ARTÍCULO 9.2.2
(Exclusión)

Esta sección no se aplica a las transferencias de obligaciones sometidas a reglas especiales que regulan transferencias de obligaciones en el curso de la transferencia de una empresa.

ARTÍCULO 9.2.3
(Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia)

La transferencia de obligaciones por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor requiere el consentimiento del acreedor

ARTÍCULO 9.2.4
(Consentimiento anticipado del acreedor)

(1) El acreedor puede dar su consentimiento anticipadamente.

(2) Si el acreedor ha dado su consentimiento anticipadamente, la transferencia de la obligación surte efectos cuando una notificación de la transferencia se da al acreedor o cuando el acreedor la reconoce.

ARTÍCULO 9.2.5
(Liberación del deudor originario)

(1) El acreedor puede liberar al deudor originario.

(2) El acreedor puede también retener al deudor originario como deudor en caso de que el nuevo deudor no cumpla adecuadamente.

(3) En cualquier otro caso, el deudor originario y el nuevo deudor responden solidariamente.

ARTÍCULO 9.2.6
(Cumplimiento a cargo de un tercero)

(1) Sin el consentimiento del acreedor, el deudor puede convenir con otra persona

que ésta cumplirá la obligación en lugar del deudor, a menos que la obligación, según las circunstancias, tenga un carácter esencialmente personal.

(2) El acreedor conserva su recurso contra el deudor.

ARTÍCULO 9.2.7
(Excepciones y derechos de compensación)

(1) El nuevo deudor puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que el deudor originario podía oponer contra el acreedor.

(2) El nuevo deudor no puede ejercer contra el acreedor ningún derecho de compensación disponible al deudor originario contra el acreedor.

ARTICULO 9.2.8
(Derechos relativos a la obligación transferida)

(1) El acreedor puede oponer contra el nuevo deudor, respecto de la obligación transferida, todos sus derechos al pago o a otra prestación bajo el contrato.

(2) Si el deudor originario es liberado en virtud del Artículo 9.2.5(1), queda también liberada cualquier garantía otorgada para el cumplimiento de la obligación por cualquier otra persona que no sea el nuevo deudor, a menos que esa otra persona acuerde que la garantía continuará disponible al acreedor.

(3) La liberación del deudor originario también se extiende a cualquier garantía del deudor originario otorgada al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación, a

menos que la garantía sea sobre un bien que sea transferido como parte de una operación entre el deudor originario y el nuevo deudor.

SECCIÓN 3: CESIÓN DE CONTRATOS
ARTÍCULO 9.3.1

(Definiciones)
"Cesión de contrato" es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el "cedente") a otra (el "cesionario") de los derechos y obligaciones del cedente que surgen de un contrato con otra persona (la "otra parte").

ARTÍCULO 9.3.2
(Exclusión)

Esta sección no se aplica a las cesiones de contratos sometidas a reglas especiales que regulan cesiones de contratos en el curso de la transferencia de una empresa.

ARTÍCULO 9.3.3
(Exigencia del consentimiento de la otra parte)

La cesión de un contrato requiere el consentimiento de la otra parte.

ARTÍCULO 9.3.4
(Consentimiento anticipado de la otra parte)

(1) La otra parte puede dar su consentimiento anticipadamente.

(2) Si la otra parte ha dado su consentimiento anticipadamente, la cesión del

contrato surte efecto cuando una notificación de la cesión se da a la otra parte o cuando la otra parte la reconoce.

ARTÍCULO 9.3.5
(Liberación del cedente)

(1) La otra parte puede liberar al cedente.

(2) La otra parte puede también retener al cedente como deudor en caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente.

(3) En cualquier otro caso, el cedente y el cesionario responden solidariamente.

ARTÍCULO 9.3.6
(Excepciones y derechos de compensación)

(1) En la medida que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.13.

(2) En la medida que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.7.

ARTÍCULO 9.3.7
(Derechos cedidos con el contrato)

(1) En la medida que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.14.

(2) En la medida que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.8.

