

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas

Año 2, No. 3

**SAN JOSE, COSTA RICA
MAYO
1985**

**Revista Estudiantil de Investigaciones
Jurídicas / Asociación de Estudiantes,
Facultad de Derecho, Universidad de
Costa Rica. - vol. 1, No. 3, 1985, - San
José, Costa Rica: La Asociación, 1984**

v. 24 cm..

1 Derecho-Publicaciones Periódicas

COMITE EDITOR

**Maris Stella Fernández Brenes
Gustavo Adolfo Cordero Jenkins
Alberto Porras González**

COMITE EJECUTIVO:

**Luis Diego Alvarez
Kathiana Aguilar
Ernesto Jinesta**

CONSEJO ASESOR:

**Lic. Claudio José Donato
Lic. Wilbur Arroyo**

SUSCRIPTORES DE HONOR

Lic. Mario Carazo Zeledón
Dr. Francisco Chacón Bravo
Lic. Francisco Chacón González
Lic. Maruja Chacón Pacheco
Lic. Federico Omar Chinchilla Núñez
Dr. Daniel del Barco Gutiérrez
Lic. Claudio José Donato Monge
Lic. Alberto Fernández López
Lic. Orietta González Cerón
Lic. Tomás Federico Nassar Pérez
Lic. Rafael Ortiz Fábrega
Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza
Lic. Marielos Soto Gamboa
Lic. Alan Thompson Chacón
Lic. Giorgiana Tristán Orlich
Lic. Carmen María Valverde Acosta
Lic. Luis Zamora Guardia

RECONOCIMIENTO

En esta ocasión es justo y muy grato reconocer el gran aporte a la comunidad estudiantil realizado por un compañero —Claudio José Donato, principal promotor de la Revista y director de la misma durante un año y medio; sin cuyo empeño y dedicación esta publicación que tienen hoy en sus manos se hubiera quedado en una mera ilusión estudiantil.

Por motivos de su graduación, Cabeto no puede formar parte del Comité Editor dado que este órgano está compuesto exclusivamente por estudiantes; pero no por ello hemos dejado de contar con su valiosa y oportuna asesoría.

COMITE EDITOR

San José, 29 de mayo de 1984

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA



Señores: Mario Stella Fernández Brenes
Gustavo Adolfo Cordero Jenkins
Claudio José Donato Monge
Comité Director, Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas

Estimados amigos:

Ustedes tuvieron un sueño y ya lo han hecho realidad. Cuando fui estudiante de Derecho dirigí una pequeña publicación que se llamó "Jurisprudencia", que llegó a tres números. Ese intento, sin embargo, no es comparable, bajo ningún aspecto con los excelentes resultados que Ustedes ofrecen hoy; era algo muy pequeño, que se poligrafaba y se vendía; la publicación contenía extractos de resoluciones judiciales de especial interés, pero nada más. Hoy Ustedes hacen posible el nacimiento de una verdadera revista jurídica, tal vez una de las mejores revistas estudiantiles del mundo, tanto por los criterios de selección de los materiales como por la presentación: *Ustedes han sabido balancear su nombre y forma*; la revista ha nacido y ahora es necesario continuar alimentándola para que viva y crezca.

Como Director de la Revista Judicial y como miembro del Comité de Enlace de la Revista de Ciencias Jurídicas a las dificultades de la tarea que Ustedes han emprendido y les ofrezco todo mi apoyo; los felicito por la acción decidida en el logro de sus propósitos, por entrar con el pie derecho al mundo de la Ciencia Jurídica y les deseo mucho éxito. Nuestra Ciencia no es solamente obra de solitarios Robinsones, sino producto de un esfuerzo compartido: Ustedes han afrontado el compromiso de ese reto y con ello marcan un hito en la producción jurídica latinoamericana.

Reciben un cordial saludo.

Víctor Pérez Vargas

Para los miembros del Comité Editor es sumamente estimulante y satisfactorio recibir el apoyo y felicitación de destacados miembros del gremio al cual nos dirigimos.

Hoy queremos compartir esa satisfacción con todos nuestros compañeros, y transcribir una carta que recibimos, al publicar el primer número de la Revista, de uno de los más destacados autores costarricenses en el campo del derecho civil, que a su vez es una de las personas más experimentadas en materia de publicaciones jurídicas: El Dr. Víctor Pérez Vargas, Director de la Revista Judicial y miembro del Comité de enlace de la Revista de Ciencias Jurídicas.

No la publicamos en el anterior número para brindarle la oportunidad a un renombrado jurista italiano que se encontraba, en ese momento, de paso en nuestro país: Francisco Busnelli, pero hoy manifestamos públicamente nuestro agradecimiento por la motivación que con esta carta don Víctor nos dió.

AGRADECIMIENTO

En esta edición agradecemos la valiosa cooperación de Anabel González, Dionisio Guillén, Alan Thompson, Omaira Durán, Alfredo Chirino y Luis Diego Vargas en la corrección del contenido y de la redacción de los trabajos de investigación.

Reiteramos nuestro agradecimiento a doña Rosa Isabel de Acuña, a Ewald Acuña, Francisco Zamora (Pin), José Francisco Solano (Chico), y Giovanna Balmaceda, por su constante colaboración en la realización de nuestro trabajo.

Finalmente agradecemos la contribución que nos brindaron don Eduardo Ortíz Ortíz y don Diego Baudrit Carrillo en la realización de las dos nuevas secciones de esta Revista, así como a todas aquellas personas que han contribuido ya sea de una manera económica; con la aportación de material publicable o depositando su confianza en nuestra labor.

COMITE EDITOR

PRESENTACION

Para el Comité Editor es sumamente satisfactorio poder presentar a nuestros compañeros el tercer número de esta publicación con un balance positivo de nuestra labor: Definitivamente la Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas crece. Crece y se perfecciona debido a la acogida que ha tenido, y a la calidad de su contenido, lo que ha obligado no solo a reorganizar el trabajo, sino a replantear aspectos de fondo y forma que refuercen los objetivos que guían nuestra labor.

