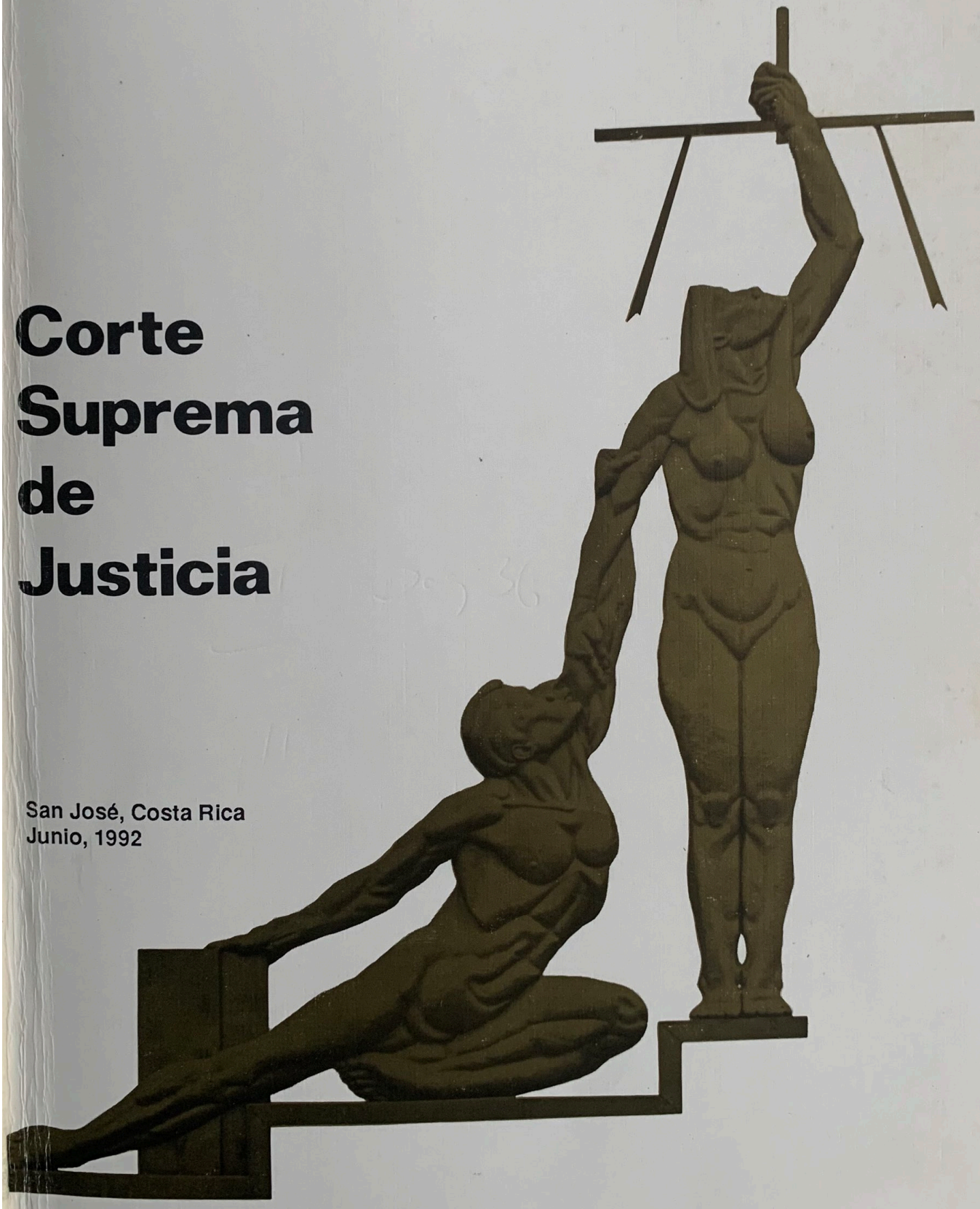
AÑO XVII

Nº 56

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Junio, 1992

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACIÓN

En este número (56) la Revista Judicial ofrece estudios sobre Derecho Civil Obligaciones, Derecho Comercial Internacional, Derecho Societario, Derecho Procesal Civil, Derecho de Seguros y Derecho Colectivo del Trabajo, junto con sus acostumbradas secciones La Ciencia al Servicio de la Justicia, Información Normativa, Pronunciamientos Especialmente Relevantes y Jurisprudencia.

Nos complace particularmente presentar, en primer término, el novedoso estudio titulado: **"La Legislación desindexatoria en la Argentina. Virtualidad de los intereses como mecanismo alternativo de ajuste"** del **Dr. Atilio Aníbal Alterini**, conocido jurista argentino, profesor titular de Obligaciones Civiles y Comerciales en las Universidades de Buenos Aires y Belgrano, quien en su reciente visita a Costa Rica dejó sabias enseñanzas, buenos amigos y profundas inquietudes. El autor nos informa, en primer término, acerca de la reciente ley argentina (autodenominada "de orden público") que establece la convertibilidad de la moneda nacional con el dólar estadounidense y procura la desindexación de la economía, ateniéndose a los postulados clásicos del nominalismo. Dicha ley establece que "en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación de precios, etc."). Como premisas de su argumentación, el Dr. Alterini nos recuerda la distinción entre el "sinalagma genético" en los contratos (equilibrio inicial) y el "sinalagma funcional" (que exige este equilibrio en el momento del cumplimiento y que ha dado lugar a la doctrina de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobreviniente). Enfrentándose a esta reforma, el autor critica la citada ley por prohibir el equilibrio entre las prestaciones, desconocer la autonomía de la voluntad y las garantías constitucionales. Nos habla seguidamente de la necesidad de mecanismos que permitan convivir con la depreciación monetaria. Hace notar que la ley prohíbe los mecanismos directos de ajuste, pero no los indirectos (que no operan para producir una repotenciación de la deuda), dentro de los cuales se encuentran los intereses. Aclara las semejanzas (en sus efectos aritméticos) y diferencias entre las cláusulas de ajuste y los intereses. Explica que los intereses tienden a compensar el deterioro

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del signo monetario: "Aún dentro de la ortodoxia nominalista, los intereses constituyen un mecanismo idóneo para ajustar el saldo final de la ecuación económica". Una forma es la capitalización de intereses o anatocismo (autorizado ahora legalmente en Argentina). Advierte que el ajuste mediante el interés debe ser aplicado con la indispensable cuota de razonabilidad; el autor recomienda se aplique una tasa positiva (que son las que son mayores que la correspondiente depreciación monetaria) y ojalá efectiva (capitalizando los intereses devengados). "Es preciso —asegura el maestro Alterini— que el abogado provea información técnica suficiente a fin de que por la vía de los intereses el acreedor obtenga el ajuste del capital y el resarcimiento a que tenga derecho."

Con su informativo y estimulado artículo denominado **"Costa Rica y la Convención de Viena sobre compraventa internacional"**, participa el **Dr. Aníbal Sierralta Ríos,** distinguido jurista peruano, experto en comercio internacional, quien ha impartido cursos para CINDE en Costa Rica. El Dr. Sierralta resume en este trabajo las líneas principales de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional, la que a su juicio supera la Convención de La Haya, por regular el contrato como un todo, independientemente de cualquier legislación nacional. El autor describe la estructura de la Convención, sus diferentes posibles coberturas, su flexibilidad para efectos de ratificaciones parciales y reservas y la existencia del Protocolo sobre prescripción; insiste en la importancia de su suscripción y de que el país cuente con un instrumental jurídico acorde con su inserción en la economía internacional; comenta las situaciones a las que se aplica y las que deja de regular. Finalmente, sugiere la creación de una comisión que estudie las ventajas y limitaciones o reservas que podría hacer Costa Rica a esta Convención.

"La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima, I." se titula el aporte del **Dr. Gastón Certad Maroto** y del **Lic. Arnaldo Antillón** (colaborador). Este estudio analiza los elementos que deben concurrir a la hora de determinar la responsabilidad de los administradores en las sociedades anónimas por incumplimiento de sus obligaciones y valorar el eventual daño. Se considera aquí que es importante la distinción entre obligaciones de contenido específico y obligaciones generales de prudencia y diligencia. Otro tema tratado es el de la prueba de la culpa del administrador; se afirma la ausencia de responsabilidad por errores (aseverándose que la ley no exige que los administradores logren éxito económico) o por efectuar operaciones o negocios poco convenientes. Se expone aquí también un planteamiento sobre la diligencia (calificada de "Bonus Pater Familiae") que debe observar el administrador; la que determina un criterio de culpa más estricto que el del "hombre medio". En cuanto a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones específicas, el trabajo recuerda las contenidas en los artículos 27, 30, 129

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y 155a del Código de Comercio. Otros temas de importancia tratados son: la responsabilidad por persecución de intereses extrasociales, la responsabilidad solidaria de los miembros del Consejo de Administración, la responsabilidad de los administradores de la sociedad "matriz" ("Holding") en los casos de sociedades coligadas y la responsabilidad del denominado "director o gerente general".

"El problema de la acción y la pretensión en el nuevo Código Procesal Civil" es el tema de gran actualidad tratado en esta ocasión por la **Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo.** El objetivo de esta colaboración es revisar la normativa positiva, la cual —a juicio de la autora— tiene graves contradicciones. Al inicio de su exposición, la Dra. Sáenz recuerda que el Código habla de "pretensión", donde antes se hablaba de "acción"; posteriormente da cuenta de algunas de las principales posiciones teóricas sobre la acción, como la teoría de GUASP, que ve la pretensión como algo propiamente procesal diferente de la acción (como situación jurídica subjetiva) y diferente de la demanda (sea como acto o como documento). Para este autor la acción es un poder para formular pretensiones e iniciar el proceso con la demanda; también nos remite a la teoría de Windsheid, quien ofrece una idea de acción distinta de la romana, independiente del derecho sustancial y diferente de la acción. Seguidamente expone su criterio sobre los conceptos citados. Acoge una visión dualista que supone un sistema de normas sustanciales coexistiendo con un sistema de normas procesales; considera la acción como "un poder-derecho público que corresponde a todo sujeto para provocar la actividad jurisdiccional desde el inicio hasta el fin del proceso", "el derecho de petición por excelencia", que ubica en el Derecho Público; ve la demanda como la materialización inicial de la acción; la profesora Sáenz se opone al concepto de relación jurídica procesal, considerándolo "esquema del derecho privado" y destaca el rango constitucional de la acción. Al estudiar el Código Procesal Civil, afirma la coexistencia, pero no identidad, de los conceptos de acción, pretensión y demanda, afirmando la idea del proceso como actividad y la permanencia de la acción a lo largo de aquél; hace ver que hay algunos artículos confusos (26, 28, 34, 41, 42 y 125) que requieren mayor precisión.

El **Lic. Gino Capella Molina,** especialista en Derecho Comercial, nos ofrece su documentado y amplio trabajo: **"El contrato de seguro marítimo".** El autor comienza por estudiar sus notas históricas, desde la Edad Media (con la institución del préstamo a la gruesa *que se encuentra regulado en los artículos 752 y siguientes del Código de Comercio de 1853, vigente en Costa Rica actualmente, de conformidad con el transitorio del Código de Comercio actual),* con antecedentes más remotos, como en la "Lex Rodas" o Ley de la echazón (actualmente regida por las Reglas York Amberes). Seguidamente, nos ofrece el concepto de este tipo de seguro y sus característi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cas dentro de las diferentes clasificaciones de los seguros, el concepto de póliza, su importancia y su función, así como las modalidades que puede asumir el seguro marítimo, utilizando —al hacerlo— varios criterios de clasificación, como el del interés asegurado (casco, carga y flete), como el del medio (marítimo y terrestre) y el de la vigencia (por tiempo y por viaje). El Lic. Capella se refiere luego a los tipos de póliza y al certificado de seguro. En forma sistemática, utilizando la teoría del negocio jurídico, descompone el contrato determinando sus presupuestos subjetivos y objetivos, sus elementos esenciales y sus efectos jurídicos; es de notar que ubica el tema del interés asegurable en la causa justa, lo cual compartimos, frente a la mayor parte de la doctrina que lo ubica diversamente. Al analizar la eficacia jurídica estudia las diferentes situaciones jurídicas a cargo del asegurado (como el pago de la prima y las cargas) y del asegurador (relativas a la cobertura) y distingue acertadamente franquicias de deducibles. Finalmente, comenta otras situaciones, como la subrogación y el abandono.

Presentamos también **"El contrato colectivo de trabajo"**, del **Lic. Edwin Salinas Durán,** estudio dedicado a aportar una perspectiva, más que doctrinal, acorde con la realidad costarricense; sin dejar de lado la doctrina extranjera y las recomendaciones de la OIT; el autor brinda una conceptualización del contrato colectivo, indicando sus diferentes denominaciones, destaca que el nombre "contrato colectivo" es el admitido por la OIT *(también en varias Convenciones ratificadas por Costa Rica; v. La Gaceta Nº 312, de 10 de noviembre de 1986 y Ley 2561 de 26 de abril de 1960, La Gaceta Nº 118 de 26 de mayo de 1960, resoluciones 98 y 141);* recopila diversas definiciones legales (Costa Rica, México, Alemania, USA), de la OIT y doctrinales y delimita los sujetos, el contenido, la forma y la terminación del contrato; denuncia el desconocimiento, confusión e inaplicación del contrato colectivo en Costa Rica y su falta de uso por parte del sindicalismo costarricense; en sus conclusiones se refiere a las imprecisiones legales y al uso de la convención colectiva en Costa Rica.

Publicamos también **"El contrato de franquicia comercial ('Franchising')".** En este artículo se ofrece una conceptualización de este contrato atípico legalmente, pero no socialmente, mediante el cual el titular (franquiciante) de una marca, patente, "know how", nombre comercial u otro derecho de propiedad intelectual, concede a otra persona (franquiciado) su uso, sometiéndolo a ciertas reglas (como uniformidad de presentación del producto de los locales, controles y diversas "imposiciones" contractuales) y concediéndole una exclusividad territorial que el propio franquiciante debe respetar (como obligación contractual) durante toda la vigencia del contrato. Además, se comentan los nuevos desarrollos de la franquicia comercial en Europa y se propone una Convención Americana que lo regule, en particular en cuanto a la tutela del contratante débil, que tiene

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derecho a una plena reparación, frente a las revocaciones unilaterales del concedente, la tutela del mercado y la tutela del inversionista, mediante disposiciones sobre información y publicidad.

En la **Sección La Ciencia al Servicio de la Justicia** aparece **"Sistematización de menores agredidos estudiados en la Oficina de Trabajo Social del Hospital Dr. Max Peralta (1974-1984)"**, de la **Licda. Lorena Monge Marín,** la **Licda. Marta E. Solórzano Mora** y el **Dr. Fernando Garzona Meseguer** (colaborador), del Departamento de Medicina Legal de la Corte Suprema de Justicia.

Como siempre la revista contiene sus acostumbradas secciones: **Información Normativa** a cargo del señor **Jimmy Vargas Durán, Pronunciamientos Especialmente Relevantes** al cuidado de la **Licda. Cecilia Sánchez** y **Jurisprudencia** realizada por el Digesto, bajo la siempre acertada dirección de la **Licda. Sánchez.**

Dr. Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN 5

SECCIÓN I: ESTUDIOS

Legislación desindexatoria en la Argentina. Virtualidad de los intereses como mecanismo alternativo de ajuste 13
Dr. Atilio Aníbal Alterini

Costa Rica y la Convención de Viena sobre compraventa internacional 23
Dr. Aníbal Sierralta Ríos

La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima 31
Dr. Gastón Certad Maroto
Lic. Arnaldo Antillón (colaborador)

El problema de la acción y la pretensión en el nuevo Código Procesal Civil 55
Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

El contrato de seguro marítimo 71
Lic. Gino Capella Molina

El contrato colectivo de trabajo 93
Lic. Edwin Salinas Durán

El contrato de franquicia comercial ("Franchising") 105
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA
Coordinador: Dr. Eduardo Vargas Alvarado

Sistematización de menores agredidos estudiados en la Oficina de Trabajo Social del Hospital Dr. Max Peralta (1974-1984) 123
Licda. Lorena Monge Marín
Licda. Marta E. Solórzano Mora
Dr. Fernando Garzona Meseguer (colaborador)

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN III: INFORMACIÓN NORMATIVA. 145
Jimmy Vargas Durán

SECCIÓN IV: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES Y JURISPRUDENCIA. 151
Licda. Cecilia Sánchez Romero
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA LEGISLACIÓN DESINDEXATORIA EN LA ARGENTINA: VIRTUALIDAD DE LOS INTERESES COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE AJUSTE

ATILIO ANÍBAL ALTERINI*

1. La legislación desindexatoria en la Argentina. En la Argentina rige la reciente Ley 23.928, que establece la convertibilidad de la moneda nacional con el dólar estadounidense, y procura la desindexación de la economía, ateniéndose a los postulados clásicos del nominalismo.

La segunda parte del artículo 7 de esa ley —en relación con las obligaciones "de dar una suma determinada de australes" a que se refiere su primera parte— dispone: "En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1 del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral". Agrega, concordantemente: "Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo dispuesto".

El artículo 10, a su vez, establece con alguna reiteración: "Deróganse, con efecto a partir del 1 del mes de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de australes que corresponda pagar, sino hasta el día 1 de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral".

El decreto reglamentario 529/91, en su artículo 1, prevé que a partir de la fecha indicada las deudas reajustables "quedarán convertidas a australes nominales en la relación uno a uno".

La ley se declara de orden público, y proclama asimismo que "ninguna persona puede tener en su contra derechos irrevocablemente adquiridos" (art. 13).

2. La prohibición de los mecanismos de actualización de deudas. Clásicamente se entendió que la relación negocial de equilibrio, propia de los contratos bilaterales, debía existir al momento de la celebración del acto. Se trata del designado como *sinalagma genético.*

Pero el criterio moderno pone en el primer plano al *sinalagma funcional:* exige el equilibrio inicial, pero requiere que también subsista al tiempo de ejecución de las obligaciones recí-

* *Profesor titular de Obligaciones Civiles y Comerciales en las universidades de Buenos Aires y Belgrano (República Argentina).*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

procas. La doctrina de la imprevisión (art. 1198, Cód. Civ., según Ley 17.711)[1] deriva de esa idea, como manifestación particular de otra más extensa y fundante.[2]

El *sinalagma funcional* puede ser afectado por la descalificación genérica de los mecanismos legales y convencionales de *repotenciación de deudas* —que resulta de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928, y del art. 1 del Decreto 529/91—, no bien la inflación subsista en algún nivel, aunque sea bajo en términos relativos.[3]

Dicha descalificación, en los hechos, significa que la ley llega hasta a prohibir que la prestación sea equivalente a la contraprestación. Con ello, en lo jurídico, se pone a contrapelo de la realidad negocial, y desconoce la esencia de la autonomía de la voluntad, así como las garantías constitucionales que amparan al derecho de propiedad; y en lo económico, transgrede exigencias elementales del cambio, y reglas insoslayables del mercado. Se ha dicho, críticamente, que "la prohibición generalizada de los mecanismos de repotenciación de las obligaciones dinerarias es irrazonable e inviable".[4]

La ley, claro está, no ha prohibido que haya inflación: no podría haberlo hecho útilmente, y la inflación cero es una quimera. Por lo tanto, resulta menester acudir a los mecanismos que permitan convivir jurídicamente con la depreciación monetaria. Estos mecanismos están efectivamente disponibles, y sólo es preciso emplearlos técnica e inteligentemente.

3. Categorías de deudas pagaderas en dinero. Antes que todo es preciso distinguir el *objeto de la obligación* (lo que el deudor debe) del *objeto del pago* (lo que el deudor paga), porque es frecuente que el deudor pague un monto de dinero para cancelar una deuda que no consiste en ese monto.

Veamos:[5]

a) El deudor de una "suma determinada" de dinero cumple pagando esa "suma determinada" de australes. Es la hipótesis —en reali-

---

1. Sobre la cuestión, ver MOLINA, Juan Carlos, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1969; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Justicia contractual*, Buenos Aires, 1978; MORELLO, Augusto M. y TROCCOLI, Antonio, *La revisión del contrato*, La Plata, 1977; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969; CASIELLO, Juan José, *"La teoría de la imprevisión"*, en L.L., to. 131, pág. 1.491; MASNATTA, Héctor, *"La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato"*, en E.D., to. 23, pág. 875; BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, 1971, pág. 249; GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis, *Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada*, Buenos Aires, 1968, to. I, pág. 162; QUINTEROS, Federico A., *"Reformas introducidas por la Ley 17.711 en el Derecho de los Contratos"*, en **Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones**, año 1968, Nº 4, pág. 419; ALTERINI, Atilio Aníbal, *"El reajuste del precio en la compraventa inmobiliaria: Una adecuada aplicación del impedimento para obrar abusivamente"*, en L.L., to. 1978-C, pág. 42, y en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1988, pág. 93; *La responsabilidad en la reforma civil*, Buenos Aires, 1970, Nº 52, pág. 46; etcétera.

2. La doctrina nacional moderna considera que la teoría de la imprevisión "constituye sólo una hipótesis particular" de otra "de aplicación general": la teoría de las *bases del negocio jurídico* (*"IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal"*, Junín, 1990, Comisión Nº 3, Rec. 12; conc. *"Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la provincia de La Pampa"*, Santa Rosa, 1991, Comisión Nº 3, Rec. 4, ap. c; *"Talleres Preparatorios de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil"*, Paraná, 1991, Comisión Nº 1, coordinada por Félix A. TRIGO REPRESAS). Concordantemente, las *"XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil"*, Buenos Aires, 1991, Comisión Nº 3, en cuanto a la frustración del fin del contrato, y en cuestión vinculada con la teoría de las bases del negocio jurídico, consideraron que cuando se malogra su motivo determinante —conocido o aceptado por las partes— se resta interés o utilidad a su subsistencia.

3. Medida por el índice de precios al consumidor del INDEC, en abril de 1991 llegó al 5,5%; en mayo al 2,8%; en junio al 3,1%; en julio al 2,6%; en agosto al 1,3%; en setiembre al 1,8%. De tal modo, en seis meses acumuló el 18,3%.

4. PAOLANTONIO, Martín Esteban, *"Inviable retorno al nominalismo"*, en L.L., to. 1991-C, pág. 992, ap. VI; conf. BANCHIO, Enrique Carlos, *"Nominalismo y obligaciones de valor en la ley de convertibilidad"*, en MOISSET de ESPANES, Luis (coordinador), *Convertibilidad del austral*, 3a. serie, Buenos Aires, 1991, pág. 93, ap. 2.8. En términos económicos, la prohibición carece de sentido en un marco de estabilidad (STURZENEGGER, Adolfo, en mesa redonda del *Seminario sobre la reforma económica del Plan Cavallo. Aspectos económicos*, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 09/04/91), aunque se reconozca que con ella el legislador persiguió un "efecto sicológico y social" (*"1as. Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico. Emergencia económica y convertibilidad del austral"*, Río Cuarto, 1991, Declaración IV-b).

5. Sobre estas categorías, presentadas en cuadro, v. FILIPPINI, Aníbal, *"Ley de convertibilidad: ¿Es posible pactar alquileres en dólares?"*, en L.L., to. 1991-C, pág. 1049, Nº 6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dad, la única— abarcada por el art. 7 de la Ley 23.928.

b) En otros casos la deuda no es de una "suma determinada", sino de una cantidad meramente *determinable* de dinero; al nacimiento de la obligación sólo se conocen las bases necesarias para la determinación del monto final, pero dicho monto todavía no es líquido, porque se ignora el *quantum debeatur* (nota al art. 819, Cód. Civ.).

Tal sucede: i) cuando el deudor debe una suma *ajustable* de dinero, caso en el cual paga una cantidad *ajustada*, cuya evaluación resulta de la incidencia de los parámetros de actualización correspondientes;[6] ii) cuando el deudor debe un *valor*,[7] que es cancelado por el monto actual representativo de la porción patrimonial (el bien o la utilidad) respectiva.[8]

En todas las hipótesis se trata de la aplicación lisa y llana del principio de identidad del pago que consagra el art. 740 del Código Civil. El deudor está precisado a pagar *lo mismo* a que está obligado (conf. art. 725), trátese de la "suma determinada" de dinero, de la suma *ajustable*, o del *valor* debidos. En esta última situación el pago con dinero resulta de su propio poder cancelatorio: el responsable por el destrozo de un guardabarros puede ser constreñido a reponerlo en especie, o a una "indemnización en dinero" (art. 1083, Cód. Civ.);[9] la obligación alimentaria consiste en "la satisfacción de las necesidades" del alimentario (art. 267, Cód. Civ., según Ley 23.264), que pueden ser cubiertas en especie o en dinero.[10]

4. Medios de ajuste directos e indirectos. Cuando el descarrío inflacionario de mediados de la década de los setenta puso la cuestión en el primer plano de debate,[11] fueron señalados los distintos caminos que podían ser seguidos para ajustar los montos dinerarios.[12]

Ellos son *directos* o *indirectos*. Entre los primeros fueron ubicados los medios de indexación establecidos en la ley, o pactados por las partes. Entre los segundos, que actúan por

---

6. La deuda "es meramente *evaluada* y no *revalorizada* al día del pago por la referencia a un índice", y mediante la aplicación de éste "se constituye la verdadera *moneda del contrato*": PIERRE FRANCOIS, Georges L., *"La notion de dette de valeur en Droit Civil. Essai d'une théorie"*, Paris, 1975, Nº 123, ap. II, pág. 107.

7. Sobre el distingo *in obligatione* e *in solutione*, que define a la deuda *de valor*, v. ALTERINI, Atilio Aníbal, *"Las deudas de valor no están alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del austral"*, en L.L., to. 1991-B, pág. 1.048; *Desindexación. El retorno al nominalismo*, Buenos Aires, 1991, Nº 3, pág. 14, y Nº 61, pág. 127.

8. Conf. *"XXVIII Jornada Notarial Bonaerense"* (Mar del Plata, 1991), tema II, Rec. II-a; CASIELLO, Juan José, *"¿El fin de la indexación?"*, en L.L., to. 1991-B, pág. 1.039, Nº 2.1.5 y *"Ley de convertibilidad y desindexación"*, en MOISSET de ESPANES, Luis (coordinador), *ob. cit.*, 1a. serie, Buenos Aires, 1991, pág. 73, ap. 2.1.5; COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H., *"A propósito de la ley de 'convertibilidad del austral'"*, en L.L., to. 1991-C, pág. 991, Nº 10; MOISSET de ESPANES, Luis, *"Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad"*, en *ob. cit.*, 1a. serie, pág. 37; BANCHIO, *ob. cit.*, ap. 3.7; ALTERINI, Atilio Aníbal, *"Las deudas de valor..." cit.; Desindexación..., cit.*, Nº 62, pág. 129; v. TRIGO REPRESAS, Félix A., *"'Congelamiento' y 'desindexación' de deudas en la ley de convertibilidad del austral"*, en L.L., to. 1991-C, pág. 1.969, ap. V-b, y *"Nominalismo y prohibición de actualizar deudas y desindexación en la Ley 23.928"*, en MOISSET de ESPANES (coordinador), *ob. cit.*, 2a. parte, pág. 219, ap. 71.; WAYAR, Ernesto C., *"La convertibilidad del austral y las obligaciones de dar dinero"*, *ibíd.*, 1a. serie, pág. 201, ap. 5-d; CONDORELLI, Epifanio J.L., *"Reflexiones en torno al artículo 8 de la Ley 23.928"*, *ibíd.*, 2a. serie, pág. 83, ap. 3; LORENZETTI, Ricardo, *"La ley monetaria y la doctrina: el precipitado de la interpretación"*, *ibíd.*, 3a. serie, pág. 141, ap. 7; RIVERA, Julio César, *"Ley de convertibilidad del austral. Efectos sobre el régimen de la moneda"*, en **La Revista del Foro de Cuyo**, to. 1, Mendoza, 1991, pág. 7, ap. 7.4. "Aplicar el principio nominalista cuando se está contratando sobre un valor es un contrasentido; el nominalismo sólo es aplicable a lo que tiene un valor nominal: la moneda" (FERRERE-LAMAISON h., Daniel, *El dinero en la teoría jurídica*, Montevideo, 1974, pág. 48).

9. El costo que debe afrontar el responsable es, en ambos casos, el actual de reposición, sea que adquiera el guardabarros y lo haga instalar por sí, sea que pague lo necesario para que la víctima lo adquiera y lo haga instalar.

10. Salvo que el alimentario rehúse la prestación en especie: Cám. Apel. Rosario, *Juris* 9-174. Sobre las virtualidades de la Ley 23.928 en esta cuestión, v. CÓRDOBA, Marcos M., *"La Ley 23.928 y la inalterabilidad de la equivalencia en la prestación alimentaria"*, en L.L., to. 1991-C, pág. 996, texto y notas 5 a 7.

11. Sobre la correlación entre esa inflación coyuntural y el cambio de los criterios de aplicación de la teoría de las deudas dinerarias, véase ALTERINI, Atilio Aníbal, LÓPEZ CABANA, Roberto M., *"Soluciones jurídicas para el problema inflacionario"*, en L.L., to. 1986-D, pág. 984, y en *Cuestiones modernas..., cit.*, pág. 207, ap. 7.

12. Véase LÓPEZ CABANA, Roberto M., *"La indexación de las deudas dinerarias. Estado actual y prospectiva"*, en J.A., to. 1976-III, pág. 794.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

vía refleja, la tasa del interés incidida por la inflación, la liquidación del crédito sobre la base de un valor referente,[13] los casos en los que resultan relevantes los estándares básicos del sistema,[14] y los de dolo o de culpa grave del deudor.[15]

Los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 prohíben únicamente los medios de ajuste *directos*, esto es, los que actualizan la deuda "a través de un mecanismo apto por el cual —derechamente— se la introduce en el campo del valorismo y se la sensibiliza a los índices correctores".[16] Se trata de los arbitrios para la "repotenciación de deudas", como la "actualización monetaria", la "indexación por precios", o la "variación de costos", a que se refieren literal e inequívocamente ambos artículos. Distintas son las vías *indirectas*, que no operan para producir la "repotenciación" de una "suma determinada" histórica, sino que concretan cierta expresión en moneda actual.

Propongo analizar de qué manera son utilizables los intereses como mecanismo *indirecto* para el reajuste de las deudas dinerarias propiamente dichas.

5. Cláusulas de ajuste e Intereses. Los intereses y las cláusulas de ajuste se asemejan en cuanto a la expresión matemática y a los efectos aritméticos. En ambos casos, a mayor capital, mayor es la ecuación final resultante; y el resultado aritmético coincide, tanto cuando el capital es actualizado por índices, como cuando se le aplican intereses capitalizables *(anatocismo).*[17]

Pero presentan varias diferencias:

a) Los intereses conciernen a un lucro. Los índices, a mantener un determinado poder adquisitivo.

b) Las tasas de interés son conocidas al ser establecida la relación jurídica. Los índices no.

c) Las tasas de interés son discrecionales. Los índices derivan de procedimientos matemáticos.

d) Las tasas de interés tienen como límite la teoría de la usura. Los índices, lo que determine la realidad económica.

e) La fijación de una tasa arrastra el riesgo de errar, en más o en menos, respecto de la incidencia inflacionaria. Los índices, en cambio, la reflejan con precisión.

f) Los intereses son debidos *a prorrata temporis*, y resultan mayores cuanto mayor sea el plazo de aplicación. Los índices no guardan esa relación, puesto que pueden escaparse súbitamente, o aun disminuir.

g) La actualización no genera impuesto a las ganancias (art. 20, inc. z, Ley 20.628, t.o. en 1986 y sus modificaciones; pero comp. con art. 97, inc. a); los intereses sí (art. 45, inc. a, ley cit.).

En el caso de la deuda dineraria (no ajustable) la importancia de los intereses es sumamente significativa, en cuanto tienden a "compensar el deterioro del signo monetario".[18] Por eso, el complejo sistema indexatorio resulta inútil cuando las partes están en situación de "prever exactamente el *quantum* de la depreciación monetaria que se producirá en el futu-

---

13. Es el caso del "monto del proceso", conforme al artículo 23 de la Ley 21.839 de honorarios de abogados y procuradores.

14. Regla de buena fe (art. 1.198, 1a. parte, Cód. Civ., según Ley 17.711), descalificación del abuso del derecho (art. 1.071, Cód. Civ., según Ley 17.711), teoría de la imprevisión (art. 1.198, 2a. parte. Cód. Civ., según Ley 17.711).

15. V. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Desindexación..., cit.*, Nos. 52 y 53, págs. 113 y 116.

16. LÓPEZ CABANA, *ob. cit.*, ap. IV.

17. Sobre esto, v. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Desindexación..., cit.*, Nº 36, pág. 86.

18. VILLEGAS, Carlos Gilberto, SHUJMAN, Mario S., *Intereses y tasas*, Buenos Aires, 1990, pág. 111. Conf. VITOLO, Daniel Roque, *Ley de convertibilidad 23.928 y sus efectos sobre las relaciones jurídicas*, Buenos Aires, 1991, pág. 71.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ro", y de "estipular una tasa de interés que contemple ese hecho futuro".[19]

6. El sistema de la Ley 23.928. a) *El rigor nominalista.* No es dudoso que "los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 importan el retorno al nominalismo",[20] y que dicha ley "ha sancionado un régimen nominalista rígido, que tiene por finalidad erradicar todas las cláusulas de estabilización".[21]

Ello, por cierto, no significa que ese propósito haya sido conseguido, o sea plenamente conseguible. Pero, aun dentro de la ortodoxia nominalista, los intereses constituyen un mecanismo idóneo para ajustar el saldo final de la ecuación económica.[22]

Una deuda, claro está, no siempre es apta para llevar intereses. Pero, cuando éstos proceden —sean los retributivos, los lucrativos, los moratorios o los punitorios,—[23] dan la llave para captar en su tasa la depreciación de la moneda.

b) *La tasa variable.* Conforme al artículo 623 *in fine* del Código Civil (según Ley 23.928, son expresamente autorizados los intereses a tasa variable, esto es, de acuerdo con "la evolución periódica de la tasa de interés de plaza". Con aquella designación, ya había sido prevista por el Proyecto de Código Único sancionado por la Cámara de Diputados el 15 de julio de 1987 (art. 2248, inc. 1°). Se considera que "posibilita la apertura del crédito en nuevos sectores",[24] y su validez ha sido reconocida expresamente.[25]

Técnicamente, tasa variable es la susceptible de ser modificada tomando como referencia la evolución de otros indicadores representativos (tasas o índices).[26]

La Ley 23.928, solo contempla la evolución de la *tasa* de *interés de plaza.* No obstante, esta tasa de interés de plaza concierne, de alguna manera, a los índices inflacionarios, puesto que habitualmente contiene una "previsión por depreciación de la moneda".[27]

c) *Anatocismo.* Al modificar el artículo 623 del Código Civil, la Ley 23.928 ha conferido mayores potestades a la autonomía de la voluntad, pues autoriza el anatocismo, o capitalización de intereses. Se trata del denominado *interés compuesto,* que supone la reinversión periódica del capital con más los intereses devengados hasta entonces.

El anatocismo sólo procedía, antes de la actual reforma, en algunas escasas situaciones especiales, expresamente previstas: para el mandatario, el gestor de negocios y el fiador, con respecto a los intereses retributivos anexos a su crédito por capital (arts. 1950, 2298 y 2030, Cód. Civ.); para el mutuo mercantil (art. 569, Cód. Com.), la cuenta corriente mercantil (art. 788, Cód. Com.) y la bancaria (art. 795, Cód. Com.).

El nuevo texto del artículo 623 del Código Civil dispone: "No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses,

---

19. EGUES, Alberto J., *Régimen jurídico financiero de la indexación,* Buenos Aires, 1983, pág. 35.

20. *"XXVIII Jornada Notarial Bonaerense", cit.,* Tema II, Rec. II-a.

21. *"1as. Jornadas Sudatlánticas de Derecho Civil y Comercial"* (En homenaje al profesor doctor Adolfo PLINER), Bahía Blanca, 1991, Comisión Nº 2, Rec. I.

22. Las *"1as. Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico", cits.,* asignaron al interés el carácter de "única pauta de ajuste" en el sistema vigente (Declaración V).

23. Sobre estas categorías, v. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil,* 3a. ed., Buenos Aires, 1987, Nº 361 y sigs., págs. 283 y sigs.

24. BENELBAZ, Héctor Ángel, *"La nueva ley de convertibilidad del austral. Aspectos jurídicos trascendentales",* en E.D., ej. del 21/05/91, pág. 1, ap. IV.

25. Las *"1as. Jornadas Sudatlánticas de Derecho Civil y Comercial", cits.,* declararon que "son válidas las cláusulas de interés a tasa variable concertadas en obligaciones en moneda de curso legal y moneda extranjera" (Comisión Nº 2, Rec. III-2).

26. VILLEGAS, SHUJMAN, *ob. cit.,* pág. 102, entienden viable que la tasa variable sea establecida con referencia a índices.

27. VILLEGAS, SCHUJMAN, *ob. cit.,* pág. 103.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza".

La autorización del anatocismo venía siendo reclamada,[28] en términos diametralmente diversos de los que orientaron la solución negativa clásica.[29] Modernamente se ha entendido que la prohibición de capitalizar intereses "es una regla 'inmoral', en el sentido de que induce un comportamiento social disvalioso".[30]

El nuevo texto legal tiene antecedente en el Proyecto de Código Único, sancionado por la Cámara de Diputados el 15 de julio de 1987.[31]

d) *El contenido económico de la sentencia.* Tanto el artículo 8 de la Ley 23.928, como el artículo 8 del Decreto Reglamentario 529/91, sin eufemismo alguno, pasaron por alto los efectos de la cosa juzgada y congelaron al 1 de abril la ecuación económica resultante de sentencias: a partir de entonces no cabrían "nuevos ajustes".

Esto constituía un claro despropósito: en general, por avasallar la cosa juzgada,[32] y en particular, por desconocer la esencia de las obligaciones de valor. En términos macroeconómicos, el congelamiento de las sentencias es innecesario para el éxito de un plan de estabilidad.[33]

Prontamente, en materia laboral, se resolvió que, sin perjuicio de la prohibición de actualizar los créditos a partir del 1 de abril de 1991, debía aplicárseles "la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa aplicada por el Banco de la Nación Argentina para

---

28. V. ESTEVEZ BRASA, Teresa M., *"Los riesgos del anatocismo"*, en **L.L.**, to. 1976-D, pág. 889; BONFANTI, Mario Alberto, *"En tema de intereses"*, en **Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones**, año 17, 1984, pág. 855, ap. 3; MACIEL, Hugo Darío, *"Capitalización e intereses"*, en **L.L.**, to. 1988-C., pág. 156; PALACIO, Lino E., *"Hacia el fin del anatocismo"*, en **L.L.**, to. 1989-B, pág. 784. La regla del art. 623 del Cód. Civ. fue relativizada por la CSJN (**L.L.**, 1982-C-82).

29. La teoría negativa clásica aún tiene algunos sostenedores: LÓPEZ de ZAVALIA, Fernando, en mesa redonda sobre *Ley de convertibilidad del austral*. Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Buenos Aires, 09/05/91; WAYAR, Ernesto C., *ob. cit.*, ap. 9. Sobre el debate en la Cámara de Diputados, MOISSET de ESPANES, Luis, *"La ley de convertibilidad. Su estudio en el Congreso de la Nación"* (2a. parte), en *ob. cit.*, 3a. serie, pág. 9, ap. 9.4.

30. VILLEGAS, SCHUJMAN, *ob. cit.*, pág. 157; en pág. 156 destacan que el incumplimiento del deudor de capital e intereses "puede obligar al acreedor a obtener dicha suma total de un prestamista que, indudablemente, le cobrará intereses sobre el total del préstamo". Conf. VITOLO, *ob. cit.*, pág. 68. RICHARD, Efraín Hugo, *"Intereses. Un examen sobre su naturaleza, con particular énfasis en las tasas equivalentes, el anatocismo y como variable de ajuste"*, en MOISSET de ESPANES (coordinador), *ob. cit.*, 1a. serie, pág. 121, ap. 3.4, señala que la admisión del anatocismo adecua a una sociedad en las que son privilegiados "los financiamientos o negocios financieros".

31. El texto del mencionado Proyecto de Código Único de 1987 es: "Se deben intereses sobre intereses: a) Si se ha convenido la acumulación de los intereses al capital. b) Si se ha demandado judicialmente el cobro del capital. La acumulación de los intereses ocurrirá en la fecha de interposición de la demanda. c) En los demás casos previstos por las leyes". La fórmula del Proyecto resulta indudablemente superior a la adoptada por la Ley 23.928, a la cual se le ha asignado "cierta ligereza" (BONFANTI, Mario A., CARTELL, Antonio J., y PINTO, Carlos A., *"Ciertas reflexiones acerca de Ley Nº 23.928 de convertibilidad del austral"*, en **E.D.**, ej. del 21/06/91, pág. 1, ap. V), y una estructura que "es de lamentar" (CASIELLO, *"Ley de convertibilidad..."*, *cit.*, ap. 2.2.2. Por lo pronto, la exigencia para la capitalización de intereses, cuando hay reclamo judicial, de que la deuda sea liquidada, y el juez ordene su pago, es incomprensible en un sistema que la autoriza; antes podía tener justificación en cuanto la idea de la ley era prohibir ese anatocismo o, por lo menos, acotarlo. El art. 569 del Código de Comercio da lugar a la capitalización desde la interposición de la demanda, y tal fue la solución del Proyecto de Código Único. En otro orden de ideas, la intimación de pago de una liquidación puede ser problemática porque, para una opinión, no es viable sino en el proceso de conocimiento pleno (no en el ejecutivo) (MARICONDE, Óscar D., *El régimen jurídico de los intereses*, Córdoba, 1980, pág. 132). El art. 504 del Código Procesal autoriza la intimación de pago del monto liquidado, pero —en el juicio ejecutivo— su art. 561 hace menester la previa traba de embargo; consiguientemente, el deudor no debería intereses capitalizados si no hubiera podido ser embargado (¿!).

32. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *"Reflexiones en torno a la Ley 23.928 llamada de convertibilidad del austral"*, en **E.D.**, ej. del 25/04/91, pág. 1, texto y notas 2 y 3; CONDORELLI, *ob. cit.*, ap. 6; v. COMPAGNUCCI de CASO, *ob. cit.*, Nº 7; MOISSET de ESPANES, *"La ley de convertibilidad..."*, *cit.*, en *ob. cit.*, ap. 10.

33. Opinión unánime de los destacados economistas doctores Adolfo STURZENEGGER, Héctor GAMBAROTTA y David EXPOSITO, en mesa redonda del 09/04/91, Universidad Notarial Argentina, *cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales".[34] Esta tasa sustituye a la del interés *puro*,[35] correspondiente a créditos indexados.