Apéndice
379

CAPÍTULO 10—PRESCRIPCIÓN

ARTÍCULO 10.1
(Ambito de aplicación de este capítulo)

(1) El ejercicio de los derechos regulados por estos Principios está limitado por la expiración de un período de tiempo, denominado “período de prescripción”, según las reglas de este capítulo.

(2) Este capítulo no regula el tiempo en el cual, conforme a estos Principios, se requiere a una parte, como condición para la adquisición o ejercicio de su derecho, que efectúe una notificación a la otra parte o que lleve a cabo un acto distinto a la apertura de un procedimiento jurídico.

ARTÍCULO 10.2
(Períodos de prescripción)

(1) El período ordinario de prescripción es tres años, que comienza al día siguiente del día en que el acreedor conoció o debiera haber conocido los hechos a cuyas resultas el derecho del acreedor puede ser ejercido.

(2) En todo caso, el período máximo de prescripción es diez años, que comienza al día siguiente del día en que el derecho podía ser ejercido.

ARTICULO 10.3
(Modificación de los períodos de prescripción por las partes)

(1) Las partes pueden modificar los períodos de prescripción.

(2) Sin embargo, ellas no podrán:

(a) acortar el período ordinario de prescripción a menos de un año;

(b) acortar el período máximo de prescripción a menos de cuatro años;

(c) prorrogar el período máximo de prescripción a más de quince años.

ARTICULO 10.4
(Nuevo período de prescripción por reconocimiento)

(1) Cuando el deudor reconoce el derecho del acreedor antes del vencimiento del período ordinario de prescripción, comienza a correr un nuevo período ordinario de prescripción al día siguiente del reconocimiento.

(2) El período máximo de prescripción no comienza a correr nuevamente, pero puede ser superado por el comienzo de un nuevo período ordinario de prescripción conforme al Artículo 10.2(1).

ARTICULO 10.5
(Suspensión por procedimiento judicial)

(1) El decurso del período de prescripción se suspende:

(a) cuando al iniciar un procedimiento judicial, o en el procedimiento judicial ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor;

(b) en caso de insolvencia del deudor, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia; o

(c) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolución.

(2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

ARTICULO 10.6
(Suspensión por procedimiento arbitral)

(1) El decurso del período de prescripción se suspende cuando al iniciar un procedimiento arbitral, o en el procedimiento arbitral ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del tribunal arbitral como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor. A falta de disposiciones en el reglamento de arbitraje o de otras reglas que determinen la fecha exacta del comienzo del procedimiento arbitral, dicho procedimiento se considera comenzado el día en que el deudor recibe una solicitud para que se adjudique el derecho en disputa.

(2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una decisión vinculante o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

ARTICULO 10.7
(Medios alternativos para la resolución de controversias)

Las disposiciones de los Artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias.

ARTICULO 10.8
(Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)

(1) Cuando el acreedor no ha podido detener el decurso del período de prescripción según los Artículos precedentes debido a un impedimento fuera de su control y que no

podía ni evitar ni superar, el período ordinario de prescripción se suspende de modo que no expire antes de un año después que el impedimento haya dejado de existir.

(2) Cuando el impedimento consiste en la incapacidad o muerte del acreedor o del deudor, la suspensión cesa cuando se designe un representante para el incapacitado, el difunto o su herencia, o cuando un sucesor haya heredado la parte que le corresponde. En este caso se aplica el período suplementario de un año, conforme al parágrafo (1).

ARTICULO 10.9
(Efectos del vencimiento del período de prescripción)

(1) El vencimiento del período de prescripción no extingue el derecho.

(2) Para que el vencimiento del período de prescripción tenga efecto, el deudor debe invocarlo por vía de excepción.

(3) La existencia de un derecho siempre puede ser invocada por vía de excepción a pesar de haberse invocado el vencimiento del período de prescripción para el ejercicio de dicho derecho.

ARTÍCULO 10.10
(Derecho de compensación)

El acreedor puede ejercitar el derecho de compensación mientras el deudor no haya opuesto el vencimiento del período de prescripción.

ARTICULO 10.11
(Restitución)

Cuando ha habido prestación en cumplimiento de la obligación, no hay derecho a la restitución por el solo hecho de haber vencido el periódo de prescripción.