En cuanto a la organización, hemos ampliado la estructura, pues un grupo pequeño de trabajo no da a basto para cumplir con todos los asuntos necesarios para publicar la Revista y, a la vez, *promover la investigación estudiantil* en la Facultad, así como todo un monumento en favor de la excelencia académica, funciones que le fueron claramente, asignadas a la Revista desde su creación. Por esto se cuenta ahora con el Comité Ejecutivo encargado de llevar a cabo las actividades "extra" que el Comité Editor sugiere, con el fin de responder a la gran responsabilidad que tiene bajo sus hombros: Despertar en el estudiante un verdadero espíritu crítico, renovador, creativo, ya que las funciones de este órgano estudiantil *no se limitan a la recolección y reproducción de los trabajos de investigación*. Está en nuestras manos coadyuvar a la Facultad en la tarea de formar verdaderos científicos sociales de cada uno de los estudiantes de Derecho. Es nuestra esperanza, que con el tiempo, este grupo de trabajo aumente, pues cada día vemos ampliar nuestros horizontes en la realización de proyectos sumamente trascendentes, los que definitivamente exigen un mayor acervo de recursos humanos.

La Revista crece también en el campo de la divulgación. Los seiscientos ejemplares del primer número se agotaron en los primeros meses —por lo que inclusive se está pensando en la posibilidad de la reimpresión—, para la siguiente edición aumentamos el tiraje a ochocientos, y en este tercer número llegamos a la suma de mil ejemplares. Esta es una cifra bastante alentadora, máxime si considera que el mercado al cual nos dirigimos es relativamente pequeño.

Conforme vamos adquiriendo mas experiencia, hemos visto la necesidad de realizar algunas variaciones en el campo de la forma, y dentro de ellas, las que más se destacan son la variación en la diagramación y la inclusión de los índices particulares con el fin de facilitar la consulta de este material bibliográfico.

Los demás cambios se refieren al contenido. En esta edición damos inicio a la sección de PROBLEMAS SOCIOJURIDICOS DE LA COSTA RICA ACTUAL, la cual estará a cargo de renombrados juristas nacionales y tendrá como función referirse sobre algún problema de alcance jurídico social de actualidad. Es nuestro interés que, en la medida de lo posible, el tema que se exponga en esta sección sirva como derrotero y base para la discusión en las diversas cátedras. De ésta manera la Revista empieza a dar algunas directrices para el estudio de problemas de actualidad, cumpliendo con la función de incentivar la investigación y la valoración del propio sistema jurídico.

En el número que hoy presentamos, el ex-décano de nuestra facultad e ilustre tratadista de Derecho Administrativo Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, hace referencia al problema de la Democracia y los Partidos totalitarios, a raíz del conflicto surgido por la inscripción del Partido Comunista en octubre pasado.

Con la política de la CATEDRA INVITADA, la Revista quiere asegurarse la calidad del contenido de cada número y promover la investigación profunda en cada rama del Derecho. Consiste este sistema en la delegación de la mayor parte del contenido a una cátedra en especial. Esta se preocupará de que los artículos que se publiquen sirvan como textos básicos para su cátedra, además de que contará con un espacio exclusivo para que algún profesor de la materia desarrolle un tema de importancia.

Esta vez hemos invitado a la cátedra de Derecho de la Contratación Privada para que de inicio a este plan de la Revista, dado que es la que ha mostrado más interés en nuestro trabajo. Contamos pues con un artículo del Profesor Diego Baudrit — Director de la Cátedra— sobre LA CLAUSULA EXPRESA DE RESOLUCION DE PLANO. Además publicamos tres trabajos realizados por alumnos suyos, que han sido merecedores de excelentes recomendaciones, pues el tratamiento de los temas es profundo y novedoso. Estos trabajos fueron realizados por Eduardo Ramírez sobre RESCISION CONVENCIONAL, por Anabel González sobre EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PRIORIDAD, y por Víctor Bulgarelli sobre ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONTRATO DE CUOTA LITIS.

A un año de la publicación del primer número, incorporamos hoy estas secciones que son solo una parte de todo un programa que la REVISTA ESTUDIANTIL DE INVESTIGACIONES JURIDICAS se ha propuesto con el deseo de crear conciencia en el estudiante sobre la función que debe realizar desde la Facultad: Es un hecho que está en nuestras manos la posibilidad de transformar nuestra sociedad, sobre todo si se considera que nos estamos preparando para manejar responsablemente un instrumento determinante en el cambio social, como lo es el Derecho.

Es obligación nuestra —no solo como estudiantes universitarios, sino que, y por encima de todo, como estudiantes de leyes—, intentar solucionar algunos males que afectan a nuestro país. Los alumnos de la Facultad debemos percatarnos de ese papel vital que tenemos como enunciadores y denunciadores de los problemas, y como sujetos activos en la solución de los mismos. Definitivamente debemos actuar, pero actuar efectivamente y no solo de palabras, sin el respaldo de un trabajo concreto, que en última instancia, para lo único que han servido es para incentivar la apatía y desinterés en nuestros compañeros, y para acrecentar la incredulidad en nuestras labores y proyectos por parte de las autoridades y profesionales.

Pero se debe ser realistas y no pretender influir en aquellas circunstancias que todavía no están a nuestro alcance. No se puede pretender transformar aquellas situaciones para las cuales se requiere una preparación, conocimiento y experiencia superior a la que tenemos actualmente. Los estudiantes estaremos, cumpliendo responsablemente con nuestra labor si nos preocupamos, primordialmente, por los problemas estudiantiles y docentes.

Si los estudiantes nos avocamos a una búsqueda por la excelencia académica, conseguiremos más beneficios para el país que si nos preocupamos por una serie de problemas que, aunque importantes, están más alejados de la realidad estudiantil. Solo de esta manera estaremos forjando la calidad profesional y humana de los futuros abogados, y asegurando, por consiguiente, el éxito de una serie de reformas a las instituciones de nuestro país que posteriormente, y con mayor serie podremos plantear.

El Comité Editor es consciente de que el llamado que hace al estudiante no es hacia la realización de acciones concretas, pues más bien lo que intenta es que nuestras palabras sean una motivación de todas las actividades estudiantiles. Es una propuesta a largo plazo y aunque los resultados, por lo consiguiente, sean también a largo plazo, sabemos que este tipo de objetivos son los que tienen consecuencias de más alcance.

Compañeros, como estudiantes debemos preocuparnos por una mejor preparación docente, y de allí definitivamente trascenderemos a Costa Rica, seguros de que los estaremos haciendo responsablemente.

Maris Stella Fernández Brenes
Comité Editor

PROBLEMAS
SOCIOJURIDICOS
DE LA COSTA RICA
ACTUAL.