Después, el artículo 10 del Decreto Reglamentario 941/91 modificó el criterio de la ley y de su primera reglamentación: dispuso que "en oportunidad de determinar el monto de la condena en australes convertibles, el juez podrá indicar la tasa de interés que regirá a partir del 1 de abril de 1991, de modo de mantener incólume el contenido económico de la sentencia". Esta norma genera las siguientes reflexiones:

i) La clave es "mantener incólume el contenido económico de la sentencia".[36] La captación de la depreciación por la tasa de interés resulta idónea para que, en la ecuación final (capital + intereses), cuando menos subsista intacto el poder adquisitivo del dinero adeudado, y "los alcances de la cosa juzgada de una sentencia que haya dispuesto antes del 1 de abril de 1991 su reajuste ulterior por índices de actualización, quedan respetados a través del régimen de intereses permitido por la normativa vigente en cuanto mantenga incólume el contenido económico de la sentencia".[37]

ii) El verbo "podrá" denota una investidura que se asigna al juez. No se trata de que fije una tasa de interés adecuada, o no lo haga, a su mero arbitrio.[38]

iii) Aunque la ley resulte modificada por el decreto reglamentario, éste debe ser bienvenido en tanto sus disposiciones ajustan el sistema a exigencias constitucionales de intangibilidad de la cosa juzgada.[39]

iv) En todo caso, la solución adecua al artículo 511 del Código Procesal.[40]

e) *Las sentencias referidas a deudas de valor.* Sabemos que el sistema nominalista de la Ley 23.928 no abarca a las obligaciones de valor.

No obstante, si las comprendiera, los intereses podrían servir para liquidar definitivamente el *quid* que constituye su objeto en una medida acorde con lo debido:

El momento de la liquidación en dinero de la deuda de valor dividió las opiniones. El criterio clásico consideró que la deuda quedaba cristalizada al tiempo de la sentencia, sobre cuyo capital, a partir de entonces, se aplicaban intereses.[41] Sin embargo, la tesitura dominan-

---

34. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, resolución Nº 6 del 10 de abril de 1991; la remisión a la tasa del descuento condice con el art. 565 del Código de Comercio. Conf. REVIRIEGO, José M., *"Apostillas laborales a la Ley 23.928 y su Decreto Reglamentario Nº 529/91"*, en **Zeus**, ej. del 24/05/91, pág. 2.

35. Se trata del expurgado de las *escorias* que se le adicionan, entre ellas "el monto que corresponde al coeficiente de pérdida del valor adquisitivo de la moneda": MOLINARIO, Alberto D., "Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas", en **E.D.**, to. 43, pág. 1.155; DURAÑONA y VEDIA, Agustín y QUINTANA TERÁN, Juan C., *"La depreciación de la moneda y los intereses"*, en **J.A.**, to. 7-1970, pág. 340.

36. Conf. *"1as. Jornadas Sudatlánticas", cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-1. Aunque "bajo la denominación engañosa de *interés* habrá en realidad *ajuste* o, al menos, *recomposición* del capital": VITOLO, *ob. cit.*, pág. 165; Conf. RICHARD, *ob. cit.*, ap. 13; MOISSET de ESPANES, *ob. cit.*, aps. 6.2 y 9.4.

37. *"1as. Jornadas Sudatlánticas", cits.*, Comisión Nº 2, Rec. IV.

38. La cuestión resulta semejante a la planteada por el art. 656 del Cód. Civ. (texto según Ley 17.711) en materia de cláusula penal: v. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal*, Buenos Aires, 1981, Nº 76, pág. 101; ALTERINI, Atilio Aníbal, *"La inmutabilidad relativa de la cláusula penal"*, en **Revista del Notariado**, año LXXII, Nº 712, Buenos Aires, julio/agosto de 1970, pág. 983, Nº 11.

39. Es el criterio sostenido en ALTERINI, Atilio Aníbal, *Desindexación..., cit.*, Nº 10, pág. 33. Conf. YOUNG, Federico A., *"Reflexiones sobre la ley de convertibilidad, nominalismo, desagio y anatocismo"*, en **L.L.**, to. 1991-C, pág. 1.034, ap. IV.

40. V. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Desindexación..., cit.*, Nº 22, pág. 53, donde antes de ser dictado el decreto 941/91 se propuso hacer uso de la citada norma del Cód. Procesal, en cuanto autoriza al juez, en la etapa de liquidación, a adecuar la sentencia "dentro de los límites de ésta".

41. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, to. II, Buenos Aires, 1970, Nº 186, pág. 178.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

te entendió que el *valor* debía ser fijado al tiempo del pago.[42] Es fácil advertir que, para la primera solución, el valor del bien referente es sólo computable hasta el momento de la sentencia, luego de la cual los intereses corrientes se incorporan a la deuda liquidada; en tanto, para la segunda, las variaciones de aquel valor siguen incidiendo posteriormente, hasta la oportunidad en que el deudor satisface al acreedor mediante el pago.

Si se retorna a aquella concepción clásica, el ajuste del "contenido económico" de las sentencias mediante los intereses puede regir también a las que versan sobre obligaciones de valor. Es lo que se ha decidido en materia de deudas laborales, de valor, o sujetas a mecanismos de indexación ahora descalificados.[43]

7. Tasas positivas. Se entiende por tasa *positiva* del interés a la que excede de la correspondiente a la depreciación monetaria. La paradójica expresión tasa *negativa,* por lo contrario, denota a la que no cubre siquiera a esa depreciación.

Hasta la segunda mitad de la década de los setenta las tasas solieron ser negativas: el Estado, como gobernante de la oferta bancaria de crédito, fijaba tasas inferiores a los niveles de inflación, de manera que el acreedor, que cobraba capital e intereses, no llegaba sin embargo a recuperar una cantidad de moneda equivalente en poder adquisitivo a la que le era adeudada. Fue por eso que, en atención a que el artículo 622 del Código Civil no fijaba la tasa del interés legal, ni señalaba a los jueces el criterio aplicable en defecto de convención, que se sostuvo que correspondía atenerse a la tasa del interés real en plaza, con independencia de la tasa establecida oficialmente para el sistema bancario.[44]

La situación, en términos generales, aparece revertida, puesto que ahora las tasas de interés corriente en plaza suelen ser positivas. De cualquier manera, el criterio actual es que corresponde aplicar "una tasa positiva, de modo de mantener incólume el contenido económico de la contratación y de la sentencia".[45]

8. Tasas efectivas. Se entiende por intereses a tasa *efectiva* —por oposición a los intereses a tasa nominal— a los que, una vez devengados, se suman al capital, para seguir generando intereses sobre el total. Se trata del *interés compuesto,* o del *anatocismo,* en cuanto los intereses devengados son capitalizados para la determinación final de la deuda.

Es cierto que la mezquina redacción del nuevo artículo 623 del Código Civil (según Ley 23.928)[46] podría erigirse en obstáculo para esa capitalización. No obstante, aun con el texto del Código Civil, se llegó a admitir la capitalización de intereses desde la liquidación, sin necesidad de la específica intimación de pago que requiere;[47] y, por lo demás, se entien-

---

42. LEZANA, Julio I., *"El momento de la apreciación del daño y los intereses"*, en J.A., to. 1952-III, pág. 10, sec. doc.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *"Indexación de deudas de dinero"*, en L.L., to. 1975-D, pág. 591; MORELLO, Augusto M., *"Revisión del daño resarcible y revalorización del monto de la condena"*, en J.A., to. 27-1975, pág. 480; CARRANZA, Jorge A., *"En materia de intereses se hace camino al andar"*, en J.A., to. 1976-II, pág. 74; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *"Intereses y obligación alimentaria"*, en J.A., to. 1976-III, pág. 646, Nº IV; TRIGO REPRESAS, Félix A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria,* 2a. ed., La Plata, 1978, pág. 187; CSJN, 19/05/87, "Borra v. Castro"; 23/05/89, "Alancay v. Romeo". Conf. para deudas laborales: art. 276, Ley 20.744 (según Ley 21.297); deudas previsionales: art. 1, Ley 21.235; deudas fiscales: art. 1, Ley 21.281; saldos impagos en las quiebras: arts. 1 y 2, Ley 21.488; honorarios de abogados y procuradores: arts. 22 y 67, Ley 21.839.

43. V. *supra,* Nº 5-d, texto y nota 34.

44. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil,* 1a. ed., Buenos Aires, 1970, Nº 380, pág. 294; LÓPEZ CABANA, *ob. cit.,* ap. VII-A, 2 y fallos que cita; RAMÍREZ, Jorge Orlando, *"Depreciación de la moneda. Tasa de interés variable para superar la distinción deudas de valor-deudas de dinero"*, en J.A., to. Doctrina 1974, pág. 362, aps. III y IV; BARBERO, Omar U., *"Desvalorización de la moneda. Deudas dinerarias. Intereses"*, en J.A., to. 29-1975, pág. 268, aps. II y III, y fallos que cita en nota 3.

45. *"1as. Jornadas Sudatlánticas", cits.,* Comisión Nº 2, Rec. III-1.

46. V. *supra,* Nº 5-c.

47. Cám. Nac. Com., Sala E, L.L., 1988-C-56.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de que "las llamadas tasas efectivas" coinciden con la requerida inalterabilidad del contenido económico de la relación obligacional.[48]

9. Tasas pasivas y activas. Es primordial no perder de vista que los intereses sirven tanto para reajustar el capital como para resarcir al acreedor (arts. 508 y 622, Cód. Civ.).[49] La tasa *pasiva* (la que paga un banco al ahorrista) se vincula con el lucro cesante del acreedor insatisfecho, la *activa* (la que cobra un banco al tomador de crédito), con su daño emergente; los intereses pueden representar la reparación de uno o de otro,[50] pero la tasa *activa,* que se relaciona con el *costo del dinero,* resulta más adecuada al daño emergente sufrido por el acreedor cuando, a raíz del incumplimiento de su deudor, se vio precisado a obtener en préstamo lo que se le debía.[51] Sin embargo el artículo10 del Decreto Reglamentario 941/91 se remite a "la tasa de interés pasiva promedio, que los jueces podrán disponer se aplique a los fines previstos en el artículo 622 del Código Civil".[52]

En otro orden de ideas, la tasa del *descuento,* que asume el artículo 565 del Código de Comercio para el contrato de mutuo mercantil, suele no ser representativa del costo del dinero en plaza.[53]

10. Abogados y jueces. Se proclama que "la respuesta de los operadores jurídicos, en la hora actual, debe armonizar lo jurídico con lo económico".[54] Pero, en situaciones críticas como las reiteradas emergencias padecidas, la economía ha ido llevando por delante al Derecho. Ahora, y nuevamente, las exigencias perentorias de estabilidad monetaria han conmovido esencias del sistema jurídico.

En los varios encuentros de juristas que se han expedido sobre el nuevo sistema en el breve lapso de su vigencia, la estabilidad ha sido un objetivo común, por lo cual, como criterio de fondo, se estima que el ajuste mediante el interés "debe ser aplicado, tanto por las partes cuanto por los jueces, con la indispensable cuota de razonabilidad", a fin de evitar que "se convierta en un factor distorsionante dentro del marco legal que procura alcanzar la estabilidad económica y financiera".[55] Otros conceptos están en decantación: se expresa preocupación porque la tasa aplicada "no supere con exceso la tasa pasiva promedio del Banco Central";[56] con respecto a la tasa variable, se sugiere que "debe estar relacionada con la operatoria de la moneda del contrato",[57] y que su "límite se encuentra en la jurisprudencia tradicional respecto de las tasas usurarias".[58]

---

48. *"1as. Jornadas Sudatlánticas", cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-1.

49. Sobre las diferencias entre *reajuste* e *indemnización*, v. CSJN, 08/04/86, *"Feldman v. Cía. Inmobiliaria Metropolitana Interior"*, y Cám. Nac. Civil, Sala C, L.L., 1976-B-290. V. *supra*, Nº 5-d, texto y nota 36.

50. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil, cit.*, Nº 368, pág. 285.

51. Cám. Nac. Com., Sala E, L.L., 1988-C-157; 1988 D-506; PÉREZ CROCCO, Carlos A., *"La tasa de interés y la Ley 23.928"*, en MOISSET de ESPANES (coordinador), *ob. cit.*, 2a. serie, pág. 143, ap. 3.4.

52. Ha sido advertido, sin embargo, que "la tasa pasiva está por debajo de la pauta inflacionaria", y que, en todo caso, mediante ella "el deudor, incumplidor y moroso, se estaría deshaciendo de la obligación al costo más bajo": WILDE, Zulema, *Los intereses judiciales en las obligaciones dinerarias*, ponencia para las *"1as. Jornadas Sudatlánticas", cits.*

53. "El llamado 'interés de plaza' no debe confundirse con la tasa bancaria de descuento ordinario": BRIZZIO, Claudia R., *La ley de convertibilidad y las sentencias firmes*, ponencia para las *"1as. Jornadas Sudatlánticas", cits.*

54. *"IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil"*, San Juan, 1989, Comisión Nº 4, Rec. 3.

55. *"1as. Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico", cits.*, Declaración V.

56. *"XXVIII Jornada Notarial Bonaerense", cit.*, tema II, Rec. IV.

57. *"XXVIII Jornada Notarial Bonaerense", cit.*, tema II, Rec. IV.

58. *"1as. Jornadas Sudatlánticas", cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-2. A tal fin es suficiente "realizar los cálculos necesarios y ponderar las condiciones del mercado": YOUNG, *ob. cit.*, ap. XII.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En todo caso, queda claro que corresponde aplicar una tasa *positiva*, y que generalmente será adecuado el empleo de la tasa *efectiva* y no de la nominal.[59] Las normas legales no dan una directiva unívoca: el artículo 10 del Decreto 959/91 capta la tasa efectiva,[60] pero también se atiene a una tasa fija del 12% anual para operaciones del sistema financiero y para títulos públicos.

En fin. Para dar soluciones adecuadas en tiempos críticos son menester "jueces enérgicos y conscientes de su responsabilidad",[61] y concierne a ésta asumir que "todas las fórmulas sólo son líneas directrices generales y no deben aplicarse esquemáticamente, sino sólo teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso concreto".[62]

Pero, para que el juez esté en situación de dictar una resolución justa, la pretensión adquiere relevancia especial, y el rol del abogado toma singular protagonismo. Va de suyo que, sin pretensión, la respuesta judicial adolece la falta de una propuesta que induzca su sentido, por lo cual es menester que sean formulados los razonamientos suficientes: por ejemplo, seguramente el juez aplicará la tasa pasiva promedio a que se refiere el mencionado artículo 10 del Decreto 941/91, a menos que se lo convenza de que es inadecuada.

Para ello es preciso que el abogado provea "información técnica suficiente",[63] a fin de que —por la vía de los intereses— el acreedor obtenga el ajuste del capital y el resarcimiento a que tenga derecho. La incolumidad del poder adquisitivo de la prestación, conforme a sostenida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, involucra a la noción esencial de justicia,[64] se vincula con "criterios económicos objetivos de ponderación de la realidad,[65] y no queda confinada a la mera "alusión al prudente criterio judicial" en tanto "la discrecionalidad pueda convertirse en arbitrariedad."[66]

La tarea del abogado, naturalmente, debe ser ejercida en el caso, y en concreto. Las meras abstracciones, aunque estén dotadas de belleza argumental, suelen ser irrelevantes para la obtención de soluciones justas.

---

59. *"1as. Jornadas Sudatlánticas", cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-1. V. *supra*, Nº 7.

60. Conc. Comunicaciones "A" 1827 y "A" 1828 del Banco Central de la República Argentina, del 25/04/91, y sus referencias a la tasa efectiva de los depósitos en caja de ahorro común.

61. HEDEMANN, J.W., *Derecho de Obligaciones*, trad. J. Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 151. Además es preciso que asuman "en conciencia la realidad económica": SALERNO, Marcelo Urbano, *"Consideraciones sobre la reforma monetaria"*, en L.L., to. 1991-C, pág. 970, ap. III-1.

62. ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Henrich, *Derecho de Obligaciones*, trad. B. Pérez González y J. Alguer, vol. I, Barcelona, 1954, pág. 213.

63. *"1as. Jornadas Sudatlánticas", cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-1.

64. CSJN, L.L., 1976-C-72; 1976-D-241; "Fallos" 301:580; 302:1345.

65. CSJN, L.L., 1985-C-777, Nº 8.

66. CSJN, L.L., 1985-C-733, Nº 1748; 1985-C-734, Nos. 1749/50; 1985-D-669/670, Nos. 338/339.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

COSTA RICA Y LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL

ANÍBAL SIERRALTA RÍOS*

El aspecto jurídico más importante en las operaciones de comercio internacional es el contrato de compraventa. Sin embargo, ha sido, sólo después de largas discusiones, que se ha comprendido su trascendencia para asegurar el interés de los operadores de comercio. Ello ha impulsado al Derecho Moderno hacia una ley uniforme que establezca reglas materiales especiales, aplicables a la compraventa. Ese estatuto jurídico uniforme es la "Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas el 11 de abril de 1980, y que busca regular los contratos de compraventa celebrados entre las partes que tengan su establecimiento en Estados diferentes cuando dicha Convención esté en vigor en dichos Estados o, en su defecto, cuando las reglas de Derecho Internacional Privado del Estado del foro mande aplicar la ley de uno de los Estados en cuyo sistema jurídico la Convención haya sido recibida.

La Convención constituye una reglamentación de venta internacional que supera la Convención de La Haya pues pretende regular el contrato como un todo, independientemente de cualquier legislación nacional, a la cual la Convención no recurre jamás. El juez no tiene que determinar la ley competente que rige el contrato pues la Convención se basta a sí misma.

El objetivo es establecer una reglamentación general y simple, a fin de que pueda ser interpretada y aplicada sin referencia a una legislación nacional. Finalmente el factor, a nuestra manera de ver, más importante, es que la reglamentación se presenta compatible con el Ordenamiento jurídico de Costa Rica.

I. ESTRUCTURA Y SISTEMATIZACIÓN

La Convención está compuesta de 101 artículos, agrupados en cuatro partes:

—La primera parte, Ámbito de aplicación y disposiciones generales, se divide en dos capí-

* *Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú; economista, posgrado en Comercio Internacional; magister en Administración de Empresas. Ha sido consultor del Acuerdo de Cartagena. Consultor de la OEA. Director Programa Comercio Internacional de la Universidad Cándido Mendes (Rio de Janeiro). Autor de los libros: "Introducción a la juseconomía", "Negociación y contratación internacional", "Contratos de comercio internacional".*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tulos: capítulo I, Ámbito de aplicación; y capítulo II: Disposiciones generales.

—La segunda parte, es la Formación del contrato.

—La tercera parte que es titulada Compraventa de mercaderías está dividida en cinco capítulos: capítulo I: Disposiciones generales; capítulo II: Obligaciones del vendedor; capítulo III: Obligaciones del comprador; capítulo IV: Transferencia del riesgo; capítulo V: Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador.

—La cuarta parte son las Disposiciones finales.

La Convención crea un Derecho Internacional uniforme en materia de contratos internacionales, sin pretender inmiscuirse con el régimen nacional del contrato de compraventa celebrado entre nacionales del mismo Estado, ni con los tratados comerciales que los países hubieran celebrado estableciendo reglas específicas para casos concretos. Es un esfuerzo de equilibrio para cubrir un mayor número de regímenes sin pretensiones de una unificación total de los contratos internacionales.

A fin de permitir un mayor número de adhesiones la Convención ha establecido no sólo líneas de unión entre los dos sistemas jurídicos más importantes en el mundo; sino que, además, la posibilidad de que sea adoptada por partes, con excepciones y, aun, con reservas. Todo ello tendente a que por lo menos una parte de ella (la primera) se ponga en vigencia. Así, un país puede adoptar solamente aquello referente a la formación del contrato (parte II), por ejemplo; o solo los derechos y obligaciones de las partes (parte III), o someterse a las dos.

Finalmente la Convención contiene un protocolo adicional que modifica la Convención de Nueva York del 14 de junio de 1974 sobre la prescripción en materia de venta internacional de mercaderías. Así el tema de la prescripción queda únicamente contenido en este texto uniforme.

II. LA IMPORTANCIA DE SU SUSCRIPCIÓN

A la fecha tres países latinoamericanos —Argentina, Chile y México— han suscrito y ratificado la Convención de Viena. Los tres ocupan, junto al Brasil, el privilegiado grupo de los países con mayor volumen de exportaciones en el decenio de los ochenta y en los inicios del presente.

La modernización del aparato industrial exportador, trae consigo la tecnificación de la estructura negociadora, la formación de especialistas y la aparición de escuelas de comercio internacional. A ello se une, luego, la necesidad de contar con mecanismos jurídicos que hagan más eficientes las exportaciones, que den la imagen de modernidad al país, y que resguarden los intereses de las empresas exportadoras. Por ello es que los mencionados países se adhirieron a la Convención. Otros no lo han hecho, como el caso de Costa Rica, tal vez por una falta de divulgación del texto convencional; sin embargo, el curso "Contratación Comercial Internacional" que a nivel de posgrado se desarrolla en la Universidad de Costa Rica, con el Prof. Víctor Pérez Vargas ha propiciado interesantes tesis sobre el tema y otras formas contractuales internacionales.

Consideramos que sería conveniente para la actividad comercial de Costa Rica suscribir y ratificar, posteriormente, la Convención de Viena. La presencia del país en la comunidad financiera internacional debe ir aparejada con la modernización en su instrumental jurídico internacional.

Aun cuando la Convención presenta situaciones originales en la regulación contractual en relación con las normas aplicables al respecto en el Código Civil, así como en el Código de Comercio (1964); hay que entender que ello se debe a que la regla convencional está normando una operación internacional, más allá de las fronteras del país, y actuando dentro de órdenes jurídicos diferentes. Adicional-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente se debe tener en consideración que las partes pueden excluir su aplicación total o parcialmente. Finalmente las disposiciones convencionales no sólo pueden ser preteridas, total o parcialmente, sino que, además, también pueden ser derogadas por los usos y costumbres que los sujetos hayan consentido de manera expresa o tácita.

Por otro lado, como se ha indicado *ab initio* cualquier país puede adoptar el íntegro de la Convención, o sólo la parte II o la parte III, o las dos. Sin embargo, creemos que si fuera el caso de una suscripción parcial tendría que ser, por razones de orden técnico, la parte II (Formación del contrato), por cuanto muchos artículos de la parte III se remiten a disposiciones contenidas en la parte II. Si bien es cierto Costa Rica aún no tiene un lugar destacado en el flujo mundial de mercaderías y por lo tanto ello podría hacer pensar que no es necesario adherirse a la Convención en la cual están los países que tienen un rol protagónico; pero, también, aquellas nacientes naciones industrializadas o conocidas como NIC's (New Industrialized Countries) no deja de ser menos válido que justamente esa posición más débil en la relación comercial aconseja que el país disponga de un instrumental jurídico que posibilite a sus empresarios exportadores superar las dificultades que se suscitan al enfrentarse a un Ordenamiento jurídico distinto y desconocido de sus importadores o proveedores internacionales, según sea el caso.

Para intentar comprender brevemente las características de la Convención de Viena bosquejamos una aproximación de su Ámbito de aplicación y las Disposiciones generales.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Convención considera que es internacional el contrato y las formas que ella define como tal, o sea aquel en que haya sido manifiesta la localización de los establecimientos en Estados diferentes. Luego es un contrato comercial nominado que deliberadamente elude la palabra domicilio.

Eugenia Christina de Jesus Zerbini señala que la Convención no hace ninguna distinción en cuanto al carácter civil o comercial de la venta.[1] Pero lo consideramos innecesario pues se refiere a operaciones internacionales y para mayor abundamiento expresamente indica la Convención que no se aplica a los contratos de venta al consumidor, ni a las ventas judiciales; luego son al intermediario es decir al comerciante, con un interés patrimonial.

Para precisar aún más el campo de aplicación, la Convención exige alternativamente o que los Estados se encuentren vinculados al texto o que el conflicto de jurisdicción conduzca a la aplicación de la ley de un Estado miembro. En el primer caso la Convención se aplica independientemente de las reglas de Derecho Internacional Privado sobre jurisdicción lo que significa que si los dos Estados son miembros ésta aparece como *lex contractus* que se impone a las reglas de conflicto de los países miembros. En el segundo caso, si el Estado indicado por la regla de conflicto de jurisdicción estuviere adherido a la Convención, ésta es parte de su Ordenamiento y en tal razón, las normas que de ésta deberían ser aplicadas adquieren un carácter especial para las ventas no exclusivamente nacionales.[2]

---

1. ZERBINI, Eugenia Christina de Jesus, *A Convenção de Viena de 1980*, en **Contratos Internacionais**; RODAS, João Grandino,São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 82.

2. SIERRALTA RÍOS, Aníbal, *Contratos de comercio internacional*, Lima, Fondo Ed. de La Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 148 y 149.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La Convención tiene una reserva contenida en su artículo 95 que prevé la posibilidad de que cualquier Estado al momento de adherirse a la Convención manifieste que no quedará obligado a lo dispuesto en el parágrafo *b* del inciso 1) del artículo 1º (cuando las normas del DIP prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante). Es decir, que solo se admitirá la vigencia de la Convención cuando únicamente los Estados sean contratantes. Siendo entonces que el único elemento de conexión sería el de que los Estados entre los que se realiza el contrato sean miembros de la Convención. Lo que dejaría entrever el problema de la naturaleza del presupuesto de aplicación de la Convención. Maria Angela Bento Soares y Rui Manuel Moura Ramos[3] dicen que si con esta disposición se buscase apenas reafirmar la validez de las reglas de conflicto generales de cada orden jurídico no se justificaría la reserva del artículo 95, bien como las propuestas de eliminación y de alteración del subinciso *b* del artículo 1º sugeridas en la Conferencia de las Naciones Unidas.

La reserva contenida en el artículo 95 irá a reforzar el entendimiento de la Convención cuando se integre en los sistemas jurídicos internos como un derecho especial que regule sólo la compraventa internacional y en término de conflictos de jurisdicción, porque se configuran reglas especiales para la delimitación de su campo de aplicación en el espacio. Luego, si un Estado no hiciera uso de las reservas previstas en el antedicho numeral significará la admisión de un *ius commune* de compraventa internacional pues estaría sustituyendo las reglas internas.

La Convención se aplica exclusivamente sobre la formación del contrato de compraventa y las obligaciones y derechos de las partes intervinientes, pero no respecto de la validez del contrato, ni de sus efectos en la propiedad de las mercancías, ni de la responsabilidad penal del vendedor por las lesiones o muerte que causaren las mercancías a una tercera persona (arts. 4 y 5 de la Convención). Esta circunstancia ha llevado a algunos juristas, Eugenia de Jesus Zerbini, entre otros a plantearse la interrogante "...si una otra ley no deberá regular los demás puntos por ella no regulados, y, en consecuencia si no conduciría, el nuevo texto, a una discusión técnica difícil *(dépeçage)* a más de una ley nacional?"[4] El citado numeral evita entrar en el discutido campo del momento de la transferencia de propiedad que tiene regímenes dispares en los diferentes órdenes jurídicos nacionales.

Así el Código alemán en su artículo 929 exige además del contrato obligacional para el caso de bienes muebles la conclusión de otro negocio jurídico de disposición destinado a la tradición del Derecho Real. El artículo 408 del C.C. portugués, por el contrario, consagra el principio de transferencia de derechos reales por mero efecto del contrato.

En el Perú el artículo 947 del Código Civil señala que la transferencia de propiedad de una cosa mueble se efectúa con la tradición a su acreedor.

De igual manera el Derecho Positivo argentino en sus artículos 1417 (título III, Del contrato de compraventa) y 577 del C.C. que expresa: "Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real".

En la República Dominicana, el contrato de compraventa es perfecto entre las partes y la propiedad queda adquirida de pleno derecho por el comprador, respecto del vendedor, desde el momento en que ambas convienen en la cosa y en el precio, aunque la primera no haya sido entregada, aunque el segundo no haya sido pagado. La propiedad de las mercancías vendidas pasa desde el momento del acuerdo de voluntades entre el vendedor y el comprador hacia el patrimonio del comprador, lo cual conlleva, en principio, el traspaso de los riesgos al comprador (art. 1583 del Código Civil de la República Dominicana).

---

3. SOARES, Maria Angela Bento & RAMOS, Rui Manuel Moura, *Contratos Internacionais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, pp. 22 y ss.
4. ZERBINI, Eugenia Christina de Jesus, *op. cit.*, p. 82.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Finalmente el artículo 6 de la Convención prevé la posibilidad de que las partes excluyan la aplicación del texto legal, derogar cualquiera de sus disposiciones, o, incluso, modificar sus efectos. El referido numeral dice: "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos". De esa manera la Convención se inserta dentro del principio de la libertad contractual pues se puede pactar la utilización plena, parcial o limitada de los términos convencionales sin que ello impida el uso o aplicación de los otros extremos del texto jurídico. Esa libertad de modificación sólo tiene el límite dispuesto en el artículo 12 de la Convención concerniente a la forma escrita del contrato.

IV. DISPOSICIONES GENERALES

El capítulo II contiene disposiciones relativas a la interpretación de la Convención, a la interpretación del contrato, a los usos mercantiles, y a la forma del contrato.

1. Interpretación.

La interpretación de todo el texto convencional debe hacerse teniendo en cuenta la buena fe, la intención de las partes contratantes y los usos y las prácticas comerciales, según lo señala el artículo 7 de la Convención. Ello significa que los tribunales de los países miembros interpretarán la norma convencional comprendiendo el carácter comercial internacional de las operaciones.

El orden de fuentes supletorias está dado por "...los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado" (inc. 2 del art. 7).

La referencia a los "principios generales" busca evitar que cualquier cuestión que no se encuentre resuelta por la Convención sea determinada por la regulación internacional, preservándose la uniformidad interpretativa. Aun cuando la indicada referencia no es extraña a un jurista neorromanista, se debe tener en cuenta que las normas de la Convención no son tan generales como las que se encuentran en un Código Civil, por lo que no será tan fácil descubrir los "principios generales" de la Convención.[5]

Como la Convención es un esfuerzo de unir y armonizar varios sistemas jurídicos, principalmente el *civil law* y el *common law,* debe de ser interpretada de acuerdo con sus propios principios y sus antecedentes. El artículo 7 *ab initio* considera que el texto convencional ha de interpretarse atendiendo su carácter internacional, procurando uniformidad en su aplicación y respetando la observancia de la buena fe en las prácticas comerciales. Ello quiere decir que la Convención no obstante ser ratificada por un país, debe interpretarse como un texto único e independiente, sin tener en cuenta las normas de interpretación del derecho interno del país ratificante; más aún, los principios de la Convención deben entenderse sin referencia a los similares de cualquier derecho interno.

Para los casos no previstos por la Convención el mencionado artículo 7 se refiere a la integración. Sin embargo M.J. Bonell dice que frente a una laguna determinada es viable la integración cuando tal circunstancia cabe en el ámbito convencional, pero que no tiene solución expresamente prevista, ni se le puede hallar por analogía, pues ello es una forma de interpretación y no de integración.

5. GARRO, Alejandro & ZUPPI, Alberto, *Compraventa Internacional de Mercaderías,* Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1990, p. 58.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Luego —continúa Bonell— la integración debe hacerse partiendo de los principios generales de la Convención, o, si así no fuera posible, acudiendo al Derecho aplicable según las reglas del DIPr. Estos principios generales son: la buena fe, la autonomía de las partes, la consensualidad, la teoría de la expedición (art. 27 Conv.), y la regla de que toda demora en el pago crea la obligación de pagar intereses (art. 78 Conv.).[6]

2. Los usos y prácticas comerciales.

El articulado sobre los usos y prácticas reequilibró para bien de nuestras naciones un hecho que hemos señalado anteriormente. Los países desarrollados que tienen un considerable peso en la composición del comercio mundial son los que han generado un mayor número de prácticas y de usos en los mercados. Su presencia es tan fuerte que si la Convención hubiera admitido la totalidad de ellos hubiera actuado discriminatoriamente. M. Bonell[7] comenta que al momento de redactar el artículo 9 fue necesario establecer criterios para discriminar cuáles usos eran aplicables y cuáles no. En efecto considerando que en la doctrina hay dos criterios: el subjetivo que sólo reconoce de aplicación los usos convenidos por las partes; y el objetivo que admite los enumerados por la ley; la Convención se inclina por una posición ambivalente ya que en el primer parágrafo del artículo 9 reconoce la potestad de las partes de observar los usos que convinieran; pero luego en el parágrafo siguiente sigue un criterio positivista al indicar que son aplicables los usos que las partes conocieron o que debieron conocer, entendiéndose que es la ley la que indica aquello que se debe conocer.

Uno de los problemas que presenta este artículo es que no logra definir los términos "uso" o "prácticas comerciales", ni menos indica cómo se prueba cuándo un uso es admitido por el comercio internacional. Tampoco se señala ni en ese ni en el texto de la Convención la validez de tales usos y prácticas. Precisamente ello es lo que hace necesario el análisis jurídico y los comentarios de la Convención. La doctrina, la jurisprudencia nacional aplicando la norma convencional y los textos que estudian los contratos internacionales son los que van a ir llenando esos vacíos terminológicos. La Convención es un texto jurídico valioso pero no acabado, puede decirse que está en formación en la medida en que vaya creciendo la opinión jurídica sobre cada uno de sus artículos.

En definitiva, pues, hay una vinculación jurídica de los usos con el acuerdo de las partes ya que éstas pueden admitirlos expresamente o desecharlos y que, aun en la posibilidad de silencio entre los contratantes, éstos acordaron tácitamente en los usos conocidos o admitidos por el comercio internacional en situaciones negociales similares. Lo que hace suponer un acuerdo implícito haciéndolos prevalecer sobre las disposiciones convencionales que los contrarían.

No hay una gran diferencia con el artículo 1022 del Código Civil de Costa Rica, que considera a la equidad y al uso como elementos obligantes en la relación contractual. De la misma manera que el Código de Comercio (1964) reconoce la función de los usos en la ejecución del contrato.

Como la Convención pretende ir formando todo un derecho de los contratos ha querido dar preeminencia a los usos por encima de sus disposiciones a fin de abarcar un mayor número de prácticas en todos los mercados de manera distinta a las leyes nacionales que para mantener un orden limitan esta posición hasta los marcos de la ley.

3. El establecimiento y residencia.

El tema de la residencia y del establecimiento es tratado en el artículo 10 de la Convención y prevé la hipótesis de que una parte o

6. BONELL, M.J.; FARNSWORTH, E.A. y RAJSKI, J., en BONELL, M.J. et al., *Commentary on the International Sales Law*, **The 1980 Vienna Sales Convention**, p. 80.

7. BONELL, M.J., *op. cit.*, pp. 65 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ambas tengan o no varios establecimientos. Dice: "...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". Pero, "Si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual".

La Convención deliberadamente eludió la palabra "domicilio" que tantos comentarios y estudios propició en el Derecho Iberoamericano, y prefirió el "establecimiento".

El tema del domicilio fue siempre una categoría difícil de encajar en los contratos internacionales. Por ello algunos regímenes jurídicos se apartaron del derecho domiciliar. El Derecho brasileño se aparta de dicho sistema porque es rígido para ser aplicable al variado mundo de los contratos a no ser en lo concerniente a la capacidad de los obligantes. De esa manera se inclina más por la residencia y aun en este caso la doctrina le da una gran elasticidad, como es la opinión de Óscar Tenorio, y también la de João Grandino Rodas que consideran la residencia un simple hecho donde se efectúa la propuesta.

Es un acierto haber escogido el establecimiento. El problema se suscita, y no con poca frecuencia, cuando una o las dos partes tienen varios establecimientos ubicados en distintos países. El artículo 10 de la Convención aclara esta duda cuando hay pluralidad de establecimientos y, aun, cuando no se tiene establecimiento alguno. Así, el parágrafo primero del citado numeral dispone que, en el caso de la pluralidad, lo sea aquel que tiene la relación más estrecha con el contrato y su ejecución; y cuando se carece de tal determinación, el parágrafo segundo define que se tendrá en cuenta el lugar de residencia habitual.

Debemos indicar que establecimiento, en la práctica y acepción comercial, es la organización comercial permanente, que incluye locales y empleados, en un lugar fijo y cuya finalidad es el comercio de productos. Sin embargo, algunos sectores de la doctrina, entre los cuales Garro y Zuppi, señalan que no está claro el concepto de establecimiento, creando una situación de incertidumbre y por tanto sólo cabe acudir a los principios establecidos por el Derecho Interno aplicable. Tal vez se pueda esclarecer la duda si acudimos a la costumbre y a la doctrina o principios generales del Derecho que unánimemente estima el ánimo de permanencia como condición para configurar la estabilidad y existencia de un establecimiento.

4. La forma contractual.

El principio de la consensualidad está patente en el artículo 11 de la convención, pues las partes pueden convenir libremente, sin el requisito de la forma. Incluso, las modificaciones posteriores al contrato pueden hacerse por simple declaración de voluntad, como lo permite, coincidentemente, el artículo 29 de la Convención.

Luego, basta el compromiso, pudiendo celebrarse por cualquier medio, como télex, facsímil, cartas, telegramas y, obviamente, un documento protocolizado, son cuerpo suficiente para contener el contrato. Es un reconocimiento a la técnica y a los medios de comunicación del mundo actual.

El mismo artículo 11 *in fine* de la Convención, señala que el contrato puede ser probado por cualquier medio, incluyendo la prueba testimonial. Si el numeral admite cualquier medio de prueba nos parece ocioso que se añada la prueba testimonial que al fin y al cabo es uno de esos medios, hubiera bastado sólo mencionar cualquier medio. Sin embargo, es posible que con ello se haya querido satisfacer a aquellos juristas convencionales salidos de países con un fuerte régimen formal y defensores de la forma escrita; pero para los cuales la propia Convención tiene prevista otra salida, y es que el citado artículo puede ser objeto de reserva. Así para quienes el principio de la forma es esencial pueden acogerse a lo dispuesto en el artículo 96 de la Convención que los reserva del antedicho numeral. De esa manera la Convención, reconoce a los regímenes jurídicos que exigen determinadas formalidades contractuales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La regla convencional es totalmente, en este aspecto del Derecho Latinoamericano, apegada a la formalidad. Así el artículo 411 del Código de Comercio de Costa Rica es coincidente con la regla convencional, pues sigue el principio de la libertad de la forma para contratar.

Por ello podemos afirmar que la libertad formal en Costa Rica es tan amplia como la admitida por el artículo 11 de la Convención; existe similitud en los requisitos; aun cuando en la prueba (inc. f del art. 431 del Código de Comercio) no se permite el uso de testigos para demostrar negocios con un monto superior a mil colones.[8]

En la República Dominicana, por ejemplo, el artículo 9 del Código de Comercio establece que las compras y ventas se comprueban por documentos públicos, por documentos bajo firma privada, por la nota detallada o por el ajuste de un agente de cambio o corredor debidamente firmada por las partes, por una factura aceptada, por la correspondencia, por los libros de las partes, y, finalmente, por la prueba de testigos en los casos en que el tribunal crea deber admitirlas.

En efecto el artículo 12 de la Convención precisa que el artículo 11 no es aplicable desde que una de las partes tenga su establecimiento en un Estado que hubiera hecho una reserva en los términos del artículo 96. Cuenta Rajski[9] que el artículo 12 fue aprobado a fin de propiciar que Rusia, que reconoce la forma escrita, firmara la Convención.

Finalmente el artículo 13 de la Convención reconoce como forma escrita el télex y el telegrama, asumiendo su pleno carácter al igual que el título clausular o protocolizado. No obstante, debemos recomendar a los operadores que en el caso de recibir un pedido de compra por estos medios deben observar si han sido emitidos por cabina pública o privada. En el primer caso no se le debe reconocer seriedad alguna pues nadie puede determinar o ubicar al comprador o al vendedor; en el segundo caso si el código del télex contiene un *answerback,* es decir una identificación, la respuesta de aceptación ha de incluir un requerimiento de confirmación.

V. EL CAMINO HACIA LA SUSCRIPCIÓN

Aun cuando Costa Rica ha estado presente en algunas reuniones preliminares, a nivel diplomático, no ha actuado de manera activa con los especialistas en el campo jurídico-comercial internacional en las reuniones finales de la Convención.

Creemos que las facultades de Derecho y el Colegio de Abogados de Costa Rica podrían conformar una Comisión de expertos que reúnan las características de: docentes universitarios; sólidos conocimientos de los aspectos jurídicos del comercio internacional; experiencia internacional en las prácticas del comercio exterior; y espíritu de colaboración. Tal equipo de trabajo podría contar, también, con la participación de algún especialista latinoamericano, que se abocaría al estudio detallado de la Convención en una tarea comparativa con el Derecho Positivo.

Las conclusiones de tan importante tarea servirían para apreciar las ventajas y limitaciones o reservas que debe hacer Costa Rica frente a la suscripción o no de la Convención.

8. MATA FERRETO, José Pablo, *Consideraciones en torno a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercadería,* tesis, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1990, p. 39.

9. BONELL, M.J.; FARNSWORTH, E.A., y RAJSKI, J., *op. cit.,* pp. 100 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PODER JUDICIAL BIBLIOTECA II CIRCUITO JUDICIAL SAN JOSE DIRECCION EJECUTIVA

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA (I)

DR. GASTÓN CERTAD M.*

SUMARIO

Pág.

1. De la responsabilidad de los administradores en general 31
   - A. Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil 32
   - B. La prueba de la culpa de los administradores 33
2. Responsabilidad por error en la administración 34
3. La diligencia que debe observar el administrador. Diligencia y pericia 35
4. Responsabilidad por violación de obligaciones específicas 36
   - A. La violación a las disposiciones del artículo 27 37
   - B. La violación a las disposiciones del artículo 30 38
   - C. La violación al artículo 129 39
   - CH. La no presentación a la asamblea general ordinaria del informe sobre los resultados del ejercicio anual. Sobrevaloraciones y subvaloraciones del patrimonio social 40
   - D. La violación a la obligación de convocar a la asamblea de accionistas por solicitud de uno o más socios 41
   - E. Violación a leyes fiscales; violación a otras obligaciones específicas 42
5. Responsabilidad por negligencia en la administración 43
6. Responsabilidad por persecución de intereses extrasociales 44

* *Catedrático de la UACA y de la Universidad de Costa Rica, con la colaboración del Lic. Arnaldo Antillón A., abogado litigante y asesor de empresas en Derecho Corporativo.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

7. Los sujetos responsables 45

A. La responsabilidad solidaria de los miembros del consejo de administración 46

a. Responsabilidad por culpa y por hecho propio 47

b. La carga de la prueba y la exoneración de la responsabilidad solidaria 48

c. Los administradores solidariamente responsables y "la acción de repetición" entre codeudores responsables 49

B. La responsabilidad del administrador "de hecho" 50

C. La responsabilidad de los administradores de la sociedad "matriz" (holding) en los casos de sociedades coligadas 51

CH. La responsabilidad del denominado "director o gerente general" 52

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN GENERAL

Contra los administradores de la sociedad anónima pueden plantearse tres distintas acciones de responsabilidad: La acción social (incoada por la misma sociedad) y dos acciones individuales (la promovida por uno o más acreedores sociales y la presentada por uno o más socios o terceros).

A. Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil: incumplimiento de los administradores y el daño que de él se deriva.

Es universalmente aceptado por la doctrina que el juez, para determinar la responsabilidad de los administradores, debe aplicar "los principios generales que regulan los incumplimientos contractuales" y, por ende, debe determinar:

a. si los administradores cumplieron diligentemente las obligaciones que les impone la ley, el pacto social o los estatutos; y

b. si el incumplimiento de tales obligaciones ha generado un daño efectivo a la sociedad.[1]

En cuanto a la enunciación de las obligaciones legales de los administradores, podemos decir que son tantas las tareas que estos sujetos deben realizar en el ejercicio de la actividad social, que una lista completa sería prácticamente imposible de lograr y probablemente, poco útil. La doctrina se ha cansado de elaborar clasificaciones, de la más variada naturaleza, en relación con las obligaciones de los consejeros que, en realidad de verdad, son jurídicamente irrelevantes porque, en caso de incumplimiento, la responsabilidad se da y está determinada con los mismos criterios, cualquiera que sea la clasificación que se prefiera seguir.[2-3]

La única distinción que nos parece pueda tener algún significado importante, es la que, partiendo de las enseñanzas de los hermanos Mazeaud, se suele hacer entre obligaciones que tienen un contenido específico ("obligation determinée"), precisamente determinado en la ley, el pacto social o los estatutos (v. gr. la redacción del balance) y obligaciones en las que la prestación del administrador, esto es, el comportamiento debido, no está especificado y debe ser determinado casuísticamente con referencia a todas las circunstancias del caso ("obligation générale de prudence et diligence") (v. gr., la obligación de administrar con diligencia o la de perseguir siempre el interés social).

La doctrina sostiene que mientras en las obligaciones determinadas o de resultado, el contenido de la obligación es el de conseguir o

---

1. BONELLI, Franco, *"Gli amministratori di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1985, pp. 160-1; Id. *"La responsabilitá degli amministratori di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1975. ed. prov., pp. 15 ss.; FERRI, Giuseppe, *"Le società"*, en Trattato di Diritto Civile dirigido por Giorgio Bassalli, UTET, Torino, 1971, pp. 525 ss.; MINERVINI, Gustavo, *"Gli amministratori di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1956, p. 329; WEIGMANN, Renato, *"Responsabilitá e potere legittimo degli amministratori"*, Giappichelli Editore, Torino, 1974, pp. 117 ss. y 166 ss.

2. Y la verdad es que autores como BONELLI *(op. cit.* en nota anterior, p. 161), FRÉ (Giancarlo, *"L'organo amministrativo nelle società anonime"*, Roma, 1938, pp. 226 s.), MINERVINI *(op. cit.* en nota anterior, p. 231) y WEIGMANN *(op. cit.* en nota precedente, p. 118) subrayan la escasa utilidad y las incertidumbres de todas las clasificaciones de las obligaciones de los administradores y, en forma más concreta, Minervini nos dice que "todo elenco no puede no ser desorgánico e incompleto".

3. Muchos son los criterios clasificatorios adoptados por la doctrina: Minervini, por ej., distingue las obligaciones de los administradores según que ellas pertenezcan a la organización de la sociedad o al ejercicio de la empresa social o bien que tengan por objeto el cumplimiento de una actividad jurídica o material; mientras Ferri las distingue según que ellas garanticen la integridad del capital social o bien sean atinentes al funcionamiento de los órganos sociales, a la publicidad de los actos, etc.
Autores como Auletta, Brunetti, Fiorentino y Greco siguen otros criterios distintos de clasificación. Para un análisis pormenorizado de las distintas clasificaciones de los autores italianos en este tópico, v. ALLEGRI, Vincenzo, *"Contributo allo studio della responsabilitá civile degli amministratori"*, Giuffrè Editore, Milano, 1979, pp. 121 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lograr un fin, en las obligaciones generales o de medio (o de diligencia), el contenido de la obligación es perseguir un fin.[4] En ambos casos la diligencia es relevante a los efectos del cumplimiento: pero en la segunda hipótesis la relevancia de la diligencia es mucho mayor, no constituyendo la no consecución del fin, di per sé, incumplimiento por parte del administrador. Todo esto bajo el entendido de que, respecto a ambos tipos de obligaciones, el juez, para afirmar la responsabilidad del administrador, debe determinar —amén del incumplimiento— la existencia de un daño causado precisamente por ese incumplimiento, lo que la doctrina contradistingue con el término de nexo causal. La verdad es que esta relación de causalidad se presenta en modo distinto no sólo según el incumplimiento concretamente imputado, sino, también, según el tipo de acción de responsabilidad que se ejercite: en la social y en la individual de los acreedores sociales, interesa determinar cuáles son los daños que la violación del administrador ha causado al patrimonio de la sociedad; en la individual del socio o del tercero, interesa determinar cuáles son los daños directamente causados a su patrimonio (el del socio o el del tercero).

B. La prueba de la culpa de los administradores.

En los casos en que se invoque la responsabilidad del administrador por haber violado una obligación específica (p. ej. no haber llevado correctamente, el secretario de la junta directiva, el libro de registro de accionistas, ex. art. 253), el actor deberá demostrar sólo el incumplimiento y que éste le ha producido un daño, sin que sea necesario comprobar la culpa del administrador, correspondiéndole más bien a éste demostrar los hechos necesarios para excluir o atenuar su responsabilidad.[5]

También en las hipótesis en que se invoque la violación de la obligación de administrar con diligencia o la de perseguir el interés social, el actor deberá siempre demostrar tanto el incumplimiento de una o ambas obligaciones, como el daño o daños causados con tal o tales incumplimientos; y para probar el incumplimiento de una obligación de diligencia consideramos necesario, y suficiente, rendir prueba de una conducta objetivamente negligente; no nos parece, de conformidad con la disciplina vigente, que se deba demostrar también la culpabilidad del comportamiento. Sin embargo, tratándose de estas obligaciones generales, cuyo contenido sólo se puede especificar con referencia a las circunstancias de singulares y particulares casos concretos, el actor deberá demostrar, preliminarmente, cuál era la conducta que el administrador debía observar para cumplir con la "diligencia debida" y con el deber de perseguir el interés social. En otras palabras, en estos casos es necesario verificar si el comportamiento del administrador pueda —tomando en consideración las concretas circunstancias de cada caso en particular— ser considerado como un incumplimiento de las obligaciones generales de administrar con diligencia y en persecución del interés social.

---

4. Sobre el particular creemos que puede echarse mano a la distinción hecha por Mengoni entre obligaciones de resultado y obligaciones de medio, que hace referencia al diverso contenido que puede tener la prestación *in obligatione*, tesis esta que en la doctrina italiana es amparada por GIORGIANNI (Michele, *"L'inadempimento"*, Giuffrè Editore, Milano, 1970, p. 227) y NATOLI (Ugo, *"L'attuazione del rapporto obbligatorio"*, II, Giuffrè Milano, 1967, pp. 101 s.) quienes, no obstante criticar la citada división de Mengoni, resaltan la distinta actitud del contenido de la obligación en función al modo diferente de especificarse del criterio de la diligencia y a la también distinta proporción —de prevalencia o no— que puede tener en determinadas relaciones el "comportamiento" respecto al "resultado".

5. BONELLI, *"Gli amministratori..."*, cit. en nota 1, p. 164; Id., *"La responsabilità degli..."*, cit. en nota 1, pp. 103, nota 49 y 165, nota 156.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. RESPONSABILIDAD POR ERROR EN LA ADMINISTRACIÓN

Es menester aclarar, que existe un sustancial acuerdo entre los autores en el sentido de que a los administradores no puede atribuírseles los riesgos a que se somete la empresa, esto es, el resultado negativo de la actividad social o de los actos particulares que la componen. Como ha sido agudamente observado por FRÉ, "los socios pueden esperar que los administradores cumplan con sus tareas, pero no pueden imputarles el no haber tenido suerte",[6] pues es lo cierto que nuestro sistema jurídico no le impone a los administradores la obligación de administrar la sociedad con éxito económico. Una solución igual debe dársele a la hipótesis en que el resultado negativo de la gestión social (o de algunos negocios o actos que la componen) sea producto, no ya de la "mala suerte" o de situaciones objetivas del mercado, sino de escogencias erróneas hechas por los administradores, pues la ley tampoco les impone la obligación de administrar la sociedad sin cometer errores.

La responsabilidad por medidas erróneas, o por mala administración ("mala gestio"), surge sólo por aquellos daños que se deriven de operaciones que los administradores hayan cumplido violando sus obligaciones, esto es, actuando con negligencia. Sólo en estos casos la responsabilidad es justificada, porque se deriva, según los principios enunciados líneas atrás, de un incumplimiento imputable al administrador. Si por el contrario, los administradores han cumplido con todas sus obligaciones y, a pesar de ello, cometieron errores o asumieron iniciativas excesivamente riesgosas o efectuaron operaciones o negocios poco convenientes para la sociedad, *no hay responsabilidad.* Los administradores tienen el poder de administrar la sociedad y de cumplir aquellas operaciones que se reputen más convenientes para el interés social, y no incumplen ninguna obligación si determinadas operaciones se revelan a posteriori dañinas, o ser el fruto de decisiones erróneas o inoportunas.[7] La ley "perdona" a los administradores los errores cometidos en el ejercicio diligente de sus poderes discrecionales, aunque se trate de errores graves y evitables por otros administradores más competentes o capaces; no perdona la ley, e impone el resarcimiento de los daños que los administradores hayan causado a la sociedad con su proceder, cuando hubieren actuado con negligencia o contra el interés social.

Sin embargo, los tribunales comerciales italianos han confirmado la responsabilidad de administradores que habían asumido "obligaciones totalmente desproporcionadas con la consistencia de la sociedad", causándole una pérdida por una "enorme incapacidad comercial y administrativa" y "evidente inexperiencia en la dirección de la empresa" (Tribunal de Florencia, 11-11-52); y la de otros que por

---

6. *Op. cit.* en nota 2, p. 502. En el mismo sentido véase BONELLI, *"Gli amministratori..."*, cit. en nota 1, p. 166; PATRONI GRIFFI, Antonio, *"Il controllo giudiziario sulle società per azioni"*, Morano Editore, Napoli, 1971, p. 91; y WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, p. 168, para quien los administradores no se obligan a obtener un resultado económico positivo sino a desarrollar una conducta conforme a ciertos requisitos.
   Análogas afirmaciones encontramos en otros ordenamientos jurídicos: en Francia el principio va unido a la afirmación de que la obligación del administrador es de medio y no de resultado (v. VEAUX, *"La responsabilité personelle des dirigéants dans les sociétés commerciales"*, Paris, 1947, pp. 423 s.); y en los Estados Unidos de América el principio desciende de la denominada "Business Judgement Rule", con fundamento en la cual los administradores no son responsables de las consecuencias dañinas que se derivan para la sociedad de sus escogencias discrecionales de gestión (v. KNEPPER, *"Liability of corporate officers and directors"*, Indianapolis, 1969, pp. 13 s.

7. Es este el mismo significado que se le asigna a la denominada "Business Judgement Rule" en los Estados Unidos (v. KNEPPER, *op. cit.* en nota 6, p. 22 en donde dice que "so long he (se refiere al administrador) makes an honest effort to do the job, i.e., so long he is diligent, he is reasonable sure to be free of liability, though corporate losses result because of conduct on his part attributable to his incompetence").g

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

necesidad de circulante, vendieron a precio muy bajo una sala de cine que constituía el principal haber social (Casación 12-11-65); y la de otros que después de haber asumido una "financiación sobradamente superior al capital social", emplearon (y perdieron) en operaciones aleatorias y sin garantías" esos dineros, todo con una conducta "caracterizada, siendo muy benévolos, por su extrema ligereza" (Tribunal de Milán, 30-05-77); y la de otros que adquirieron acciones por sumas muy relevantes con operaciones "irracionales y aventuradas, y por ende contrarias al más elemental principio de prudencia y cuidadosa administración", en cuanto la sociedad "no teniendo el capital adecuado... ha tenido que acudir a financiaciones costosas y tuvo que dar esas mismas acciones adquiridas como garantía de esos mutuos" (Tribunal de Milán, 9-01-77).

En esos fallos comentados, y en otros que por la naturaleza de este trabajo nos abstenemos de comentar, los jueces italianos, cuando los administradores enfrentan riesgos que están naturalmente unidos al ejercicio de la empresa, o cuando efectúan errores modestos, que pueden considerarse inevitables en la gestión de cualquier empresa, consideran que no son responsables de los daños que la sociedad pudo haber sufrido como consecuencia de esas conductas; por el contrario, cuando los administradores efectúan operaciones totalmente desproporcionadas en relación con los medios financieros o técnicos de la sociedad, o bien cuando realizan errores macroscópicos o burdos, sí los consideran responsables, sí consideran, esto es, que se ha violentado el deber de diligencia o de no haber actuado de conformidad con el interés social.[8] Ante la casi ausencia de jurisprudencia en nuestro medio, no podemos saber a ciencia cierta qué orientación seguirán sobre el particular nuestros jueces.

De cuanto hemos dicho no debe concluirse, en los casos en que el juez, aunque sea con una valoración inspirada en el genérico buen sentido común, determine que el administrador ha cometido un grave error o ha asumido riesgos desproporcionados respecto a la consistencia patrimonial de la empresa, que esas circunstancias sean irrelevantes. Lo cierto es que ellas, si bien di per sé no determinan la responsabilidad del administrador, pueden ser "indicios" de violación de la obligación de administrar con diligencia y sin conflicto de intereses; pensemos en las hipótesis del administrador que adquiere bienes a un precio evidentemente superior al del mercado, o que se aventura a adquirir un terreno cuando las condiciones económicas de la sociedad y/o del mercado lo desaconsejan. Estas circunstancias, más que revelar errores del administrador, pueden crear la sospecha, o más bien la presunción, de que el administrador actuó con base en intereses personales y/o sin la debida ponderación o diligencia; y en algunos casos, el carácter totalmente absurdo de la operación cumplida —porque tanto más grave e inexplicable es el error, tanto más puede ser idóneo a generar la presunción de violación de obligaciones genéricas por parte del administrador— puede por sí solo ser circunstancia suficiente para inducir a la presunción de que las repetidas obligaciones generales han sido violadas y servir de fundamento para declarar, consecuentemente, la responsabilidad de los administradores.[9]

En conclusión, el error no es relevante per sé, pero puede ser relevante como circunstancia que hace presumir la violación de una obligación genérica del administrador; el juez no debe sindicar el mérito de la operación efectuada por el administrador (es decir, entrar a analizar si la operación era o no oportuna, o si era

8. A estas mismas conclusiones llega FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 502. Sobre estos problemas ver ampliamente BONELLI, *"La responsabilità degli...", op. cit.* en nota 1, pp. 30-57 y 79-85.

9. Sin embargo, ninguna presunción de violación de las indicadas obligaciones generales puede obtenerse del fracaso económico de la sociedad (WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, pp. 170 ss.; en contra MOSSA, Alessandro, *"Trattato del nuovo Diritto Commerciale"*, IV, Società per azioni, CEDAM, Padova, 1957, pp. 425 s. y 455 s.; SALANDRA, Vittorio, "Manuale di Diritto Commerciale", I, Bologna, s.d., p. 280.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

o no justificable frente a la política general de la sociedad), sino únicamente si el administrador actuó o no con diligencia y en aras del interés social.

3. LA DILIGENCIA QUE DEBE OBSERVAR EL ADMINISTRADOR. DILIGENCIA Y PERICIA

En tema de responsabilidad, nuestro Ordenamiento jurídico no exige la diligencia normal, sino la del mandatario, esto es, la diligencia del "bonus pater familiae" (art. 189) —según la propia terminología empleada por nuestro Código Civil y el preclaro tratadista Alberto Brenes Córdoba—, queriendo destacar con ello que se trata de un criterio objetivo y general, y no subjetivo e individual; así las cosas, no sería suficiente para el deudor, si pretende eximirse de responsabilidad, demostrar que realizó todo lo posible para tratar de cumplir fielmente la obligación.[10]

Es importante acotar que la referencia al mandatario lo que pretende indicarnos es que debe mirarse a un modelo típico y abstracto, y no al grado de diligencia de un deudor determinado (que puede ser o muy elevado o muy modesto. Sin embargo, no debemos caer en el error de considerar que la diligencia debida por el administrador sea la del "hombre medio", esto es, la de la media estadística de los hombres; el criterio del mandatario es en realidad más estricto, o, si se quiere, menos genérico. En primer lugar, la actividad del deudor debe tender a la realización del interés del acreedor,[11] de modo que al valorar la diligencia del administrador, el juez deberá tomar en consideración, entre otras cosas, la expectativa de la sociedad de conseguir un resultado económico positivo —aunque este resultado, como se dijo, no sea en nuestro Ordenamiento una obligación para el administrador—, de modo que el administrador deberá tener esa particular diligencia que mejor pueda permitir la obtención de tal resultado. En segundo lugar, como bien apunta un importante sector doctrinario, la diligencia debe valorarse en relación con la naturaleza de la actividad ejercida,[12] es decir, a la naturaleza de la específica relación jurídica y a todas las circunstancias de hecho que concurren a determinarla. Esta adecuación del modelo abstracto de la diligencia a la concreta actividad del sujeto se traduce —con referencia a los administradores de sociedades— en una valoración más rigurosa de la diligencia exigida, porque la medida de la normalidad debe tomar en consideración exclusivamente conductas referidas a una actividad específica (administración de sociedades), que es particularmente

10. Relazione al Re, # 559, Codice Civile, annotato con la giurisprudenza della Cassazione, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1967. En ese mismo sentido BIANCA, Massimo C., *"Negligenza (Diritto Privato)"*, voce, en Novissimo Digesto Italiano, XI, UTET, Torino, 1965, p. 192; Id., *"Dell'inadempimento delle obbligazioni"*, en Commentario del Codice Civile bajo la dirección de Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1967, p. 24; COTTINO, Gastone, *"L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore"*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, pp. 46 ss.; FERRI, *op. cit.* en nota 1, p. 523; FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 503; OSTI, Giuseppe, *"Impossibilità sopravveniente"*, voce, en Novissimo Digesto Italiano, VIII, UTET, Torino, 1962, p. 294; SCOGNAMIGLIO, Renato, *"Responsabilità civile"*, voce, Novissimo Digesto Italiano, XV, UTET, Torino, 1968, p. 541.

11. Con lo que concuerda la mayoría de la doctrina italiana, v. BIANCA, *"Negligenza..."*, *op. cit.* en nota anterior, pp. 193 ss.; GIORGIANNI, *op. cit.* en nota 4, pp. 337 ss.; RODOTA, Stefano, *"Diligenza (Diritto Civile)"*, voce, en Enciclopedia del Diritto, XII, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 545 s.

12. BIANCA, *"Dell'inadempimento"*, *op. cit.* en nota 10, p. 193; COTTINO, *op. cit.* en nota 10, pp. 50 ss.; NATOLI, *op. cit.* en nota 4, pp. 118 ss.; y con referencia específica a los administradores de sociedades, MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, p. 203; PATRONI GRIFFI, *op. cit.* en nota 6, pp. 100 ss.; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, p. 147. En sentido contrario, pero sin una adecuada motivación, BRUNETTI, Antonio, *"Tratado del Derecho de las sociedades"*, II, Editorial Uthea, Buenos Aires, 1960, p. 486; FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 503.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

calificada y que requiere prudencia, cuidados y atenciones superiores o más específicas que las del hombre medio.

En conclusión, la referencia a la diligencia del mandatario pretende fijar un criterio abstracto y típico de valoración, que prescinde del grado de diligencia de un deudor en particular;[13] la referencia no es la diligencia normal del hombre medio, sino la diligencia que hubiere usado un administrador normalmente diligente que se hubiere encontrado dentro de esa misma circunstancia. Se trata, en síntesis y como resulta evidente, de un criterio que resulta especificado en relación con cada caso concreto y que de por sí solo es poco significativo, tanto que hubiere sido bastante indiferente si, en lugar de haberse hecho referencia a la "diligencia del mandatario", se hubiera hecho referencia al criterio de la "normal y ordinaria diligencia", como proponen algunos[14] o al del "comedido y concienzudo administrador", como proponen otros,[15] o a alguna otra fórmula semejante. Será entonces el juez quien en definitiva deberá apreciar, con el análisis de todas las circunstancias del caso (tipo de sociedad administrada, dimensiones y sector de la actividad ejercida, sus estructuras y posibilidades financieras, importancia y condiciones de la operación en relación con la cual se discuta, tiempo a disposición del administrador para tomar la medida, etc.) si el comportamiento del administrador debe o no —comparándolo a cómo se comportarían normalmente los administradores en análogas circunstancias— ser calificado como diligente.

Ahora debemos considerar un último aspecto, harto delicado: si en la obligación de administrar con diligencia está comprendida la obligación de administrar con pericia.

Si bien la mayoría de la doctrina italiana se orienta a incluir la pericia en el metro objetivo de la diligencia,[16] el problema debe ser analizado a la luz del caso particular de la obligación de diligencia del administrador, esto es, de una persona que puede y debe normalmente valerse de colaboradores que suplan sus carencias técnicas personales; la verdad es que, aunque indudablemente la gestión de una sociedad puede implicar la observancia de determinadas normas técnicas, no se requiere, ni se le puede exigir tampoco al administrador más diligente, que él sea, a un mismo tiempo, un perito en contabilidad, en finanzas, en la redacción de balances, en el sector o sectores en donde la sociedad desarrolla su actividad, etc. Lo que sí se le puede exigir al administrador diligente es que él, frente a inevitables lagunas en sus conocimientos técnicos, se valga de colaboradores y, eventualmente se asesore por consultores, para que las escogencias e iniciativas que él en definitiva deberá decidir, sean meditadas y fruto de un riesgo calculado, y no de una irresponsable y negligente improvisación. Así las cosas, el administrador no tiene, entonces,

---

13. FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 503; FERRI, *op. cit.* en nota 1, p. 523.

14. FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 503; GALGANO, Francesco, *"Diritto Commerciale"*, II, Le società, Giapichelli Editore, Bologna, 1984, p. 331; MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, p. 184.

15. Fórmula utilizada en el artículo 93 del AKtG de 1965 y que, con modestas diferencias encontramos en el art. 745 del Código suizo de las Obligaciones y en el art. 79 de la derogada Ley española de Sociedades Anónimas del 17 de julio de 1952.

16. BIANCA, *"Dell'inadempimento..."*, *op. cit.* en nota 10, pp. 37 ss.; Id., *"Negligenza..."*, *op. cit.* en nota 10, pp. 193 ss.; CATTANEO, Mario, *"La responsabilità del professionista"*, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 53; COTTINO, *op. cit.* en nota 10, p. 550; GIORGIANNI, *op. cit.* en nota 4, pp. 275, 341; RODOTTA, *op. cit.* en nota 11, p. 544; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.* en nota 10, p. 642. En contra, en el sentido de que la diligencia no implica el uso de la pericia, BARASSI, Lodovico, *"Il Diritto del Lavoro"*, Giuffrè Editore, Milano, 1969, pp. 219 ss.; LEGA, Carlo, *"La diligenza del lavoratore"*, Giuffrè Editore, Milano, 1963, pp. 203 ss.
En relación con la prestación de los administradores de sociedades, algunos como PATRONI GRIFFI *(op. cit.* en nota 6, pp. 100 ss.) excluyen que la pericia esté comprendida en la obligación de diligencia, afirmando que la diligencia deberá valorarse bajo el lente de la habilidad técnica sólo si el administrador lo hubiere prometido, aunque sea implícitamente; mientras otros sostienen la opinión opuesta (ABBADESSA, Pietro, *"La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi"*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, pp. 96 ss.; ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 160 ss., 172 ss.; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, pp. 148 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la obligación de ser "perito", sino sólo la de ser diligente; correlativamente, el juez no debe sindicar el mérito de la actividad del administrador, es decir, si sus medidas adolecen de pericia, son erróneas o, simplemente, inoportunas, sino únicamente si el administrador ha cumplido con diligencia las obligaciones específicas o genéricas previstas por la ley o por los estatutos.

En conclusión: Con vista en todo lo anterior, puede afirmarse que el sistema costarricense de responsabilidad de los administradores en general ha sido construido sobre la base de los principios de personalización e individualización de la responsabilidad exigible en la esfera civil y del deber de diligencia y lealtad de los administradores.

4. RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS

Por ser muchas las obligaciones específicas que los estatutos y las leyes (civiles, penales, fiscales, etc.) imponen a los administradores de sociedades, antes de proceder a efectuar incompletas y desorgánicas clasificaciones, nos parece más útil limitarnos a un examen de las violaciones de obligaciones estrictamente legales que consideramos más comunes, sobre todo para establecer en cuáles casos la violación de esas obligaciones produzcan un daño efectivo a la sociedad, a los socios o a terceros, porque, como se verá, muchas violaciones no producen ningún daño sino que más bien, a veces, determinan ventajas para la sociedad.

A. La violación a las disposiciones del artículo 27.

La reforma del noventa a algunos artículos de las sociedades mercantiles ha venido a regular una materia muy importante: la distribución o asignación de utilidades; éstas no pueden repartirse si no son realizadas y líquidas y producto de un balance aprobado por la asamblea general ordinaria de accionistas; tampoco podrán asignarse en caso de pérdida del capital social, si éste, de previo, no es reintegrado o disminuido de conformidad con la ley. Así las cosas, cualquier distribución o asignación de dividendos "futuros" o sin liquidez o hecha sin haberse primero reintegrado o reducido el capital social en caso de pérdida de éste, acarreará responsabilidad civil a los administradores (art. 27), aunque medie acuerdo de asamblea de socios en ese sentido (art. 189, párrafo 3), previa demostración del daño producido a la sociedad, a sus acreedores o a uno o más socios en particular.[17]

B. La violación a las disposiciones del artículo 30.

La ley del noventa, con la finalidad de evitar los abusos que dentro de esta materia a diario se cometen, prohíbe a las sociedades constituir o aumentar su capital, directa o indirectamente, mediante suscripción recíproca de participaciones sociales, así como invertir total o parcialmente su propio capital en participaciones sociales de la sociedad que las controla o en otras sociedades sometidas al mismo control. En la medida en que la violación de semejantes prohibiciones genere un daño a la sociedad, a sus acreedores o a uno o más socios en particular, los administradores serán responsables civilmente por esos actos (art. 30).

17. Generalmente en estos casos quienes sufren daños son los acreedores sociales, dando pie al ejercicio, contra los administradores, de una acción individual de responsabilidad, pues la distribución de utilidades no constatadas o sin que se hubiere repuesto o disminuido el capital perdido desmejora sensiblemente su garantía genérica, el patrimonio social.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Nótese que las denominadas participaciones cruzadas generan aumentos ficticios o de mero papel en el capital de las sociedades que participan en el cruce, lo que produce, obviamente, un engaño para sus acreedores y, por qué no, para sus socios, quienes recibirán proporcionalmente las acciones representativas de ese aumento ficticio.

En cuanto a la segunda prohibición contenida en la norma de comentario, ella persigue regular la proliferación irracional y legalmente injustificada de sociedades mercantiles mediante el control accionario en cadena, a estrella o piramidal.

C. La violación al artículo 129.

Nuestro legislador ha cambiado completamente de criterio en cuanto al tema de la adquisición, por parte de la sociedad, de sus propias acciones, pasando de un sistema permisivo, poco reglamentado, en el Código del sesenta y cuatro, a uno prohibitivo, excepcionalmente permisivo, en la reforma del noventa, en lo concerniente a adquisiciones a título oneroso —distinción que el Código no hacía antes—.

El principio general ahora es que la sociedad no podrá adquirir *a título oneroso* sus propias acciones, salvo que se den los siguientes presupuestos: a. que la asamblea general (ordinaria) de accionistas autorice expresamente la adquisición; b. que ésta se efectúe con utilidades netas resultantes de un balance legalmente aprobado por la asamblea; c. que se trate de acciones íntegramente pagadas; y ch. siempre que con la adquisición la sociedad no llegue a poseer más del 50% de su propio capital.

Por el contrario, para adquirir sus propias acciones a título gratuito, sólo se requiere que éstas estén completamente pagadas.

Los administradores que participaran en la adquisición de acciones de la propia sociedad que administran en violación a estas reglas, serán responsables por dicho acto (art. 129), en la medida que se demuestre un daño generado a la sociedad, a sus acreedores sociales o a uno o más socios en particular.

CH. La no presentación a la asamblea general ordinaria del informe sobre los resultados del ejercicio anual. Sobrevaloraciones y subvaloraciones del patrimonio social.

La no presentación a la asamblea de socios del informe sobre los resultados del ejercicio anual constituye una evidente violación de una de las principales obligaciones de los administradores (art. 155, inciso a). En sí misma considerada, esta violación no causa directamente un efectivo daño a la sociedad, a los socios o a terceros, de modo que no es di per sé suficiente para determinar la responsabilidad civil de los administradores morosos. Sin embargo, a veces, esa situación puede facilitar o permitir otras violaciones que produzcan daños y consecuentemente responsabilidad para ellos: piénsese en el caso en que la no presentación del informe o su traslado a un período sucesivo permite a los administradores que no se evidencien pérdidas sociales que, reduciendo el capital social en más del 50%, los habrían obligado a no promover operaciones que no estén, directa o indirectamente ligadas a la liquidación de la sociedad (art. 201, inciso 3 en relación con el 209). Claro que aquí los daños para la sociedad, los socios o terceros se derivan directamente de la violación de la obligación de no iniciar operaciones que nada tengan que ver con la liquidación de la sociedad (art. 209), pero la circunstancia de que este incumplimiento va unido al precedente incumplimiento de no presentar el informe, le impide a los administradores —para que resulten eximidos de culpabilidad— utilizar el argumento de que ignoraban que un porcentaje mayor al 50% del capital social había sido absorbido por pérdidas (estamos aquí ante una ignorancia culpable, porque se deriva de un incumplimiento anterior, no pudiendo ser invocada por ellos para demostrar la inimputabilidad de los sucesivos incumplimientos).[18]

18. BONELLI, *op. cit.* en nota 1, pp. 181-2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El balance puede contener violaciones que determinen una sobrevaloración del patrimonio social: reavalúos ilícitos de bienes inmuebles superiores al precio de costo; indicación de gastos de incremento que en realidad son gastos de manutención; indiscriminado uso de cargas fiscales o cargas financieras para aumentar el valor de los inmuebles; la no devaluación de créditos en casos en los que resulta claro que el valor de su presunta recuperación no podrá ser igual al valor nominal; etc.

Estos artificios, que constituyen verdaderas y propias violaciones, amén de producir la nulidad del balance y la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia competentes, pueden determinar la responsabilidad de los administradores cuando generen daños. Los casos que, especialmente en otros Ordenamientos, y en particular en el de los Estados Unidos de América, han dado origen a muchas controversias son aquellos en que las sobrevaloraciones han dañado no tanto a la sociedad,[19] sino a aquellos socios o terceros que, por balances falsamente optimistas, han sido inducidos a suscribir o a adquirir acciones (o derechos de suscripción preferente) a un precio insostenible[20] o bien a aquellos suministradores o bancos que, con fundamento en balances falsamente optimistas, hayan concedido prórrogas o mutuos que luego la sociedad, reconocida como insolvente o declarada en estado de quiebra, no está en grado de cumplir.

Del mismo modo, el balance puede contener violaciones que determinen subvaloraciones del patrimonio social; pero esas hipótesis, cualquiera que sea el ítem del activo que resulte irracionalmente subvaluado u omitido, y cualquiera que sea el ítem del pasivo que resulte irracionalmente sobrevalorado, el incumplimiento del administrador no determina, generalmente, daños ni para la sociedad ni para los acreedores sociales, porque tanto la una (por sus iniciativas) como los otros (por la garantía de sus créditos) pueden contar sobre reservas ocultas que no emergen del balance. Difícil resulta también en estos casos probar la existencia de un daño directo a los socios, porque aun si del balance emergiere una utilidad mayor, la asamblea podría haber acordado distribuirlo o, en todo caso, podría sostenerse que las reservas ocultas han aumentado el valor de la sociedad y, de reflejo, el de las participaciones de los socios, quienes no parece que sufran un daño por la no distribución total o parcial de dividendos.

Sin embargo, pueden haber casos en que las subvaloraciones o reservas ocultas creadas por los administradores en el balance pueden determinar responsabilidad para ellos, lo que se da generalmente en presencia de falsificaciones —generalmente de la cuenta económica— que permiten la creación de los denominados "fondos negros" (p. ej. subfacturaciones, no facturación o incremento ficticio de costos); aquí se crean disponibilidades extrabalance, que los administradores pueden emplear a su gusto, sin control alguno de parte de los socios, ni del fiscal. Otros casos que pueden generar responsabilidad de los administradores son el del socio que vendió sus acciones —o su derecho de suscripción preferente— a un precio inferior al que sin duda hubiera obtenido si el balance no hubiere sido ilegítimamente deprimido, y el del socio que, basándose en los datos del balance ilegítimamente subvaluado, decide no suscribir un ventajoso aumento de capital.[21]

D. La violación a la obligación de convocar a la asamblea de accionistas por solicitud de uno o más socios.

Los socios están legalmente legitimados a solicitarle a los administradores la convocatoria a asamblea de accionistas en las hipótesis

19. Por ej., exponiéndola a una tasación por utilidades no logradas en realidad o por plusvalías no realizadas. Otro ejemplo es el de la distribución de utilidades ficticias producto de ilegítimas sobrevaloraciones efectuadas en el balance por los administradores, v. COLOMBO, Gianluca, *"Il bilancio di esercizio delle società per azioni"*, CEDAM, Padova, 1965, p. 283.

20. FERRI, *op. cit.* en nota 1, p. 536; FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 531; MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, p. 363.

21. BONELLI, *op. cit.* en nota 1, p. 185.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

previstas en los artículos 141, 159 y 160. Esto conlleva a una correlativa obligación de los administradores de convocar la asamblea requerida frente a esos supuestos. Ahora bien, la circunstancia de que el artículo 161 faculte al juez civil del domicilio de la sociedad a hacer la convocatoria en caso de inobservancia de los administradores, no conlleva, de iure condendo, a excluir una posible responsabilidad de éstos por su omisión injustificada, en la medida en que se logre demostrar que, con su conducta omisiva, se ha producido un daño para la sociedad, sus acreedores o uno o más socios en particular.

E. Violación a leyes fiscales; violación a otras obligaciones específicas.

Pareciera no existir duda de la responsabilidad, frente al erario, del administrador o liquidador que hubiere violado las obligaciones, previstas en las leyes fiscales, de satisfacer —o de reservarse una suma para— el pago de los impuestos directos (como el impuesto sobre la renta) debidos por la sociedad.[22] La responsabilidad presupone, conforme a los principios hasta aquí delineados, no sólo el incumplimiento del administrador (incumplimiento que consiste en el uso de los ingresos provenientes del ejercicio de la actividad social para satisfacer deudas diferentes a las fiscales sin cancelar éstas o sin crear una reserva para cancelarlas), sino además su culpa o dolo y la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento imputable y el daño infligido al fisco.

Distintos son los casos de responsabilidad del administrador, frente a la sociedad, por sobretasas o penalizaciones producto de erróneas o falsas declaraciones fiscales, responsabilidad que presupone, como se ha venido diciendo, que se demuestre la causalidad entre el incumplimiento imputable y el daño generado a la sociedad.

Otras posibles violaciones que pueden generar responsabilidad para los administradores son: el no rendir cuentas de su administración (art. 1269 C.C.); el incumplimiento con lo establecido en el artículo 32 en cuanto a aporte de créditos u otros valores; el incumplimiento de la obligación contenida en el penúltimo párrafo del artículo 32 bis, a propósito del pago de sus acciones al socio recedente; el incumplimiento en aumentar o disminuir el capital social cuando hubiere habido delegación por parte de la asamblea general de accionistas a tenor de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 106; la violación al artículo 124; el incumplimiento de lo establecido en los artículos 126 y 128; la no emisión de las acciones sociales dentro de los plazos establecidos en la ley (art. 133) o en el pacto social; la no formación de la reserva legal o el uso injustificado o ilegítimo de ella (art. 142), así como el no pago oportuno del dividendo a los socios (art. 142 in fine); la no ejecución oportuna de los acuerdos tomados por las asambleas de socios; la realización de actos ajenos al objeto social; la violación de obligaciones previstas en el pacto social; etc.[23]

5. RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN

Hasta aquí hemos concluido:

a. que el juez no puede sindicar el mérito de la actividad del administrador, es decir, no tiene por qué entrar a analizar si sus decisiones fueron hechas sin pericia o erróneamente o fueron simplemente inoportunas, sino única-

22. En sentencia # 1646 de las 15:30 hrs. del 28 de noviembre de 1984 (en Revista Judicial # 41, San José, diciembre 1987, par. 3030), la Sección Segunda del Tribunal Superior Contencioso Administrativo dijo que los representantes legales de una sociedad "tienen las obligaciones propias de un responsable, tanto en lo que se refiere al pago de los tributos, como al cumplimiento de los deberes indicados por las leyes para la determinación, administración y fiscalización de los mismos y cuando incurran en una infracción, sus representados responden por las sanciones pecuniarias, sin perjuicio de la acción de reembolso contra aquéllos".

23. Para un elenco y clasificación de las distintas obligaciones de los administradores, v. MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, pp. 311 s., notas 3 y 5.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente si el administrador administró con diligencia y sin conflicto de intereses;

b. que el error en la gestión, si bien de por sí no determina la responsabilidad del administrador, puede ser —entre más grave e injustificado sea— índice o presunción de la violación de los deberes de administrar con diligencia y ponderación y sin conflicto de intereses; y

c. que la ley, estableciendo que los administradores deben cumplir sus obligaciones "con la diligencia del mandatario", ha hecho referencia a la diligencia del "bonus pater familiae", que es un criterio abstracto, típico y objetivo, que prescinde del grado de diligencia del administrador individual y toma en consideración la naturaleza de la actividad ejercida y todas las particularidades del caso concreto.

De todo lo que hasta aquí se ha dicho, emerge la notable dificultad de determinar qué debe entenderse por "obligación de administrar con diligencia".

El artículo 181 de nuestro Código de Comercio establece que "los negocios sociales serán administrados y dirigidos por un consejo de administración o una junta directiva..." Administrar la sociedad significa ser (quienes administran) titulares de un "droit-fonction" (poder-deber), porque administrar no es únicamente ejercer un poder, sino también y sobre todo cumplir con un deber. Y dentro del obvio margen de discrecionalidad que compete a quien administra, debe siempre respetarse un límite: el del objeto social; y debe además perseguirse un fin: el del interés social, entendido como interés común o colectivo de los socios. Porque si el objeto social es la actividad lícita ejercida por la sociedad, dicha actividad determina el ámbito general de las atribuciones de aquellos sujetos que a la gestión de dicha actividad han sido expresamente encargados. Así las cosas, la ejecución de actos comprendidos en el objeto social se nos presenta como un importante ingrediente del contenido típico de los deberes de los administradores; porque objeto de la sociedad es el ejercicio de la empresa social y tal ejercicio es de competencia exclusiva, y forma parte de la obligación, de los administradores. Y cuando la norma legal o una cláusula del pacto social o una norma estatutaria o reglamentaria o, eventualmente, un acuerdo de asamblea no le hayan impuesto a los administradores obligaciones precisas o determinadas o, al menos, no hayan trazado una directriz, no por ello el administrador puede comportarse a su mero arbitrio; en tal caso, él debe adoptar el metro del objetivo interés social, que se convierte en el elemento guía al que debe ceñirse el administrador para ejercer los poderes que se le han conferido en su función de administrar la sociedad. En síntesis, el contrato de sociedad es un contrato con fin común, típico, constante, uniforme, de lucro; la actividad lícita ejercida (objeto) es un medio respecto a ese fin lucrativo; y por último está el interés, que es la tendencia al fin común y la adecuación de los medios necesarios para su consecución.

Tradicionalmente las obligaciones del administrador se han identificado con las del mandatario; así lo hace expresamente nuestro Código de Comercio (después de la reforma del noventa) en su artículo 189. Sin embargo, con anterioridad a esa reforma, nuestro Código era de suyo parco en sus disposiciones. Harto ilustrativas nos parecen al respecto las disposiciones sobre administración a propósito de la sociedad civil (obviamente contenidas en el Código Civil) que son, dentro de nuestro sistema de Derecho Privado, materia supletoria de la mercantil (art. 2 C. de C.): los administradores "deben ceñirse a los términos de su mandato; y en lo que éste callare se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones que las comprendidas en el giro ordinario de ella" (art. 1214); y deben "cuidar de la reparación y mejora de los objetos que constituyen el capital fijo de la sociedad..." (art. 1215). Tenemos así que la remisión a las obligaciones del mandatario respecto de los administradores de sociedades, no era extraña en nuestra legislación aun antes de la reforma del noventa.

Dentro de las obligaciones del mandatario destacan las siguientes:

a. debe ceñirse a los términos del mandato (arts. 1261 y 1267 C.C., 279, 280, 281, 282, 315, 318, 369, 371 y 372 C. de C.);

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b. debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución fuere manifiestamente perjudicial al mandante (arts. 1262 C.C., 279, 282 y 320 C. de C.);

c. la prohibición de autoentrada (arts. 1263 C.C., 290 y 317 C. de C.);

ch. la prohibición de sustituir o delegar el mandato (arts. 1265 y 1266 C.C., 277 y 374 C. de C.); y

d. debe dar cuenta (periódica y final) de su administración (arts. 1269 C.C. y 294 C. de C.).

De lo anterior se desprende, con meridiana claridad, que los administradores de sociedades tienen la genérica obligación de vigilar el manejo general de los negocios sociales y, si conocieren de la existencia de actos perjudiciales, la obligación de hacer lo posible para impedir su ejecución o atenuar sus dañinas consecuencias (inciso 1 del reformado art. 189 C. de C. y párrafo segundo del actual 189). Todas estas normas citadas pueden ser perfectamente encuadradas en el metro de la normal diligencia del buen padre de familia. Así, p. ej., corresponde a la normal diligencia de un administrador que conozca la existencia de actos perjudiciales para la sociedad, hacer lo posible por impedirlos o para eliminar o disminuir sus malos efectos; no se trata de una diligencia mayor que se le exige al administrador, sino de la diligencia normal, dentro del criterio del buen padre de familia, ante una situación como esa. Tenemos así que los deberes de vigilancia y de intervención no son obligaciones nuevas, propias y exclusivas de los administradores de sociedades, sino las distintas composturas que asume la misma obligación genérica de administrar con diligencia en las particulares situaciones a las que se refiere el juicio de diligencia.

En síntesis, según nuestra legislación, dentro de la diligencia que debe observar el administrador de sociedad están, claramente determinados, el deber de vigilar y el deber de intervenir.

Y la verdad es que el problema central está constituido por el *contenido* de estos deberes, tarea que corresponde, fundamentalmente, a la jurisprudencia y a la doctrina.[24]

---

24. La doctrina señala en forma unánime la responsabilidad de los administradores puramente formales, que no se ocupen de hecho de la gestión social, señalando que la circunstancia de que un administrador afirme que no haber participado en la administración de la sociedad, lejos de conllevar a la exclusión de su responsabilidad, constituye confesión de su incumplimiento de la obligación de vigilancia (v. BONELLI, *op. cit.* en nota 1, p. 217).
Algunos endilgan responsabilidad a los administradores por haberse ausentado, injustificadamente, a las reuniones del consejo de administración o por haberse retirado de la sesión habiendo dejado al consejo con un número de miembros inferior al mínimo legal necesario para que éste sesione válidamente (v. ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 211 ss.; CAGNASSO, Oreste, *"Gli organi delegati nelle società per azioni. Profili istituzionali"*, UTET, Torino, 1976, pp. 91 ss.). Por el contrario, si la ausencia es justificada, sobre el administrador permanecen las obligaciones de vigilancia e intervención, teniendo entonces el deber de informarse de los acuerdos tomados e intervenir en relación con los actos perjudiciales deliberados. Resulta dudoso si el administrador ausente tenga la obligación, para sustraerse de la responsabilidad solidaria, de cumplir la doble indicación contenida en el artículo 189 (v. en sentido negativo, FRÉ, *op. cit.* en nota 2, pp. 507 ss.; en sentido afirmativo, MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, p. 431).
El administrador que suceda a otros administradores es responsable si omite señalar y poner coto a irregularidades cometidas por sus predecesores; y no se exime de ella si sólo se limita a renunciar sin tomar medidas para la regularización de la situación (v. ALLEGRI, *op. últ. cit.*, pp. 213 ss.; BORGIOLI, Alessandro, *"L'amministracione delegata"*, Firenze, 1982, p. 273).
Por último, constituye un problema ampliamente conocido el determinar si los administradores tienen o no la obligación de impugnar los acuerdos de asamblea y/o del consejo viciados de nulidad. Nosotros siempre hemos sostenido la posición de que los administradores no están obligados a ejecutar los acuerdos de las asambleas de socios en materia de gestión, de donde, para ser consecuentes, debemos afirmar que respecto a dichas deliberaciones, los administradores no están obligados a impugnarlas cuando contengan defectos de nulidad. ¿Pero qué sucede con los restantes acuerdos de asamblea y los del consejo de administración? Pues mientras algunos sostienen que sí están obligados —descendiendo dicha obligación del deber de intervención, esto es, de impedir la realización de actos perjudiciales— (v. ALLEGRI, *op. últ. cit.*, pp. 215 ss.), otros afirman que no, por considerarlo excesivo e injustificado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6. RESPONSABILIDAD POR PERSECUCIÓN DE INTERESES EXTRASOCIALES

La mayoría de la doctrina es conteste en considerar que los administradores tienen la obligación de perseguir el interés social.[25]

La fuente de esta obligación es, sin embargo, bastante insegura, porque la ley no la prevé expresamente; ello no obstante, la doctrina la da por descontada, sin haber profundizado suficientemente el problema, encontrándose aún menos explicaciones en la jurisprudencia.