LOS PARTIDOS TOTALITARIOS Y LA DEMOCRACIA COSTARRICENSE

1. LOS DATOS DEL PROBLEMA

Como es bien sabido el art. 98 de nuestra Carta fue reformado para suprimir el segundo párrafo del mismo, que prohibía expresamente "la formación o funcionamiento" de partidos que atentaran contra el régimen democrático o la soberanía de Costa Rica. Pero se hizo algo más: se reformó también el primer párrafo, que quedó como está hoy, para sujetar los partidos políticos "en sus programas a respetar el orden constitucional de la República".

Con invocación de tal norma constitucional, el Registro Civil y el Tribunal Supremo de Elecciones (por sentencia de las 9:15 hrs del 5 de noviembre de 1984) denegaron la inscripción del Partido Comunista Costarricense, aduciendo que el programa de éste contrastaba con la Carta en cuanto incluía entre sus objetivos fundamentales "abolir el derecho de propiedad privada y la iniciativa particular, al proclamar la socialización de los medios de producción" (Considerando III). El Registro y el Tribunal consideraron que tal proclamación iba contra "el orden constitucional de la República", que el art. 98 de la Carta manda respetar.

La pregunta es: ¿existe tal contraste y, de existir, es suficientemente grave como para justificar la supresión de un partido político?

El problema se puede y se debe plantear en su radical fondo: ¿justifica el art. 98 el rechazo o la supresión de un partido cuyo programa contradiga una norma cualquiera de nuestra Carta o, en todo caso, una fundamental?

2. LA INTERPRETACION CORRIENTE: LA DEMOCRACIA MECANICA

Una concepción vieja, pero actual, de la democracia considera que ésta se reduce a un sistema de partidos, según el cual cualquiera debe poder acceder al Gobierno si alcanza la mayoría constitucional requerida. En tal concepción la democracia carece de ideología y de valores y se reduce a un método de investi-

dura de gobernantes, por mayoría popular. Esta concepción permite la circulación de todas las ideologías a través de los partidos, a sabiendas de que éstos existen para llegar al poder e imponer jurídicamente la suya, desde el Gobierno constitucionalmente conquistado. Es democrático, según este enfoque, el que pueda alcanzar el poder, por la mayoría constitucional, una ideología cuyo contenido reconocidamente niegue la legitimidad de los partidos políticos, afirmando el derecho de uno y único para gobernar la sociedad, como dueño y depositario de una única ideología verdadera. Esto no sólo no sería antidemocrático sino que sería la prueba de fuego de la democracia y de su óptimo funcionamiento: que la democracia garantizara elecciones tan libres que pudieran servir para llevar al poder a un partido único, que suprimiría los demás y prohibiría las elecciones, o, al menos, las que se dieran fuera de él.

3. LA DEMOCRACIA HUMANISTA: IGUALDAD Y LIBERTAD

Pero hay otro sistema democrático, que no puede identificarse con un simple método electoral y que nunca funciona en el vacío axiológico; es el fundado en el valor igualdad. Porque todos somos iguales, el error de uno solo prueba el de todos los demás o su posibilidad y la invencible falibilidad de todos los hombres. Nadie tiene ni puede tener el monopolio de la verdad; el monopolio de la verdad es sobrehumano o inhumano y necesariamente indebido. Y porque todos somos iguales e igualmente falibles, la selección del gobernante tienen que hacerla todos, por un método en el que todos participen por igual, sin que nadie se imponga individualmente a nadie. Es el sistema de los partidos y de las mayorías. La única forma de lograrlo es, en otras palabras, haciéndolos votar a todos y aceptar el voto de la mayoría, más parecido al de todos que el de la minoría. Pero esa mayoría -advuértase bien- no implica que la minoría sea inferior o distinta, ni que la mayoría sea buena por ser tal. Es buena por respetar la igualdad política entre los hombres, reflejo de su fundamental igualdad humana. Y por aquí abrazamos al hombre y nos olvidamos de la mayoría. Porque la humanidad a que nos referimos es también la que es igual en todos los hombres, por serlo, no la personal y propia de cada uno según la obra de su vida. Es humanidad, no personalidad; y es congénita, no funeraria, porque existe cuando nacemos, no cuando morimos. La única forma en que puede conservarse, pese a la diferencia de medios y capacidades entre los hombres, es en o por la libertad. Sólo si todos tienen igual libertad para desarrollar al máximo sus capacidades, habrá igualdad entre los hombres. Porque el uso de la libertad conduce a la desigualdad, la única igualdad posible es en la cantidad y en el tipo de libertad disponible para cada uno. Cada uno tiene derecho a la libertad necesaria para realizarse al máximo, pero esa libertad tiene que ser la misma para todos, como expresión máxima de la igualdad jurídica entre ellos. La libertad, como objeto de la igualdad en los derechos humanos esenciales, es la única verdadera igualdad existente, o, todavía mejor, es la única igualdad jurídicamente posible. La ley no puede imponer destinos -lo que sería la negación frontal de la libertad- pero puede garantizar puntos de partida. Y no sólo eso garantiza puntos de partida sabedora de la esencial desigualdad de capacidades y de medios, para obtener la desigualdad final entre los hombres que no sólo es legítima sino de

seable si se ha construido sobre su esencial igualdad constitucional en el disfrute de la libertad.

4 EL CASO DEL PARTIDO UNICO

No hay posibilidad ninguna de disociar la igualdad de la libertad en una democracia, ni tampoco el derecho de voto de ambas, con todas las consecuencias de esa decisiva conexión entre ellos. Se trata de una imbricación necesaria que está muy por encima de partidos y mecanismos electorales, de sistemas de selección política. La democracia como tal mecanismo electoral es parte de un conjunto político mucho más amplio, cuya base está en la igualdad jurídica congénita entre todos los hombres y cuya cúspide está en la libertad de todos por igual, como instrumento de su felicidad o para ella. Votar en una democracia pluralista, con pluralidad de partidos, es ser igual y es ser libre. votar en una de partido único, es ser esclavo de ese partido o de sus jefes, a quienes sirve el partido. Es exactamente lo contrario de la auténtica democracia. Es democracia homónima de la nuestra, pero políticamente antípoda.