Además de la dificultad de establecer cuál es la fuente de esta obligación del administrador, tenemos, y es mucho más arduo, el colateral problema de determinar cuál es el contenido de semejante deber. Sobre la noción de interés social se han sostenido en doctrina las más variadas y diversas tesis, y estamos todavía bien lejos de obtener resultados definitivos o, cuando menos, relativamente seguros; y la verdad es que cada solución propuesta no sólo está sometida a duras críticas, sino que generalmente resulta expresada en términos tan generales, que impiden la posibilidad de determinar cuáles son los comportamientos que los administradores deben adoptar para que su accionar pueda ser calificado como funcionalmente dirigido a realizar el objeto social.[26] Y no sólo esto, pues según recientes estudios, la actual definición de "interés social" debe tomar en cuenta la denominada "crisis del fin de lucro", esto es, el hecho de que las sociedades anónimas se han convertido hoy en instrumentos fungibles y neutros que pueden ser utilizados para las más diversas finalidades; así como el surgimiento de nuevos intereses (de los trabajadores, de los financistas, de los ahorrantes, de la continuación de la empresa, etc.) reconocidos, en muchos casos, a nivel legislativo. Por lo tanto, está resultando siempre más arduo centrar una noción de interés social porque, aun frente a comportamientos de los administradores que sean gravemente perjudiciales para la sociedad, resulta cada día más difícil e incierto afirmar que el administrador ha violado su obligación de perseguir el interés social.

La incertidumbre es aún mayor si tomamos en consideración que la misma doctrina societaria que reconoce la obligación de los administradores de perseguir el interés social, les reconoce una discrecionalidad en la escogencia de los medios más idóneos para alcanzar el fin perseguido (esto es la denominada "Business Judgement Rule").[27] Consecuentemente resulta muy incierto establecer en cuáles casos el administrador ha violado la obligación de comentario, porque frente a una determinada operación que se haya revelado dañina para la sociedad, es casi imposible determinar si el administrador violó dicho deber genérico o, más simplemente, persiguiendo el interés social, escogió un medio inoportuno o que resultó inconveniente o dañino para la sociedad.

---

25. ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 111 ss. y 131 ss.; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, pp. 107 y 122; con algunas dudas, BONELLI, *op. cit.* en nota 1, pp. 221 ss.; en contra BORGIOLI, *op. cit.* en nota anterior, pp. 272 s., para quien esta obligación coincide y se confunde con la obligación de no actuar en conflicto de intereses; PATRONI GRIFFI, *op. cit.* en nota 6, pp. 267 s., nota 234.

26. Para una panorámica de las muy variadas tesis sostenidas en cuanto a la noción de "interés social", v. JAEGER, Pier Giusto, *"L'interesse sociale"*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.

27. JAEGER, *op. cit.* en nota anterior, p. 205; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, p. 143.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

7. LOS SUJETOS RESPONSABLES

La responsabilidad incide no sólo sobre el sujeto (administrador) que ha cometido el incumplimiento del que se deriva un daño al patrimonio social sino, además, sobre los otros miembros del consejo de administración, sobre los denominados administradores de hecho (aquellos que, independientemente de toda investidura, se entremeten en la administración de la sociedad, ejerciendo de hecho, los poderes que competen a los administradores regularmente nombrados y aquellos que hubieren sido designados con fundamento en un acuerdo de asamblea irregular o sólo tácito o implícito), sobre los administradores de la sociedad matriz ("holding"), en los casos de sociedades coligadas, y sobre el denominado director general, más conocido en nuestro medio como gerente general.

A. La responsabilidad solidaria de los miembros del consejo de administración.

a. Responsabilidad por culpa y por hecho propio.

Un sector doctrinario ha sostenido recientemente que la responsabilidad solidaria de los administradores prevista por el artículo 189 es una responsabilidad sin culpa y hecho ajeno:[28] la solidaridad sería el instrumento para extender la responsabilidad a los demás administradores que carecen de culpa y que no han incurrido en ningún incumplimiento.

Pero la verdad es que esta posición no nos convence porque no sólo no resulta de la ley una derogación tan radical de los principios que rigen la responsabilidad contractual,[29] sino porque la confirmación de que la responsabilidad de los administradores es una (normal) responsabilidad por culpa emerge:

i. de la expresa referencia en el párrafo primero del artículo 189 a la diligencia como criterio de responsabilidad, pues el legislador ha unido la responsabilidad no al hecho de que los administradores no hayan (objetivamente) cumplido sus obligaciones, sino que las hayan cumplido "con diligencia";[30]

ii. del penúltimo párrafo del artículo 189, el cual le permite al administrador eximirse de responsabilidad si prueba que estaba "inmune de culpa";

iii. de la circunstancia de que, si los administradores tienen la obligación fundamental de administrar con diligencia (v. *supra,* n. 5) y esta diligencia se pone, indudablemente, como criterio de responsabilidad (los administradores responden si han sido "negligentes"), no sería coherente que, refiriéndonos a las obligaciones especificadas por la ley o por el pacto social (v. *supra,* n. 4), los administradores tuvieran una responsabilidad "objetiva"; y

iv. del hecho que, venida a menos la función resarcitoria de las acciones de responsabilidad (debido a las limitaciones patrimoniales de los administradores en relación con la gravedad de los daños que ellos pueden provocar), la responsabilidad ha venido adquiriendo una siempre mayor función de impulso a los administradores para evitar, o tratar de evitar, la violación de sus deberes, lo que implica un sistema de responsabilidad por culpa y no un sistema de responsabilidad objetiva.[31]

La conclusión no puede ser otra que la responsabilidad solidaria de los administradores es una responsabilidad por hecho propio y

---

28. BORGIOLI, *op. cit.* en nota 24, p. 273; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, pp. 193 ss.

29. La doctrina en forma pacífica reconoce que la responsabilidad que surge del incumplimiento de las obligaciones de los administradores de sociedades debe ser indiscutiblemente calificada como responsabilidad contractual.

30. ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 121 y 142 ss.; BONELLI, *op. cit.* en nota 1, p. 243.

31. ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 118 ss.; BONELLI, *op. cit.* en nota 1, p. 244; VIVANTE, Cesare, *"Trattato di Diritto Commerciale"*, II, Milano, 1929, p. 348.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

por culpa propia, pues "la solidaridad subsiste solo entre los administradores culpables, estén en culpa por haber cometido el acto ilegítimo, estén en culpa por no haberlo prevenido con una buena escogencia de los empleados o con una diligente vigilancia. Sin culpa no hay solidaridad, de otra manera se golpearía a los que cumplieron con sus deberes, a aquellos que a la par de los accionistas fueron víctimas inocentes de los fraudes y de las culpas de otros administradores".[32]

b. La carga de la prueba y la exoneración de la responsabilidad solidaria.

Quien resultó perjudicado debe sólo demostrar el incumplimiento de un deber (legal o contractual) al que los administradores estaban obligados para que de él se genere la responsabilidad de los administradores incumplientes —y de cada uno de ellos— por todo el daño causado por su incumplimiento. Esta no es más que una consecuencia que se deriva de los principios generales que regulan los incumplimientos contractuales y que no implica, en medida alguna, que la responsabilidad solidaria, como han sostenido algunos, sea una responsabilidad objetiva ni, mucho menos, una responsabilidad por hecho ajeno. La mención a la solidaridad contenida en el artículo 189 sirve para aclarar sólo que, cuando los administradores sean responsables (con fundamento en los principios generales en materia de incumplimiento), ellos lo son solidariamente.

Ahora bien; como se trata de una responsabilidad culposa, producto de un ilícito propio y no de un ilícito ajeno, se hace necesario distinguir la hipótesis en que la actividad social es ejercida por el consejo de administración, de aquélla en que la actividad es delegada, bien en un comité ejecutivo, bien en un solo administrador:

i. En el caso de administración pluripersonal sin delegación, todos los administradores responden solidariamente por el ilícito contenido en el acto colegiado del consejo.

Sin embargo, puede suceder que resulten violadas obligaciones que —si bien previstas por el pacto social para todos los administradores, en el caso concreto— se refieran sólo a determinados administradores (p. ej. la prohibición de competencia). En este caso la responsabilidad de tal violación incide (solidariamente) sólo sobre los administradores que han incumplido (esto es, que se encontraban en situación de competencia), y ello aunque hubiere mediado un acuerdo del consejo: la responsabilidad incide entonces sólo sobre aquellos administradores que, en relación con ese determinado acuerdo, se encontraban en situación de competencia. Claro que los demás administradores, o alguno o algunos de ellos, pueden resultar responsables si se demuestra cuál es el incumplimiento en que incurrieron (por lo general se tratará de la violación de los deberes de vigilancia e intervención ex. art. 189, por no haberse dado cuenta del incumplimiento de los demás administradores, o por no haber hecho lo posible por impedirlo o eliminar o atenuar sus dañinas consecuencias); pero no obstante tratarse de la violación de una obligación distinta (art. 189) respecto a la violada por los administradores en situación de competencia, el daño es solidariamente resarcible por todos los administradores, porque cuando varios sujetos, aunque con hechos y medidas diversas y aunque violando obligaciones distintas, han concurrido a determinar un único evento dañino, ellos responden, cada uno por la totalidad, es decir, en sólido con los otros copartícipes.

ii. Cuando la administración pluripersonal se ejerza al través de una delegación,[33] es necesario distinguir:

—Si se trata de obligaciones referidas a materias indelegables o no delegadas o a materias que, aunque delegadas, el órgano delegado haya considerado someter a la decisión

32. VIVANTE, *op. cit.* en nota anterior, p. 348, nota 179.

33. Sobre la situación actual de nuestra legislación en relación con la delegación de funciones del consejo de administración después de la reforma del noventa, véase CERTAD M., Gastón, *"La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor"*, en Revista de Ciencias Jurídicas # 69, San José, mayo-agosto 1991, # 4.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del consejo de administración, vale cuanto hemos dicho supra bajo el literal anterior.

—Si por el contrario se trata de obligaciones relativas a materias delegadas, mientras respecto al órgano delegado vale lo dicho en el literal anterior, a los administradores delegantes les quedan sólo las obligaciones de vigilancia e intervención; por lo tanto éstos podrán ser responsables —por omisa vigilancia o falta de intervención— de los incumplimientos del administrador o administradores delegados, pero violando aquéllos una obligación distinta a la violada por éste o éstos.

En cuanto a lo que los administradores están obligados para exonerarse de la responsabilidad solidaria, éstos deberán demostrar que son "inmunes de culpa" en relación con los incumplimientos que se les endilguen. Los casos que han sido objeto de mayor discusión entre los autores son los del administrador ausente en las reuniones del consejo y del administrador subentrante en una gestión irregular.

c. Los administradores solidariamente responsables y "la acción de repetición" entre codeudores responsables.

La acción (social o individual), conforme a los principios en tema de responsabilidad solidaria, puede ser opuesta contra todos o sólo contra alguno o algunos de los administradores responsables (arts. 637, 640 y 1046 Código Civil).

Así las cosas, el administrador que, como responsable solidario, haya resarcido todo el daño causado, tiene derecho de repetir frente a los otros codeudores responsables por partes iguales, a menos que hubiere pacto en contrario (arts. 649, 650 y 651 C.C.).

B. La responsabilidad del administrador "de hecho".

La expresión "administrador de hecho" se usa, dentro del Derecho Comercial, con referencia a dos situaciones distintas:

i. la de aquel que, independientemente de cualquier investidura, se inmiscuya en la administración de una sociedad, ejerciendo de hecho los poderes que corresponden a los administradores regularmente designados; e

ii. la de aquel que fue nombrado administrador con fundamento en un acuerdo "irregular" (no inscrito en el Registro Mercantil, p. ej.) o tan sólo "tácito" (cuando el nombramiento se desuma de manifestaciones positivas de los socios, de tal manera que permita presumir que con anterioridad ha habido un acuerdo informal de nombramiento) o "implícito" (cuando el nombramiento constituye un presupuesto implícito, pero indudable, de un acuerdo de asamblea).[34]

En cuanto a la responsabilidad de este seudofuncionario social, la opinión tradicional establece que, en el primer supuesto, no estamos en presencia de un verdadero "administrador de hecho" y no deben entonces aplicarse las normas sobre responsabilidad contenidas en los artículos 189 y siguientes; mientras que es sólo en el segundo supuesto en donde debe hablarse de "administrador de hecho" y, por ende, aplicarse las susodichas normas, debiendo dicho "administrador" observar las obligaciones y los vínculos impuestos por la ley y el pacto social a los administradores (de derecho). Y la verdad es que la mayor parte de las obligaciones contempladas por la ley para los administradores, más que cumplimientos previstos para determinados sujetos con una determinada investidura formal, son reglas que regulan el correcto desarrollo de la actividad de gestión de la sociedad, independientemente de la calificación formal del sujeto que ejecuta la actividad (sea él un administrador de derecho regularmente designado y en el pleno ejercicio de sus funciones o un sujeto sin nombramiento o con nombramiento irregular o nulo o bien debidamente nombrado pero cesado; etc.). En síntesis, esas obligaciones legales no son otra cosa que la forma de expresar el legislador de

34. FERRARA Jr., Francesco, *"Gli imprenditori e le società"*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 471, nota 2; MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, p. 109.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cómo debe ser el correcto ejercicio de la actividad de administración, independientemente de la calificación formal del sujeto que ejerce tal actividad.

C. La responsabilidad de los administradores de la sociedad "matriz" (holding) en los casos de sociedades coligadas.

Nuestro legislador mercantil no se ha preocupado en regular la situación de los grupos de sociedades; las únicas normas que el Código del sesenta y cuatro contiene —y esto gracias a la reforma del noventa— son los párrafos antepenúltimo y penúltimo del artículo 30, en donde el primero prohíbe las denominadas participaciones cruzadas —expediente muy utilizado por las sociedades coligadas para efectuar aumentos (ficticios o de papel) a sus capitales sociales— y el segundo le prohíbe a las sociedades controladas invertir, total o parcialmente, su propio capital social en participaciones sociales de la sociedad controlante o de otras sociedades sometidas al mismo control. Ninguna regulación existe, entonces, de la responsabilidad de los administradores de la "holding".

En Italia, la denominada "Legge Prodi" (# 95 del 3 de abril de 1979) establece, en su artículo 3, en lo que aquí nos interesa, que "en los casos de sociedades coligadas a norma del párrafo primero del presente artículo, si se verificara la hipótesis de una dirección unitaria, los administradores de las sociedades que han ejercido tal dirección responden solidariamente con los administradores de la sociedad en administración extraordinaria por los daños por éstos causados a la sociedad misma".

La doctrina mayoritaria ha llegado a concluir que se trata de una responsabilidad por culpa y hecho propios, interpretando que dirección unitaria significa "que las sociedades controladas son utilizadas como instrumento de la política empresarial de la sociedad controlante o que el grupo es administrado como si se tratara de una sola empresa, como si estuviéramos en presencia de una unidad empresarial que supera el velo de la persona jurídica rompiendo la barrera formal de las autonomías societarias; además se ha establecido que la naturaleza de la responsabilidad de los administradores de la sociedad controlante es contractual.[35]

CH. La responsabilidad del denominado "director o gerente general".

Esta figura, además de gozar de una amplia tradición en la historia de las sociedades anónimas, constituye en la actualidad una de las piezas claves en la organización de la administración de la sociedad anónima. Ello no obstante, no ha sido objeto de la atención que se merece por parte de nuestro legislador —ni siquiera en la reforma del noventa— que, en el Código de Comercio, ha prescindido de un tratamiento específico del gerente general.

En efecto, sólo el artículo 187 hace una breve alusión a "los gerentes". Claro que esta parca disposición dificulta en extremo la tarea de perfilar la figura del gerente general y, con la finalidad de integrar su régimen jurídico, nos obliga a acudir a otras normas del Ordenamiento de las cuales pueda subsumirse esa figura.

Dentro del proceso evolutivo experimentado por la sociedad anónima desde su aparición en el tráfico a los albores del siglo XVII, es hoy un lugar común afirmar —a pesar de la normativa de nuestro Código, de clara orientación napoleónica— que el régimen democrático de la s.a. ha dejado paso en la actualidad a un sistema oligárquico en el que el centro de poder en la sociedad se traslada al órgano gestor con detrimento del poder de la asamblea. Pero, en forma simultánea, comienza a abrirse paso en nuestro medio una idea —de origen norteamericano— que, bajo el sugestivo título de "revo-

35. Sobre el tema de la responsabilidad de los administradores en grupos de sociedades y las distintas opiniones sobre el particular, véase ABBADESSA, Pietro, *"I gruppi di società nel Diritto italiano"*, en Gruppi di Società, bajo la dirección de Antonio Pavone La Rosa, Bologna, 1982; ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 185 ss.; BONELLI, *op. cit.* en nota 1, pp. 262-282; BORGIOLI, *op. cit.* en nota 23, pp. 340 ss.; CERRAI, Alessandro, *"I gruppi di società nel Diritto Comunitario"*, en Gruppi di Società cit.; LIBONATI, Bernardino, *"Il gruppo insolvente"*, Firenze, 1981; LO CASCIO, Giovanni, *"La responsabilità degli amministratori nei gruppi di imprese"*, en Le società, 1982; etc.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lución de los directores", aboga por la existencia de una tecnocracia neutral independiente, tanto de las grandes masas de accionistas que pretenden actuar desde la asamblea general, como también de los grandes grupos de intereses representados en el consejo de administración. La causa de esta pretendida "revolución" parece radicar en la creciente racionalización de las organizaciones productivas, que tienden a hacer gravitar la vida de la sociedad sobre uno o más expertos profesionales detentadores de amplios conocimientos técnicos especializados.[36]

Lo trascendente es que nuestro legislador, al igual que en otros Ordenamientos, fue consciente de que aunque la administración de la s.a. se confíe a un órgano colegiado, resulta imprescindible llevar a cabo una descentralización de funciones a través de una especialización de las tareas de gestión (párrafos segundo y tercero del recientemente reformado artículo 182 —en donde aparecía el denominado procedimiento de delegación—[37] y artículo 187 —en donde aparece el llamado procedimiento de apoderamiento—); y ello porque el consejo de administración, que tropieza, además, con las dificultades inherentes a su carácter colegiado, no puede atender por sí mismo y en forma diligente las tareas que integran el llamado proceso de gestión, en razón del número ciertamente elevado de las mismas y de su indudable y creciente complejidad.

Dentro de este orden de ideas podemos afirmar que el instituto de la delegación, en virtud del cual el órgano gestor designa un comité ejecutivo o uno o más consejeros delegados —quienes generalmente son miembros del consejo de administración—,[38] es típico del derecho de las sociedades anónimas y sólo utilizable, dadas sus especiales características, cuando estamos ante un órgano gestor colegiado; mientras que la posibilidad de otorgar apoderamientos, contemplada por nuestro 187, no es sino la confirmación para la s.a. de la facultad que tienen todos los empresarios —individuales y colectivos— de servirse de colaboradores en el ejercicio de su actividad, figura a la que puede recurrir la s.a. independientemente de que esté o no administrada por un órgano colegiado.[39]

Parece entonces que la figura del gerente general puede encuadrarse, en una primera aproximación, dentro del tema de los auxiliares del empresario, en la medida en que se trata de una persona que colabora en la tarea de gestionar la sociedad con base en el poder que en ese sentido se le ha conferido y en el que se da, en cierto modo y como más adelante trataremos de demostrar, la nota de subordinación que caracteriza a aquéllos.[40]

El nombramiento del gerente general es una tarea que, como todas las relativas a la organización de la actividad de gestión, corresponde al órgano administrativo; de ahí que nuestra ley establezca (art. 187) que su nombramiento lo haga la junta directiva o —con una directriz mucho menos feliz— quienes ejerzan la representación social. Esta atribución resulta perfectamente coherente con la esencia del llamado "sistema normativo", en virtud del cual la administración se confía, por ley, a un órgano —el consejo de administración o junta directi-

---

36. GALGANO, Francesco, *"Storia del Diritto Commerciale"*, Società editrice Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 115-135; MASON, Edward S., *"Introducción"*, en la sociedad anónima en la sociedad moderna, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, pp. 16-40; VICENTE GELLA, Agustín, *"La anónima del romanticismo a la hora presente"*, en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garríguez, I, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, pp. 449 ss.

37. La reforma del noventa modificó el artículo 182 dejándolo únicamente con el primer párrafo, sin que esté ahora regulada, expresamente, la delegación de funciones del órgano gestor; sobre el particular v. CERTAD, *op. cit.* en nota 33, # 4.

38. El viejo texto del artículo 182 así lo exigía en su párrafo segundo.

39. RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, *"Notas sobre el régimen jurídico del director general de la s.a."*, en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garríguez, III, cit. en nota 34, p. 119.

40. Sobre los auxiliares mercantiles en general, v. CERTAD M., Gastón, *"Auxiliares mercantiles"*, en Temas de Derecho Comercial, Editorial Alma Mater, San Pedro de Montes de Oca, 1988, pp. 67-78.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

va—, el cual es plenamente responsable de la misma; y puesto que la tarea de organizar la actividad de gestión, que implica el reparto de poderes y responsabilidades entre distintos centros de decisión y la ordenación de las relaciones entre ellos, constituye una de las funciones esenciales de la administración, parece que dicha tarea debe corresponder al órgano que, de acuerdo con la ley, es responsable de esa administración.

Algunos admiten la posibilidad de que tanto el gerente general como los demás funcionarios a que se refiere el repetido 187, *si el pacto social así lo establece de manera expresa* (pues de lo contrario y en virtud del principio de competencia de los órganos sociales, la asamblea no podría hacer la designación impidiéndoselo, precisamente, el repetido 187),[41] por la asamblea general de socios.[42] Ciertamente que este nombramiento supone un fortalecimiento de la posición del gerente general respecto al órgano administrativo, pero sin que ello llegue a suponer su total independencia respecto de éste, ya que de otro modo nos encontraríamos, al menos en teoría, de hecho ante una sociedad con dos órganos administrativos actuando independientemente, lo que rompería la unidad que necesariamente, y en aras de la eficiencia, debe inspirar el proceso de la gestión social.

La persona (física)[43] sobre la que recae el nombramiento para desempeñar el cargo de gerente general debe reunir los requisitos mínimos exigidos legalmente para cualquier auxiliar del empresario en cuanto a capacidad y otros extremos; pero a diferencia de lo que sucede normalmente con la delegación, la persona designada no debe ser necesariamente consejero de la misma sociedad, aunque nada impide que lo sea (situación que, a lo sumo, dificultaría su distinción con la figura del consejero delegado).

Determinar el contenido exacto del poder en virtud del cual actúa el gerente general resulta casi imposible, ya que las modalidades que ofrece la práctica son muy variadas; de ahí que nos limitaremos a poner de manifiesto las características principales y "normales" de la función que desempeña este funcionario social, así como el contenido de las relaciones que se originan con motivo del ejercicio de dicha función.

Como nota más destacada cabe señalar que el poder conferido al gerente general es, en la mayoría de los casos, un poder general que le habilita para realizar todos los actos relativos al giro o tráfico de la empresa social. Esta característica lo aproxima, sin lugar a dudas, a la figura del factor (arts. 314 a 322), quien está subordinado al empresario; cuando el poder conferido es generalísimo (con o sin limitación de suma) este funcionario se asemeja más a la figura del consejero delegado, prevista en los párrafos segundo y tercero del reformado artículo 182, hoy derogados.

Tenemos entonces, que al gerente general tipo (dotado, como dijimos, de poder general) le corresponde, dentro de la organización de la administración de la s.a. y según la mejor doctrina, la función de dirigir la empresa social, que supone la puesta en marcha, aplicación y vigilancia de la política general y de los planes de gestión aprobados por el órgano administrativo y, en determinados casos concretos, por la propia asamblea general de socios, función que se extiende a la esfera interna y externa de

41. Recordemos que de conformidad con el sistema de nuestro Código de Comercio, la asamblea de accionistas está dotada de lo que la doctrina denomina "competencia residual", esto es, que son competencia exclusiva del órgano deliberativo todas aquellas facultades que la propia ley o la escritura constitutiva *no* atribuyan a los demás órganos de la sociedad (art. 152 in fine).

42. FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 439; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.* en nota 39, p. 121; URIA, *"Derecho Mercantil"*, Madrid, 1970, p. 267.

43. Parece ser éste el sentido limitativo que se desprende de la sentencia # 362-90 de las 10:35 hrs. del 30 de mayo de 1990 de la Sección Primera de nuestro Tribunal Superior Contencioso Administrativo (v. Iustitia, # 3, San José, julio 1990).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la sociedad. Por el contrario, a la junta directiva toca la más trascendental tarea relativa a la organización de la sociedad, tarea que se extiende también a los consejeros delegados.[44]

De lo anterior podemos deducir que el gerente general, por la extensión de su función, es normalmente único en cada sociedad; sin embargo, en ocasiones se acostumbra denominar en nuestro medio "gerentes" a personas que tienen a su cargo un sector específico de la empresa (producción, ventas, personal, etc.) y que normalmente carecen del poder amplio que distingue al director general.

Llegados a este punto, se hace necesario analizar el contenido de las relaciones que median normalmente entre el gerente general y la junta directiva.

Así las cosas se dice que es función propia del gerente general dirigir la actividad de gestión que se contrapone, como ya se dijo, a la función de administración en sentido estricto, que es competencia del consejo de administración; esto es, a la junta directiva toca la tarea de elaborar o, cuando menos, ratificar la política general de la sociedad y los planes generales de gestión (esto es, administrar), mientras que la función del director general consiste en dirigir la aplicación y la ejecución de esos planes fijados por el órgano gestor (esto es, dirigir). Como lógica consecuencia de todo esto, la junta directiva, titular de la función de "administrar", que equivale al poder de decisión que caracteriza al empresario, goza de un poder de control sobre los restantes elementos de la organización creados en virtud de la descentralización, control que tiende a asegurar el correcto ejercicio de la actividad de gestión de la cual es responsable en última instancia este órgano; resulta así garantizada la unidad que, no obstante la descentralización, es indispensable en el proceso de gestión. Esta facultad contralora lleva implícita la posibilidad de impartir instrucciones para una correcta aplicación de la política general y, como complemento de esto, de vigilar la actuación del director general a través, especialmente, de la información que, periódicamente, éste debe suministrarle. Paralelamente, el gerente general está obligado a acatar las instrucciones que reciba de los consejeros y a brindarles la información necesaria sobre la marcha de los negocios sociales. *Parece evidente, entonces, que el gerente general se encuentra en una posición de subordinación con respecto al consejo de administración.*[45]

Sin embargo, en la práctica esta relación de subordinación queda considerablemente desdibujada y, con ella, la función contralora que, en sus distintas manifestaciones, corresponde a la junta directiva: la verdad es que este órgano se reúne muy esporádicamente y, por lo general, sus integrantes carecen de los conocimientos necesarios para fiscalizar la labor del gerente general. Por ello no nos parece arriesgado afirmar que, salvo en muy contadas ocasiones de excepcional importancia, el consejo se limita a ratificar la actuación del director general, quien además participa activamente, por su experiencia y presuntos conocimientos, en la elaboración de la política general de la sociedad y de los planes de gestión, lo que disminuye aún más las distancias que teóricamente pueden existir entre ambos niveles de administración. Este asunto es particularmente más agudo en aquellas hipótesis en que el director general está dotado de poder generalísimo (con o sin limitación de suma), lo que nos permite afirmar que más que una estricta relación de subordinación entre él y la junta directiva de la sociedad, tenemos que hablar de una cooperación, en la medida en que juntos, y en muchas ocasiones, sólo el

44. FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 438; MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, pp. 183 ss. y 205 ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.* en nota 39, p. 127; RUBIO, *"Curso de Derecho de Sociedades Anónimas"*, Madrid, 1964, p. 189.

45. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.* en nota 39, p. 128.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gerente, puede decidir acerca de cuestiones de gran trascendencia para la marcha de la gestión social.

Luego, en línea descendente dentro de la organización de la administración social, el gerente general, como titular de la dirección de la empresa, tiene bajo su dependencia a todo el personal de la misma, que está obligado a acatar sus instrucciones y a proporcionarle periódica información acerca de sus respectivas actividades.

Tenemos entonces que se presentan, en este funcionario del que venimos discurriendo, las principales notas caracterizantes de los auxiliares del empresario: colaboración con el empresario, poder de representación de éste, estabilidad y subordinación. Así, y dadas sus amplias facultades, el gerente general puede ser considerado como un factor, que es un apoderado del empresario colocado al frente de la empresa para realizar todos los actos relativos al giro o tráfico de la misma. De ahí que la relación jurídica que media entre él y la sociedad, abandonadas hoy las tesis del mandato y el arrendamiento de servicios, es una relación laboral basada en un contrato de trabajo.[46]

A diferencia de otros Ordenamientos,[47] nuestro Código de Comercio, con anterioridad a la reforma del noventa —ya que ahora la situación es muy clara, al referirse el artículo 189 a "los consejeros y demás administradores"— no se ocupaba de regular la delicada cuestión de la responsabilidad del gerente general —nótese que el viejo texto del citado 189 aludía sólo a los consejeros— por los actos realizados en el ejercicio de su cargo.

Sin embargo, consideramos que la amplitud de las atribuciones del gerente general, unida a su especial significación dentro de la s.a., a las semejanzas que vimos que existen con el cargo de consejero y a la circunstancia de que nuestro Código, tanto antes de la reforma del noventa como sobre todo después de ella, en los artículos 191 y 192 no se refiere ya simplemente a los consejeros sino que utiliza el más amplio término de administradores —aunque la doctrina tienda a llamar así a los integrantes del órgano gestor, esto es, a los consejeros— permiten aplicarle a este funcionario las normas sobre responsabilidad de quienes integran el órgano gestor. En el peor de los casos, siempre queda el recurso de acudir a las normas del Código de Comercio sobre responsabilidad del factor y, de ser necesario, a las normas del mandato civil.

Por lo demás, existe la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores —al comité ejecutivo y al consejero delegado— por los actos dañinos cometidos por el gerente general, con base en las disposiciones del artículo 189, en donde se les impone el deber de desempeñar el encargo con la diligencia del mandatario, esto es, de vigilar e intervenir como ha quedado debidamente explicado líneas atrás.

---

46. FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 438; MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, pp. 204 ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.* en nota 39, p. 132.

47. Por ejemplo, el artículo 2396 del Codice Civile equipara al director general con los administradores en lo que respecta a la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad de estos últimos. Lo mismo es sostenido por la doctrina suiza.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EL PROBLEMA DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

DRA. Mª ANTONIETA SÁENZ ELIZONDO*

INTRODUCCIÓN

Los problemas tanto teóricos como prácticos del Derecho para quienes nos atrae el "ejercicio jurídico de la investigación", resultan siempre de sumo interés y por qué no, apasionantes. De ahí que ante ciertas situaciones que ofrecen puntos controversiales, no es posible permanecer al margen y aun cuando ciertos temas, como lo es el de la acción y la pretensión, hayan sido objeto de exquisitos y copiosos escritos y debates en la literatura jurídica por cuanto han sido el producto de mentes brillantes con una elevadísima calidad, hoy nosotros modestamente, queremos agregar algo.

Y es que como alguien dijera: "Nos atrapa el ansia de revivir todos los fenómenos, de repetir todo el juego que es el destino y el tormento del procesalista".**

Queremos de esta manera, hablar del punto relativo al planteamiento de la *acción* y la *pretensión* en nuestro Código Procesal Civil, con el único ánimo de presentar nuestro enfoque y promover algunas críticas señalando la inconsistencia conque esas figuras se manejan en este cuerpo legal para lo cual, en forma muy suscinta, se hacen las necesarias referencias doctrinales a fin de que este análisis en apariencia teórico-técnico, lleve a retomar y revisar la normativa positiva para prevenir confusiones que seguramente va a generar en el campo práctico lo que como es natural, puede convertirse en un instrumento para abusar del proceso o para crear discusiones que retardarán la administración de justicia.

Por encima de todo, nuestro interés es dejar ver que la terminología es confusa en relación con el tema aquí a tratar y que ello le resta calidad y coherencia al nuevo Código Procesal Civil.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

De acuerdo con los principios que informan este cuerpo legal, se ha introducido en el mismo una figura que hasta el momento, era desconocida en nuestro proceso civil así como en

---

* *Profesora asociada.*

** CAPOGRASSI, *"Intorno al processo"*, en **Riv. Intern. di Filosofia del Diritto**, 1938, p. 524.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

general, en nuestro Derecho Procesal. Se trata de la llamada *pretensión*.

Ello obedece a que el criterio que privó a la hora de redactar el dicho Código, fue el de eliminar la *acción*, por cuanto es una institución que ha sido objeto de una serie de debates doctrinarios. Así en su lugar, se regula la *pretensión* considerando que ella ha sido acogida de forma unánime doctrinariamente y como acto procesal.[1]

Tal decisión en lo personal, causó gran sorpresa, pues a simple vista, nos pareció que la cuestión no se planteaba de una forma tan tajante en la doctrina. De ahí que sostuviéramos en las discusiones previas a la aprobación del Código,[2] que no era posible colocar en el lugar de la *acción* a la *pretensión* pues somos de la opinión que la discusión, muy amplia por cierto, sobre el concepto de acción, no la ha eliminado del Derecho Procesal y mucho menos, la ha sustituido por el concepto de pretensión.

Este trabajo parecerá sólo un discurso meramente teórico y sin ninguna trascendencia en el orden práctico. Sin embargo, podrá captar el lector, que no es así. Se trata de analizar un problema muy técnico, pero de ninguna manera, irrelevante para la aplicación del Código.

A. Debate sobre la *actio* y su relación con la *pretensión*.

Comenzaré el tema con la misma frase de Piero Calamandrei, que utiliza Juan Montero Aroca,[3] sólo que para ponerla al alcance de todos, se planteará en español. Reza así:

> "No es mi intención volver aquí a hacer una vez más, la historia y crítica de la teoría sobre la acción que como se dice en la leyenda, son mil y una, y todas maravillosas."

En efecto es propósito de este escrito, única y exclusivamente, expresar nuestra opinión para una claridad del fenómeno, que así formulado, creemos que confunde al foro profesional. También porque creemos, que vivimos en un mundo de realidades y un replanteamiento de la acción y la pretensión, debe hacerse en forma uniforme y armónica a fin de que a la hora de utilizar las instituciones, éstas no se presten para discrepancias o discusiones innecesarias o en ambigüedades que más bien, se manipulan desviando los fines y términos para los que debe trabajar el proceso.[4]

Nuestro modesto punto de vista es que al introducirse en nuestro proceso civil, la figura de la pretensión ocupando el lugar de la acción, no se hizo en forma integral y por eso encontramos muchas y grandes contradicciones a lo largo de la normativa, en donde nos quedamos "estacionados" sin poder continuar pues no es clara la idea que se quiere expresar y por otro lado, se nos encasilla en la denominación.

Pero, veamos en concreto el problema.

B. El problema de fondo alrededor de la acción y la pretensión.

En nuestro medio, no es frecuente que los procesalistas en materia civil, se ocupen grandemente, de estudiar temas tan técnicos como el presente, de ahí que estamos seguros casi en un noventa por ciento, de que el problema tal y como se resuelve en el Código Procesal

---

1. Ver, *Proyecto del Código Procesal Civil de 1983*, el cual fue hecho ley de la República en 1990 y entró en vigencia en mayo de ese mismo año.
2. Consultar las ponencias realizadas en el Congreso sobre el Código Procesal Civil de 1983, dentro de las que la suscrita, presentó varias y una de ellas, precisamente sobre el tema en estudio.
3. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979, p. 111. CALAMANDREI, *La certezza del Diritto e la responsabilità della dottrina. Opere giuridiche*, I, Nápoles, 1965, p. 514.
4. La certeza del Derecho es siempre un valor positivo. Así entre mejor sea el Ordenamiento, así más positivo será. Es esta una garantía que debe sobresalir siempre. De ahí la importancia de crear cuerpos legales claros. Así nos dice Conso que en la formación de la ley es frecuente el poco análisis y atención que se hace de los proyectos de ley, ya que en la mayoría de los casos, se interponen intereses políticos que conducen finalmente a la aprobación de leyes con lenguajes y conceptos ambiguos que generan una total incoherencia con los principios informadores. CONSO, *"La certezza del Diritto: ieri, oggi, domani*, Riv. Dir. Proc., 1970, pp. 549-550.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Civil, no es del manejo de la gran mayoría de nuestros juristas dedicados a la rama del Derecho Privado y aquellas materias que acudan a esta legislación en forma supletoria.

Ello implica además, que no podemos dar por conocidas las "mil y una" teorías que existen sobre la acción pero la falta de espacio además no nos permite desarrollarlas. De manera que damos la referencia bibliográfica sobre el punto, a lo largo de este estudio.

Así lograremos una mejor comprensión de nuestro enfoque en el Código.

Bien, como ya se dijo el concepto de acción ha motivado un amplio debate, situación que ha puesto realmente en crisis la figura. No obstante, hemos podido percibir que el instituto de la acción, no ha desaparecido y que con base en uno u otro concepto, el mismo se emplea y forma parte de los códigos procesales aun los más recientes como podrían ser el de Brasil, el de Francia (ambos de 1975) y el de Procedimientos Penales de Italia de 1990. Es así que encontramos un tanto apresurada la introducción de la pretensión en lugar de la acción y que esa medida obedece más que todo, a la influencia del Derecho Procesal español en donde encontramos la mayor resistencia a dicho concepto y una actitud reacia aunque no muy clara frente a la acción con una notable tendencia, a darle ese rango a la pretensión.[5]

En efecto, encontramos en Jaime Guasp, máximo exponente de la teoría de la pretensión procesal en España, un fuerte ataque a la acción como figura perteneciente al Derecho Procesal y es a partir de él que se hace el cambio en nuestro Código Procesal Civil. Tal afirmación se corrobora en una manifestación hecha por el Dr. Olman Arguedas desarrollando el punto relativo a las diferentes dudas que surgen alrededor del concepto de acción, nos dice:

> "Las respuestas a estas interrogantes lejos de resolver el problema lo han complicado; de allí que Jaime Guasp haya afirmado sin titubeos: 'El concepto de acción debe ser elaborado fuera del ámbito del Derecho Procesal; su lugar en esta disciplina lo ha ocupado el concepto de pretensión...'"[6]

II. TEORÍA DE LA PRETENSIÓN EN JAIME GUASP

Es opinión de este autor que la acción ha ocupado tanto tiempo a la doctrina, que como consecuencia, el estudio y definición de la pretensión, se encuentran estancados.

Se refiere a la amplia gama de posiciones frente al concepto de acción y haciendo hincapié en las teorías concreta y la abstracta, para concluir luego, que todas estas posiciones sólo han servido para poner en evidencia la relatividad del concepto de acción ya que mediante ellas se confiere un contenido a la acción y su opinión es que la acción para que pueda constituir un concepto propio del Derecho Procesal, no debe definirse ni por su contenido ni por su naturaleza. De ahí que la ubica fuera del campo procesal pues más bien se trata de un poder político o administrativo.

Mientras tanto, la pretensión en cambio, se perfila como una figura netamente procesal pues al ser excluida del campo procesal la acción, su lugar no puede ser ocupado más que por la pretensión, que es la esencia del proceso.

Por otro lado, no deja por fuera Guasp, el problema relativo a la *demanda*. Sostiene que cuando se la define como el acto que cronoló-

---

5. GUASP, *La pretensión procesal*, Madrid, 1981. Una síntesis de toda la discusión sobre la *actio* en MONTERO AROCA, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

6. ARGUEDAS SALAZAR, O., *"La pretensión en el nuevo Código Procesal Civil"*, **Rev. Justitia, Nº 40, p. 4.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gicamente, da inicio al proceso se le está dando un rango de acción dejándola fuera del campo procesal. Además, en la demanda no siempre, se plantea la pretensión. Para Guasp, entonces, el binomio acción-demanda se resuelve formulando un trinomio donde tendríamos: la acción, la pretensión y la demanda.

Nos parece haber comprendido que al momento de explicar, estos tres términos, el autor en cuestión, agrava el problema o no dice nada nuevo. Veamos:

Para el autor, la acción quedaría como un "poder concedido por el Estado de acudir a los tribunales de justicia para formular pretensiones (derecho de acción) al particular quien puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro sujeto diferente al órgano estatal (pretensión procesal), iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tiempo, ya sea después de esta iniciación".[7]

Desde esta óptica, creemos que la teoría que patrocina Guasp, no descarta la existencia de la acción. Curiosamente, pareciera que ese es su ánimo inconsciente pero, lo cierto es que luego la retoma. La estima como figura extraprocesal pero luego la integra al fenómeno proceso.

Nos parece que el problema desde este ángulo se complica notable o innecesariamente, pues si la polémica sobre la acción "estorba", al estudio y delimitación de la pretensión, quizá es lo de menos pues las dos para Guasp, coexisten. Y es este el aspecto central que nos llama a la reflexión. Guasp, no desecha la acción como concepto jurídico, sea no *destierra* la acción para poner en su lugar la pretensión. Al contrario, coloca ambas figuras en una relación cronológica, de contenido y función con lo que prácticamente, más bien, alarga la discusión y una vez más incursiona en la polémica sobre el concepto de acción.

Observamos entonces, que la ausencia de un acuerdo en doctrina de forma unánime, es en esencia sólo una búsqueda que se ha hecho girar alrededor de un buen concepto y ubicación de la acción pero no a excluirlo ni mucho menos tiende a una *eliminación* de la misma como repetimos, de hecho o de derecho, ahí sigue consignada en las constituciones, tratados internacionales y los códigos procesales, incluyendo los más recientes.[8]

Por otro lado, no cabe duda, de que en el mundo del pensamiento jurídico, las discusiones por *natura* serán inacabables y unas instituciones han merecido más análisis y discrepancias que otras.

No queremos con esto, poner fin a ninguna situación, sino tratar de "saltar" aquellos enfoques que si no se fundamentan pueden generar gruesas confusiones a la hora de aplicar e interpretar la ley, aspecto que observamos en nuestro Código Procesal Civil como dijimos y sobre el cual volveremos en este estudio, para dedicarle algunas líneas. Por ahora, es de importancia, dejar clara nuestra idea de la acción que será fundamental para lograr una visión de conjunto sobre el tema.

Continuando con nuestro análisis debemos agregar que los planteamientos sobre la acción se pueden encontrar en la más vieja historia de las instituciones jurídicas, pues los romanos sabios maestros del Derecho[9] nos legaron la figura.

---

7. GUASP, *op. cit.*, p. 57.

8. Consultar el Código Procesal Civil de Brasil (1975), Francia (1975) y el Código Procesal Penal italiano que es el más reciente (1990).

9. CARNELUTTI, *La missione del giurista*, **Riv. Dir. Proc.** BETTI, *Instituzioni di Diritto romano*, Padua, 1947. BIONDI, *Instituzioni di Diritto romano*, Milán, 1965. LUZZATTO, *Procedura civile romana*. trad. Orestano, Milán, 1938. PUGLIESE, *Actio e Diritto subbiettivo*, Milán, 1939. FERRABOSCHI, *La natura della azione nel processo matrimoniale canonico*, **Riv. Dir. Proc.**, 1957, pp. 22 ss. ARANGIO RUIZ, *Storia del Diritto romano*, VI ed., Nápoles, 1953. BISCARDI, *Lezioni sull processo romano antico e classico*, Turín, 1968.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III. LA TEORÍA SOBRE LA ACTIO DE WINDSCHEID

Es precisamente de las posiciones generales alrededor de la *actio* romana que se da inicio a las más interesantes discusiones. A partir de la conocida polémica desencadenada en la ciencia jurídica alemana del siglo pasado (1856-1857), con la célebre obra del alemán Bernhard Windscheid *Die actio des romischeu Civil-rechts vom Standpunkte des bentigen Rechts* que provocó la crítica de Theodor Muther y la reacción posterior de Windscheid. Con los escritos producidos a través del debate entre estos jurisconsultos, se trajo al campo del Derecho Procesal, un gran avance en relación con el concepto de acción ya que por primera vez crean una idea de acción distinta a la que los romanos concebían.

En síntesis, se rompe con la identificación del Derecho de acción y el Derecho subjetivo y por ello anexo al Derecho sustancial.

El fenómeno tiene su origen en la tendencia del momento en Alemania, a separar el Derecho vigente, del vínculo con la interpretación de las fuentes del Derecho romano[10] dada la sentida diferencia que se percibía entre el instituto de la *"actio"* romana y aquel del Derecho alemán vigente, *acción.* Esta posición se dice que le dio al Derecho Procesal autonomía toda vez, que por primera vez se concebía la acción como una figura independiente del Derecho sustancial.

La idea básica en Windscheid es concebir la acción como un derecho que surge de la violación de otro derecho que permite acudir al órgano jurisdiccional en demanda de la tutela de ese derecho bajo ciertas condiciones.[11]

Otro mérito de Windscheid y se considera quizá de más envergadura que su trabajo sobre la *actio,* es el relativo al planteamiento sobre la *pretensión* la cual para el autor es la situación material, netamente diferente a la acción, por lo que afirmó que ella se puede equiparar con la *actio* romana. Es la llamada ANSPRUCH.[12]

La concepción de Windscheid en cuanto a la acción reside concretamente en ver en la misma, una figura procesal autónoma que no puede confundirse ni con el derecho violado de la que surge como resultado, ni con la pretensión la cual es el equivalente del derecho (la *actio)* al comportamiento del adversario. Así entonces a partir de su teoría del término de *acciones* deja de significar *acción.*

Según manifiesta Pugliese, el punto relativo a la pretensión fue un tema ya estudiado y conocido por la doctrina alemana[13] antes de que Windscheid diera a conocer su criterio sobre ambas figuras de una manera brillante y generando diversas discusiones así como algunas dudas sobre la exactitud de sus definiciones.

Por ejemplo, la idea de pretensión despertó confusión y así a través de la doctrina el concepto fue variando.

Corresponde a la doctrina italiana el mérito de haber depurado el concepto de la pretensión como una figura autónoma con carácter no de *obligación* sino de *expectativa.*[14]

Muther por su lado, al combatir la posición de Windscheid, define la acción como un derecho frente al Estado para la tutela judicial. En

---

10. Ver al respecto, la introducción elaborada por GIOVANNI PUGLIESE en WINDSCHEID y MUTHER, *Polemica intorno al "actio"*, trad. de ERNEST HEINITZ y GIOVANNI PUGLIESE, 1954, pp. XIII y ss.

11. WINDSCHEID, *L'actio del Diritto Civile romano,* trad. de HEINITZ, E. y PUGLIESE, 1954, pp. 179 ss.

12. HEINITZ y PUGLIESE, *Polemica...*, pp. XVII.

13. Cita el autor a Unterbolzner que la definía como el poder jurídico de exigir la prestación. También Savigny que hablaba de la posibilidad nacida de la violación de un derecho, de pedir al infractor, su reparación. HEINITZ y PUGLIESE, *op. cit.*, pp. XXX-XXXI.

14. *Idem,* p. XXXIII.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuanto a la *pretensión* Muther pareciera no tratarla de manera concreta, sino a través de una serie de desquicisiones que más bien la debilitan.[15]

IV. NUESTRO CRITERIO SOBRE EL CONCEPTO DE PRETENSIÓN Y ACCIÓN

Volviendo a Guasp. Definitivamente, confirmamos que en realidad, en cuanto a la acción Guasp no nos dice nada nuevo pues bien podría ubicarse su posición, en cualquiera de "una y mil teorías", pues la discusión finalmente hace que una teoría se roce con otra o que una diga algo importante que otra no dice con lo que nos da la impresión de que en esencia, la cuestión no varía. Con respecto a Guasp, nuestro punto de vista encuentra apoyo en Montero Aroca, cuando utilizando el mismo párrafo citado y transcrito en este trabajo, concluye que la teoría de Guasp podría confundirse con aquella *abstracta,* pues incluso sostiene Guasp que esta teoría es la que depura el concepto de acción procesal. Siendo así la acción un derecho a la jurisdicción.[16]

Tal vez a esta altura de la exposición ya podamos notar que el criterio de Guasp en cuanto a que la doctrina básicamente, se ha dedicado al estudio y discusión de la acción no es refutable.

Compartimos también con este autor, su opinión de que la pretensión por esa causa, *ha quedado a la zaga.* Pero, justo por ello, aquí es donde nos parece está el *quid* del asunto: la pretensión no es una figura bien delineada y también a igual que la acción, podría prestarse para muchas discusiones. Así, por ejemplo, algunos estudiosos la han visto como un "pseudoconcepto"[17] el cual también ha dado mucha tela que cortar.

Es oportuno en este momento, hacer una observación esencial que hemos podido deducir del análisis de la tesis de Windscheid y que repercute de manera directa en la figura de la pretensión.

Hemos visto que en el campo doctrinario, el punto sobre la pretensión tiene su cuna en el Derecho alemán y que corresponde a Windscheid el mérito de precisarla mejor. Recordemos que justamente, para él la *actio* romana era el equivalente de la pretensión. Este es un aspecto de su teoría que nos llena de dudas pues consideró que más bien tal instituto, pertenece al Derecho sustancial y no al procesal. Y es que la discordancia entre el concepto de *actio* en Roma y el que se venía manejando en el Derecho alemán de aquel momento, fue la razón que llevó a Windscheid a formular su posición diciendo que la acción no obstante, ser un derecho, no era igual que el derecho violado más bien resultaba como consecuencia de este último. De ahí el impacto causado por Windscheid en la ciencia jurídica procesal, porque le confirió a la acción un carácter independiente al del derecho sustancial.

La pregunta que de inmediato surge es ¿Cuál de los dos institutos prevalece? La respuesta no parece fácil. Pero queremos dar una contestación más o menos realista y sin afanes exhaustivos o dogmáticos. Más bien, la idea que buscamos, es la de determinar lo que es la acción y lo que es la pretensión para tras-

15. *Idem,* p. XXXVII.

16. MONTERO AROCA, *op. cit.,* p. 140.

17. FAZZALARI, *Note in tema di Diritto e processo,* 1956-57, p. 10.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ladarnos al Código Procesal Civil y comprobar cuáles definiciones son las que rigen. En otras palabras, verificaremos una vez más si es lo correcto y real el aparente cambio que se da de acción por pretensión.

Punto de partida creemos debe ser la orientación *dualista* del Ordenamiento jurídico pues si nos acogemos a aquella *monista*[18] es nuestra opinión, volveríamos a situarnos en una circunstancia semejante a la del Derecho Romano.

Esta visión *dualista* ha sido la más aceptada en doctrina y se plantea a través de ésta, la idea de un sistema de normas sustanciales coexistentes con un sistema de normas procesales que juntos forman el Ordenamiento jurídico. Debemos aclarar que esta dualidad, no implica diferencias más que de contenido y nunca de rango, ni tampoco la posibilidad de dependencia entre unas y otras. La cuestión se resuelve considerando ambos tipos, como se señaló, en un plano de *coexistencia*, donde unas son las normas jurídicas que regulan la convivencia social diaria y pacífica (las sustanciales) y las otras intervienen como *reparadoras*, ante el quebrantamiento de las primeras (normas procesales).[19]

Asumimos esta orientación por cuanto compartimos esa diferencia entre lo sustancial y lo procesal ya que sólo así podemos comprender el fenómeno proceso en la realidad. Una posición diferente, pensamos se vuelve tal vez, sumamente, teórica. Hoy día vemos de manera muy clara, la presencia de la normativa sustancial y aquella procesal. De modo que no consideramos útil adoptar otras posiciones.

Bien, es así como el problema de la acción y la pretensión pueden situarse en un ámbito o en el otro. La problemática de la acción para nosotros, como se señaló, se ha desarrollado en forma amplia y es nuestro parecer que su naturaleza es indiscutiblemente procesal y es aceptada así en la doctrina y las legislaciones.

En nuestra opinión, ello no sucede con la pretensión.

La doctrina italiana que se ocupó de ella, tampoco la ha reconocido como una figura bien delimitada y con frecuencia, se confunde con el Derecho subjetivo que se reclama o simplemente, se dice que no es ni siquiera un derecho sino una manifestación de voluntad o un mero acto.[20]

De manera, que nos inclinamos por aceptar ampliamente que la acción es un poder-derecho público que corresponde a todo sujeto de derecho para provocar la actividad jurisdiccional desde el inicio hasta el final del proceso. Sea que la acción es el derecho a la actividad jurisdiccional pero a su vez, es un poder genérico que permite dar inicio a esa actividad a la cual luego, se integrará el demandado en un plano de igualdad.

La pretensión consideramos es esa ANSPRUCH de Windscheid *(rectius:* la *actio),* que surge ante la alteración de la norma sustancial sea, (la violación del *deber jurídico* propio de toda norma) y que va a constituir el objeto del proceso en cuanto toda la actividad jurisdiccional vibrará en pos de demostrar y reparar esa violación. De ahí que la acción y la pretensión sean entidades separadas, siendo la primera el derecho de petición por excelencia, por eso genérico y la segunda el derecho de pedir en el caso concreto. La acción será así siempre una e invariable, mientras que la pretensión puede ser múltiple y variable (actiones) por estar liga-

---

18. Es el planteamiento que reduce el Ordenamiento a la tutela judicial. Para Fazzalari, la tendencia no es válida aun cuando ella sea sostenida por estudiosos de alto nivel como son Satta, Allorio, Redenti. FAZZALARI, *Note..., op. cit.* FAZZALARI, *Instituzioni di Diritto Processuale,* Padua, 1975, pp. 39 ss. Interesante es la polémica sobre el tema en: DE FINA, *"Ordinamento e giurisdizione"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1969, pp. 62 ss. El autor manifiesta un total desacuerdo con la posición *monista.* En igual sentido, LIEBMAN, *"Diritto e giurisdizione"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1969, pp. 82 ss. LIEBMAN, *"Conclusione di una polemica"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1969, pp. 268 ss. SATTA, *"A proposito di 'Diritto e giurisdizione'"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1969, pp. 265 ss., quien defiende brillantemente la teoría *monista.* La teoría *dualista* encuentra su punto de partida en Italia, con CHIOVENDA, *"L'azione nel sistema dei Diritti,* en **Saggi di Diritto Processuale Civile,** I, Roma, 1930, pp. 3 ss.

19. FAZZALARI en todos los escritos aquí citados. En general, podemos basar la clasificación en los seguidores de la teoría *dualista.*

20. CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile,* I, Padua, 1936, p. 356.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

da a la situación sustancial preexistente al proceso y alrededor de la cual gira por ser ella la forma procesal de introducir esa situación en la actividad jurisdiccional. Será así el *thema disputatum.*

Ese poder de petición genérico y abstracto, que es la acción ha sido así la máxima garantía en la solución de conflictos jurídicos, de ahí que forme parte de las normas constitucionales (art. 27 C.P.) y con ello además de ser el Derecho Procesal por excelencia, constituye una figura totalmente autónoma y muy por encima de figuras que en sí o son un derecho subjetivo o un simple acto sin rango de derecho, como creemos que es la pretensión.

Cuando se habla de acción y pretensión como es lógico, no podemos dejar de lado el acto de la *demanda.*

Para no ahondar en especulaciones teóricas de poca importancia, diremos que en nuestro criterio, la demanda es una forma de *materializar* la acción en el momento inicial. Es pues un instrumento del que necesariamente, tendrá que hacer uso quien quiera provocar la actividad jurisdiccional. Será el modo de desencadenar la dinámica de todo el sistema procesal, previsto para el caso concreto.[21]

Aclaramos que no es indispensable formular la pretensión en la demanda, pues pueden darse conjunta o en forma individual. En el proceso oral, la separación es evidente, así como en el proceso escrito es evidente que van unidas aunque no se confunden, pues la pretensión es un elemento más que la demanda como acto introductorio, contiene.

Para todos los efectos, no olvidemos que la actividad jurisdiccional es irremediablemente de naturaleza pública por eso la *acción* no sólo es procesal sino que *pública* y de ahí que jamás pueda confundirse con el Derecho sustancial ni con el privado.

De ahí que la actividad que en él se desarrolla debe regirse por criterios de Derecho Público y no de Derecho Privado, es así como compartimos la corriente doctrinal que descarta el concepto de la *relación jurídica procesal,*[22] que es evidentemente un esquema del Derecho Privado trasladado al proceso. La relación jurídica tiene su esencia en la conjugación de un *derecho subjetivo* y *un deber.* Esta pareja de elementos no la encontramos en el proceso, pues en él lo único posible, es la presencia de una actividad celebrada por sujetos que disputan un objeto mediante *posiciones jurídicas,* en donde la igualdad procesal, impide que entre ellos se den relaciones de sujeción o de ventaja según sea el caso. El Derecho Procesal no requiere acudir al esquema del sujeto pasivo y

---

21. Toda conducta procesal está reglada de previo en un sistema normativo que construye el llamado procedimiento y que coloca a los sujetos (juez y partes) en las diferentes posiciones jurídicas que le corresponden dentro de ese esquema. Es la llamada *situación legitimante* que una vez en *acto:* realizada por los sujetos del proceso, se transforma en una realidad: *situación legitimada.* El enfoque de la teoría procedimental ve en éste un orden consecutivo de normas que, al ser dirigidas a los sujetos, son una serie de conductas que luego, serán encarnadas por los intérpretes del mismo. Esta posición tiene sus bases en los procesalistas administrativos que ven en la actividad procesal, la secuencia de actividad que precede al proveído lo prepara y lo concluye. FAZZALARI, *Istituzioni...*, p. 131 ss., *Note...*, p. 132 ss. GIANNINI, *Diritto Amministrativo,* Vol. I, Milán, 1970, pp. 588 ss. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo,* Milán, 1940, p. 5.

22. El carácter intersubjetivo en que se desarrolla la escena procesal se conecta con el problema de la *relación jurídica* cuyo origen proviene del conceptualismo jurídico del siglo pasado, y que muchos han visto como una idea del Derecho medieval. GUARNERI, *Sulla teoria generale del Processo Penal,* Milán, 1939, pp. 2 ss.
Quienes han sostenido la idea de la relación procesal, ven en ella la relación del deudor y el acreedor como forma del esquema procesal. Ver, CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale Civile,* Napoli, 1928. CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile,* Napoli, 1935. FERRARA, *La nozione dei rapporti processuali* en **Saggi di Diritto Processuale Civile,** Nápoles, 1914. CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile,* Padua, 1943.
Sobre la teoría contraria (del procedimento). Ver, SANDULLI, *Il procedimento..., op. cit.* MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico,* Padua, 1962. FAZZALARI, en ambas obras aquí citadas. LIEBMAN, *op. cit. Manuale...* LIEBMAN, *L'opera scientifica di Goldsmischmidt e la teoria del rapporto processuale",* **Riv. Dir. Proc.,** 1950. LIEBMAN, *Processo Civile,* Milán, 1962, p. 145.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el sujeto activo, pues el proceso es *actividad* y nunca *pasividad*. Así es que todos los sujetos son activos; tanto actor como demandado.[23]

Para reafirmar se constata en los Ordenamientos modernos la completa seguridad de que la acción existe, pues la Constitución la consagra y la preserva y su denegatoria, reviste el quebrantamiento del sistema democrático de un país pues, sobra decir que atenta contra uno de los más elevados valores de cualquier ciudadano del mundo: Aquel supremo derecho de pedir justicia que se explica en el derecho de accionar (art. 39 C.P.) y el correlativo derecho de defensa (art. 27 C.P.) pues es obvio que se trata de la posibilidad concreta de hacer valer en todas las etapas del proceso las razones de las partes para obtener la tutela jurisdiccional.[24]

V. LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL COSTARRICENSE

Como ya lo adelantamos, la acción en materia de Derecho Procesal Civil, se elimina para dar lugar a la pretensión. Al menos así se dijo al elaborar el Código como veremos adelante.

Creemos que ello se manifiesta a nivel netamente de posición doctrinaria, pero que el Código contiene siempre la acción. He aquí el problema para efectos prácticos pues, la mezcla de los términos y su denominación imprecisa, confunde.

Con anterioridad nos habíamos referido a las explicaciones que en ocasión del proyecto elaborado y dado a conocer en 1983, ofreció la Comisión Redactora, en donde se dice:

> "No contempla el proyecto a la acción, institución que aún hoy día es debatida sino que se regula únicamente la pretensión, concepto que es considerado en la doctrina como manifestación de voluntad, acto que a su vez se ejercita en la demanda o contrademanda".

Posteriormente en una explicación dada por el Dr. Arguedas, miembro muy importante de la Comisión Redactora, manifiesta:

> "No se trata, en consecuencia, de eliminar a la acción del Derecho Procesal, sino de no mencionarla en el código por tratarse de un concepto que aún la doctrina no ha depurado, como sí ocurre con la pretensión procesal".

Ya desde este planteamiento notamos la falta de acuerdo sobre el punto. No obstante, de inmediato dentro del mismo párrafo agrega el mismo autor:

> "Esta última constituye sin duda alguna el contenido de la acción puesto que no se puede accionar sin pretender, ni tampoco pretender sin haber accionado".[25]

---

23. La tendencia conservadora se inclina por trasladar los patrones del Derecho Privado al proceso que no puede ser más que actividad de Derecho Público. La capacidad de reacción en el proceso corresponde a ambas partes conforme a su papel dentro del esquema procedimental. No hay pues pasividad. Los conceptos tradicionales de acción y excepción por ejemplo, no son otra cosa en esencia que actividad (acción) sólo que como nos dice Liebman, uno excluye al otro. La excepción es el derecho a que el juez se pronuncie sobre ella, no el derecho a obtener el rechazo de la pretensión. De ahí que Liebman, Fazzalari, Cappelletti y Micheli, vean en la excepción, un "Derecho Procesal análogo a la acción", o correlativo a la acción, dándose una coexistencia como derecho donde lo único que los excluye es su fundabilidad o no. FAZZALARI, *op. cit., Instituzioni...*, pp. 175 ss. LIEBMAN, *"Intorno ai rapporti tra azione ed eccesione"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1960, p. 452. MICHELI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, 1959. CAPPELLETTI, *"Sui nuovi fatti giuridichi ed accezioni nuove nel giudizio di rinvio"*, **Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.**, 1959. En sentido ligeramente, contrario, CARNELUTTI, *"Un lapsus evidente?"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1960, pp. 446 ss. COUTURE, *Introducción al estudio del proceso civil*, Buenos Aires, 1949, pp. 56 ss. Admite también el carácter público del proceso civil aun cuando en él se plantean cuestiones de Derecho Privado.

24. Entre la abundante bibliografía sobre el tema: COMOGLIO, *"La garanzia costituzionale dell'azione nel processo civile*, Padua, 1970. CAPPELLETTI-VIGORITI, *I Diritti Costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, **Riv. Dir. Proc.**, 1971, pp. 604 ss.

25. ARGUEDAS SALAZAR, *op. cit.*, p. 9.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Hemos señalado que esta contradicción se refleja en la normativa del Código. Veamos:

El artículo 17, nos habla de cuantía de la demanda. Específicamente en los incisos 1º, 3º, 5º, 6º y 7º. Notemos que aquí no sabemos si el artículo quiere referirse al valor de la pretensión o de la acción como demanda. Y es que no podemos situarnos pues si no se habla de acción tenemos que hablar de demanda que, en nuestra opinión es el ejercicio material del poder-derecho de acción para generar la actividad procesal y que no queda claro en el Código, a pesar de la explicación que con respecto al punto también diera el Dr. Arguedas:

> "...pero, otro concepto que desde luego debe llamarnos la atención y que servirá para aclarar conceptos, es el de *demanda*, la cual no es sino el acto de iniciación del proceso... es solamente eso: el acto por el *cual se inicia el proceso*".[26]

De inmediato, el autor, acude de nuevo a Guasp para fortalecer esta definición:

> "De la combinación de esos tres elementos (se refiere a la acción, la pretensión y la demanda), Jaime Guasp ha expuesto la siguiente fórmula: Concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones: *derecho de acción*, el particular puede reclamar cualquier bien de la vida, frente a otro sujeto distinto, de un órgano jurisdiccional: *pretensión procesal*, iniciando para ello mediante un acto específico: *demanda*, el correspondiente proceso, el cual tendrá como objeto aquella *pretensión*".[27]

En realidad, aquí lo que ocurre es que se está aceptando que la acción se puede ejercer mediante el acto de la demanda. Y es que si no es así, no podemos encontrar otro medio. De modo, que se corrobora la coexistencia de la acción y la pretensión una vez más, aún en nuestro Código. Definitivamente, entonces la demanda como vehículo para poner en el mundo material el poder de acción, es el acto que permite provocar la actividad jurisdiccional pues es el "acto de iniciación del proceso". En consecuencia, desde esta óptica la *coexistencia* no implica nunca *identidad*. Por eso nos surge la duda en este artículo 17, pues la demanda como acto inicial del proceso "es sólo eso". Sea que no es el objeto del proceso. Lo que pasa es que en los procesos con predominio de la escritura la pretensión se formula con la demanda.[28] Al respecto veamos una confirmación en el mismo escrito del Dr. Arguedas el cual manifiesta que la demanda "...no es sino el acto de iniciación del proceso, entendida también como libelo en que se expone la pretensión..."[29] De ahí que pareciera que aquí debió haberse dicho "cuantía de las pretensiones", para una precisión técnica y de lenguaje, pues lo que se valora o cuantifica es la pretensión, nunca la demanda. Observamos una aplicación correcta en los artículos 287, al referirse al trámite de la vía ordinaria:

> "Toda pretensión de mayor cuantía".

así como en el 288 que al establecer la finalidad de la cuantía dice:

> "En toda demanda se fijará la cuantía de su objeto..."

El artículo 26 nos habla de "demandas derivadas del arrendamiento". Conforme a lo que hemos expuesto, pareciera que lo apropiado es hablar de pretensiones y no de demanda, pues

---

26. *Ídem*, pp. 7-8.

27. ARGUEDAS SALAZAR, *op. cit.*, pp. 7-8.

28. ARGUEDAS SALAZAR, *"La demanda en el proceso civil de Costa Rica"*, **Rev. Ciencias Jurídicas**, Nº 37. En lo relativo al tema sobre *"Fundamentación de la demanda. Sustanciación e individualización"*. "Otra razón más para determinar que en Costa Rica, la demanda está influida por la doctrina de la sustanciación estriba en la circunstancia innegable de que la forma establecida para el proceso civil es la escrita y no la oral,..." "Entonces, en la demanda no sólo hay una manifestación de voluntad de iniciación del proceso, sino además debe haber una indicación expresa de determinados datos que constituyen la pretensión y que, como lo dijimos atrás, forman el contenido de la demanda", pp. 152-153. Una alusión sobre este aspecto, también en MONTERO AROCA, *op. cit.*, quien refiere que la pretensión según el tipo de técnica procesal empleada, puede ser formulada con la demanda o en otro momento, pp. 153 ss. Ver también nota 144 sobre la pretensión en el proceso penal, p. 156.

29. ARGUEDAS SALAZAR, *op. cit.*, *"La pretensión..."*, p. 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ésta no puede tampoco ser calificada en relación con la situación sustancial, que lleva a plantearla. Sí se podría en cambio, calificar la pretensión que luego, será el objeto del proceso por tratarse de una derivación del Derecho sustancial violado, mientras que la demanda es el acto procesal que impulsa la actividad jurisdiccional.

De nuevo una gran confusión se presenta en el artículo 28, que regula la competencia sobre las pretensiones de daños y perjuicios, en la parte que dice:

> "Pero si se demandaran como consecuencia o fueren accesorios de otra acción principal establecida conjuntamente..."

Observemos que se usa el término *acción* y no sabemos si debe interpretarse como demanda, como pretensión o tal vez como, proceso. El punto no queda claro de acuerdo con los principios que supuestamente informan el Código.

Por su lado, el artículo 34 sobre prórroga de la competencia, en el inciso 1º, presenta una idea poco clara.

> "En cuanto al actor, por el hecho de ocurrir al juez a entablar su demanda, no sólo para la pretensión sino también para la reconvención".

Creemos que la idea es realmente confusa ya que se citan la *demanda*, la *reconvención* y la *pretensión*, sin saber si se interpreta esta última, como una cuestión independiente o como perteneciente a la demanda o reconvención. Lo lógico es que ha de formularse la pretensión en la demanda o en la reconvención.

Los artículos 41 y 42 plantean un problema de lenguaje técnico serio y duplicidad con los artículos sobre acumulación de procesos. Veamos: El artículo 41 habla de conexidad de pretensiones refiriéndose a elementos comunes o a uno solo, si se trata de la causa. Somos de la opinión, de que la conexidad aquí planteada, se refiere a la de los procesos, no de las pretensiones, pues sólo los procesos se pueden descomponer en sus elementos: *objeto, sujetos* y *causa,*[30] no así las pretensiones. El 42 incurre de nuevo, en error pues habla de "pretensiones conexas" y luego habla de "procesos reunidos". ¿Cuál de las dos figuras regula?

El 125 señala en su inciso 1º, los requisitos para la acumulación de procesos y dice:

> "Cuando en las pretensiones haya identidad de elementos".

y en el inciso 2º dice:

> "Cuando haya conexidad".

De nuevo, parece que se confunde proceso con pretensión en ese inciso 1º y en el 2º, confirma que haya esa *conexidad* pues ya se dijo en el 1º. En conclusión, ¿Es acumulación de pretensiones o procesos? Entonces ¿qué papel juega, el 123 que habla de acumulación de pretensiones por "conexidad entre ellas"?

Volviendo atrás, el 104, establece un vínculo extraño entre la relación jurídica y la pretensión procesal. En realidad, la pretensión que se maneja en el Código es la de contenido material, pues se afirma siempre como una portadora de la cuestión de fondo en el proceso. Es ese bien de la vida que se reclama mediante la demanda. Y si bien la pretensión se *procesaliza* ello no debe hacer creer que ella busca una satisfacción netamente procesal. Recordemos que ya desde Windscheid se le identificaba con la *actio*, sea el derecho sustancial que se reclama ante el órgano jurisdiccional; la famosa ANSPRUCH. Mientras que la pretensión procesal es en sentido *formal*, y la

---

30. PICADO GUERRERO, A., *Acumulación de autos y de acciones*, San José, 1981. LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milán, 1973, pp. 153 ss. Habla el autor de elementos de identificación: señalando: la *causa petendi*, el *petitum* y por supuesto, *las partes*. Se manifiesta además, que la *causa petendi*, no es suficiente para hablar de conexidad. CALAMANDREI, *Instituzioni di Diritto Processuale*, Padua, 1944, pp. 98-99. Cita también el autor los mismos tres elementos. Habla de *elementos de identificación* para el *simultaneus processus*. ZANZUCCHI, *Il nuovo Diritto Processuale Civile*, Milán, 1943, p. 220. TRAVI, *"Pluralità di cause e connessione impropria"*, Riv. Dir. Proc., 1956, pp. 258 ss. Coinciden en que estos tres elementos son propios de los procesos. Igualmente, REDENTI, *"Effetti della connessione e della continenza di cause sulla competenza"*, en Scritti, vol. I, p. 403.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

única que puede parecerse a ella es la acción misma como ese poder de pedir la satisfacción de justicia, pretensión que sí es procesal pues su fin es sólo obtener la respuesta del órgano jurisdiccional.

Ello muestra una clara confusión entre legitimación *ad causam* y *ad processum.*[31]

De ahí que la acción deba ser considerada no sólo como el acto que inicia el proceso, mediante la demanda, sino que se mantiene a lo largo de todo el proceso, pues el proceso es *actividad.* Ya se ha dicho que por ello la acción no es monopolio de las partes; de ella es titular también el juez,[32] pues en el proceso se da una unidad. El proceso es una estructura de colaboración entre los sujetos que lo integran cada uno en su posición jurídica procesal toda vez que mediante el procedimiento, la actividad procesal se *organiza.*[33]

Encontramos en el artículo 294 un error producto de ese uso inadecuado de los conceptos pues, el inciso 1º, señala que es posible declarar la falsedad de un documento en sede civil: "Cuando la pretensión penal se hubiere extinguido por prescripción". Aquí el yerro se vuelve más grave pues en realidad creemos que la pretensión no prescribe, sino el poder-derecho de acción. Sea, que la situación sustancial de la cual deriva la pretensión, no podrá obtener reparación únicamente si no se activa el órgano jurisdiccional dentro del plazo que la ley al efecto, concede.[34] Y así lo establece la ley penal al regular la prescripción en el artículo 82 del Código Penal.

Hemos destacado aquí aquellos artículos que a nuestro juicio, debieron haberse planteado con una mayor precisión de orden técnico como hicimos ver. No obstante, no pretendemos ser exhaustivos, aunque es muy posible que en éstos sea donde se den las mayores contradicciones y que como pudo ver el lector, pueden trascender al mundo práctico en el ejercicio profesional y a la hora de resolver para los jueces. Quizá el caso más problemático lo encontramos en la acumulación sea de pretensiones sea de procesos y la estipulación del artículo 34.

Desde luego, que no contamos aquí con ejemplos concretos pues para ello es necesario "tomarle el pulso" al proceso civil sobre la marcha y ello aún es prematuro porque estamos a un cortísimo plazo de su entrada en vigencia. Así un estudio en ese sentido, amerita una labor de investigación futura, aparte y diferente a la que ahora nos ocupa.

---

31. Es la posición de Carnelutti que acogía la teoría abstracta de la acción. CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile,* T. I, Padua, 1959. *Instituciones del proceso civil,* V. I, Buenos Aires, 1959. Trad. Sentís Melendo. Ver, un análisis del problema de la legitimación *ad agire* en FAZZALARI, *Instituzioni...* SATTA, *"Interesse ad agire e leggittimazione",* **Foro It,** 1954, p. 169. CARNELUTTI, *Titolarità del Diritto e leggittimazione,* **Riv. Dir. Proc.,** 1952, p. 121. MICHELI, *"Considerazioni sulla leggittimazione ad agire,* **Riv. Dir. Proc.,** 1960, pp. 566 ss. Este trabajo en honor a Betti, máximo exponente del tema, nos presenta esa concepción separada entre titular de la acción y titular del derecho sustancial.

32. FAZZALARI, *Instituzioni...*, p. 175 ss. FAZZALARI, *Note...*, p. 95. FAZZALARI, *"I poteri del giudice nel processo del lavoro",* **Riv. Dir. Proc.,** 1974, pp. 592 ss.

33. GRASSO, *"La collaborazione nel processo civile",* **Riv. Dir. Proc.,** 1966, pp. 580 ss. Con amplia referencia a distintas posiciones frente al problema.

34. En nuestro medio sobre el tema ver un interesante estudio en GONZÁLEZ A., Daniel, *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal,* 1986. Para este autor la acción en el Derecho Penal es *actividad* y hace la excepción en lo relativo al momento de la prescripción, toda vez que ahí se estaría más bien frente a una prescripción de la pretensión punitiva del delito. Ver pág. 48. Nuestra opinión es también que la acción es actividad, y por eso no debe confundirse con el acto inicial demanda, únicamente. La demanda permite el inicio del procedimiento (actividad que va hasta la consecución del acto final). El proceso penal jurisdiccional en el sistema acusatorio queda regido por el *principio de la demanda* como acto que concreta la introducción de la acción en el proceso: *nemo iudex sine actione.* El problema de la acción penal no puede desvincularse del de la acción en el proceso civil ya que de aquí derivan las más variadas posiciones. Precisamente, esta parece ser la razón de la existencia de tesis que ven en la acción penal la actividad dirigida a obtener del juez la decisión de la pretensión punitiva del Estado. Así la doctrina ha hecho abandono del pluralismo sistemático para decir que: "la acción penal es la expresión de un principio fundamental que no está en ningún texto legal y que es la base de todo el sistema jurisdiccional: *"ne procedat iudex ex officio".* Al respecto, ANDRIOLI, *"Significato attuale dell'azione penale",* **Riv. Dir. Proc.,** 1973, p. 360.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONCLUSIONES

Un estudio como este al final, deja más dudas que certezas pues la amplitud conque el tema viene expuesto en la doctrina, no puede trasladarse a un espacio tan breve.

Las ideas pues, se han presentado haciendo un sinnúmero de "recortes" que es obvio, dejarán al lector una multitud de inquietudes que surgen inevitablemente de un problema que ofrece tantos estudios y reflexiones. A ello se suma la forma copiosa y la brillante exposición en la doctrina pues no deja la sensación de que el tema debe ser replanteado en una nueva oportunidad sin tantas restricciones.

No obstante, queremos aprovechar para en pocas líneas agregar algunos pensamientos y confirmar otros.

No cabe duda que la llamada relatividad del concepto de acción, da lugar a una única conclusión: la acción como figura procesal subsiste:

> "El proceso de los pueblos modernos, civil o penal, es esencialmente un proceso de acción, es decir, un proceso en el que el órgano judicial no puede tener en consideración la realidad social para conocerla y modificarla en sus aspectos jurídicos, si no en la medida en que le sea propuesta por el sujeto que ejercita la acción".[35]

Y es que la coexistencia entre el Derecho sustancial y el Derecho Procesal, resulta evidente, pues es la respuesta del Ordenamiento ante el mal y la forma de eliminar el mal. Así nos dice Carnelutti que ello puede verse como la *fisiología* y la *patología:* el proceso como acción es el mecanismo para lograr devolver el desarrollo normal al derecho material.[36]

Precisamente de aquí se deriva otra conclusión y es que, la concepción que de la acción se tenga es determinante para comprender sus alcances. Si creemos que la acción se reduce al momento inicial del proceso la idea resulta sin lugar a dudas, cercenada y por eso incorrecta pues la acción marca el principio y el fin del proceso culminando en la actividad final del juez que es la sentencia. Es pues el presupuesto esencial de la jurisdicción, en consecuencia ostenta de la categoría de garantía constitucional de primer orden.

De ahí que la acción es esa actividad intersubjetiva entre los intérpretes del proceso en constante colaboración para obtener finalmente, la tutela jurisdiccional.

Apartar la acción del Derecho Procesal en consecuencia, resulta imposible no sólo a la luz de la práctica jurisdiccional sino, que es contrario a los Ordenamientos jurídicos modernos en los cuales se atribuye un significado autónomo al momento procesal y separado así de la cuestión material planteada en el proceso: pretensión con la cual coexiste.

BIBLIOGRAFÍA

Proyecto del Código Procesal Civil de 1983.

MONTERO AROCA, *Introducción al estudio del Derecho Procesal,* 1979.

CALAMANDREI, *"La certezza del Diritto e la responsabilità della dottrina",* en **Opere Giuridiche I,** 1965.

CONSO, *"La certezza del Diritto: ieri, oggi, domani",* **Riv. Dir. Proc.,** 1970.

GUASP, *La pretensión procesal,* 1981.

ARGUEDAS SALAZAR, *"La pretensión en el nuevo Código Procesal Civil,* en **Rev. Justitia,** Nº 40.

35. CALAMANDREI, *"La relatività del concetto d'azione",* **Riv. Dir. Proc.,** 1939, p. 26.

36. CARNELUTTI, *"Profilo dei rapporti tra Diritto e processo,* **Riv. Dir. Proc.,** 1960, p. 546.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CARNELUTTI, *"La missione del giurista"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1959.

BETTI, *Instituzioni del Diritto Romano*, 1947.

BIONDI, *Instituzioni di Diritto Romano*, 1965.

LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I-II, 1947-8.

WENGER, *Instituzioni di procedura civile romana*, Trad. Orestano, 1938.

PUGLIESE, *Actio e Diritto Subbiettivo*, 1939.

FERRABOSCHI, *"La natura della azione nel processo matrimoniale canonico"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1957.

ARANGIO RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 6ª ed., 1953.

BISCARDI, *Lezioni sull processo romano antico e classico*, 1968.

PUGLIESE, *Polemica intorno all'"actio" di Windscheid e Muther*, Introducción, 1954.

WINDSCHEID, *L'actio del Diritto Civile Romano*, Trad. de PUGLIESE y HEINITZ, 1954.

FAZZALARI, *Note in tema di Diritto e processo*, 1956-57.

FAZZALARI, *Instituzioni di Diritto processuale*, 1975.

CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, I, 1936.

LIEBMAN, *"Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1960.

MICHELI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 1959.

CAPPELLETTI, *"Sui nuovi fatti giuridichi ed eccezione nuove nel giudizio de rinvio*, **Riv. Dir. Proc.**, 1959.

ZANZUCCHI, *Il nuovo Diritto Processuale Civile*, 1943.

TRAVI, *"Pluralità di cause e connessione impropria"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1956.

REDENTI, *"Effetti della connessione e della continenza di cause sulla competenza"*, en **Scritti**, vol. I.

GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, **Riv. Dir. Proc.**, 1966.

FAZZALARI, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, **Riv. Dir. Proc.**, 1974.

CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, 1959.

CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, V. I, 1959. Trad. Sentís Melendo.

SATTA, *"Interesse ad agire e leggittimazione*, **Foro It**, 1954.

CARNELUTTI, *"Titolarità del Diritto e leggittimazione"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1952.

MICHELI, *"Considerazione sulla leggittimazione ad agire*, **Riv. Dir. Proc.**, 1960.

GONZÁLEZ A., *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal*, 1986.

ANDRIOLI, *"Significato attuale dell'azione penale"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1973.

CARNELUTTI, *"Un lapsus evidente?"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1960.

COUTURE, *Introducción al estudio del proceso civil*, 1949.

GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, 1939.

CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale Civile*, 1935.

FERRARA, *"La nozione dei rapporti processuali"*, en **Saggi di Diritto Processuale Civile**, 1914.

CALAMANDREI, *Instituzioni di Diritto Processuale civile*, 1943 y 1944.

SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, 1940.

MORTATI, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, 1962.

LIEBMAN, *"L'opera scientificha di Goldsmischsmidt e la teoria del rapporto processuale"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1950.

LIEBMAN, *Proceso civile*, 1962.

SALAZAR ARGUEDAS, *"La demanda en el proceso civil de Costa Rica"*, **Rev. Ciencias Jurídicas**, Nº 37.

PICADO GUERRERO, *Acumulación de autos y de acciones*, 1981.

LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 1973.

GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol. I, 1970.

DE FINA, *"Ordinamento e giurisdizione"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1969.

LIEBMAN, *"Diritto e giurisdizione"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1969.

LIEBMAN, *"Conclusione di una polemica"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1969.

SATTA, *"A proposito di 'Diritto e giurisdizione'"*, **Riv. Dir. Proc.**, 1969.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CHIOVENDA, *"L'azione nel sistema dei Diritto,* en **Saggi di Diritto Processual Civile,** I, 1930.

CAPOGRASSI, *"Intorno al processo",* **Riv. Intern. di Filosofia del Diritto,** 1938.

CALAMANDREI, *"La relatività del concetto d'azione",* **Riv. Dir. Proc.,** 1939.

COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione nel processo civile,* 1970.

CAPPELLETTI-VIGORITI, *"I Diritti Costituzionali delle parti nel processo civile italiano",* **Riv. Dir. Proc.,** 1971.

LEGISLACIÓN

Constitución Política.
Código Procesal Civil.
Código Procesal Penal italiano.
Código Procesal Civil brasileño.
Código Procesal Civil francés.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO*

GINO CAPPELLA MOLINA

SUMARIO

Pág.