Todo sistema de partido único es esencialmente antidemocrático, no porque prohíba o excluya elecciones libres con participación de todos, sino porque excluye la igualdad y la libertad de todos, al entender políticamente distintos e inferiores y sin derecho de voto a los que están fuera de ese partido. La pérdida del voto es lo de menos o, en todo caso, viene por carambola. Lo fundamental es la pérdida de la igualdad y, con ella, de la libertad comunes a todos los hombres, de las cuales los partidos son mero reflejo. Y no hay desigualdad porque no hay derecho a voto, fuera del partido único, sino que no hay derecho a voto porque hay desigualdad. El partido único divide a los hombres entre los que son realmente tales y pueden votar, por ser partidarios, y los demás, que no lo son y no pueden votar, porque no son partidarios. En todo caso, porque no creen lo que éstos creen.

Hemos escogido el problema del partido único para hacer entender que la verdadera democracia o, más bien, la democracia igualitaria, lo repudia. Y se entiende que así sea con todos los demás dogmas de esa democracia pluralista, que es la nuestra. La nota esencial de la democracia igualitaria y pluralista es el carácter funcional que en su interior tienen tanto el Gobierno como los derechos individuales: todo el sistema está montado sobre el respeto a la igualdad y a la libertad y para promoverlas al máximo, en términos tales que, si ocurre lo contrario, hay destrucción de su misma estructura, a la que su función está incorporada. Un derecho al voto para instaurar una dictadura en favor de un líder o de una clase privilegiados, con derecho exclusivo al poder a partir de ese momento, sin alternabilidad ni elecciones libres, sin la participación igualitaria y, sobre todo, sin libertad de todos los gobernados en el manejo de su vida diaria, es no sólo un contrasentido sino un derecho inexistente en una verdadera democracia. En ésta y la afirmación resulta esencial política y jurídicamente el fin está incorporado al voto y consiste necesariamente en servir la igualdad y la libertad congénitas de todo hombre así como el pluralismo que de ellas nacen y sin las cuales ese voto aborta o muere.

5. EL CASO DE LA PROPIEDAD PRIVADA

El motivo invocado para impedir el nacimiento de un partido político fue el que su programa expresamente propugnara la socialización de los medios de producción, cambio incompatible con el actual sistema económico y político, según afirmación del respectivo falla. ¿Lleva éste razón? ¿Se trata de aspecto fundamental de nuestro régimen constitucional?

Creemos que sí y nos interesa establecer la compaginación desde doble punto de vista, desde nuestra Constitución y desde un modelo ideal de democracia.

Curioso es advertir cómo, para el marxismo, la palabra libertad significa más bien liberación, a partir de la destrucción de la propiedad privada y del gobierno igualitario, para la consumación de la dictadura del proletariado. La propiedad es, según el marxismo, la fuente principal de la desigualdad humana y política, y sobra explicarlo más. Y la socialización de los bienes no es un fin sino un medio para crear la igualdad real y no sólo jurídica, mediante la destrucción de la clase capitalista, por un Estado de partido único, representante del proletariado, según lo proclaman Marx y Moscú. No hay que decir más para una clase y un régimen. Todavía más: hay una íntima ligazón histórica entre dictadura y colectivismo económico, tanto como la hay entre libertad política y propiedad privada, que viene fácilmente a luz no sólo por el inveterado recurso de los partidos marxistas a los golpes de estado-como cualquier tiranuelo de derechas- sino por la sistemática opresión que sus gobiernos ejercen sobre todos los disidentes y contra todos los derechos humanos, una vez realizada la colectivización. Igual perseverancia en la tiranía está ausente de la mayoría de los gobiernos electos dentro de una democracia pluralista y con propiedad privada. De modo que cala bien el fallo constitucional, que así es digno de todo apoyo por los demócratas auténticos de Costa Rica, cuando establece una vinculación institucional necesaria entre democracia costarricense y propiedad privada, así como entre colectivismo y dictadura.

Pero cabría pensar que la supresión del párrafo segundo del art. 98 de la Constitución Política y de la prohibición de partidos antidemocráticos que contenía, es lo mismo que una autorización para la existencia y funcionamiento de éstos en Costa Rica. Cabría pensar, en otras palabras, que la reforma constitucional deja sin efecto la prohibición que contenía el art. 98 y crea un derecho de existencia abierto para toda clase de partidos, no importa su ideología, totalitaria o democrática.

La realidad es que el silencio del legislador nada dice, excepto cuando dispone lo contrario una norma; y que, por ello mismo, si hay una regla constitucional sobre una materia, viene prohibido derogarla, reformarla o interpretarla por suposición de lo que dice el silencio creado por una derogación parcial anterior. Suprimir una prohibición no equivale a otorgar un permiso cuando la prohibición es también de principio y no una disposición escrita, porque el principio sólo muere por derogación expresa, sobre todo si se trata de acto o actividad sujetos a un acto oficial interpuesto, como la inscripción de un partido

político Y más bien equivale, con sólo no decir nada al respecto, a dejar a la autoridad llamada a inscribir en libertad para fallar discrecionalmente el asunto, siempre con razonabilidad.

Pero es que, en este caso, hay más. el párrafo primero del art. 98 expresamente sujeta la formación e inscripción de partidos a la compatibilidad entre la Constitución y sus programas, lo que obviamente incluye en el cotejo la esencia de la Constitución. Y con ello quiere decir que prohíbe cualquier partido cuya ideología comprobada fustigue la Carta y ponga su ideal en lo contrario a aquella esencia. De modo que la cuestión única que queda por contestar en cuanto a la sabiduría del referido fallo es la de si la propiedad privada forma parte esencial de nuestro sistema económico o político, o es meramente ornamental en su arquitectura, fuera de consideraciones ideológicas como las anteriores. Creemos posible, en efecto, descubrir lo esencial de un sistema constitucional positivo-en cuanto operante socialmente-por inducción y no por deducción, a través de la relación entre sus normas importantes y de éstas con la realidad de su aplicación en la vida política y económica. No es ésta la sede para decirlo todo al respecto, sino lo de bulto; y de bulto es que toda la organización del Estado dada en nuestra Constitución supone y consagra la propiedad privada. El art. 50, fundamental en esta línea de pensamiento, obliga a estimular la distribución de la riqueza, que también es propiedad privada; y el art. 121.13 establece una potestad de imposición, que sólo puede operar sobre la propiedad de los bienes en general, pues, si no se diera, no habría nada que imponer. Pero, sobre todo, la Carta contiene instituciones histórica y teóricamente vinculadas a la propiedad privada, como la división de poderes, las reservas de ley, el sistema de libertades públicas, etc., que carecerían de sentido sino como medios de protección o de incisión sobre aquella y que aparecieron en el horizonte político de Costa Rica alrededor o conjuntamente con la propiedad privada, cuya explotación resulta la libertad económica fundamental y más productiva en la vida real. Todo lo cual debe entenderse naturalmente referido a la propiedad como institución jurídica y no sólo como derecho del propietario, pues aquella existe en la Carta y por virtud de ésta aunque, de hecho, no haya propietarios o los haya muy pocos. Pese a la hipocresía reiterada en la teoría internacional de los derechos humanos, que excluye de su campo las libertades económicas, éstas son hoy el pivote de las otras libertades donde existen- y el antecedente inmediato de su desaparición, donde no existen. Todas las dictaduras de nuevo cuño, tanto de izquierda como de derecha, empiezan siempre colectivizando total o parcialmente la economía del país. No hay la menor duda de que la propiedad privada es parte esencial de nuestra democracia igualitaria y pluralista, así como de su eliminación una destrucción del sistema político- y no sólo económico- que hoy vivimos.

La sentencia que comentamos lleva razón Honor a la propiedad, si de honrar la libertad y la igualdad se trata, honor al Registro Civil y al Tribunal Supremo de Elecciones

Lic Eduardo Ortiz Ortiz

5. EL CASO DE LA PROPIEDAD PRIVADA

El motivo invocado para impedir el nacimiento de un partido político fue el que su programa expresamente propugnara la socialización de los medios de producción, cambio incompatible con el actual sistema económico y político, según afirmación del respectivo falla. ¿Lleva éste razón? ¿Se trata de aspecto fundamental de nuestro régimen constitucional?

Creemos que sí y nos interesa establecer la compaginación desde doble punto de vista, desde nuestra Constitución y desde un modelo ideal de democracia.

Curioso es advertir cómo, para el marxismo, la palabra libertad significa más bien liberación, a partir de la destrucción de la propiedad privada y del gobierno igualitario, para la consumación de la dictadura del proletariado. La propiedad es, según el marxismo, la fuente principal de la desigualdad humana y política, y sobra explicarlo más. Y la socialización de los bienes no es un fin sino un medio para crear la igualdad real y no sólo jurídica, mediante la destrucción de la clase capitalista, por un Estado de partido único, representante del proletariado, según lo proclaman Marx y Moscú. No hay que decir más para una clase y un régimen. Todavía más: hay una íntima ligazón histórica entre dictadura y colectivismo económico, tanto como la hay entre libertad política y propiedad privada, que viene fácilmente a luz no sólo por el inveterado recurso de los partidos marxistas a los golpes de estado como cualquier tiranuelo de derechas sino por la sistemática opresión que sus gobiernos ejercen sobre todos los disidentes y contra todos los derechos humanos, una vez realizada la colectivización. Igual perseverancia en la tiranía está ausente de la mayoría de los gobiernos electos dentro de una democracia pluralista y con propiedad privada. De modo que cala bien el fallo constitucional, que así es digno de todo apoyo por los demócratas auténticos de Costa Rica, cuando establece una vinculación institucional necesaria entre democracia costarricense y propiedad privada, así como entre colectivismo y dictadura.

Pero cabría pensar que la supresión del párrafo segundo del art. 98 de la Constitución Política y de la prohibición de partidos antidemocráticos que contenía, es lo mismo que una autorización para la existencia y funcionamiento de éstos en Costa Rica. Cabría pensar, en otras palabras, que la reforma constitucional deja sin efecto la prohibición que contenía el art. 98 y crea un derecho de existencia abierto para toda clase de partidos, no importa su ideología, totalitaria o democrática.

La realidad es que el silencio del legislador nada dice, excepto cuando dispone lo contrario una norma; y que, por ello mismo, si hay una regla constitucional sobre una materia, viene prohibido derogarla, reformarla o interpretarla por suposición de lo que dice el silencio creado por una derogación parcial anterior. Suprimir una prohibición no equivale a otorgar un permiso cuando la prohibición es también de principio y no una disposición escrita, porque el principio sólo muere por derogación expresa, sobre todo si se trata de acto o actividad sujetos a un acto oficial interpuesto, como la inscripción de un partido

político. Y más bien equivale, con solo no decir nada al respecto, a dejar a la autoridad llamada a inscribir en libertad para fallar discrecionalmente el asunto, siempre con razonabilidad.

Pero es que, en este caso, hay más. el párrafo primero del art. 98 expresamente sujeta la formación e inscripción de partidos a la compatibilidad entre la Constitución y sus programas, lo que obviamente incluye en el cotejo la esencia de la Constitución. Y con ello quiere decir que prohíbe cualquier partido cuya ideología comprobada fustigue la Carta y ponga su ideal en lo contrario a aquella esencia. De modo que la cuestión única que queda por contestar en cuanto a la sabiduría del referido fallo es la de si la propiedad privada forma parte esencial de nuestro sistema económico o político, o es meramente ornamental en su arquitectura, fuera de consideraciones ideológicas como las anteriores. Creemos posible, en efecto, descubrir lo esencial de un sistema constitucional positivo-en cuanto operante socialmente-por inducción y no por deducción, a través de la relación entre sus normas importantes y de éstas con la realidad de su aplicación en la vida política y económica. No es ésta la sede para decirlo todo al respecto, sino lo de bulto; y de bulto es que toda la organización del Estado dada en nuestra Constitución supone y consagra la propiedad privada. El art. 50, fundamental en esta línea de pensamiento, obliga a estimular la distribución de la riqueza, que también es propiedad privada; y el art. 121.13 establece una potestad de imposición, que sólo puede operar sobre la propiedad de los bienes en general, pues, si no se diera, no habría nada que imponer. Pero, sobre todo, la Carta contiene instituciones histórica y teóricamente vinculadas a la propiedad privada, como la división de poderes, las reservas de ley, el sistema de libertades públicas, etc., que carecerían de sentido sino como medios de protección o de incisión sobre aquella y que aparecieron en el horizonte político de Costa Rica alrededor o conjuntamente con la propiedad privada, cuya explotación resulta la libertad económica fundamental y más productiva en la vida real. Todo lo cual debe entenderse naturalmente referido a la propiedad como institución jurídica y no sólo como derecho del propietario, pues aquella existe en la Carta y por virtud de ésta aunque, de hecho, no haya propietarios o los haya muy pocos. Pese a la hipocresía reiterada en la teoría internacional de los derechos humanos, que excluye de su campo las libertades económicas, éstas son hoy el pivote de las otras libertades donde existen- y el antecedente inmediato de su desaparición, donde no existen. Todas las dictaduras de nuevo cuño, tanto de izquierda como de derecha, empiezan siempre colectivizando total o parcialmente la economía del país. No hay la menor duda de que la propiedad privada es parte esencial de nuestra democracia igualitaria y pluralista, así como de su eliminación una destrucción del sistema político- y no sólo económico- que hoy vivimos.