I. Generalidades. 74
1. Notas históricas 74
2. Concepto y características 75
A. Definición 75
B. Características 75
i. Bilateralidad 75
ii. Onerosidad 76
iii. Aleatoriedad y condicionalidad 76
iv. Indemnidad 76

3. Características: en particular sobre su condición de contrato de adhesión 76
A. Contrato tipo 76
B. Función de la póliza (condiciones generales y particulares) 77

4. Modalidades de seguro marítimo 79
A. Según el interés 79
i. Sobre casco 79
ii. Sobre carga, facultades o mercancías 79
iii. Sobre flete 79

* Ciertas figuras contractuales, no obstante ser medios de frecuente utilización, no son muy conocidas por los estudiosos del Derecho y, menos, enseñadas en nuestras escuelas y universidades. Al lado de los nuevos contratos comerciales (**leasing, factoring, franchising, joint venture**, etc.), encontramos uno que, lejos de ser novedoso, es casi tan antiguo como la actividad comercial misma.
Relacionado en forma íntima con el transporte de mercancía, surge el negocio a que hacíamos referencia en el párrafo precedente. Sus aspectos más importantes son expuestos en el presente estudio con un ánimo expositivo y descriptivo más que crítico y analítico. Dicho de otro modo, nuestro interés es dar a conocer los aspectos más importantes del contrato mencionado, su forma de perfeccionamiento, sus características, etc.
Nuestro interés, entonces, no es la crítica ni el aporte novedoso. Sí intentamos, con éxito, creemos, el tratamiento del fenómeno a la luz de la teoría del negocio jurídico. De ahí que sigamos el esquema teórico de esa institución. También quisimos inscribirnos en una corriente doctrinaria minoritaria que encuentra en el llamado **interés asegurable**, no el objeto del contrato (como lo concibe la posición predominante), sino la causa del negocio. Por último, dada la imposibilidad de tratar todos los aspectos relacionados con este contrato (que ciertamente son muchos y muy variados), nos hemos limitado a un tratamiento extensivo y somero de sus aspectos más importantes. Para el lector que quiera ampliar, hemos incluido la bibliografía consultada, bajo el entendido de que no toda está citada al interno del estudio.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

B. Según el medio de transporte 79
i. Marítimo 79
ii. Terrestre 79

C. Según la vigencia 79
i. Por tiempo 79
ii. Por viaje 79

5. Tipos de póliza 80
A. Individual o cerrada 80
B. Abierta o flotante 80
C. "In quo vis" 80
Ch. "Book policy" 80
D. "All risks policy" 80
E. A precio alzado 81
F. "Blanket policy" 81
G. Póliza prevalorada ("valued policy") 81
H. La llamada póliza transferible 81
I. Otro documento: el certificado de seguro 81

II. Presupuestos 82
1. El asegurado y el tomador 82
2. El asegurador 82
A. El empresario y sus formas de organización 82
B. Sus auxiliares 82
i. El agente 82
ii. El "courtier juré" 83
iii. El "broker" 83

3. En particular, sobre el Lloyd's 83
4. El objeto 84

III. Elementos esenciales 84
1. La voluntad, oferta y aceptación: la máxima buena fe en las tratativas: la reticencia y la falsa declaración 84
2. La manifestación de voluntad: el contenido de las cláusulas más comunes de las pólizas 84
3. La causa 87
A. El interés asegurable 87
B. El riesgo 87
i. Principio de universalidad 87
ii. Principio de realidad 88
iii. Requisitos 88

IV. La eficacia 88
1. Situaciones de necesidad del asegurado 88
A. La obligación de pagar la prima 88
B. Las cargas del asegurado 88

2. Situación de necesidad del asegurador 89
A. La obligación de indemnizar 89
i. El sistema de abandono 89
ii. El sistema de avería 89
a. la avería gruesa 89
b. pérdida total 89
c. pérdida total constructiva 89
ch. pérdida total presuntiva 89
d. pérdida total real 89
e. avería particular 89

B. Sigue: las franquicias y deducibles 90

3. Otras situaciones de posibilidad derivadas del contrato 90
A. Para el asegurador: la subrogación 90
B. Para el asegurado: el abandono 90

Bibliografía 90

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. GENERALIDADES

1. NOTAS HISTÓRICAS

No se sabe aún con certeza cuál es el punto de partida del contrato de seguro marítimo. A pesar de que desde el siglo XII a.C., en el Código de Manú ya se hablaba del instituto, el verdadero precedente es el llamado *foenus nauticum* o préstamo a la gruesa. Este contrato, que nació en el transcurso de la Edad Media (como accesorio de otros contratos primero; como negocio principal después) como una forma de burlar la prohibición eclesiástica del préstamo a interés, consistía en el mutuo sobre una suma de dinero cuyo pago se garantizaría con un derecho real sobre la nave *(bottomry,* como lo llamaron los ingleses) o de la carga *(respondentia)* que el capitalista hacía al armador. A cambio, éste se comprometía a pagarle al primero el capital más un sobremonto si la aventura marina llegaba a buen recaudo. Si, por el contrario, tal hecho no acontecía, el prestatario no debía pagar nada.[1]

Sobre el seguro marítimo se reguló directamente por primera vez en cinco ordenanzas municipales de Barcelona, en los años 1435, 1436, 1458, 1481, 1483. En Italia, las más antiguas leyes relativas a seguros se contienen en una ordenanza veneciana de 1468, en los estatutos genoveses de 1478 y en el estatuto de Albenza de 1484. De otro lado, en Francia se reguló sobre el seguro marítimo en el *Guidon de la Mer,* redactado por autor anónimo en Ruán alrededor del siglo XVI.[2] En Inglaterra, el contrato era ya frecuente para el año de 1575. Vale destacar en este punto que en ese país, para 1613 se inició el uso de la llamada Póliza Tigre *(Tiger Policy),*[3] cuya redacción, *mutatis mutandis,* ha llegado a nuestros días.

También es de destacar que el seguro se afinca sobre la llamada *Lex Rodas* o ley de la echazón. La necesidad de sacrificar parte de los bienes componentes de la carga de una nave para salvar el resto de aquélla o para salvar, incluso la nave, dio lugar a la idea de que los beneficiados con tal maniobra debían compensar a quien había sufrido el sacrificio de manera proporcional. De esta institución se tiene noticia desde el año 916 a.C. y ella es el embrión de la llamada avería gruesa y, por supuesto, junto con el mencionado contrato de préstamo a la gruesa, del seguro marítimo.[4]

Por el predominio que el Imperio Inglés asumió en el siglo XVIII, el comercio marítimo se desarrolló en una buena dimensión en ese país, y por ese motivo, el estudio del contrato de seguro marítimo (que con el transporte, es necesaria consecuencia del comercio internacional) se desarrolló sobremanera en Inglaterra.

---

1. ZAMPELLA, Francesco, *Documenti mercantili e commercio internazionale.* Pirola Ed., 6ª ed., Milán, 1970, p. 112.
2. MALAGARRIGA, Carlos, *Tratado elemental de Derecho Comercial,* Bs. As. TEA, 1963, 3ª edición, 1963, T. III.
3. GILMORE, Grant y BLACK, Charles, *The Law of Admiralty.* New York, Foundation Press, Inc., 2ª ed., 1975, pp. 54, 55.
4. WINTER, William, *Marine Insurance. Its Principles and Practice.* Nueva York, McGraw-Hell Book Co., 3ª ed., 1952, p. 2.

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

A. DEFINICIÓN.

En materia de seguros, se acostumbra clasificar el fenómeno en:

a. los seguros sociales, que tienden a proteger la vida de las personas contra las consecuencias dañosas derivadas de un servicio a favor de otro. Se dice que se caracterizan porque de ordinario son obligatorios y la prima se traduce en aportaciones de parte de quien da el trabajo;

b. los llamados seguros privados, que a su vez se subdividen en seguros de vida y seguros contra daños y

c. los seguros privados, de nuevo, se subdividen en seguros terrestres, marítimos y aeronáuticos, según el medio de transporte con ocasión del cual se produce el hecho dañoso que torna eficaz el contrato.[5]

Se define el seguro marítimo de la siguiente forma:

> "El contrato de seguro marítimo es aquel por el cual una de las partes, asegurador, se obliga mediante el pago de una prima a indemnizar a la otra parte, asegurado, de los daños o perjuicios que pueda sufrir por un acontecimiento futuro o incierto que afecte algún interés como consecuencia de un riesgo marítimo".[6]

aunque debemos observar de la anterior definición dos aspectos:

a. que el asegurado no es siempre el accipiens de la indemnización y

b. que el acontecimiento debe ser futuro *e* incierto y no futuro o incierto.

También se le define así:

> "...hay seguro cuando a cambio de una prestación única y periódica, fijada o a liquidarse (determinada o determinable) y que no siempre es efectuada por el beneficiario, éste recibe una cantidad de dinero, también de una vez o en forma periódica, o se evita un desembolso, al producirse un evento, en cuya realización o no realización existe un interés".[7]

Como contrato de Derecho Privado que es, está impregnado en forma predominante por el principio de autonomía de la voluntad y de ahí que se pueda decir que las disposiciones de Derecho Positivo que lo rigen pueden ser derogadas por acuerdo de partes.

B. CARACTERÍSTICAS.

Se trata de un contrato de forma libre o consensual, bilateral, oneroso, de máxima buena fe *(uberrimae bonae fidei)*. Se dice también que es un contrato *intuitu personae* o de condiciones personalísimas.[8]

i. Bilateralidad.

Se dice que es de esta categoría porque una vez logrado el perfeccionamiento contractual, lo que sucede con el solo acuerdo, surgen obligaciones recíprocas para ambas partes entrelazadas aquéllas entre sí de forma tal que la prestación de una de las partes es la causa de la contraprestación.[9] Consecuentemente, es

---

5. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ed. EJEA, trad. de la 8ª edición italiana de SENTIS MELENDO, Bs. As., 1979, T. VI, p. 157.
6. GONZÁLEZ LEBRERO, Rodolfo, *Manual de Derecho de la Navegación*. Bs. As. Ediciones Depalma, 1972, p. 332.
7. MALAGARRIGA, *Tratado, op. cit.*, p. 317. El paréntesis no es del original.
8. MESSINEO, F., *Manual, op. cit.*, T. VI, p. 157; MALAGARRIGA, *Tratado, op. cit.*, pp. 334 y ss.
9. URIA GONZÁLEZ, Rodrigo, *El seguro marítimo*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, sne, 1940, p. 10; SERRANO PINTO, German, *Curso Elemental sobre el Derecho de Seguros en Costa Rica*, publicación poligrafiada del Instituto Nacional de Seguros, San José, 1978, p. 23.

susceptible de ser resuelto por incumplimiento grave.[10]

ii. Onerosidad.

El seguro pertenece a este grupo de contratos. Efectivamente, el sacrificio patrimonial que soporta el asegurado con el pago de la prima, se ve compensado por la (eventual) indemnización que recibirá de parte del asegurador. Por su parte, el sacrificio patrimonial soportado por éste, y que consiste en el pago de la indemnización se compensará con la prima recibida del asegurado.[11]

iii. Condicionalidad.

De la definición que dimos arriba se deriva este elemento: el contrato se encuentra sometido a condición suspensiva, de cuya verificación depende la actualización de la eficacia sobre todo respecto del asegurado. Precisamente, esa condicionalidad ha sido la base para que se sostenga que el contrato es aleatorio, aunque esta afirmación ha caído en crisis, dados los profundos estudios actuariomatemáticos que los aseguradores efectúan y que eliminan en gran medida el azar propio del álea. En todo caso, sí hay acuerdo en doctrina sobre la condicionalidad del acuerdo asegurativo.[12]

iv. Indemnidad.

El contrato de seguro en general es de indemnización. Con ello se quiere decir que el seguro no es un juego de azar ni busca enriquecer injustamente al asegurado. Este recibirá sólo el monto de la pérdida sufrida. Consecuentemente, el asegurado no recibirá monto superior a este extremo y de ahí proviene la práctica de incluir en los seguros pactos accidentales en el sentido de que si un interés se encuentra cubierto por varios contratos de seguros, la pérdida será soportada entre los aseguradores en forma proporcional.[13]

3. CARACTERÍSTICAS: EN PARTICULAR SOBRE LA CUALIDAD DE CONTRATO DE ADHESIÓN

A. CONTRATO TIPO.

En esta sede, se discute sobre el citado carácter como propio del contrato de seguro. En este punto, surge un concepto muy importante de esta materia, cual es la póliza. Esta es el documento que resulta del acuerdo. Es decir, es la forma documental (innecesaria, porque el contrato es de forma libre) que adquiere el consentimiento propio del negocio jurídico. Como se podrá apreciar *prima facie,* se trata de un contrato de empresa y por ende, es realizado en masa.[14] De ahí que sea frecuente la utilización de contratos escritos con formatos uniformes, casi siempre (por no decir que siempre) redactados por la parte aseguradora. Sin embargo, y especialmente en materia de seguros sobre cascos, las más de las veces la contraparte es económicamente tan o más fuerte

10. CASAFONT ROMERO, Pablo, *Ensayos de Derecho Contractual.* San José, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, 2ª edición, 1979, pp. 22, 23.

11. URIA, *El seguro, op. cit.,* p. 10.

12. V. ZAMPELLA, *Documenti, op. cit.,* p. 114; BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado.* Ed. EJEA, trad. de la 6ª ed. italiana de SENTIS MELENDO, Bs. As., 1967, T. IV, pp. 487, 488; ATHEARN, James y PRITCHETT, Travis, *Risk and Insurance,* Minnesota, West Publishing Co., 5ª ed., 1984, p. 110; GREENE, Mark, *Riesgo y seguro.* Ed. Mapfre, S.A., 3ª edición, Madrid, 1979; URIA, *El seguro, op. cit.,* p. 11.

13. V. en este punto específico, GREENE, Riesgo, *op. cit.,* pp. 255, 256. Sobre la cualidad de contrato de indemnización, v. GONZÁLEZ LEBRERO, *Manual, op. cit.,* p. 353; URIA, *El seguro, op. cit.,* p. 12; ZAMPELLA, *Documenti, op. cit.,* p. 114.

14. URIA, *El seguro, op. cit.,* pp. 10, 11.

que el asegurador, y esa condición coloca a esta parte en situación de poder negociar libremente con el asegurador el contenido del contrato. Por ello, algunos prefieren clasificarlo como contrato de libre discusión o, al menos, como contrato tipo.[15]

El que se clasifique el seguro marítimo como contrato de adhesión supone un efecto práctico muy importante: las cláusulas ambiguas u oscuras serán interpretadas no según las reglas generales, sino en contra de los intereses de la parte que se impuso y a favor de la adherente.[16]

B. LA IMPORTANCIA Y LA FUNCIÓN DE LA PÓLIZA.

El seguro no se puede calificar de mero contrato de adhesión porque la póliza de seguros presenta un formato que da la idea de que las partes sí negociaron libremente, sin imposiciones, algunos aspectos: se habla de condiciones generales y de condiciones particulares o especiales. En las primeras, se consignan las reglas generales del negocio y generalmente van en letra de imprenta. En las segundas, las reglas especiales, producto de una libre negociación, que derogan las primeras y que, por ser casuísticas, van impresas, generalmente, en máquina de escribir.[17] De otro lado, los llamados endosos,[18] que son acuerdos sobrevinientes que modifican el original, nos revelan que el seguro marítimo se asemeja más al contrato tipo que al de adhesión.

Conviene en este punto incluir algunas observaciones sobre la póliza. Hemos dado a conocer ya el aspecto formal de la póliza y como dijimos arriba, la póliza es un documento que sirve de prueba del contrato, pero diferente de éste. El negocio se perfecciona, como consensual que es, con el solo acuerdo. La póliza no hace sino documentar lo que ya existe.[19] Sin embargo, la póliza reúne algunas características que vale la pena mencionar:

a. es transmisible, sea mortis causa, sea por acto inter vivos. Tal transmisión tiene lugar siempre que se mantenga el interés asegurable y

b. relacionado con el anterior aspecto, se ha llegado a sostener, sobre todo en sede de pólizas a la orden o al portador, que la póliza es un título valor causal e impropio[20] (no destinado a la circulación, aunque ocasionalmente lo haga). Sin embargo, decimos nosotros, si el título valor está destinado a la circulación y éste es uno de sus rasgos más importantes, no se puede afirmar que aunque no está destinado a la circulación, es título valor.

El contenido mínimo de la póliza debe incluir los siguientes aspectos:

a. los nombres de las partes intervinientes;
b. el concepto bajo el cual se extiende la cobertura; esto es, la determinación del interés asegurable;
c. la individualización de los riesgos (condición) a que se exponen los bienes del seguro;

---

15. Lo consideran de adhesión URIA, *El seguro, op. cit.*, p. 11; GREENE, *Riesgo, op. cit.*, p. 272; ATHEARN-PRITCHETT, *Risk, op. cit.*, pp. 111, 112. Lo considera de libre discusión BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Comercial.* Ed. Tecnos, S.A., 7ª edición, Madrid, 1987, p. 811. De contrato de adhesión, pero referido a otros seguros, v. TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, Sección Segunda, de las 13,35 hrs. del 1 de julio de 1982.

16. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sección Primera, Nº 759 de las 8,05 hrs. del 13 de octubre de 1988; BELTRÁN MONTIEL, Héctor, *Curso de Derecho de la Navegación.* En **Antología del Seminario sobre Seguros,** organizado por CINDE, San José, del 8 al 11 de abril de 1991, p. 447.

17. WINTER, William, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 131.

18. RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos, *Derecho de seguros y reaseguros.* Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1987, p. 113.

19. Aunque debemos destacar que algunos ordenamientos como, v. gr., el español, conciben el seguro como contrato formal. En tal caso, la póliza es una solemnidad ad solemnitatem y no una mera solemnidad ad probationem. V. URIA, *op. cit.*, pp. 58, 59.

20. URIA, *El seguro, op. cit.*, pp. 58, 59.

ch. el tope máximo de la indemnización debida por el asegurador;
d. la fecha de su emisión.[21]

En otros ordenamientos, como el español, se exige como contenido mínimo el siguiente:

1. fecha del contrato, con expresión de la hora;
2. nombres de las partes;
3. concepto en que contrata el asegurado, con indicación de si obra a cuenta ajena o propia. En el primer caso, deberá consignar el nombre del principal;
4. nombre, puerto, pabellón y matrícula del buque asegurado o que sirva de medio de transporte, según el tipo de seguro;
5. nombre y domicilio del capitán;
6. puerto de carga;
7. puerto de partida;
8. puertos de descarga o de escalas;
9. naturaleza e identificación de los bienes asegurados;
10. números de bultos y sus marcas;
11. vigencia del seguro (plazo);
12. cantidad asegurada (monto de la eventual indemnización);
13. precio de la prima, así como tiempo y forma de pago;
14. parte de la prima que corresponde al viaje de ida y parte del viaje de vuelta;
15. mención de la obligación de indemnización.[22]

Aunque se dice que la falta de uno de estos requisitos acarrea la invalidez[23] del contrato, si este es consensual y se demuestra por cualquier medio procedente que las partes convinieron sobre el extremo que se dejó de incluir en la póliza, el negocio mantendrá su validez. De ahí que sea de fundamental importancia la distinción en cuanto al tipo de solemnidad en que se constituye la póliza.

También la póliza juega un papel importantísimo en materia de interpretación del contrato. Aparte del que ya se dijo, en sistemas anglosajones, se prefiere el texto de la póliza a los documentos resultantes de las tratativas en caso de que se alegue divergencia entre aquélla y la voluntad verdadera de las partes. En caso de que una tal disconformidad se presente, valdrán los documentos de las tratativas en caso de que se trate de un simple error material, en cuyo caso sólo se tendrá un derecho de corrección.[24]

Sin perjuicio de profundizar sobre el tema, por ahora diremos que las pólizas se clasifican de la siguiente forma:

a. simples, que son las que dejan determinado con precisión el objeto;
b. flotantes, que permiten la restitución sobreviniente del objeto;
c. al portador: a favor de una persona indeterminada;
ch. individuales o colectivas, según el número de asegurados;
d. automáticas, que se revalorizan mediante cláusulas de estabilización.[25]

---

21. V. RODRÍGUEZ PASTOR, *Derecho de Seguros, op. cit.*, p. 114.
22. GONZÁLEZ HEVIA, Raúl, *Manual de Seguro Marítimo.* Madrid, Ed. Mapfre, S.A., 2ª edición, 1980, p. 18.
23. *Ídem.*
24. WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 132.
25. RODRÍGUEZ PASTOR, *Derecho de Seguros, op. cit.*, pp. 113, 114.

4. MODALIDADES DEL SEGURO MARÍTIMO

A. SEGÚN EL INTERÉS ASEGURADO: SEGUROS SOBRE CASCO, CARGA Y FLETE.

Según el interés asegurado, se dividen en las categorías mencionadas en el título de este aparte.

i. Sobre casco. También denominado sobre cuerpos o sobre el buque, cubre los riesgos que la navegación puede ocasionar al medio de transporte conocido como tal.[26]

ii. Sobre carga, facultades o mercancías. Cubre los daños que puedan sufrir las cosas objeto del contrato de transporte y sus accesorios, individualizados en la póliza[27] y;

iii. Sobre flete. Usualmente estipulado en beneficio del fletante, se usa para cubrir el riesgo derivado del supuesto en virtud del cual se frustre el transporte.[28]

También se habla de seguro sobre *beneficio esperado* (el que espera recibir el cargador o su destinatario por el mayor valor de la mercancía en el puerto de destino), el *seguro sobre indemnización* (para cubrir las eventuales indemnizaciones que el naviero o bien los cargadores deberán a otros cargadores en caso de sacrificio de la mercancía por avería gruesa) y *seguros sobre responsabilidades* (para cubrir las indemnizaciones que el transportista deba a los cargadores como consecuencia del incumplimiento del contrato de transporte.[29]

B. SEGÚN EL MEDIO DE TRANSPORTE: I. SEGUROS MARÍTIMOS Y II. TERRESTRES. CRÍTICA.

Del solo nombre de la distinción se deriva que se pretende dividir el contrato según que se utilice un medio terrestre o marítimo. Se le ha criticado en el sentido de que:

> "toda clasificación requiere de cierta simetría de orden lógico, que no tiene la que motiva este aparte, porque de un lado aparecen todas las variedades del seguro, inclusive el seguro de transportes terrestres y de otro, el seguro marítimo que comprende los riesgos del mar, pero sólo en cuanto amenazas para la nave, los fletes y las mercancías que hacen el objeto del contrato de transporte de aquella índole".[30]

Sin embargo, sí se admite que el contrato de seguros, en general, es una subespecie del contrato de seguro.[31]

C. SEGÚN LA VIGENCIA: I. SEGUROS POR TIEMPO Y II. SEGUROS POR VIAJE.

Se puede asegurar el bien sea por un lapso determinado o determinable, sea por todo el tiempo en que el objeto se encuentra en viaje. El seguro sobre carga es casi que invariablemente asegurado por viaje; el de casco, por tiempo. Asimismo, en la última categoría se puede asegurar toda una flotilla. En cuanto a los contenedores, que tanto problema nuevo han suscitado, luego de una discusión sobre su inclusión en el seguro de carga o en el de casco, se ha llegado a determinar que pertenecen a la segunda categoría, de acuerdo con las nuevas Cláusulas Americanas.[32]

---

26. BROSETA PONT, *Manual, op. cit.*, p. 812; DONATI, Antigono, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. Dott. A Giuffrè ed., Milán, 1956, vol. III, p. 18.

27. WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 257; BROSETA, *Manual, op. cit.*, p. 812; DONATI, *Trattato, op. cit.*, p. 18.

28. BROSETA PONT, *Manual, op. cit.*, p. 812.

29. BROSETA, *op. últ. cit.*; WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 259.

30. OSSA, Guillermo, *Teoría general del seguro. El contrato*. Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 49.

31. *Ídem.*

32. Sobre este punto es específico GILMORE-GRANT, *The Law, op. cit.*, pp. 57, 58.

5. TIPOS DE PÓLIZA

A. PÓLIZA INDIVIDUAL O CERRADA.

Se caracterizan porque se utilizan para un viaje determinado, con identificación precisa del objeto sobre la que recaen; especifican el valor del bien asegurado y son propias de los transportes únicos y fijados.[33]

B. ABIERTA O FLOTANTE (TAMBIÉN LLAMADA DE ABONO).

Se tiene una póliza abierta, flotante, de abono, de declaraciones (todos esos nombres recibe este documento), cuando el seguro es asumido para todas las mercancías cargadas sobre cualquier nave a escogencia del asegurado. Consecuentemente, el asegurador se obliga a indemnizar en caso de siniestro, por las pérdidas sufridas por los cargamentos del asegurado, sin excepción alguna. En estos contratos, el asegurado asume la carga de dar aviso al asegurador de los nuevos cargamentos conforme se suscitan. En ese momento, además, debe cumplir con la obligación de pagar la prima correspondiente. Esta entrega no es elemento conformante del contrato (en cuyo caso tendríamos que sostener que es real, y ya hemos dicho que el contrato de seguro es de forma libre), sino el cumplimiento de una obligación derivada de la especie fáctica contractual. El sólo pensar en el intenso tráfico de mercancías, en la rapidez y agilidad con que se celebran y ejecutan los contratos de venta internacionales nos revela la utilidad práctico económica de esta forma asegurativa.[34]

C. PÓLIZA *IN QUO VIS*.

Esta modalidad de contrato es una suerte de combinación de la póliza abierta (en cuanto deja indeterminado el nombre y características del buque) y de la cerrada (en cuanto recae sobre un cargamento determinado). Toma su nombre de la expresión *in quo vis vasello*, que significa "en el buque que quieras". Si bien recae sobre un cargamento determinado, deja a escogencia del asegurado la elección del buque sobre el cual trasegará la mercancía. Para proteger los intereses del asegurador, se pacta sobre ciertas condiciones generales que debe reunir el buque (tonelaje, dimensiones, que tenga determinadas cámaras como la refrigeración, etc.). Generalmente, la prima se paga anticipadamente, y el asegurado corre con la carga de comunicar al asegurador la decisión tomada en cuanto a la nave.[35]

CH. LA "BOOK POLICY".

En realidad, esta no es una modalidad de póliza, sino una forma de presentación del documento. Es producto de la organización coherente y lógica de las cláusulas contractuales que en los sistemas anglosajones se incorporan conforme se dictan los llamados "leading cases" (con lo que la póliza queda con un clausulado sumamente incoherente). La ordenación lógica dio como resultado una presentación en forma de libro, de donde toma su nombre inglés el nuevo formato. La labor de ordenación ha sido desarrollada por el Instituto Americano de Aseguradores.[36]

D. LA PÓLIZA TODO RIESGO (ALL RISKS POLICY).

Mediante ella, se intenta cubrir todo riesgo digno de recibir protección. También se habla de seguros acumulativos, para designar la

---

33. BROSETA PONT, *Manual, op. cit.*, p. 510; GONZÁLEZ AGUILUZ, Marcial, *La red contractual internacional*, tesis de grado para la obtención del título de licenciado en Derecho. San Pedro, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1989, T. II, p. 523.

34. ZAMPELLA, *Documenti, op. cit.*, p. 126; URIA, *El seguro, op. cit.*, p. 65; RIPERT, George, *Compendio de Derecho Marítimo*. Bs. As., TEA, 1954, p. 409; WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 150; GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.*, pp. 25 a 27.

35. ZAMPELLA, *Documenti, op. cit.*, p. 126; URIA, *El seguro, op. cit.*, pp. 64, 65; DONATI, *Trattato*, pp. 34, 35.

36. Véase WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 150.

póliza que cubre riesgos diversos, con tal que guarden afinidad con el objeto principal.[37]

E. A PRECIO ALZADO.

Conocida más comúnmente con la expresión de *à forfait*, en ella los intereses asegurados quedan cubiertos, pero se van determinando en concreto, se actualizan, conforme se van exponiendo al riesgo cubierto.[38]

F. PÓLIZA "FRAZADA" (BLANKET POLICY).

No encontramos traducción al español de esta modalidad, así que hemos hecho nosotros la labor, aunque en forma literal. Se caracteriza porque describe la zona geográfica y los límites temporales bajo los cuales regirá, determina el límite de responsabilidad sobre cualquiera de los buques y localidad en un momento determinado. Se distingue de la póliza abierta porque en ésta, el asegurado paga una suma determinada según los montos actuales para los riesgos cubiertos a título de prima; en este otro tipo, una parte de la prima es pagada y si el riesgo bajo el cual se encuentra la mercancía reclama una suma inferior, el asegurador devolverá el excedente.[39]

G. PÓLIZA PREVALORADA (VALUED POLICY).

Es frecuente en seguro de cascos. Se trata de una modalidad de seguro por la cual se acuerda entre las partes el monto máximo de la indemnización. Fuera de hipótesis de reticencias, falsas declaraciones o dolo, ese monto será el que haya de ser indemnizado, independientemente del verdadero valor del daño sufrido, cualquiera que hubiere sido el verdadero valor de la propiedad asegurada.[40]

H. LA LLAMADA PÓLIZA TRANSFERIBLE.

Este tipo de documento se refiere a un pacto del contrato de seguro por el cual se transfiere el título por endoso, pero bajo el entendido de que tal transmisión importa sólo la cesión a terceros del eventual crédito que surgirá contra el asegurador.[41] También se habla de póliza al portador en aquellos casos en que no se intesta el nombre del beneficiario. Tanto cuando es a la orden como cuando se emite al portador, se espera, de antemano, que el documento pase de manos del tomador al destinatario de la mercancía. La póliza al portador se denomina también como póliza de quien corresponda o póliza de quien competa.[42]

I. OTRO DOCUMENTO: EL CERTIFICADO DE SEGURO.

Es un documento unilateralmente emitido por el asegurador por el cual él menciona que determinada mercadería estuvo asegurada por él mediante un seguro flotante. Su valor es meramente probatorio y son distintos de la póliza. Generalmente se usa para que acompañen a la mercancía y de ahí su utilidad práctica: de esa forma, la póliza se queda a buen recaudo.[43]

---

37. RODRÍGUEZ PASTOR, *Derecho de Seguros, op. cit.*, p. 115.

38. MESSINEO, *Manual*, p. 162.

39. WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 149: "The principal distinction between the open policy and the blanket policy is that in the former type of contract the assured pays the premium on the actual amounts at risk while under the latter form a lump sum premium is charged. ...By the same terms, a return of a premium may be made at a afixed rate if the actual amount at risk fell below the estimated amount".

40. GILMORE-GRANT, *The Law, op. cit.*, p. 87; WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*; ZAMPELLA, *Documenti, op. cit.*, p. 128.

41. DONATI, *Trattato, op. cit.*, pp. 51, 52.

42. DONATI, *op. últ. cit.*; ZAMPELLA, *Documenti, op. cit.*, p. 127.

43. URIA, *Seguro, op. cit.*, pp. 68, 69.

II. PRESUPUESTOS

1. EL ASEGURADO Y EL TOMADOR

El asegurado puede ser persona física o jurídica. Se le aplican las reglas generales en cuanto a capacidad, legitimación y titularidad. En cuanto a este último aspecto, debemos destacar que el asegurado debe ser titular del llamado "interés asegurable" y por ende, asegurado puede ser el acreedor real, el fletador, el asegurador mediante el reaseguro, el condómino, el usufructuario, etc. Puede asegurarse tanto directamente como mediante mandatario (con o sin representación). Es frecuente, incluso, que el seguro se tome bajo una gestoría de negocios: v. gr., las compañías navieras que aseguran la mercancía cargada sin tomar el parecer del cargador, a quien luego cobran la prima.[44] Si el tomador del seguro es un mandatario sin representación, se aplican las reglas generales de tal fenómeno. Por eso, se puede decir que la coincidencia entre el tomador y el beneficiario es sólo contingente, no necesaria. Si tal conformidad no se da (en la venta CIF, v. gr.) se torna útil la distinción.

2. EL ASEGURADOR

A. EL EMPRESARIO Y SUS FORMAS DE ORGANIZACIÓN.

En principio y desde un punto de vista exclusivamente jurídico, nada se opone a que el asegurador pueda ser una persona física.[45] Sin embargo, dados los montos que deben pagarse a título de indemnización y la función intermediaria de la empresa aseguradora, es normal (mas no necesario) que el asegurador tome la forma de una persona jurídica (las más de las veces, una sociedad anónima) o bien bajo formas organizativas mutuales.[46] Además, es usual que el asegurador normal, el colectivamente organizado, a su vez, se asocie con otros en sindicatos, de los cuales, a 1989, había 166 para cubrir los transportes aéreo y marítimo.[47]

De otra parte, se cuenta también con los clubes de seguros, que son agrupaciones de cargadores que, bajo la forma mutualística, se cubren de los riesgos que no se resguardan mediante los seguros ordinarios, como la demora, la guerra, riesgos de defensa, etc.[48]

B. LOS AUXILIARES DEL ASEGURADOR.

i. El agente. Muy similar al comisionista, se distingue de éste porque el comisionista recibe encargos concretos; el agente, un encargo amplio y genérico y porque la relación entre comisionista y principal es intermitente; el nexo

---

44. URIA, *Seguro, op. cit.*, p. 44.

45. WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 126.

46. V. URIA, *El Seguro*, p. 32; MESSINEO, *Manual*, VI, *op. cit.*, p. 159. Cabe destacar que el último ve en el asegurador individual un imposible que basa sobre su incapacidad de enfrentar, solo, las obligaciones derivadas de un giro empresarial como el comentado. De nuestro lado, creemos que ese es un motivo técnico económico que afecta al asegurador individualmente organizado, mas no jurídico.

47. ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN DE NEGOCIOS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, Facultad de Ciencias Económicas, Programa de Comercio Internacional, San Pedro, 1989, p. 4.

48. GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.*, p. 109.

entre principal y agente, permanente. Se habla de *agente afecto,* que está vinculado al principal mediante un contrato de colaboración; de *agente general,* que en forma exclusiva para una zona geográfica, representa al asegurador y el *agente libre,* que actúa en el mercado de seguros sin vinculación expresa a asegurador alguno.[49] En nuestro país, la anterior distinción carece de importancia jurídica si se tiene en cuenta el monopolio de seguros que ostenta el Instituto Nacional de Seguros. Sí debe tenerse presente que se le ha calificado (en nuestro criterio, incorrectamente, porque el agente no lo es) como un subordinado laboral de aquella institución.[50]

ii. El "courtier juré".

Se trata, en realidad, de un agente de seguros cuya función consiste en obtener que varios aseguradores cubran en conjunto un riesgo, cuando no se asume por parte de uno solo. Jurídicamente, es un mandatario del asegurado que concluye el contrato y se ocupa de su redacción. Se parece al corredor en que intenta la coincidencia de la oferta y de la aceptación, pero se diferencia de él en que tiende a defender los intereses de aquel sujeto del contrato. Como su nombre deja ver, es muy común en Francia.[51]

iii. El "broker".

Es el corredor conforme lo conocemos. Cabe destacar que el "broker" nació al amparo del Lloyd's y son ellos los únicos que pueden entrar en tratativas con los aseguradores (underwriters) afiliados a ese órgano. Asimismo, se encarga de recibir el reclamo del asegurado en caso de siniestro, de controlar su veracidad y de gestionar el cobro de la indemnización.[52]

3. EN PARTICULAR, SOBRE EL LLOYD'S

No se puede hablar de seguros marítimos sin mencionar esta organización. Debemos dejar aclarado que el Lloyd's no es un asegurador, ni es parte del contrato de seguros. Sus orígenes se remontan al siglo XVII. En esa época, entre los aseguradores marítimos se formó el hábito de frecuentar los cafés en busca de negocios. El más famoso de estos cafés fue el de Edward Lloyd, de donde tomó el nombre lo que ahora es una suerte de bolsa de seguros. Ahí se registran los buques en un célebre registro que es de obligada consulta para quienes se involucran en este negocio, etc.[53]

---

49. GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.,* p. 8; URIA, *Seguro, op. cit.,* pp. 35, 36.

50. Por todos, TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO DE SAN JOSÉ, Nº 436 de las 8,30 hrs. del 11 de febrero de 1977. Cabe destacar que las resoluciones coincidentes en este sentido abundan y son erradas, todas. Asimismo, tal calificación ha sometido al agente al régimen laboral, lo que ha sido perjudicial al Instituto.

51. GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.,* p. 8.

52. ZAMPELLA, *Documenti, op. cit.,* pp. 152, 153; WINTER, *Marine Insurance, op. cit.,* p. 128; URIA, *Seguro, op. cit.,* pp. 38, 39; GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.,* pp. 8, 9.

53. GILMORE-GRANT, *The Law, op. cit.,* p. 55.

4. EL OBJETO

A pesar de que gran parte de la doctrina sostiene que es el interés asegurable (del cual hablaremos después, con ocasión de la causa), somos del criterio de que el objeto del contrato es el bien sobre el cual recae la protección asegurativa.[54]

Otros sostienen que el objeto es el riesgo, en este caso, el inherente a la navegación.[55]

III. ELEMENTOS ESENCIALES

1. LA VOLUNTAD. OFERTA Y ACEPTACIÓN. LA MÁXIMA BUENA FE EN LAS TRATATIVAS: LA RETICENCIA Y LA FALSA DECLARACIÓN

Arriba se dijo que el contrato de seguro es de máxima buena fe. Por ello, la oferta, que las más de las veces se concreta en un formulario extendido por el asegurador, debe ser correspondiente a la realidad. Como el asegurador no tiene forma de controlar o verificar el dicho del (futuro) asegurado, entonces se carga sobre este sujeto un deber de fidelidad que matiza este negocio jurídico y lo distingue de los demás, al menos en este punto específico. Es decir, se le impone el deber de decir la verdad. La infracción a ese deber significa dolo, que en este campo específico adquiere el nombre de reticencias o en inglés "concealment".[56] Como contrato de forma libre que es, se perfecciona con el solo acuerdo entre partes. Basta, entonces, la coincidencia entre oferta y aceptación. Se aplican las reglas generales en sede de contratación entre ausentes.

2. LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD: EL CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS MÁS COMUNES DE LAS PÓLIZAS

Aunque deberíamos haber incluido aquí todo el análisis hecho sobre la póliza, hemos preferido dejar ese tema a su correspondiente lugar y enumerar ahora las cláusulas más comunes, su denominación y una ligera explicación de cada una.

i. Cláusula de abordaje *(running down clause)*. Garantiza al propietario del buque contra las reclamaciones de terceros provenientes de colisiones.[57]

ii. Cláusula de buques hermanos *(sistership clause)*. Considera los buques de un mismo

54. GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.*, pp. 18, 19; URIA GONZÁLEZ, *Seguro, op. cit.*, pp. 83, 84.

55. OSSA, *Teoría, op. cit.*, p. 49.

56. V. BROSETA PONT, *Manual, op. cit.*, p. 510; MESSINEO, *Manual, op. cit.*, t. VI, p. 166; WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 224; DONATI, *Trattato, op. cit.*, pp. 50, 51; GILMORE-GRANT, *The Law, op. cit.*, p. 62; ATHEARN-PRITCHETT, *Risk, op. cit.*, p. 101; GREENE, *Riesgo, op. cit.*, p. 262; BELTRÁN MONTIEL, *op. cit.*, p. 444 y en realidad, toda la doctrina.

57. GREENE, *op. cit.*, p. 393.

armador, a efectos de reclamaciones derivadas de abordajes, colisiones o salvamentos, como si fueran de distinto propietario.

iii. Cláusula de protección e indemnización *(protection and indemnity clause)*. Recoge algunas de las coberturas de los clubes de protección a que arriba se hizo referencia.

iv. Cláusula de tráfico *(docking clause)*. Autoriza los movimientos del buque dentro del puerto o zona de fondeo para entrar y salir de diques secos, muelles, canales, basadas y pontones.

v. Cláusula de venta del buque *(sale or vessel clause)*. Se acuerda la extinción de la eficacia contractual si el buque es enajenado.

vi. Cláusula de negligencia y defectos latentes *(Inchmaree clause)*. Cubre la navegación del buque, salvo vicios derivados de la culpa de los reparadores. Tomó su nombre del buque envuelto en el caso judicial que la generó.

vii. Cláusula de avería gruesa *(foreign general average clause)*. Reconoce las liquidaciones efectuadas por avería gruesa conforme al ordenamiento vigente en el lugar de destino del buque. Incluye las normas de las reglas York-Amberes.

viii. Cláusula de participación en los gastos de conservación y salvamento *(sue & labour clause)*. Por su virtud, se obliga el asegurado a incurrir en los gastos necesarios para salvar y rescatar el bien asegurado, a efecto de no agravar el monto de la indemnización. Estos gastos serán reembolsados por el asegurador, aun cuando ellos, unidos a la indemnización propiamente dicha, superen este último extremo.[58]

ix. Cláusula sobre diseño defectuoso *(faulty design clause)*. Se cubren los vicios derivados del incorrecto diseño de la nave.

x. Cláusula sobre desplazamientos *(navigation range clause)*. En los buques bajo construcción, les permite los movimientos en el puerto o en lugar de construcción relacionados con la entrega hasta una distancia determinada.

xi. Cláusula sobre cesiones y transmisiones *(assignment clause)*. Elimina la eficacia contractual si se transmite la póliza, salvo que se endose con autorización del asegurador.

xii. Cláusula de remoción de restos *(removal of wreck clause)*. Garantiza el pago de los gastos derivados de la remoción de restos que no sean indemnizables.

xiii. Cláusula de embarcaciones, almadías y gabarras *(craft clause)*. Protege la mercancía mientras se acarrea en uno de estos medios para carga o descarga.

xiv. Cláusula de navegabilidad *(seaworthiness admitted clause)*. A pesar de ser un elemento natural del contrato, se pacta para cubrir las hipótesis en que el asegurado no tiene control sobre la navegabilidad del buque, caso en el cual se tendrá derecho a la indemnización.

xv. Cláusula de depositario *(bailee clause)*. En los seguros sobre carga, obliga al asegurado a tomar las medidas para prevenir o disminuir las pérdidas, a fin de proteger los intereses del asegurador. Es una manifestación de la máxima buena fe en la fase efectual del contrato.

xvi. Cláusula de inoponibilidad para el transportista *(not to inure clause)*. Elimina la posibilidad de que el transportista o el depositario evadan su responsabilidad con base en cláusulas exonerativas de responsabilidad establecidas en el contrato de transporte. Esta cláusula tiene mucha importancia para efecto de la subrogación. Personalmente, creemos que viola el principio de relatividad de los contratos *(res inter alios acta est)*.

xvii. Cláusula de salvo feliz arribo. Por su virtud, el asegurador sólo responde de los siniestros que impidan la llegada del buque al puerto de destino.[59]

xviii. Cláusula de franco de averías salvo. Exclusiva del seguro de carga, liberan al ase-

58. GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.*, pp. 80 y ss. Salvo que se indique lo contrario para el caso concreto, de este autor se tomaron las ideas que siguen, aunque evidentemente no es el único que trata el tema.

59. URIA, *Seguro, op. cit.*, p. 131.

gurador de responsabilidad por daños que no deriven de la realización de ciertos siniestros determinados taxativamente en la póliza.[60]

xix. Cláusula de terminación de la aventura *(termination of adventure clause)*. Extingue la eficacia contractual si el buque llega a lugar distinto del convenido, salvo que en un plazo estipulado, prosiga el viaje.

xx. Cláusula de ambos culpables *(both to blame clause)*. Originada en las disposiciones legales estadounidenses sobre seguros marítimos, que disponen que en caso de colisión entre buques, la carga de uno de ellos servirá para indemnizar las pérdidas sufridas por el otro. Para evitar perjuicios, se pacta que los indirectamente indemnizados deban cancelar al asegurador lo recibido por tal concepto. Así se evita una doble indemnización.[61]

xxi. Cláusula libre de captura y detención *(free of capture and seizure clause)*. Excluye la responsabilidad del asegurador en caso de captura (acto de guerra con intención de confiscar); embargo (captura por razones políticas, por acto del poder civil o por disposición sanitaria); restricción o detención (detención por procesos judiciales ordinarios o bien daños derivados de hostilidades bélicas, aunque no haya declaración formal de guerra).[62]

xxii. Cláusula libre de huelgas, motines y tumultos populares *(free of strikes, riots and civil commotions)*. Excluye los daños derivados de tales eventos y es una excepción a la póliza *all risks*.[63]

xxiii. Cláusula de diligencia *(reasonable despatch clause)*. Busca que el periodo de cobertura no sea innecesariamente prolongado por motivos que estén en el control del asegurado.[64]

xxiv. Cláusula de memorándum *(memorandum clause)*. Establece ciertas franquicias para determinados tipos de mercancías.[65]

xxv. Cláusulas A, B y C. Elaboradas, al igual que las restantes, por el Instituto de Aseguradores de Londres, son en realidad pólizas tipo. La tipo A cubre los riesgos en forma similar a la *all risk;* la B, los riesgos previstos en la C más los daños causados por entrada de agua y pérdida de géneros durante carga y descarga y la C, sólo los daños causados por avería común y los derivados de maremotos y colisiones, naufragio o varamientos.[66]

xxvi. Cláusula con avería *(with average)*. Cubre la avería particular, independientemente del momento del hecho dañoso.[67]

xxvii. Cláusula del New Jason. Tomada del nombre del barco involucrado en el caso judicial que la originó, establece que en caso de que el buque no posea navegabilidad por defectos propios ignorados por el armador, la indemnización será la de la avería gruesa.

xxviii. Cláusula de almacén a almacén *(transit clause)*. Se cubre todo el viaje de almacén a almacén, con tal que el medio usado sea el normal y acostumbrado y que no se produzca demora alguna. Prohíbe terminantemente las escalas y las desviaciones.[68]

---

60. *Ídem.*

61. DI LIBERTO, Dante, *El contrato de seguro marítimo.* En **Antología del Seminario sobre Seguros,** organizado por CINDE, San José, del 8 al 11 de abril de 1991.