La sentencia que comentamos lleva razón. Honor a la propiedad, si de honrar la libertad y la igualdad se trata, honor al Registro Civil y al Tribunal Supremo de Elecciones

Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

CATEDRA
INVITADA

LA CLAUSULA EXPRESA DE RESOLUCION DE PLANO

Dr. Diego Baudrit
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor asociado de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Marzo de 1985

Plan:

- 1.— La jurisprudencia
- 2.— La doctrina
- 3.— La ley mercantil

La resolución de un contrato de pleno derecho, en virtud de una cláusula expresa contenida en la convención original, en la que se hubiere previsto que una determinada forma de incumplimiento provocaría, sin necesidad de decisión judicial, la aniquilación de los efectos del contrato, es una figura poco estudiada en derecho costarricense. La jurisprudencia publicada de la Corte de Casación, aunque se presenta definitiva, en el sentido de rechazar la validez de una cláusula resolutoria expresa que hiciera innecesaria la decisión judicial, luego de un análisis un poco detenido aparece más bien como contradictoria. Autores modernos de derecho costarricense admiten, sin ambages la posibilidad jurídica de la institución, mientras que la ley mercantil en un caso concreto la autoriza.

1.— LA JURISPRUDENCIA

La Corte de Casación se ha pronunciado en muchas ocasiones por el rechazo, sin contemplaciones, de la validez de cláusulas que provoquen la resolución de pleno derecho de un contrato sinalgmático (1). En ese sentido se en-

(1) Véase la sentencia de las 14 horas y 30 del 3 de setiembre de 1947 II semestre, pág. 812, en que se citan los antecedentes jurisprudenciales

cuenta la sentencia de las 10 horas del 4 de agosto de 1945 (2), en que se expresa que:

"la resolución emanada del pacto comisorio, ya sea del expreso resultante de convenio, o ya del tácito instituido en el artículo 692 del Código Civil, no puede jamás operarse de "pleno derecho"

La razón es elemental: ni la ley ni las partes están llamadas a desquiciar el sentido jurídico de la equidad en la forma en que lo desquiciaría la tesis de que la resolución operara de plano y a opción de parte, puesto que con ello se dejaría al vendedor la escogencia de pedir o no, en justicia, el cumplimiento del convenio o su resolución, según que la propiedad vendida hubiera disminuido o aumentado su valor venal".

Esos son los argumentos con que los jueces del tribunal fundamentaron la tesis de rechazo absoluto. Las razones son de orden moral: por equidad —dicen— no puede dejarse a un contratante, que aparentemente sería el económicamente más fuerte, que dispusiera la resolución de plano, cuando el valor de las cosas transmitidas podrían haber aumentado.

Ese fundamento, bien intencionado, no nos parece suficiente ni coherente con la realidad jurídica. De hecho, en situaciones como la contemplada, el vendedor que no hubiera incumplido, tendría siempre la "opción" de pedir la resolución al juez, o bien la ejecución forzosa de su comprador, en caso de incumplimiento de éste, como lo dispone el artículo 692 del Código Civil, que es la regla de base de la institución.

Otro, pues, debería haber sido el fundamento de la decisión del tribunal, como por ejemplo: que en nuestro sistema de Derecho sólo los jueces tendrían la posibilidad de calificar la gravedad del incumplimiento que conduciría a una resolución. Pero aún así, cabría preguntarse si ello es asunto de orden público, o más bien una cuestión que los particulares pueden decidir (previendo expresamente un determinado incumplimiento), en cuyo caso la calificación de "gravedad" sí podría dejarse a su arbitrio.

La sentencia de 1945 es el pronunciamiento de principio para decidirse por el rechazo jurisprudencial de la cláusula resolutoria expresa con efectos de plano (3). Sin embargo, en esa misma sentencia, al reafirmarse el criterio indicado, pareciera admitirse —contradictoriamente— una cláusula resolutoria expresa:

"Los actos jurídicos nunca tiene realización de pleno derecho, salvo que sea por mandato de la ley o por motivos de orden público; y aún por convenio explícito de partes, caso este último, muy alejado del actual, en que dice la escritura que el no pago de dos cuotas implica la rescisión de la venta, mas no que tal rescisión debiera operarse de pleno derecho"

(2) 11 semestre, pág. 548 ss.

(3) CASAFONT (Pablo), "La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en la legislación costarricense" en "Ensayos de derecho contractual" Lehmann San José 1968, pág. 44 y s. En igual sentido, RAMÍREZ SEGURA (Mario) "La resolución contractual por incumplimiento malicioso" Revista Judicial número 21 setiembre de 1981 págs 10 y ss.

Pareciera que otro hubiera sido el fallo, si en el contrato, *expresamente*, se hubiera dispuesto la resolución *de pleno derecho*, para el caso de que no se pagaran las dos cuotas que dice la sentencia. En efecto, los contratantes pueden calificar siempre qué incumplimiento será para ellos causa de resolución (en un contrato puede regularse que no todo incumplimiento, aún aquel que ordinariamente es grave, sea causa de resolución, si no sólo el que específicamente interesa a las partes), pero con tal estipulación no podría esperarse la resolución de pleno derecho, si ésta no hubiera sido convenida expresamente, ya que la cláusula resolutoria tácita —ordinaria o normal— está establecida en la ley, por lo que no se necesita al respecto convenio alguno.

2.— LA DOCTRINA

El profesor CASAFONT ROMERO, en homenaje al principio de la libertad contractual, propone que

“ha de aceptarse la eficacia de una cláusula expresa que opere la resolución del contrato por incumplimiento de pleno derecho, si ese pacto concertado por las partes en el mismo contrato, acusa su voluntad clara, precisa y seriamente dirigida a que se produzca automáticamente la resolución, es decir de pleno derecho, en ejercicio de la autonomía de su voluntad y en materia no sustraída de su ámbito” (4).