62. *Ídem.*

63. *Ídem.*

64. *Ídem.*

65. *Ídem.*

66. GONZÁLEZ AGUILUZ, *La red, op. cit.*, p. 532.

67. ZAMPELLA, *Documenti, op. cit.*, pp. 145, 146.

68. DI LIBERTO, *op. cit.*, p. 137.

3. LA CAUSA

A. EL INTERÉS ASEGURABLE.

En Lucena vs. Craufurd, en 1806, resuelto por la jurisprudencia inglesa, se definió al interés asegurable la situación en que se encuentra un sujeto respecto de un bien determinado cuya destrucción supone un perjuicio para aquél, y su existencia, un beneficio.[69] Creemos que tal noción es el verdadero concepto de interés y no concordamos con otros autores que ven en el interés una relación entre el sujeto y el objeto sobre el que recae el seguro,[70] puesto que las relaciones sólo se pueden dar entre sujetos.

Esta otra teoría ve en el interés, como dijimos, una relación entre el sujeto y la cosa que se ve sometida a determinados riesgos propios del hecho de estar en el mar.[71]

Independientemente del concepto de causa que se acoja, lo cierto es que la presencia del interés lícito es el punto que diferencia el seguro del simple juego o apuesta, en vista de que el interés de los sujetos intervinientes en uno y otro negocio jurídico son bien diversos: en el seguro, ciertamente merecen tutela jurídica del Ordenamiento; en el simple juego de azar, tales intereses son jurídicamente indignos de ser protegidos.

Son escasos los autores que ven en el interés asegurable la causa del negocio asegurativo[72] y es más corriente encontrar la creencia de que ese es el elemento objetivo del negocio.

B. EL RIESGO.

Conforma, con el interés, la otra cara del elemento causal. El riesgo debe estar constituido por un hecho futuro e incierto del cual pueda sobrevenir un perjuicio para el asegurado y que sea susceptible, por esos caracteres, de ser cubiertos.[73] La importancia del riesgo se torna evidente si se piensa en un riesgo ya cumplido o bien en uno de imposible verificación.[74]

El riesgo debe estar delimitado en cuanto a tiempo y espacio: debe pactarse desde y hasta cuándo rige la cobertura del riesgo, así como la zona geográfica en que opera aquélla.[75]

También la importancia del riesgo se torna evidente si se piensa en el perecimiento de los bienes por causas independientes del evento cubierto.[76] Si se exigiera en tal caso la indemnización, se favorecería un enriquecimiento sin causa.

i. Principio de universalidad.

El riesgo está gobernado por el principio de universalidad por el cual están cubiertos no sólo los convenidos en el contrato, sino tam-

---

69. GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.*, p. 10.

70. De esta tesis son, v. gr., FERRARINI y BUTTARO, ambos citados por MESSINEO, *Manual*, t. VI, *op. cit.*, p. 161.

71. URIA, *Seguro, op. cit.*, p. 76; BELTRÁN MONTIEL, *Curso, op. cit.*, p. 443 (aunque este autor se cuida de dejar claro que es una relación económica y no jurídica, en cuyo caso se fija la causa en un elemento extrajurídico y la causa es un fenómeno jurídico); GILMORE-GRANT, *The Law, op. cit.*, pp. 58, 59.

72. En realidad, sólo se encontró este criterio, que compartimos en DONATI, *Manuale di Diritto delle Assicurazioni Privati*. Dott A. Giuffrè ed., 2ª edición, Milán, 1961, pp. 186, 187. El autor en este punto es expreso: el interés asegurable y el riesgo conforman la causa del contrato. El otro exponente de tal tesis es BROSETA, Manual, *op. cit.*, p. 510. Entre los anglosajones, encontramos el criterio de WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 127, quien al definir el "legal purpose" del contrato (y que asimilamos nosotros a la causa), nos indica que todo contrato debe tener un propósito legal, y que la ley no tolera prácticas contra el interés público bajo el disfraz de un seguro, como lo sería el juego de azar. El seguro es una parte necesaria de la vida comercial de las naciones, pero es utilizable sólo en la medida en que se ajuste a la ley internacional y nacional.

73. DONATI, *Trattato, op. cit.*, pp. 36, 37.

74. DONATI, *Trattato*, t. III, *op. cit.*, pp. 36, 37.

75. URIA, *Seguro, op. cit.*, p. 98.

76. URIA, *Seguro, op. cit.*, pp. 127, 128.

bién los que deriven de daños y pérdidas que provengan de tempestades, naufragios, encallamiento o varadura, abordaje, echazón, explosión, incendio, piratería, saqueo, cambio forzado de ruta, de viaje o de buque. El principio bajo comentario data de la época de las Ordenanzas de Colbert de 1681.[77]

ii. Principio de realidad.

Por su virtud, el riesgo debe ser efectivo y existente al momento, al menos, de la perfección contractual. Si ello no es así, el negocio deviene inválido. Tal sanción no opera si los contratantes son de buena fe; esto es, si al celebrar el contrato, ignoraban la sucesión del riesgo o su imposibilidad. Sin embargo, cabe agregar que el principio de realidad tenía un fundamento más claro en épocas pasadas, cuando los medios de comunicación no permitían conocer del destino o paradero de los buques con la rapidez y agilidad que las actuales vías permiten. No obstante, el principio aún rige, al menos en sede de seguros marítimos.[78]

iii. Requisitos del riesgo asegurable.

Son los siguientes:

a. debe referirse a un suceso futuro;
b. debe ser independiente de la voluntad del asegurado;
c. no debe estar constituido por hechos ilícitos o prohibidos;
ch. debe tratarse de hechos cuya frecuencia pueda conocerse estadísticamente;
d. no debe afectar a toda la masa de asegurados y
e. debe ser posible.[79]

IV. LA EFICACIA

1. LAS SITUACIONES DE NECESIDAD DEL ASEGURADO

A. LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA PRIMA.

Si el contrato de seguro es oneroso y si la prima se eleva a compensación que recibe el asegurador a cambio de su responsabilidad, la obligación de pagar la prima, que siempre estará representada por una suma de dinero, es uno de los deberes fundamentales del asegurado. Lo normal es que se pague con la suscripción de la póliza, pero cabe convenio en contra: en una forma única o bien periódica (así se habla de prima única o prima periódica. Esta última es propia de las pólizas abiertas).[80]

La prima es invariable e indivisible: con el primer carácter se quiere decir que su importe no se verá modificado según las probabilidades reales de que el riesgo se produzca, aumente o disminuya; con el segundo, que la prima se debe en su totalidad, independientemente de que por fuerza mayor o por cualquier otro motivo, se extinga el seguro antes del momento convenido.[81]

B. LAS CARGAS DEL ASEGURADO.

El asegurado, además, adquiere las siguientes cargas:

a. comunicación inmediata a los aseguradores de la sucesión del riesgo;

---

77. BELTRÁN MONTIEL, *Curso, op. cit.*, pp. 445, 446. Este principio de la universalidad ha obligado a los anglosajones a incluir tantas cláusulas de excepción, conforme se dictan las sentencias que condenan a los pagos en supuestos imprevistos por el contrato.

78. URIA, *Seguro, op. cit.*, pp. 101, 102.

79. GARRIDO y COMAS, José, *El contrato de seguro.* Barcelona, Ed. Cadi, 1ª ed., 1954, p. 147.

80. URIA, *op. cit.*, pp. 148, 149.

81. URIA, *op. últ. cit.*

b. toma de medidas para aminorar el daño que razonablemente esté a su alcance;
c. conservación de recursos contra terceros;
ch. aparte de la comunicación del daño, indicada sub a), debé requerir la presencia de un comisario de averías;[82]
d. contribución al salvamento del bien;[83]
e. mantención del estado de riesgo;[84]
f. probar el daño, su origen y su extensión (con documentos como el certificado de averías; las facturas comerciales, el conocimiento de embarque, copias de las reclamaciones a los porteadores y su contestación, etc.).[85]

2. SITUACIONES DE NECESIDAD DEL ASEGURADOR

A. EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN.

La principal obligación del asegurador es el pago de la indemnización. Como hemos dicho, está sujeta a condición suspensiva y su liquidación puede hacerse de acuerdo con dos posibles sistemas, a saber:

i. Por el sistema de abandono (que en realidad, es un derecho potestativo del asegurado).[86]

Por este sistema, reservado a siniestros de gran envergadura, el asegurado abandona al asegurador la propiedad del bien y percibe a cambio el valor de la suma asegurada.[87]

ii. Por el sistema de avería.

En esta otra modalidad, la indemnización se calcula mediante complejos mecanismos matemáticos periciales, de acuerdo, en última instancia, con el perjuicio sufrido. Son en este campo importantes los siguientes conceptos, base del sistema:

a. Avería gruesa. Existe un caso de avería gruesa cuando se ha sacrificado, intencionada y razonablemente, algún bien para lograr la seguridad común[88] en el buque o en el resto de las mercancías.

b. Pérdida total. Se produce cuando el monto de la indemnización coincide con el tope máximo convenido.

c. Pérdida total constructiva. Se habla de ella cuando el salvamento o reparación del bien asegurado iguala o excede el monto de la indemnización.[89]

ch. Pérdida total presuntiva. Se presenta cuando se desconoce el paradero del bien asegurado.

d. Pérdida total real. Se presenta si desaparece toda la mercancía o ésta se destruye.

e. Avería particular. En forma negativa, se le define como toda aquella pérdida que no suponga una avería gruesa.[90]

---

82. GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.*, pp. 53 y ss.
83. RODRÍGUEZ PASTOR, *Derecho de Seguros, op. cit.*, p. 120.
84. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Nº 51 de las 15,40 hrs. del 9 de setiembre de 1983.
85. WINTER, *Marine Insurance, op. cit.*, p. 381.
86. URIA, *op. cit.*, pp. 91, 92.
87. BROSETA, *op. cit.*, p. 815.
88. GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.*, p. 38.
89. GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.*, p. 50.
90. GILMORE-GRANT, *op. cit.*, p. 86.

B. SIGUE: LAS FRANQUICIAS Y LOS DEDUCIBLES.

Ambos conceptos buscan hacer partícipe al asegurado del riesgo corrido. Las franquicias implican un pago íntegro al exceder el porcentaje o suma convenidos; el deducible, un pago del excedente resultante una vez descontada la suma o porcentaje convenidos.[91]

3. OTRAS SITUACIONES DE POSIBILIDAD DERIVADAS DEL CONTRATO

A. PARA EL ASEGURADOR: LA SUBROGACIÓN.

Por su virtud, quien ha indemnizado al asegurado por sus pérdidas, puede recuperar de terceras personas responsables, si las hubiere. Busca este efecto evitar una doble indemnización, porque puede suceder que el asegurado recibe un doble pago: por concepto del seguro y por responsabilidad del tercero. Además, permite mantener bajo el monto de las primas.[92]

B. PARA EL ASEGURADO: EL ABANDONO.

Sobre este punto, ya se trató en su oportunidad. Remítase al sitio correspondiente. Baste con hacer énfasis sobre la necesidad de que el siniestro sea de gravedad para que proceda. Asimismo, que una vez declarado el abandono, no se puede optar por la indemnización por avería.[93]

BIBLIOGRAFÍA

ATHEARN, James y PRITCHETT, Travis, Risk and Insurance. Minnesota, West Publishing Co., 5ª edición, 1984.

BARBERO, Domenico, *Sistema de Derecho Privado*. Ed. EJEA, trad. de la 6ª edición italiana de SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1967, tomo IV.

BELTRÁN MONTIEL, Luis, *Curso de Derecho de la Navegación*. En **Antología del Seminario sobre Seguros,** organizado por CINDE, San José, del 8 al 11 de abril de 1991.

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Comercial*. Editorial Tecnos, 7ª edición, Madrid, 1987.

CASAFONT ROMERO, Pablo, *Ensayos de Derecho Contractual*. San José, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, 2ª edición, 1979.

CORDERO GONZÁLEZ, Juan Manuel y MOLINARI VÍLCHEZ, Wílliam, *El contrato de seguro de transporte aéreo y marítimo en el comercio internacional,* tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho,

91. GONZÁLEZ HEVIA, *Manual, op. cit.*, p. 52.

92. GREENE, *Riesgo, op. cit.*, p. 257.

93. DONATI, *Trattato, op. cit.*, pp. 82, 83. Es manifestación del principio *electa una via non datur recursus ad aliam* (electa una vía, no se da recurso a otra).

Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San Pedro, 1991.

DI LIBERTO, Dante, *El contrato de seguro de transporte marítimo.* En **Antología del Seminario sobre Seguros,** organizado por CINDE, San José, del 8 al 11 de abril de 1991.

DONATI, Antigono, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private.* Dott. A. Giuffrè, ed., Milán, 1956, vol. III.

DONATI, Antigono, *Manuale di Diritto delle Assicurazioni Private.* Dott. A. Giuffrè, ed., 2ª edición, Milán, 1961.

ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN DE NEGOCIOS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA. Facultad de Ciencias Económicas, *Programa de Comercio Internacional,* San Pedro, 1989.

GARRIDO Y COMAS, José, *El contrato de seguros.* Barcelona, Editorial Cadi, 1ª ed., 1974.

GILMORE, Grant y BLACK, Charles, *The Law of Admiralty.* New York, Foundation Press Inc., 2ª edición, 1975.

GONZÁLEZ LEBRERO, Rodolfo, *Manual de Derecho de la Navegación.* Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1972.

GONZÁLEZ HEVIA, Raúl, *Manual de Seguro Marítimo.* Madrid, Editorial Mapfre, S.A., 2ª edición, 1980.

GONZÁLEZ AGUILUZ, Marcial, *La red contractual internacional,* tesis de grado para la obtención del título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San Pedro, 1989, tomo II.

GREENE, Mark, *Riesgo y Seguro,* Ed. Mapfre, S.A., 3ª ed., Madrid, 1979.

INSTITUTO ALEXANDER HAMILTON, *Seguros.* México, Editorial Acrópolis, sne, 1948.

MALAGARRIGA, Carlos, *Tratado elemental de Derecho Comercial.* Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, S.A., 1963, 3ª edición, tomo III.

MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato.* Ed. EJEA, Buenos Aires, trad. de la 4ª edición italiana por SENTIS MELENDO, tomo I.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Ed. EJEA, trad. de la 8ª edición italiana por SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1979, t. VI.

ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Tesis de Derecho Administrativo para el Curso de Derecho I.* Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, sfe.

OSSA, Guillermo, *Teoría general del seguro. El contrato.* Editorial Temis, Bogotá, 1984.

REZZONICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales.* Ed. Astrea, SRL, sne, Buenos Aires, 1987.

RIPERT, Georges, *Compendio de Derecho Marítimo.* Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1954.

RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos, *Derecho de seguros y reaseguros.* Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1987.

SERRANO PINTO, German, *Curso elemental sobre el Derecho de Seguros en Costa Rica,* publicación poligrafiada del Instituto de Capacitación en Seguros. Instituto Nacional de Seguros, San José, 1978.

URIA GONZÁLEZ, Rodrigo, *El seguro marítimo,* Barcelona, Bosch, Casa Editorial, sne, 1940.

WINTER, Williams D., *Marine Insurance. Its Principles and Practice.* Nueva York, McGraw-Hill Book Co., 3ª edición, 1952.

ZAMPELLA, Francesco, *Documenti mercantili e commercio internazionale,* Pirola Ed., 6ª edición, Milán, 1970.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO

LIC. EDWIN SALINAS DURÁN

ÍNDICE

Pág.

Introducción. 94

Capítulo I. Conceptualización del contrato colectivo de trabajo. 94

Sección I: Generalidades 94

Sección II: Denominación 95

Sección III: Definición 96

Sección IV: Sujetos, contenido, forma y terminación 98

Capítulo II. El contrato colectivo de trabajo en Costa Rica. 99

Sección I: Desconocimiento, confusión e inaplicación del contrato colectivo de trabajo . 99

Sección II: El sindicato como titular del contrato colectivo de trabajo 101

Sección III: Perspectivas del contrato colectivo de trabajo 102

Conclusiones. 102

Bibliografía. 103

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Se pretende con esta breve investigación, no sólo el estudio doctrinal del contrato colectivo de trabajo; sino ir un poco más allá, con el propósito de aportar una visión más acorde con la realidad costarricense y comparada de esta figura, con la pretensión de que esta monografía sirva como un marco de referencia general sobre ella, y quede en el lector el conocimiento básico de lo que es el contrato colectivo de trabajo. Es así como el estudio doctrinal cita algunos autores de renombre, para de seguido adentrarnos en el plano nacional, propiamente nuestra legislación, jurisprudencia y sobre todo la práctica forense, con lo cual obtenemos una visión clara de nuestro ámbito; y luego a través de la doctrina comparada presentamos la figura en otras legislaciones, siendo de mención especial la legislación mexicana y las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Concluyendo con un resumen de las principales ideas.

El objetivo propuesto se logra en este artículo, el cual a no dudarle podría ser más amplio, pero posiblemente caeríamos en la repetición; por lo que incluso otros autores consultados han sido obviados, a fin de no repetir conceptos, que a la postre harían monótono el estudio; pues en síntesis trátase de un tema en exclusiva, y que nos da una caracterización adecuada del mismo, sin adentrarnos en otras discusiones que sin dudarlo podrían surgir.

CAPÍTULO I

CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO

SECCIÓN I: GENERALIDADES

Usualmente, y así es en nuestro país, las relaciones entre patronos y trabajadores se regulan por medio del contrato individual de trabajo;[1] pero existen fenómenos colectivos que no representan la suma o reunión de fenómenos individuales, sino que revisten características distintas, propias de relaciones recíprocas entre trabajadores que conviven para realizar un mismo fin o bajo una sola dirección. Es así como nace el contrato colectivo de trabajo[2] como instrumento que armoniza los intereses de ambas partes —trabajadores y empleadores—, que resulta de las discusiones entre los representantes de los trabajadores y el patrono,[3] que se aceptará como la ley del grupo a que todos han de someterse.

Inicialmente parece así que el contrato colectivo de trabajo significa un acuerdo de voluntades, de carácter privado y que regula una situación interna; sin embargo, en otros

1. FERNÁNDEZ PASTORINO, A., *Lineamientos del contrato de trabajo,* Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975, p. 15.
2. Como comparación y diferenciación con el contrato individual de trabajo.
3. Según el artículo 49 de nuestro Código de Trabajo corresponde la representación de los trabajadores a su sindicato.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

países ha cobrado gran fuerza,[4] llegando a ser una de las formas más novedosas y ágiles para modificar o dar nacimiento a normas jurídicas; ya que el poder público ha reconocido el valor de estos instrumentos colectivos, dado que la ley sólo contiene un mínimo de derechos; mismos que es posible ampliar en beneficio del trabajador. De ahí que resulte factible que por medio del contrato colectivo se amplíe ese mínimo legal y que tales beneficios pasen al contrato individual de trabajo; sin embargo, esto no implica la posibilidad de interpretarlo a contrario sensu; es decir, bajo los mínimos legales, pues la búsqueda común es la obtención de mejores condiciones tanto para trabajadores como para empleadores.

SECCIÓN II: DENOMINACIÓN

La designación de "contrato colectivo" no es uniforme en doctrina, pues para algunos[5] la denominación correcta es la de "convención colectiva" pues según ellos, la falta de acuerdo de las voluntades entre las partes hace natural la existencia del contrato, de ahí que en realidad se trata más de una convención que de un contrato.[6]

La legislación costarricense diferencia entre ambas instituciones jurídicas, el artículo 49 del Código de Trabajo nos define lo que es contrato colectivo; mientras que el artículo 54 del mismo cuerpo de leyes lo hace con la convención colectiva; mas sin embargo, páginas adelante veremos cómo en la práctica esto a tendido a confundir a los intérpretes.

En la doctrina nacional se señala: "lo que nuestra legislación denomina 'contrato colectivo de trabajo' es conocido en otras naciones como 'contrato de equipo', con la diferencia de que en Costa Rica, para proteger a los trabajadores, la compensación económica se establece en forma individual para cada uno. Asimismo lo que en otros países se denomina 'contrato colectivo', corresponde en nuestra República, a la 'convención colectiva de trabajo'";[7] y que "la convención colectiva de trabajo encuentra su origen en el contrato colectivo de trabajo pero lo trasciende porque tiende a generalizarse, a ampliar su ámbito de eficacia..."[8]

Otros autores consideran sinónimos los términos "convenio colectivo", "convención colectiva" y "contrato colectivo", e incluso como "contrato colectivo de condiciones de trabajo";[9] y, como "acuerdo paritario" y "contrato de tarifa".[10] "En el Derecho alemán se emplean dos expresiones semejantes como son "tarifvertrag" y "betreibsvereinbarung" que corresponden a "contrato de tarifa" y a "convenio de establecimiento"; en la ley estadounidense se habla de "collective-bargaining-contract"; y en España de "convenios colectivos sindicales".[11]

Consecuencia de lo anterior, bien podría decirse que en la doctrina no hay acuerdo sobre cuál es la denominación más adecuada; sin embargo, para nuestros efectos considera-

4. México, Alemania, Estados Unidos, por ejemplo.

5. Así, DUGÜIT, León y HOURIOU, Maurice y en igual sentido el Dr. Mozart Víctor Russomano.

6. A fin de ampliar más esta temática, véase KROTOSCHIN, Ernesto, *Manual de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, tercera edición, 1987, pp. 210-245.

7. BARQUERO CORRALES, Alfredo, *La administración de recursos humanos, III parte*, San José, EUNED, 1987, p. 22.

8. VALVERDE KOPPER, Mercedes, *Legislación laboral*, San José, EUNED, 6ª reimpresión, 1988, p. 89.

9. OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1982, p. 167.

10. BERMÚDEZ CISNEROS, Miguel, *Las obligaciones en el Derecho del Trabajo*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1978, p. 345.

11. BERMÚDEZ CISNEROS, *ob. cit.*, p. 345.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mos acertado referirnos a "contrato colectivo de trabajo" como el más representativo de la institución jurídica en estudio; incluso la Organización Internacional del Trabajo, emitió la Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951, (número 91); que versa sobre el procedimiento de las negociaciones colectivas, la definición y control de la aplicación,[12] y que además podemos entender que para el sistema europeo más se trata de una convención que de un contrato,[13] en virtud de que en esos países el contrato colectivo no pasa a ser más que un contrato formativo en el que se fijan las condiciones generales, base para hacer el contrato individual de trabajo, lo que no sucede en nuestro sistema, y lo veremos más adelante.

SECCIÓN III: DEFINICIÓN

Ante un panorama tan falto de consenso resulta difícil construir una definición sin el temor de traspasar esa especie de "línea gris" tan sutil, que la misma doctrina se ha encargado de establecer. Es así como con el fin de lograr una mejor comprensión hemos reunido algunas definiciones, iniciando por nuestra legislación, de seguido la mexicana, la alemana, la estadounidense, la internacional a través de la precitada recomendación 91; como así la de algunos autores nacionales y extranjeros; con el sano propósito de llegar a establecer la mejor opción definitoria del asunto en estudio.

Nuestro Código de Trabajo establece en su numeral 49 que: "Contrato colectivo es el que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, por virtud del cual el sindicato o sindicatos de trabajadores se comprometen, bajo su responsabilidad, a que algunos o todos sus miembros ejecuten labores determinadas, mediante una remuneración que debe ser ajustada individualmente para cada uno de éstos y percibida en la misma forma".

La Ley Federal de Trabajo de México, por su parte, dice que: "El contrato colectivo de trabajo es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe de prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos".[14] En principio, la definición dada en este articulado mexicano resulta muy coincidente con la establecida por el párrafo primero de nuestro artículo 54 del Código de Trabajo, y que se refiere a la convención colectiva propiamente.

En Alemania la Ley de Contratos Colectivos de Trabajo, de 9 de abril de 1949[15] establece que el contrato colectivo de trabajo es el recurso configurativo, político-social y también jurídico, más importante de que las partes sociales disponen para reglamentar el trabajo en los diversos sectores económicos.

En los Estados Unidos de América la Ley Nacional de Relaciones de Trabajo, establece la necesidad de que se celebren contratos colectivos, en tanto estipula que: "Por la presente se declara que es política de los Estados Unidos... estimular la práctica y el procedimiento de la contratación colectiva y protegiendo el ejercicio por parte de los empleados de la ple-

---

12. La Recomendación 91, sobre los contratos colectivos, emitida durante la 34ª reunión de la Organización Internacional del Trabajo, resulta de gran interés en la consecución de este trabajo, pues como veremos la misma contiene la definición más aceptada en cuanto al tipo de contratos en estudio se refiere.

13. BERMÚDEZ CISNEROS, *ob. cit.*, p. 153.

14. Ley Federal de Trabajo de México, art. 386.

15. ARNTZ, Helmut, *Derecho de Trabajo y Seguridad Social*, Alemania Hoy, Limburg/Lahnn, editado por la Oficina de Prensa e Información, 3ª edición, 1968, p. 27.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

na libertad de asociación, organización propia y designación de representantes de su libre elección, con el fin de negociar los términos y condiciones de su empleo u otra ayuda o protección recíproca".[16]

En el ámbito internacional la Recomendación 91 de la Organización Internacional del Trabajo, lo define como "...Todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional".[17]

Doctrinalmente el contrato colectivo de trabajo es definido así:

CASTTORENA —mexicano— lo define como "el régimen jurídico de una o varias empresas, elaborado por el patrón o patronos de esas empresas o el sindicato a que pertenecen, y el sindicato o sindicatos a que pertenecen los trabajadores de esas empresas..."[18]

OSSORIO —argentino—[19] se limita a transcribir textualmente la definición que nos brinda la Recomendación 91 supracitada con el fin de definir el contrato colectivo de trabajo.

Los DE PINA —mexicanos—[20] por su parte, igualmente nos transcriben la definición que da el numeral 386 de la Ley Federal de Trabajo de su patria, también antes citada, para definir el contrato en estudio.

VALVERDE —costarricense— establece que el contrato colectivo de trabajo es aquel que "crea una 'situación jurídica objetiva', consistente en un conjunto de condiciones de trabajo que deberán observarse en los respectivos contratos individuales".[21]

RUSSOMANO —brasileño— al construir su propia definición establece que "la convención colectiva de trabajo es aquel convenio entre el sindicato de trabajadores y el sindicato patronal correspondiente o empresa individualmente considerada, teniendo por objeto principal la estipulación de normas a ser respetadas a través de los contratos individuales de trabajo y por objeto secundario la creación de derechos y obligaciones asumidos por los propios contratantes".[22] De seguido nos estipula también que "convención colectiva es..." y cita textualmente la definición que establece la Recomendación 91 en su artículo 2, inciso 1º, tantas veces citado; con lo cual se concluye que es indudable que para este autor brasileño tanto el contrato colectivo como la convención colectiva resultan una misma institución jurídica.

De este conglomerado de opiniones, surge la duda de si estamos en presencia de un mismo fenómeno jurídico o si bien el mismo se da bajo diferentes manifestaciones; no obstante, es notorio el hecho de que la mayoría de autores antes citados; o bien no construyen una definición propia, o si la hacen, por igual citan o tratan de adecuarse a la establecida por la Organización Internacional del Trabajo en 1951, en la tan citada Recomendación 91; de ahí, que en nuestro criterio resulta de interés esta coincidencia, visible tanto en las legislaciones como en la doctrina; pues no es de extrañar que la definición establecida por dicha Recomendación 91 es más explícita que todas las formuladas con anterioridad, en el tanto, abarca la

16. FALCONE, Nicolás, *Derecho Laboral*, Buenos Aires, Tipográfica Editorial Argentina, 1970, p. 526.

17. *Recomendación sobre los contratos colectivos*, 1951, art. 2, inc. 1.

18. CASTORENA, Jesús, *Manual de Derecho Obrero*, México, Imprenta Didot, tercera edición, 1959, p. 248.

19. OSSORIO, *ob. cit.*, p. 167.

20. DE PINA, *ob. cit.*

21. VALVERDE KOPPER, *ob. cit.*, p. 89.

22. RUSSOMANO, Mozart Víctor, *De la negociación colectiva*, en **Revista Judicial**, San José, Nº 32, marzo de 1985, pp. 56-57.

posibilidad de la contratación colectiva entre grupos de trabajadores que no estén organizados en sindicatos, "...En ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos..."[23]

En síntesis a razón de buscar una definición de consenso para definir el contrato colectivo de trabajo, es indudable que la vertida en la 34ª reunión de la Organización Internacional del Trabajo en 1951, a que nos referimos, resulta la más adecuada.

SECCIÓN IV: SUJETOS, CONTENIDO, FORMA Y TERMINACIÓN

a. Sujetos: De acuerdo con el artículo 49 de nuestro Código de Trabajo los sujetos legitimados para la contratación colectiva son, por un lado "uno o varios sindicatos de trabajadores", y por el otro "uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos"; en la legislación mexicana[24] se reconoce igual legitimación; al extremo de que ambos numerales son coincidentes en su redacción inicial, aunque como se dijo anteriormente[25] con la salvedad de que se asemeja más al artículo 54 nuestro. Sin embargo, del análisis de ambos articulados se deduce que trabajadores y patronos son los sujetos legitimados para la contratación colectiva; no obstante, que sea regulada distintamente para ambos, pues a los patronos se les reconoce la capacidad de negociar individualmente: "uno o varios patronos" dice nuestro artículo 49 (e igualmente el 386 mexicano), como también a los agrupados en sindicatos patronales; aunque vemos como en la práctica se presenta fundamentalmente la figura del patrono individual; mientras que a los trabajadores se les reconoce el derecho de negociar únicamente vía sindicato. A este punto, en doctrina se discute si el trabajo podría negociar el contrato colectivo sin necesidad de un sindicato, máxime si recordamos[26] que la Organización Internacional del Trabajo permite que trabajadores no organizados sindicalmente negocien colectivamente; aunque cabe destacar que hay unanimidad legislativa en considerar que el sindicato es la organización llamada a contratar en representación de los trabajadores; así: Italia en 1926; Francia en 1950; Chile, Alemania, Argentina y otros igualmente;[27] y Costa Rica en 1943, según se desprende del artículo 49.

b. Contenido: El contenido del contrato colectivo nos lo da el artículo 52 del Código de Trabajo y a él nos remitimos con el fin de que se establezca el mismo, sin ameritar mayor comentario de nuestra parte.[28]

En doctrina, DE LA CUEVA[29] divide el contenido del contrato colectivo en cuatro partes: la envoltura, el elemento obligatorio, el elemento normativo y las cláusulas eventuales, ocasionales o accesorios; siendo la envoltura las cláusulas que se refieren al campo de aplicación del contrato; las obligatorias son las

---

23. *Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951*, art. 2, inc. 1º, cuyo texto completo se cita en las conclusiones de este trabajo.

24. *Ley Federal de Trabajo de México*, art. 386.

25. *Infra*, p. 5.

26. *Infra*, p. 9.

27. BERMÚDEZ CISNEROS, *ob. cit.*, p. 158.

28. Siguiendo lo establecido por el artículo 52 citado es posible construir un contrato colectivo de trabajo.

29. DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*, México, Editorial Porrúa, S.A., tomo II, 1960, p. 610.

normas que tratan de asegurar la efectividad del contrato y los deberes específicos de cada parte; las normativas son aquellas que indican cómo realizar el trabajo; y las eventuales u ocasionales o accesorias que son las no indispensables para la existencia del contrato colectivo.

c. Forma: Hay coincidencia en que el contrato colectivo debe ser siempre por escrito, estableciéndolo así el artículo 50 del Código patrio; en igual sentido se pronuncia el 390 de la Ley Federal de Trabajo mexicana, como así la Sección 104 de la Ley de Informes y Declaraciones Obrero-Patronales de los Estados Unidos; del mismo modo resulta coincidente que tal contrato sea hecho por triplicado; e incluso en los Estados Unidos debe darse copia de éste a todos los trabajadores, empleadores y organizaciones implicados en la contratación.[30]

d. Terminación: Nuestro Código no se pronuncia al respecto de la terminación del contrato colectivo; sin embargo, como veremos, en la práctica se le equiparará a la convención colectiva, por lo que es posible pensar que se le apliquen las mismas reglas para su terminación,[31] y que de igual forma quedaran a salvo aquellos beneficios que se han incorporado a los contratos individuales. También resulta aplicable toda la normativa que da término al contrato individual.

En doctrina se hace una relación profunda de la unión que existe entre el término del contrato individual y el colectivo; al respecto a dicho DE LA CUEVA "Creemos que desaparecida la comunidad obrera, desaparece también su derecho. Es cierto que el contrato colectivo de trabajo se compone de varios elementos pero su esencia es el elemento normativo y al faltar a éste su base, que es la comunidad obrera, desaparece y con él desaparecen también los otros elementos; el elemento obligatorio no tiene vida propia".[32] Es decir, el contrato colectivo se celebra con objeto de establecer condiciones según las cuales ha de prestarse el trabajo en una empresa, al desaparecer la relación individual de trabajo, dicho objeto dejará de tener sentido aunque aún exista la fuente de trabajo; y en caso de que nuevos trabajadores se presenten, éstos deberán pactar nuevamente las condiciones de trabajo. Difiere esto un poco con el concepto de la convención colectiva en que algunos logros son valederos para quienes ingresen posteriormente de haberse firmado ésta.

CAPÍTULO II

EL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO EN COSTA RICA

SECCIÓN I: DESCONOCIMIENTO, CONFUSIÓN E INAPLICACIÓN DEL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO

En principio, hay que reconocer que la institución del contrato colectivo de trabajo resulta desconocida en nuestro medio; y aún hoy, más de cuarenta y ocho años después de

30. FALCONE, *ob. cit.*, p. 502.

31. Por ejemplo, el art. 64 del Código de Trabajo.

32. DE LA CUEVA, *ob. cit.*, p. 682.

haber sido promulgado el Código vigente, no se ha depositado copia alguna de un contrato colectivo de trabajo en la Inspección Nacional de Trabajo, tal y como lo estipula el numeral 50 del Código de Trabajo, ni tampoco tenemos noticia de que exista registrada bajo ese nombre jurisprudencia alguna. Ante tal desconocimiento surgen diversas opiniones; primeramente podría decirse que se debe a que en la práctica no se hace distinción alguna entre contrato colectivo y contrato individual, pues estos se equiparan y se entiende al sindicato como si fuera un contratista; y, en segundo lugar, se interpreta que el artículo 4 del Código de Trabajo establece que trabajador es una persona física, y que evidentemente un sindicato no lo es, por lo que no podría contratar por sí, sino como intermediario,[33] pero que aún así, ningún patrono se arriesgaría a contratar con un sindicato, ya que lo usual es independientemente con cada trabajador. Sin embargo, la anterior opinión no la compartimos, pues conlleva algunas imprecisiones.

Doctrinalmente se ha dicho que "lo que nuestra legislación denomina contrato colectivo de trabajo es conocido en otras naciones como contrato de equipo",[34] y según concuerdan la mayoría de autores, contrato de equipo es "aquel que no se celebra individualmente por un trabajador, sino por un grupo de trabajadores, organizados espontánea y exclusivamente para realizar un trabajo común".[35] Analizada así, en principio, la comparación pareciera exacta; mas si se nos ocurre comparar el artículo 386 de la Ley Federal de Trabajo de México, antes citado, que define el contrato colectivo; con nuestro numeral 54 del Código de rito, que define la convención colectiva, ya que encontraremos que su redacción inicial concuerda exactamente en uno y otro; y a este análisis agrega BARQUERO lo que en otros países se denomina "contrato colectivo", corresponde en nuestra República, a la "convención colectiva de trabajo";[36] y en realidad pareciera ser que le cabe razón a dicho autor.

Consideramos que la razón de este desconocimiento y confusión obedece a causas históricas; veamos porqué, nuestra jurisprudencia[37] al resolver el laudo arbitral del Banco Nacional de Costa Rica y el Sindicato del mismo (SEBANA), en un voto salvado de los Magistrados Arias y Coto, establece lo que creemos da una luz sobre la causa que ha dado origen al problema que planteamos, y es que "la regla del artículo 62, con ese número en la Constitución vigente de 1949; pero forma parte del Derecho Constitucional patrio desde 1943, pues se trata de una de las disposiciones que se le agregaron a la Constitución de 1871... que entonces ocupó el número 57... su texto decía: "Tendrán fuerza de ley las convenciones y contratos colectivos de trabajo que, en arreglo a la ley, se concierten entre patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados". Como podemos ver, en la lectura del artículo 62 constitucional vigente[38] se suprimió la referencia a los contratos colectivos de trabajo y se agregó lo de sindicatos de patronos (institución por demás desconocida en nuestro ámbito); por lo que en cuanto a nosotros interesa, podemos afirmar que tanto contrato colectivo como convención colectiva eran considerados medios efectivos para "fortalecer la acción del Estado, limitando la contratación individual, desordenada por excelencia, de reforzar los ideales de paz social, evitando las huelgas; y de garantizar el cumplimiento de los seguros sociales, hemos pensado en dar

33. *Código de Trabajo*, art. 3.

34. BARQUERO, *ob. cit.*, p. 22.

35. OSSORIO, *ob. cit.*, p. 169.

36. BARQUERO, *ob. cit.*, p. 22.

37. *Antología de jurisprudencia de Derecho Laboral III*, San José, Facultad de Derecho, UCR, 1988, p. 210.

38. El artículo 62 de la Constitución Política vigente reza: "Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, en arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados".

fuerza de ley a las convenciones y contratos colectivos que se celebren entre uno o varios patronos y los respectivos sindicatos legalmente organizados".[39] Por tanto, al desaparecer la referencia al contrato colectivo, la convención colectiva asumió para sí todas las características que en un principio se previeron para ambas figuras jurídicas; y resultado de ello es que en nuestro país desaparece toda aplicación de la contratación colectiva para dar lugar preponderante a la convención colectiva; y por consiguiente, el articulado 49 a 53 del Código de Trabajo permanece, pero ya sin su fundamento constitucional, como sí sucede con la convención colectiva, y de ahí que la definición de contrato colectivo se subsume en el artículo 54 —de la convención colectiva—.

Es por lo expuesto que creemos que razones históricas y de oportunidad política, han hecho del contrato colectivo una figura inaplicable, tal y como la concibe el Código de Trabajo vigente, pues las características del contrato colectivo las asume el artículo 54 de nuestro Código de Trabajo.

SECCIÓN II: EL SINDICATO COMO TITULAR DEL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO

Debe apuntarse que el sindicalismo costarricense no ha hecho uso de la figura del contrato colectivo, tal y como aparece estipulada en el Código; y esto es razonable, porque por los motivos expuestos en el aparte anterior, el sindicato se ha ido por el lado de la convención colectiva, que según la doctrina[40] y la legislación citada[41] corresponde al criterio puro de contratación colectiva.

Debemos entender entonces, que en nuestro país sí se contrata colectivamente, pero no bajo los términos del articulado correspondiente[42] sino por medio de la convención colectiva en la que se establecen las condiciones de trabajo, salarios y otra serie de beneficios y regulaciones para el trabajador, con lo cual cumple el sindicato como representante del trabajador y cumple el patrono por su lado, siendo por lo regular éste el Estado y sus entes autónomos virtud de la legislación nacional.

Resulta entonces que el contrato colectivo tal y como lo promulga el Código viene a ser en realidad un "contrato de equipo" y que queda para contratistas independientes y no para el sindicato que es el titular de la convención colectiva. Quizás en otras latitudes adonde el sindicalismo posee gran fuerza, sería posible contratar bajo los términos estipulados en el artículo 49; mas aquí teniendo la norma más favorable del artículo 54, resulta innecesaria la del 49 y así lo ha demostrado la historia.

---

39. Exposición de motivos del proyecto de garantías sociales, 1942, en *Antología de jurisprudencia de Derecho Laboral III, ob. cit.*, p. 210.

40. Véase el artículo de RUSSOMANO, *ob. cit.*, p. 57.

41. Especialmente la legislación mexicana.

42. Véase el *Código de Trabajo*, arts. 49 a 53.

SECCIÓN III: PERSPECTIVAS DEL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO

Tal y como está planteada la figura del contrato colectivo en nuestro Código, no tiene más destino que ser letra muerta, porque es obvio que éste carece de una definición precisa que sea acorde con la legislación, jurisprudencia y doctrina comparada.[43]

Sin embargo, entendiendo el verdadero sentido de contrato colectivo como convención colectiva, vemos que éste sí tiene aplicación, aunque muy limitada por la realidad histórica que vive el sindicalismo costarricense.

En síntesis, el futuro del contrato colectivo se adscribe al de la convención colectiva, institución jurídica esta que en nuestro país lo ha subsumido.

CONCLUSIONES

1. Luego de haber visto diversas posiciones acerca de cómo definir adecuadamente el contrato colectivo de trabajo, concordamos en que la definición más acertada es la dada por la Organización Internacional del Trabajo, en la Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951, en su artículo 2, inciso 1º, que literalmente dice: "...La expresión 'contrato colectivo' comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional".

2. Aceptada esta definición, vemos que la establecida por nuestro Código en su artículo 49 resulta poco acertada, siendo más correcta la del numeral 54 que se refiere a la convención colectiva, que de acuerdo con la doctrina analizada resulta equivalente.

3. Así las cosas, vemos que nuestro artículo 49 viene a definir el llamado "contrato de equipo", aunque con la salvedad del pago individual ya mencionado en su oportunidad.

4. El contrato colectivo de trabajo es una institución jurídica desconocida e inaplicada en nuestro país, por lo que constituye poco menos que letra muerta en nuestro Código.

5. Razones históricas han sido la causa de esto, como creemos haberlo demostrado, ya que en un principio tanto contrato colectivo como convención colectiva estuvieron en un plano paralelo, pero al haberse suprimido la referencia constitucional de los contratos colectivos, la convención colectiva asumió todas sus características, dejando a la figura en estudio sumida en el olvido.

6. El sindicalismo costarricense no ha hecho uso de la contratación colectiva, tal y como está estipulada en el Código, pero sí se ha mantenido vigente —con sus limitaciones históricas— como titular de la convención colectiva, de ahí que puede decirse que ha cumplido su papel como representante de los trabajadores, en lo que a nuestro estudio se refiere.

7. Mientras las cosas se mantengan igual, el contrato colectivo en su definición legislativa

43. Consideramos que el artículo 49 no define al contrato colectivo sino más bien al llamado contrato de equipo, conforme ha sido expuesto.

actual está condenado a no ser usado; de ahí que quizás alguna vez deberá ser adecuado a lo que tanto la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones extranjeras han establecido para esta figura jurídica; únicamente se necesita que el Código sea más claro y preciso; mas por ahora constituye una de las tantas imprecisiones que contemplan la gran mayoría de leyes costarricenses.

8. En consecuencia, el contrato colectivo de trabajo resulta en nuestra legislación en una figura imprecisa, desusada y nada acorde con el verdadero contenido de un contrato colectivo; de ahí, que o bien debe adecuarse, o debe entenderse como convención colectiva, quedando el articulado actual para el citado "contrato de equipo" y que anteriormente hemos definido.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo,* Madrid, Editorial Ariel, 6ª edición, 1980, 767 pp.

Antología de jurisprudencia de Derecho Laboral III, San José, Facultad de Derecho, U. de C.R., 1988, 415 pp.