Los requisitos de una cláusula resolutoria expresa, para que opere de plano, serían, si desarrollamos los principios implícitos en la opinión del ilustre autor jurista:

a) una *cláusula establecida expresamente* en el contrato original, qué tipo de incumplimientos son graves para ellos; sin embargo, no habría aparentemente objeción de que tal cláusula se adicionara a un contrato en un momento posterior al de su conclusión o perfeccionamiento.

b) la determinación precisa en esa cláusula de los *criterios objetivos* que calificarían la gravedad del incumplimiento, ya que es inadmisibles cualquier subjetividad, que propiciaría la arbitrariedad.

c) la expresión concreta de que el incumplimiento que se califica con criterios objetivos de grave, provoca la *resolución de plano* del contrato.

Fundados en los razonamientos del profesor CASAFONT ROMERO, hemos externado una opinión similar, propicia a la admisión de la resolución de pleno derecho por cláusula expresa (5).

3.— LA LEY MERCANTIL

El artículo 456 del Código de Comercio dispone que

“Cuando el precio deba pagarse en abonos, podrá pactarse que la falta de uno o varios pagos producirá la resolución del contrato, conforme a las reglas siguientes

(4) CASAFONT (Pablo) op cit p 49

(5) BAUDRIT (Diego) Teoría general de contratos Ed. Guaymas. San José 1982 págs 86 y ss

a) Si se trata de bienes muebles tales como automóviles, motos, pianos, máquinas de coser u otros objetos semejantes que puedan ser identificados, el contrato debe hacerse en forma auténtica. La resolución del contrato surtirá efectos contra tercero cuando la cláusula resolutoria hubiere sido inscrita en el Registro de Muebles; y

b) Si se trata de bienes muebles cuya identificación no sea posible establecer en forma indubitable, la resolución del contrato no producirá efecto contra tercero de buena fe que los haya adquirido o aceptado como garantía de una obligación”.

Esa regla sólo se puede referir a la resolución de pleno derecho. No cabría la posibilidad de que la ley se refiera allí a la resolución ordinaria, ya que los supuestos son diferentes, lo que se desprende en que ésta es tácita, mientras que la prevista en el número 456 transcrito debe ser expresa (“podrá pactarse”).

En esa disposición se contemplan todos los requisitos que se exigen doctrinalmente, y que constatamos en el aparte anterior, y se añade uno más: el convenio de resolución de plano debe constar un *documento auténtico*.

La ley contiene el principio razonable de que la resolución que se opere sólo surtiría efectos contra terceros si estuviera inscrita en el Registro de Muebles. De otra forma, es decir, si no hay inscripción (inscripción (inciso b)), la resolución de pleno derecho sólo tendría efectos entre las partes, quedando a salvo los terceros de buena fe, que son aquellos que no hubieren conocido la existencia del pacto.

La cláusula expresa de resolución de plano está admitida en la legislación mercantil para las ventas de muebles. Tal constatación unida a un análisis cuidadoso de la jurisprudencia, podría conducir a eliminar la afirmación que corrientemente se hace de que en nuestro sistema de derecho privado está excluída la validez de esa cláusula.

RESCISION CONVENCIONAL

(COMENTARIO DE SENTENCIA)

*Trabajo presentado al profesor Diego Beudrit
Cátedra de Derecho contractual
por Eduardo Ramírez Castro
IV año 1984*

INTRODUCCION

El comentario que ahora nos ocupa, se refiere a una sentencia dictada por la Sala de Casación, (Casación 1940 I Sem. pág. 255), en la cual se presentan una gran cantidad de alternativas que la hacen en cierta medida compleja. Sin embargo, a efecto de delimitar nuestro tema, trataremos únicamente lo relacionado con la rescisión convencional de los contratos dejando de lado los demás aspectos que ahí se ventilan.

Con el objeto de familiarizar al lector del contenido de la sentencia, los hechos y las pretensiones se resumen tal y como figuran en la demanda, pero con la advertencia de que luego el estudio se centralizará en el tema indicado y que se ubica, dentro de las distintas pretensiones, en el punto b) de ese aparte.

HECHOS

La Victoria Investment Company, traspasó a Francisco Montealegre, por la suma de \$ 35.000.00, una propiedad llamada El Líbano, pero en el entendido de que dicho traspaso se hacía realmente al señor Enrique Wollenweber. Este último pagó parte del precio traspasando dos fincas de su propiedad a la citada compañía quedando un saldo de \$ 20.000.00 que pagaría en los dos años siguientes.

En el Contrato se establecía que la Compañía se reservaba el derecho —por un lapso de dos años— de vender u otorgar una opción de compra de las minas del Líbano, lo cual debía ser aprobado por el señor Montealegre quien delegó esta aprobación a don Enrique.

Del traspaso de las dos fincas a la Victoria ésta pagó \$ 7.500.00 por cada una y un restante de \$ 2.880.00 que se le asignaron a don Francisco por parte de don Enrique para que sufragara los gastos relacionados con el negocio

Por otra parte, se giró un pagaré de parte de don Enrique a favor de Montealegre y dos cédulas hipotecarias a favor de Victoria de Ford y esta a su vez a María Ford de Spilsbury quien trata de hacer el remate.

También consta en el Contrato que la Victoria se comprometió a otorgar a Montealegre o a quien éste indicara, libre de gravámenes hipotecarios; la respectiva escritura de traspaso tan pronto le fuera pagado el precio de la venta.

Por último, una vez fallecido don Enrique el señor Montealegre devolvió a la Compañía mencionada el título de El Líbano.

PRETENSIONES

a. La Sucesión de Enrique Wollenweber demanda conjuntamente a Montealegre Gallegos y a la Victoria Investment para que se establezca que la finca Líbano fue adquirida por don Francisco Montealegre para don Enrique Wollenweber Neil, de manera que deben otorgarle el título de propiedad respectivo y que se paguen los daños y perjuicios causados por la no entrega de éste.

b. Subsidiariamente se demanda a Francisco Montealegre para que transmita el título de propiedad a la sucesión y que pague los daños y perjuicios ocasionados.