BARQUERO CORRALES, Alfredo, *La administración de recursos humanos,* III parte, San José, EUNED, 1987, 186 pp.

BERMÚDEZ CISNEROS, Manuel, *Las obligaciones en el Derecho del Trabajo,* México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1978, 684 pp.

CASTORENA, Jesús, *Manual de Derecho Obrero,* México, Imprenta Didot, 3ª edición, 1959, 300 pp.

Código de Trabajo de Costa Rica, San José, Lehmann Editores, 1983, 528 pp.

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949, San José, Editorial Costa Rica, 2ª edición, 1981, 350 pp.

DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo Derecho mexicano de Trabajo,* México, Editorial Porrúa, S.A., 3ª edición, tomo II, 1960, 940 pp.

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho,* México, Editorial Porrúa, S.A., 14ª edición, 1986, 508 pp.

FALCONE, Nicolás, *Derecho Laboral,* Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, 655 pp.

FERNÁNDEZ PASTORINO, A., *Lineamientos del contrato de trabajo,* Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975, 426 pp.

GUERRERO, Euquerio, *Manual de Derecho del Trabajo,* México, Editorial Porrúa, S.A., 10ª edición, 1979, 595 pp.

KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de Derecho del Trabajo,* Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª edición, 1968, 762 pp.

Manual de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ª edición, 1987, 355 pp.

Ley Federal de Trabajo de México, comentada, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1978, 331 pp.

OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales,* Buenos Aires, Heliasta, 1982, 797 pp.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Recomendación sobre los contratos colectivos,* 1951, Ginebra, 29 de junio de 1951.

RUSSOMANO, Mozart Víctor, *De la negociación colectiva,* **Revista Judicial,** Nº 32, marzo, San José, 1985, pp. 53-93.

VALVERDE KOPPER, Mercedes, *Legislación laboral,* San José, EUNED, 6ª reimpresión, 1988, 180 pp.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL *(FRANCHISING)*

LA REGULACIÓN DE LAS FRANQUICIAS COMERCIALES *(FRANCHISING)* EN EUROPA Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN AMÉRICA LATINA[1]

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

Hace más de 100 años una empresa norteamericana productora de máquinas de coser (la conocida Singer Sewing Machine Company de Stamford, Connecticut), decidió ampliar su mercado hacia el oeste.

La Singer comenzó a usar un contrato por el cual una persona podía ostentar su marca y ofrecer sus servicios bajo el nombre de la empresa, asumiendo su propio riesgo.

También en el siglo pasado, la Coca Cola, desde 1899 otorgaba franquicias para el embotellamiento de su producto.

En la década de los 30 del siglo veinte se desarrolla el *franchising* en los productos del petróleo, particularmente en lo que se refiere a gasolineras.

En 1954 irrumpe Mc Donald's en el mercado (hoy tiene más de 10.000 franquicias, según su propio reporte de 1989).

En los últimos años la imagen comercial de muchas calles y carreteras del mundo ha cambiado visiblemente con la aparición de rótulos y emblemas que tienen la característica de aparecer iguales, en cualquier parte donde aparezcan.[2]

Los negocios de producción y venta de alimentos, como pollos fritos,[3] hamburguesas,[4] pizza[5] y diversos alimentos "rápidos"[6] destacan, pero abundan también los ejemplos en materia de servicios como *courier,*[7] lavandería de ropa,[8] alquiler de vehículos[9] y hotelería.[10] A veces se da una mezcla entre franquicia de servicios y

1. En esta investigación colaboró el licenciado Carlos Fernández Vélez. A él nuestro agradecimiento.

2. Entre los más antiguos ejemplos recordamos: Singer, General Motors y Coca Cola.
3. Kentucky Fried Chicken.
4. Burger King, Mac Donald's, Wendy's, Wimpy, Roy Rogers'.
5. Pizza Hut, Dominoes Pizza.
6. Taco Bell.
7. Emery, UPS, Federal Express.
8. Martinizing.
9. Avis, Hertz, General.
10. Holiday Inn.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de distribución de productos como ocurre en el caso de las lavanderías automáticas de vehículos,[11] que distribuyen ceras, anticorrosivos y otros productos de una marca determinada, lo que también mediante *franchising* hacen otros.[12] Junto a estas formas especiales son innumerables las modalidades que se han venido desarrollando bajo esta nueva forma contractual que se llama usualmente *franchising* (o "franquicia comercial") que parece no tener límites en cuanto a su objeto, ya que prácticamente cualquier producto o servicio puede ser "franquiciado".

En el país tenemos franquicias comerciales en la comercialización de tortillas, junto a los ejemplos citados.

Importancia creciente de este contrato.

"La necesidad de atender a las exigencias del moderno tráfico mercantil conduce al abandono de las figuras contractuales clásicas en beneficio de nuevas fórmulas comerciales, nacidas al hilo mismo de la praxis comercial."[13]

El fenómeno es universal. Algunos[14] han hecho notar la importancia creciente de los acuerdos de Franquicia en Europa y otros[15] han destacado las nuevas cuestiones jurídicas que la figura presenta, como las relacionadas con la misma libertad contractual y "la necesidad de superar el distanciamiento entre previsión legislativa y realidad del tráfico a través de nuevos instrumentos técnicos, que canalicen la actividad de los operadores económicos..." Se ha hablado hasta de parálisis legislativa grave y de laguna de Ordenamiento.[16]

Se trata de un contrato atípico:[17] no regulado en nuestros Ordenamientos, en el que al franquiciado *(franchisee)* se concede una licencia para el uso de una marca u otro símbolo comercial o el derecho de actuar en la oferta, venta o distribución de los productos o servicios conexos a la marca u otro símbolo comercial del *franchisor;* opera con base en un plano o sistema de *marketing* establecido en gran parte por el *franchisor.* Debe pagar, directa o indirectamente, una *franchise fee.* Debe promover la venta (o los servicios) de los productos del franchisor, a través de una unidad de imagen y permitir los controles del caso, todo dentro del plan de acción del concedente.

Es claro que debido al gran auge de esta forma de contratación es importante que nuestros países americanos cuenten con una ley (ojalá una ley uniforme, o al menos una ley modelo americana) que lo regule; mientras esto no ocurra, sin embargo, debe buscarse el fundamento normativo en diversas fuentes, por lo que no es adecuado recurrir unilateralmente, únicamente, a una sola de ellas.

Diferencia con otros contratos.

Debemos tener conciencia, en primer término, de que estamos frente a un nuevo contrato. La expresión franquicia, de acuerdo con las más recientes definiciones de Naciones Unidas debe usarse acompañada del adjetivo "comercial"; resulta admisible entonces la traducción de la expresión (universalmente reconocida) de *franchising* por "franquicia comercial".

No basta remitirse a los esquemas contractuales tradicionales. No debe confundirse con otros contratos típicos. Veamos algunas diferencias:

---

11. Hanna Lavacar, Shermann.

12. Napa.

13. GALLEGO, *op. cit.*, p. 37.

14. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime; DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia.* Análisis del reglamento número 2.087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 85.3 TCEE a ciertas categorías de franquicia, en relación con la sentencia Pronuptia y con las decisiones individuales de la Comisión. **Revista de Derecho Mercantil,** Madrid, Nº 191, enero-marzo 1989, GALLEGO, *op. cit.*, p. 67.

15. GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *La franquicia,* Grefol, Madrid, 1991, GALLEGO, *op. cit.*, p. 13.

16. Sobre lagunas en esta materia GALLEGO, *op. cit.*, p. 13.

17. Sobre la atipicidad del contrato. Véase FIGUEROA, Dora, *Clasificaciones de los contratos,* tesis de grado, Universidad de Costa Rica.

Diferencia entre franquicia y contrato de distribución.

El contrato de distribución no implica servicio de posventa y su función se agota en la colocación del producto. Tampoco el distribuidor se sujeta a un esquema de contratación tan rígido; tampoco trabaja siempre bajo el sistema de exclusiva (que es prácticamente esencial en la franquicia comercial).[18]

Diferencia entre franquicia comercial y mandato.

La diferencia se encuentra en que el mandatario gestiona negocios ajenos, mientras que el franquiciado los propios. Además el mandato puede ser "con representación"; en la franquicia nunca hay representación.[19]

Diferencia entre franquicia y comisión.

En la Comisión no se da el control y la subordinación que existe en la franquicia comercial, siendo además delegable y agotándose con la conclusión del negocio. La franquicia es personal y se extingue con su plazo.[20] Es claro que la comisión se refiere a negocios ajenos, mientras que en la franquicia el franquiciado opera sus propios intereses.

Diferencia entre franquicia y corretaje.

En el corretaje la función primordial del corredor es aproximar intereses ajenos; en él no existe una obligación de poner a disposición de otro distintivos y propiedad industrial de una empresa mercantil; tampoco existe en el corretaje la fiscalización que hay en la franquicia comercial.[21]

Diferencia entre franquicia y concesión.

Algunos autores consideran que concesión comercial y *franchising* es lo mismo.[22]

Sin embargo, en la concesión no hay manual operativo, control, derecho de entrada, *royalties*, etc.[23]

En las concesiones de venta, a diferencia de lo que ocurre en el *franchising:*

- no existe el incisivo control del concedente que hay en el *franchising.*
- no hay obligación de mostrar los signos distintivos del concedente. En el *franchising* este símbolo gráfico es igual para todos los concesionarios y corresponde al otorgante determinar el punto en que deberá ser emplazado".[24]
- no hay normalmente una transferencia de *know how.*
- el concesionario no está obligado a un determinado modus operandi.
- el concesionario puede usar sus propios distintivos; además de que en la concesión de venta normalmente no hay licencia de marca o de símbolos.
- en la concesión, el concesionario no paga *royalties* (obtiene sus ventajas de los descuentos sobre el precio de lista).

Diferencia entre franquicia y licencia de marca.

En la franquicia hay un control activo que no se da necesariamente en la licencia de marca, tampoco en esta se forma la llamada "cadena".[25]

---

18. DIFERNAN, Bonifacio, *Curso de Derecho Civil Panameño,* tomo VI, Editorial La Antigua, Panamá, 1989, p. 705.
19. DIFERNAN, *op. cit.*, p. 706.
20. DIFERNAN, *op. cit.*, p. 706.
21. DIFERNAN, *op. cit.*, p. 707.
22. V. MONGE-OREAMUNO, p. 42.
23. GALLEGO, *op. cit.*, p. 72.
24. Comité belga, p. 11.
25. GALLEGO, *op. cit.*, p. 76.

Las licencias de marca o patente por sí mismas no bastan para configurar el *franchising.*

El licenciatario no entra a formar parte de la cadena del licenciante, sino que se limita a poner la marca ajena sobre los bienes que produce.

Diferencia entre franquicia y know how.

La franquicia comercial es, entre otras cosas, un contrato de transferencia de tecnología, de transferencia de *know how.*

Es usual en estos contratos la existencia de cláusulas relativas a la prohibición para el concesionario de divulgación de información, así como otras sobre competencia desleal.

Sin embargo, el *know how* es sólo uno de los componentes de la franquicia comercial.[26]

Aunque el *Franchising* puede implicar transferencia de *know how* su función va más allá.

Monge y Oreamuno toman en cuenta este elemento, al considerar que el *Franchising* es un contrato, donde se concede el derecho a disfrutar de fórmulas o secretos comerciales.[27]

Diferencia entre franquicia y agencia.

La diferencia se encuentra en la actuación en nombre y por cuenta propia que se da en la franquicia comercial y no en la agencia necesariamente.[28]

El agente puede ostentar la legítima representación del principal, mientras que en la franquicia comercial el concesionario jamás representa al concedente;[29] además, en la agencia, la relación obligatoria se produce entre el principal y el cliente, mientras que en la franquicia comercial quien vende es el concesionario.

Distinción entre franquicia y sociedad.

Aunque algunos consideran la franquicia un contrato asociativo, la verdad es que con él no se forma una persona jurídica nueva. Ha sido considerado convenio paraasociativo.[30]

La franquicia como contrato complejo.

Se trata de un contrato atípico, sui géneris.[31]

Detrás de este fenómeno se encuentra un nuevo concepto económico: el de "grupos de empresas".[32]

Lagunas legislativas e intentos de regulación.

Escasean las normas jurídicas relativas a este novedoso contrato, cuya existencia nos es recordada constantemente por los distintivos que encontramos en nuestras ciudades y carreteras.

Se trata de una figura contractual atípica, dotada, sin embargo, de tipicidad social.

Sin embargo, son muy pocos los Ordenamientos que han dado el paso de dar definición legal típica a este contrato tan novedoso.

Podemos recordar entre los que de alguna forma, por lo menos en general, lo regulan:

— En Francia un decreto define este contrato.[33]
— Reforma al Código de Comercio alemán, Ley de 6 de agosto de 1953 (artículos 85 a 102).
— Código Civil italiano. Arts. 1742 al 1753.
— Ley de Bélgica de 27 de julio de 1961, que regula el contrato de distribución.
— Regulación de la Comisión Federal de los Estados Unidos. Declaraciones y prohibi-

---

26. GALLEGO, *op. cit.*, p. 77.

27. MONGE-OREAMUNO, p. 45. V. STUMPF, H.

28. GALLEGO, *op. cit.*, p. 96.

29. V. DIFERNAN, *op. cit.*, p. 705.

30. GALLEGO, *op. cit.*, p. 97.

31. GALLEGO, *op. cit.*, p. 79.

32. Sobre las nuevas nociones de "grupos de empresas" GALLEGO, *op. cit.*, p. 17.

33. GALLEGO, *op. cit.*, p. 40.

ciones relacionadas con la franquicia comercial y los *business opportunity Venture.*

- Ley española 16 de 1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Ley española 26 de 1984 de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios.
- Ley española 32 de 1988 de 10 de noviembre. Marcas.
- Convenio Centroamericano para la protección de la Propiedad Industrial. Decreto Nº 45 de 25 de abril de 1983.
- Ley de patentes de invención, dibujos y modelos industriales y de utilidad. Ley Nº 6867 de 25 de abril de 1983.
- Reglamento de patentes de invención, dibujos y modelos industriales y de utilidad. D. 15222 de 12 de diciembre de 1983.

Desarrollo en Europa.

En Europa el ascenso ha sido rápido: en un principio actuaron bajo esta modalidad contractual solamente algunas pocas empresas de USA (como Hertz, Holiday Inn, Avis, etc.).

En una segunda fase encontramos empresas europeas (impulsadas por las mismas necesidades del comercio). Se ha hablado de una franquicia a la europea, para distinguirla de la franquicia "a la americana" (por su diverso sentido funcional y psicológico).[34]

Europa. Distribución interna.

Francia representa más del 50 por ciento de la franquicia comunitaria.[35]

> "En los últimos meses se han desarrollado considerablemente en la Comunidad los acuerdos de franquicia como nueva forma de distribución".[36]

La CEE.

Ya en los datos positivos del Derecho Comunitario Europeo vigente encontramos definido el concepto:

En diversos casos se reconoció la existencia de la laguna:

Se habló de la "necesidad de completar el marco jurídico de esta singular figura mediante una reglamentación de carácter europeo".[37]

La jurisprudencia comunitaria.

En diversos casos se cuestionó si determinadas cláusulas contractuales de las franquicias comerciales tenían relevancia comunitaria, al afectar el comercio entre los Estados miembros.

Esta fue la razón por la que los órganos europeos se ocuparon de la figura, pero los alcances de éste superan el tema del Derecho de la Competencia.

Ya en la jurisprudencia de la CEE, desde 1986 se hablaba claramente de acuerdos de franquicia:

Ha sido célebre la Sentencia Pronuptia (1986)... que aplicó por primera vez el artículo 85 del TCEE a un acuerdo de franquicia... impulsó a la Comisión a adoptar un reglamento de exención por categorías (Reglamento 4.087/88 de 30 de noviembre de 1988).[38]

Los reglamentos comunitarios.

Dentro de las principales regulaciones que han permitido el desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legislativo en Europa podemos mencionar:

- El Reglamento (CEE) Nº 2349/84 de la Comisión de 24 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del Tratado a

34. GALLEGO, *op. cit.*, p. 21.

35. GALLEGO, *op. cit.*, p. 22.

36. CEE, *La política de competencia en el mercado único. Objetivo 92.* Documentación europea. 1989, p. 40.

37. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*, y GALLEGO, *op. cit.*, p. 68.

38. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*, GALLEGO, *op. cit.*, p. 68. El Reglamento 4087/88 sigue en esencia las indicaciones del Tribunal... GALLEGO, *op. cit.*, p. 18.

determinadas categorías de acuerdos de patentes.

— El Reglamento (CEE) Nº 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a la categoría de los acuerdos de franquicia.

> "Se trata de un reglamento de exención por categorías en el campo de los acuerdos de franquicia (Reglamento Nº 4087/88 DOL 359 de 1988 de la Comisión). Este Reglamento se basa en el principio de que la exención debe aplicarse a todos los sectores económicos, incluidos aquellos para los cuales ya se han adoptado exenciones por categorías específicas (vehículos de motor, cerveza, estaciones de servicio), *ya que se considera que los acuerdos de franquicia son de naturaleza distinta a los de distribución y compra exclusivas...* La exención por categorías cubre las franquicias de distribución y servicios, pero no las de fabricación que normalmente consisten en licencia de patente, *know how* o marcas comerciales".[39]

El Reglamento 4087/88 sigue en esencia las indicaciones del Tribunal.

— El Reglamento (CEE) Nº 556/89 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de *know how.*

La doctrina europea y sus tres principales temas.

A la luz de la experiencia norteamericana la doctrina europea se ha cuestionado los mismos problemas, que se resumen en tres categorías:[40]

a) La salvaguardia del orden económico.

Sabemos que las regulaciones llamadas *anti-trust* tienden a salvaguardar un modelo económico, determinando los controles sobre la libertad.

b) La tutela de los contratantes débiles.

Sobre este tema, recordemos que en 1970 el Procurador General del Estado de Nueva York publicó un reporte en el cual se indicaban los abusos más frecuentes —entre ellos—: sociedades que tratan de entrar en posesión de las propias franquicias de mayor éxito, mediante la imposición de irrazonables cláusulas contractuales o mediante arbitrarios rompimientos de contratos.[41]

c) La tutela de los ahorrantes.

Mediante adecuadas normas relativas a la información, la comunicación y la publicidad.

Delimitación conceptual.

LA FRANQUICIA COMERCIAL PUEDE VERSE COMO CONTRATO O COMO PARTE DE UNA RED; TAMBIÉN COMO CONJUNTO DE DERECHOS SOBRE BIENES INMATERIALES (propiedad industrial).

Como contrato: (Visión individual).

Puede analizarse como convenio aislado.[42]

Visto como contrato se enfatiza a veces su carácter de contrato especial de comercialización; en otras ocasiones se insiste en su carácter de contrato relativo a la propiedad industrial del franquiciador: una marca, licencia, signos distintivos, *know how* (manual operativo) nota

39. CEE, *op. cit.*, p. 41.

40. FRIGNANI, Aldo, *Il controllo del "franchising" nella sua fase di sviluppo; esperienza statunitense e strumenti giuridici utilizzabili in Italia*, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Giuffrè-ed., Milano, marzo de 1976, anno XXX, Nº 1, p. 239 y 246.

41. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 243.

42. Sobre el franchising como convenio aislado GALLEGO, *op. cit.*, p. 17.

común a toda modalidad de Franquicia según la Sentencia Pronuptia (TJCEEE).[43]

a) Para algunos con énfasis en la comercialización.

"...la franquicia aparece como un convenio entre un productor/mayorista —franquiciador— y un distribuidor —franquiciado—, en virtud del cual el primero transmite a este último sus productos o servicios; así como un complejo relativo a bienes de la propiedad industrial —licencias de patente, marcas y demás signos distintivos y *know how*— asegurando la asistencia y la prestación de servicios necesaria para llevar a cabo la explotación de su empresa".[44] "Como contraprestación, el franquiciado asume toda una serie de obligaciones correlativas, entre las que se destaca el pago a aquél de una suma fija al inicio del contrato —derecho de entrada— (o entry fee) y/o cánones periódicos sobre la cifra de negocios durante la vida del mismo".[45]

b) Para otros con énfasis en la propiedad intelectual.

"Consisten esencialmente en la *licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual* (marcas o nombres comerciales o *know how),* que se explotan con la finalidad de vender artículos o prestar servicios a los usuarios finales en *instalaciones de aspecto uniforme y con los mismos métodos comerciales".*[46]

Cláusulas del convenio.[47]

Visto como contrato es usual que contenga las siguientes cláusulas:

1. Sobre el área de actividad.
2. s/la propiedad industrial.
3. s/el local.
4. s/los productos.
   - —aprovisionamiento exclusiva.
   - —*stock* mínimo obligatorio y cuota de reventa.
   - —precio de reventa.
   - —*stock* sobrante.
5. Cláusulas relativas a la asistencia técnica y comercial.
   - —modalidades operativas. Selección y formación personal del franquiciado.
   - —Cláusulas relativas a la acción publicitaria y promocional.
6. Cláusulas relativas a la asistencia de gestión contable, administrativa y financiera.
7. Cláusulas relativas al derecho de entrada y *royalties.*
8. Cláusulas relativas a la duración-terminación.
9. Cláusula de exclusiva.
   - —exclusiva de aprovisionamiento.
   - —exclusiva territorial.
10. Pacto de no competencia.
11. Cláusulas relativas al control.

Como red: Visión global.

Puede verse también como red integrada de colaboración[48] pues "instaura entre los dos empresarios una relación de colaboración, entendida como relación instrumental respecto a un interés común" para un fin común: la comercialización,[49] bajo una dirección central.[50]

---

43. GALLEGO, *op. cit.*, p. 63.
44. GALLEGO, *op. cit.*, p. 24.
45. GALLEGO, *op. cit.*, p. 24.
46. C.E.E., *op. cit.*, p. 40.
47. GALLEGO, *op. cit.*, p. 44 y ss.
48. Sobre el franchising como una red integrada de distribución GALLEGO, *op. cit.*, p. 17.
49. GALLEGO, *op. cit.*, p. 25.
50. "El franquiciador dirige todo el entramado estableciendo modos de venta, administrando su propio nombre y signos, la política de precios, el *marketing*... y lo impone a sus adheridos" GALLEGO, *op. cit.*, p. 17.

"...podemos afirmar que el *franchising* o franquicia comercial es un contrato de colaboración empresaria por el cual el franquiciante autoriza el uso de su marca o *know how*, asistiendo y controlando al franquiciado en la producción de bienes o servicios, a cambio de una prestación dineraria".[51]

Se trata de un sistema de colaboración entre productor (o revendedor) de bienes u oferente de servicios *(franchisor)* y un distribuidor *(franchisee)*, jurídica y económicamente independientes uno del otro, pero vinculados por un contrato, en virtud del cual el primero concede al segundo la facultad de entrar a formar parte de la propia cadena de distribución, con el derecho de disfrutar, bajo determinadas condiciones y a cambio del pago de una suma de dinero, de patentes, marcas, nombre, símbolos e inclusive simples fórmulas o secretos comerciales; además el primero se obliga a cierto aprovisionamiento de bienes o servicios, mientras que el segundo se obliga a conformarse a una serie de comportamientos prefijados. Así, algunos ponen el acento sobre el derecho a disfrutar de los bienes inmateriales referibles a la empresa concedente (signos distintivos —nombre, marca— patentes o a aquellas fórmulas o secretos comerciales a los que se alude en la literatura jurídica de hace algún tiempo, con la expresión sintética *know how).*[52]

Globalmente: es un sistema organizado de distribución, sin modificar el estatuto jurídico de la empresa (dados los inconvenientes del recurso a las técnicas societarias).

Hay comunión de intereses en la comercialización de los bienes o servicios. Se habla de "una red de empresas satélites, autónomas como entidades jurídicas, pero ligadas contractualmente a la empresa promotora, a los fines de exigir de ella la producción o la venta de los propios productos o servicios, con organización descentralizada y capilar a la cual todas las empresas agregadas participan con iniciativa, gestión y riesgo propios e independientes".[53]

Análisis del reglamento.

Acuerdo de franquicia es, para el artículo 1.3n del Reglamento Comunitario Europeo, "el contrato, en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de franquicia para comercializar determinados productos y/o servicios y que comprende, por lo menos: —el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o los medios de transporte objeto del contrato, —la comunicación por el franquiciador de un *know how*, —la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato".

Know how.

"Por *know how* se entiende un conjunto de conocimientos prácticos no patentables, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, substancia e identificado".[54]

Exclusividad.

El franquiciante (o franquiciador) tiene entre sus obligaciones, en el territorio contractual (arts. 1 y 2 del Reglamento):

"— no conceder el derecho de explotar la franquicia *o parte de ella a terceros.*
— *no explotar por sí mismo la franquicia,* no comercializar por sí mismo los productos o servicios objeto de la franquicia, con arreglo a una fórmula similar.

---

51. Roy-13: Concepto de RIVERA, Carlos, p. 165.

52. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, p. 643.

53. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, p. 643.

54. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia,* GALLEGO, *op. cit.,* p. cit., GALLEGO, *op. cit.,* p. 72.

— no suministrar por sí mismo a terceros los productos del franquiciado.

Esta cláusula *consagra el principio de exclusividad territorial reconocido al franquiciado,* principio que lo protege frente al establecimiento *de otro franquiciado, o del propio franquiciador en el territorio contractual".*[55]

Europa: Insuficiencia de la regulación.

En primer lugar, la regulación europea es parcial, dado que se admite como *franchising* solamente el de distribución o el de servicios.

El énfasis ha sido puesto en el Derecho de la Competencia, dejándose de lado el Derecho Contractual.

Se afirma la inaplicabilidad del Reglamento 4087/88 a los contratos de franquicia industrial (porque se dice que para ellos hay exenciones sobre patentes y *know how).*[56]

En Europa no tiene la franquicia siquiera un régimen mínimo.[57] "No existen... preceptos legales que, de forma directa fijen el complejo de derechos y obligaciones implicados en un contrato de franquicia..."[58] El único Convenio Internacional que se cita es el Tratado de Roma de 1980 sobre ley aplicable a relaciones contractuales.[59] Tampoco la existencia de los Códigos deontológicos de las Federaciones de Franquicia contribuyen a resolver el vacío.

> "su utilidad se ve limitada por la ausencia de carácter vinculante".[60]

El Código Deontológico Europeo de la Franquicia: (elaborado por la Federación Europea de la Franquicia en concierto con los servicios de la Comisión C.E.E.) "centrándose en el aspecto de la competencia, olvida otros tan importantes como el contractual, conclusión y renovación, el de la paridad de los contratantes, o el de la oferta cierta al público..."[61]

A falta de una mejor regulación en Europa, la Franquicia comercial ...puede convertirse en una fuente de riesgos para el franquiciado, como parte contractual económicamente más débil.

Gran parte de estos peligros... se deben al comportamiento anormal y a la actitud engañosa del franquiciador, que en ocasiones, explota la falta de experiencia empresarial de los franquiciados.[62]

Quedan muchos temas pendientes de regulación a nivel comunitario en Europa, como:

— la ruptura en período contractual o la no renovación a la llegada del término.
— la responsabilidad.

Indemnizaciones complementarias:

— el *stock.*[63]
— indemnización de clientela.[64]

"La clientela que él ha incrementado, si no creado, quedará normalmente vinculada al producto y a la marca del franquiciador más que a su propio establecimiento comercial".[65]

---

55. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia,* GALLEGO, *op. cit.,* p. 24.
56. GALLEGO, *op. cit.,* p. 68.
57. GALLEGO, *op. cit.,* p. 40.
58. GALLEGO, *op. cit.,* p. 37.
59. GALLEGO, *op. cit.,* p. 40.
60. GALLEGO, *op. cit.,* p. 59.
61. GALLEGO, *op. cit.,* p. 60.
62. GALLEGO, *op. cit.,* pp. 27 y 28.
63. GALLEGO, *op. cit.,* p. 110.
64. GALLEGO, *op. cit.,* p. 111.
65. GALLEGO, *op. cit.,* p. 17.

— justificación.[66]
— incremento de clientela.[67]
— clientela desarrollada.[68]
— por inversiones: la extinción del convenio le impedirá amortizar las inversiones que, en la mayoría de los casos le han sido impuestas en sede contractual.[69]

> "La Comisión, en sus decisiones individuales, no ha dudado en conceder el beneficio de la exención a los acuerdos de exclusividad suscritos por el franquiciador en favor del franquiciado, *al considerar que la inversión realizada por el franquiciado, justifica plenamente la necesidad de otorgarle una cierta protección contra la competencia, ya sea del franquiciador o de cualquier otro franquiciado, en el territorio contractual.*"[70]

— Indemnizaciones por despido de personal.[71]
— El *stock* sobrante.[72]
— Una disciplina preventiva que obliga al franquiciador a informar al candidato a franquiciado. Como en USA en particular la *Full disclosure act (franchising and business opportunity ventures trade regulations Rule)* que regula la conducta anterior al contrato. *Disclosure* (USA)[73] *(Full disclosure rule; misrepresentation).*

En Europa no hay algo parecido; tenemos aquí otra laguna.[74]

— Disciplina en el momento de la conclusión del contrato reglas de los contratos de adhesión.[75]
— Disciplina durante la vida del contrato: relación duradera.[76]
— Disciplina para la conclusión del contrato.[77]

Otros temas que exigen regulación adecuada son:

— **Franquicia de duración determinada.**[78]
— La llegada del término.
— Denuncia y preaviso.
— Derecho eventual a la prórroga.
— Resolución anticipada.

— **Franquicia de duración indeterminada.**[79]
— Denuncia y preaviso.
— Resolución.
— Ruptura unilateral.

Nuevas tendencias en Europa: El trabajo de UNIDROIT.

"En su 67 período de sesiones, el Consejo de Administración, pidió a la Secretaría que recogiera información sobre el tema de la franquicia comercial *(franchising)* especialmente en lo que respecta al contenido de este tipo de contrato en los distintos países. En su 68 período de sesiones celebrado en abril de 1989, el Consejo de Administración consideró los resul-

---

66. GALLEGO, *op. cit.*, p. 112.
67. GALLEGO, *op. cit.*, p. 113.
68. GALLEGO, *op. cit.*, p. 115.
69. GALLEGO, *op. cit.*, p. 17.
70. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia*, GALLEGO, *op. cit.*, p. 75.
71. GALLEGO, *op. cit.*, p. 118.
72. GALLEGO, *op. cit.*, p. 118 (recompra).
73. GALLEGO, *op. cit.*, p. 86.
74. GALLEGO, *op. cit.*, p. 86.
75. GALLEGO, *op. cit.*, pp. 80, 92.
76. GALLEGO, *op. cit.*, p. 95.
77. GALLEGO, *op. cit.*, p. 99.
78. GALLEGO, *op. cit.*, p. 102.
79. GALLEGO, *op. cit.*, pp. 105 a 109.

tados de un examen de contratos de franquicia comercial de 12 países y el texto de la disposición recientemente adoptada por la CEE que exime a determinadas categorías de acuerdos de franquicia comercial de la aplicación del artículo 85.3 del Tratado de Roma.

El Consejo de Administración decidió que el tema de la franquicia comercial debía seguir figurando en el programa de trabajo".[80]

El futuro: La franquicia y el derecho de la competencia.

Los posibles efectos del reconocimiento de esta figura en Europa se darán necesariamente en diversos niveles:

— nivel jurídico doctrinal.
— nivel jurisprudencial.
— nivel económico.
— nivel político.

El Derecho de la competencia se articula en dos sectores:

— competencia desleal.
— libre competencia.

Es claro que el *franchising* afecta fundamentalmente al Derecho protector de la libre competencia...;[81] afecta a la competencia *intrabrand* (dentro de una misma marca), tiene un efecto altamente positivo sobre la *interbrand* (entre diversas marcas).[82]

Se ha dicho que como instrumento de integración empresarial la franquicia suprime la concurrencia a nivel de detallistas para instaurarla entre productores. La integración deja subsistir la autonomía patrimonial, pero suprime la independencia económica.

Uno de los méritos de la regulación europea es el de haber delimitado las cláusulas no restrictivas de la competencia:

— prohibición de divulgar en *know how.*
— prohibición de utilizar el *know how* para otros fines.
— cláusula de retorno de conocimientos.[83]

Estas cláusulas son necesarias al mantenimiento de la identidad común y la reputación de la red de franquicia:

— derecho de selección de los franquiciados, cláusula de local.
— cláusula sobre la acción publicitaria; obligación de vender los productos objeto de la franquicia sólo a los usuarios finales; obligación de indicar su calidad de comerciante independiente.
— cláusulas de aprovisionamiento exclusivo.
— cláusulas de protección territorial frente al franquiciador[84] y frente a los otros franquiciados.[85]
— prohibición de explotar la franquicia fuera de los locales objeto del contrato.[86]
— prohibición de concluir acuerdos fuera del territorio.

También en Europa se han delimitado las cláusulas restrictivas de la competencia no cubiertas por la exención:[87]

— Cláusulas relativas a los productos.
— Cláusulas relativas a los derechos de propiedad industrial.
— Cláusula de protección territorial absoluta.
— Cláusula relativa a imposición de precios.

---

80. CNUDMI, A/CM.9/ 331 de 23 de abril de 1989.
81. GALLEGO, *op. cit.*, p. 18.
82. GALLEGO, *op. cit.*, p. 18.
83. GALLEGO, *op. cit.*, pp. 143 y ss.
84. GALLEGO, *op. cit.*, p. 166.
85. GALLEGO, *op. cit.*, p. 166.
86. GALLEGO, *op. cit.*, p. 167.
87. GALLEGO, *op. cit.*, pp. 169 a 175.

CONCLUSIÓN

La juiciosa regulación de la legislación norteamericana, que parece insistir demasiado en la Licencia de Marca para caracterizar el fenómeno[88] no parece haberse reflejado mucho a nivel legislativo en Latinoamérica.

El ejemplo de Europa al admitir normativamente esta figura contribuirá, sin duda, a su esclarecimiento en América y, particularmente, en América Latina, donde suele confundirse con otros contratos de mera distribución, de producción o de representación, para los cuales existen algunas regulaciones.

De ahí la importancia de los procesos que en este momento se están dando en Europa, en relación con el *franchising,* con los cuales, puede decirse definitivamente consolidado el concepto en el plano legislativo (supralegislativo, realmente) y nada menos que para todos los países europeos, miembros de la Comunidad.

> "...esta nueva reglamentación comunitaria favorecerá, sin duda, la negociación de una legislación internacional en el seno del GATT, con el fin de eliminar ciertas barreras creadas por determinados países que constituyen un obstáculo importante para la plena liberación del comercio internacional."[89]

"El estudio del *franchising* presupone el análisis de contenidos variables y complejos que puede asumir cada concesión... Sin embargo, el fenómeno se caracteriza por algunas constantes ya señaladas en la experiencia norteamericana, con amplia difusión en Europa.

Tales características, reducidas al mínimo, pueden resumirse así: acuerdo de cooperación y de agregación entre empresas económica y jurídicamente independientes; concesiones a título oneroso de algunas facultades y privilegios en la utilización de bienes inmateriales de la empresa concedente (las formas de contraprestación son variables y se definen como *royalties)".*[90]

El principal mérito de las nuevas regulaciones europeas es que en ellas se define un mínimo contenido de la franquicia:[91]

a. El uso de una denominación o rótulo común.
b. Una presentación uniforme de locales.
c. La comunicación de un *know how* (secreto, substancial e identificado).

> "Los acuerdos de franquicia tienen, por lo general, un efecto positivo sobre la competencia. Mejoran la distribución, puesto que dan al cedente de la franquicia la posibilidad de establecer *una red de distribución uniforme* sin necesidad de grandes inversiones, lo que puede facilitar la entrada en el mercado de nuevos competidores, particularmente en el caso de empresas medianas y pequeñas, lo cual incrementa la competencia entre marcas".[92]
>
> "Permiten asimismo a los comerciantes independientes establecer puntos de venta más rápidamente y con mayores posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del cedente de la franquicia. En consecuencia, tienen la posibilidad de competir eficazmente con grandes empresas de distribución".[93]
>
> "Por último, permiten a los consumidores y otros usuarios finales compartir una parte de los beneficios resultantes, puesto que combinan la ventaja de una red de distribución uniforme con la existencia de comerciantes interesados personalmente en la buena marcha de su negocio".[94]

---

88. En USA lo principal es la licencia de marca.
89. PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime y DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia,* GALLEGO, *op. cit.,* p. 69.
90. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile,* p. 642.
91. GALLEGO, *op. cit.,* pp. 130, 131.
92. CEE, *op. cit.,* p. 40.
93. CEE, p. 40.
94. CEE, p. 41.

Dada la atipicidad de este contrato no basta remitirse a las formas existentes en la ley.

La doctrina nacional ha dado la alarma en relación con el riesgo de aplicar leyes que no fueron específicamente diseñadas para esta nueva forma contractual y se han mostrado los cuidados que se deben tener para evitar que con la aplicación de la Ley "se desvirtúe el contenido mismo del contrato".[95]

También en la doctrina extranjera hay análogas consideraciones: Se ha hablado de la necesidad de evitar alterar la sustancia de la relación, teniendo cuidado con los riesgos de "la sugestión de situaciones donde es muy dudosa la analogía".[96]

Deben evitarse las analogías forzadas; debe tenerse en cuenta que estamos ante una forma contractual que no tiene regulación realmente específica dentro de nuestro Derecho.

Por lo pronto: Frente a la ausencia de norma, estando dentro del mundo de la autonomía privada, el intérprete debe referirse a lo que las partes hayan contratado, en primer término y, seguidamente a los principios fundamentales del Derecho Privado, entre los cuales destacan la buena fe (no sólo en la formación del contrato, sino también en su fase de ejecución), los deberes de comunicación y ayuda, el verdadero daño causado con las actitudes unilaterales de una parte, así como la falta de justificación de su conducta.

Ya la doctrina europea de autores como Guyenot, Frignani, Busnelli y Gallego ha permeado nuestro pensamiento. Corresponde ahora la tarea a la legislación.

Es de esperar que pronto surjan reformas legislativas para incorporar esta figura contractual en los distintos Ordenamientos Latinoamericanos, que usualmente encuentran su faro en Europa.

Sin embargo, la verdadera respuesta que los juristas debemos dar a esta figura de carácter transnacional debe ser internacional. Es importante pensar en una convención internacional, una ley uniforme, o por lo menos una ley modelo (como lo ha hecho UNCITRAL en materia de arbitraje), para la regulación del *franchising* en América.

Las ventajas son innumerables y saltan a la vista.

> "Considerando que la franquicia ha contribuido a disminuir en los países industriales los índices de desempleo, parecen evidentes las ventajas que puede reportar... donde escasea la inversión y donde las empresas rehúyen el riesgo de ampliación."[97] Ella es "...un instrumento eficaz para elevar la calidad de los servicios".[98]

Una clara comprensión de las reglas de juego de la franquicia comercial y una regulación adecuada de esta figura sería, sin duda, un estímulo importante para la inversión, pues tanto franquiciante como franquiciado tendrán seguridad jurídica en sus relaciones contractuales.

---

95. Monge-Oreamuno: p. 238.

96. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, p. 646.

97. GALLEGO, *op. cit.*, p. 36.

98. GALLEGO, *op. cit.*, p. 37.

Por lo tanto:

Se somete a la consideración de la
XXIX CONFERENCIA INTERAMERICAN BAR ASSOCIATION

Las siguientes bases generales de trabajo para una Convención Interamericana o Ley Modelo que regule los 3 grandes temas del *franchising:*

El texto deberá tratar los siguientes grandes temas:

a) la salvaguardia del orden económico.

Deberá determinarse el marco de la libertad de iniciativa económica privada, regulándose la libre competencia y la admisibilidad de las limitaciones establecidas contractualmente.

b) la tutela de los contratantes débiles.

Este tema presenta aristas de especial relieve que deben regularse, como las relativas a la interrupción unilateral de la relación antes del plazo pactado.[99]

Otro aspecto que tiene que ver con la tutela de los contratantes débiles, que merece consideración, es el relativo a los contratos tipo o de adhesión y su interpretación.

c) la tutela de los ahorrantes.

Se ha observado que los abusos más frecuentes se dan en relación con la falta de información y de buena fe *(full disclosure,* en la legislación norteamericana) entre los contratantes y con abusos en la publicidad.[100]

Se tratará entonces de exigir una amplia comunicación de datos y hechos en la venta de las franquicias.[101]

Sobre estos principios será posible algún día en América favorecer la inversión y ocupación laboral que genera esta novedosa forma contractual, dentro de marcos legales donde se tutele el libre mercado, la parte débil y el inversionista.

NOTA: Esta ponencia fue aprobada por la Comisión de Derecho Civil, de la *XXIX Conferencia Interamerican Bar Association,* San José, Costa Rica, 22 a 26 de noviembre 1991.

BIBLIOGRAFÍA

BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile, Obbligazioni e contratti,* 3, UTET, Torino, 1989, p. 642.

CEE, *La política de competencia en el mercado único. Objetivo 92.* Documentación europea, 1989.

CNUDMI, A/CM.9/ 331 de 23 de abril de 1989.

COMITÉ BELGA DE DISTRIBUCIÓN. *Franchising. Una revolución comercial.* Barcelona, Editorial Hispano Europea, 1973.

CHAVANNE, Albert, *El contrato de know how,* **Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística,** México D.F., año VI, enero-junio de 1968, Nº 11.

99. FRIGNANI, p. 243.

100. FRIGNANI, p. 243.

101. Tal fue el fin del senador Williams cuando presentó en USA el correspondiente proyecto. S. 3844, 91st Congress, 1st session (1970).

DIFERNAN, Bonifacio, *Curso de Derecho Civil Panameño,* tomo VI, Editorial La Antigua, Panamá, 1989.

ESCOBAR SANIN, Gabriel, *Negocios civiles y comerciales. Negocios de sustitución... Mandato y agencia comercial,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987.

FOLSOM, Ralph, *International Business Transactions,* St. Paul. Minn, West Publishing Co., 1986.

FRIGNANI, Aldo, *Il controllo del "franchising" nella sua fase di sviluppo; esperienza statunitense e strumenti giuridici utilizzabili in Italia,* **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,** Giuffrè-ed., Milano, marzo de 1976, anno XXX, Nº 1.

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *La franquicia,* Grefol, Madrid, 1991.

GILL REUSCHLEIN, Harold y GREGORY, Williams, *Agency and Partnership,* West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1979-1981.

GUYENOT, Jean, *¿Qué es el franchising?,* Ediciones Jurídicas América-Europa, Buenos Aires, 1977.

LADAS, P. Stephen, *Protección jurídica del know how,* **Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística,** México D.F., año I, julio-diciembre de 1963, Nº 2.

MARZORATI, Osvaldo, *Sistemas de distribución comercial,* Astrea, Buenos Aires, 1990.

MONGE RODRÍGUEZ, Gonzalo; OREAMUNO, Carlos, *El contrato de franchising,* tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1989.

PELLA, Ramón, *Los contratos de licencia de explotación de patentes y los royalties,* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972.

PÉREZ BUSTAMANTE, Jaime; DE MINGO, María, *Un estatuto europeo para la franquicia.* Análisis del reglamento número 2.087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 85.3 TCEE a ciertas categorías de franquicia, en relación con la Sentencia Pronuptia y con las decisiones individuales de la Comisión. **Revista de Derecho Mercantil,** Madrid, Nº 191, enero-marzo.

STUMPF, Herbert, *El contrato de know how,* Temis, Bogotá, 1984.

* * *