En caso de no acogerse estas pretensiones solicita la devolución de la suma de ₡ 15.000 que se pagó a la Victoria Investment más los ₡ 2.800.00.

c. También se demanda a don Francisco Montealegre, a la Victoria Investment y a María Ford para que se declare que las fincas traspasadas por don Enrique pertenecen a la Victoria junto con el gravamen de cédulas hipotecarias. Además, que se declare la confusión en cuanto al pagaré ya que la Victoria reúne las condiciones de acreedor y deudor, o en contrario que ejerza la acción contra la Compañía ya que ésta posee los inmuebles.

d. Por otra parte, Francisco Montealegre Gallegos contrademanda para que se declare que las fincas traspasadas a la Victoria por parte de don Enrique sean devueltas a la Sucesión de Wollenweber ya que entre él y la Compañía convinieron en anular o rescindir el contrato de compraventa de la Mina Líbano, anulación que se retrotrajo al momento mismo de la muerte del señor Wollenweber (14 St 36) y por consiguiente el albacea de la sucesión indicada a quien legalmente la representa está obligado a aceptar y firmar la escritura de devolución de esas fincas que hará la Victoria.

PROCEDIMIENTO

a. Al respecto el Juez José María Araya Dávila en sentencia de las 10 horas del doce de junio de 1939 resolvió que en primer término sin lugar la excepción de falta de personería ad causam opuesta por la sucesión actora a la contrademanda de Montealegre; sin lugar la contrademanda del señor Montealegre y sin lugar la demanda en todas sus partes excepto en cuanto a que la Sucesión tiene derecho a que se la devuelvan las fincas, y además el señor Montealegre debe resarcir la suma de ₡ 17.800.00 con el producto del remate de las fincas a cargo de María Ford de Spilsbury.

b. En alzada y por la sentencia de las diez horas y cincuenta y cinco minutos del tres de octubre último reformó la anterior sentencia de manera que el demandado Montealegre debe devolver a la sucesión actora la suma de ₡ 15.000 colones recibidos por el traspaso de las dos fincas a la Victoria por don Enrique más los ₡ 2.880 destinados a la explotación del negocio, con sus respectivos intereses a partir de la muerte de Wollenweber. Por otra parte, María Ford no tiene acción contra la sucesión por cuanto la Victoria endosó las cédulas cuando ya había adquirido e inscrito para sí las dos fincas.

RECURSO DE CASACION

El señor Francisco Montealegre presentó un recurso de Casación en el cual alegaba como violados los arts. 844, 1022, 1023 y 1026 del Código Civil. El señor Montealegre considera que al convenir él y la Victoria Investment Company Limited en rescindir el contrato de compra venta relacionada, las fincas en cuestión debieron regresar de nuevo al patrimonio de la sucesión, junto con las cédulas hipotecarias constituidas sobre ellas, ya que tal rescisión o anulación produce efectos retroactivos desde el momento del fallecimiento del señor Wollenweber (16 setiembre 1936).

Sin embargo, también afirma don Francisco que al violarse estos artículos las cosas deben volver a su primitivo estado, es decir, que las fincas que había aportado el señor Wollenweber debían retornar, en este caso, a la sucesión en virtud de la rescisión del contrato, dado que debe aplicarse el artículo 844 del Código Civil.

El señor Montealegre fundamentó la rescisión del contrato en el hecho de que el señor Wollenweber se había comprometido a administrar la mina, además de pagar los gastos principales, con la venta de una maquinaria que quedó a su cargo. Al no poder cumplir estas obligaciones por el acaecimiento de su muerte, el señor Montealegre consideró necesaria la rescisión del contrato por cuanto no se podía explotar el negocio "sin ese aporte personalísimo del trabajo del señor Wollenweber que constituía una de sus partes esenciales".

FALLO DE CASACION

La sala de Casación declaró: procedente el recurso de la sucesión Wollenweber e improcedente el de los demandados. En lo que nos interesa, (sea la rescisión convencional), el recurso presentado por el señor Montealegre se manifestó improcedente por las razones siguientes: "Todas las infracciones de ley alegadas en el escrito inicial se basan en el argumento de que la rescisión del contrato de venta celebrado entre la Victoria Investment y el recurrente, por la naturaleza de las estipulaciones que comprende, produce también sus consecuencias legales contra la sucesión Wollenweber, y que, de consiguiente, ésta debe recibir las fincas dadas en pago a la vendedora, junta con el gravamen de cédulas hipotecarias a que estaban afectas; más, para llegar a esa solución sería necesario aplicar el artículo 844 del Código Civil, según lo pretende el recurrente y ese texto legal se contrae a los efectos de la nulidad de un acto jurídico o de un contrato una vez que haya sido declarada por sentencia firme, y en la especie no existe la declaratoria judicial de nulidad de la expresada venta, ni son aplicables los preceptos de esa ley, por analogía, al caso de rescisión convencional el cual se rige por las reglas de los contratos y en esa rescisión no fue parte la sucesión actora".

COMENTARIO

La presente sentencia consiste, entre otras cosas, en la aplicación de las reglas de la rescisión convencional.

Se puede palpar una evidente confusión de parte de don Francisco entre las reglas que rigen la rescisión convencional y la rescisión por nulidad, ya que mezcla elementos de ambas instituciones jurídicas.

En este caso concreto la Sala de Casación señala tal confusión al afirmar que el recurrente desea la aplicación del 844, pero al mismo tiempo indica que no es posible explicar los preceptos de ese artículo por analogía a la rescisión convencional, ya que son dos categorías jurídicas diferentes. Para la rescisión por nulidad es necesaria una declaratoria por sentencia firme; en tanto que para la rescisión convencional es necesario un contrato que deje sin efecto el primero (1)

(1) Casación No. 95, de las 10:00 del 2/5/53. II Semestre I Tomo. pág. 333.

1. LA APLICACION DE LA RESCISION CONVENCIONAL DE LOS CONTRATOS

La rescisión convencional es un acuerdo de voluntades mediante la cual se revoca una relación contractual existente.

En principio los contratos no pueden revocarse por la sola voluntad de una de las partes; excepto en el caso de la rescisión unilateral que se comentará posteriormente. Algunos de la doctrina prefiere hacer la distinción entre revocación y rescisión. Sostienen que la revocación es la supresión de los efectos de un contrato que aún no se ha comenzado a cumplir; en tanto que se reserva el término rescisión para suprimir los efectos de un contrato cuyo cumplimiento ya se ha iniciado. Sin embargo, otra parte de la doctrina no hace distinción alguna en la utilización de tales conceptos y los utiliza como sinónimos. (2)

La rescisión convencional es un segundo contrato celebrado por quienes concluyeron el contrato inicial en el cual se deja sin ningún efecto éste último ya que en éste deciden restituirse las prestaciones que habían realizado conforme al primer contrato. Pero para que ello suceda es necesario que el contrato rescisorio reúna todos los elementos y requisitos exigidos para la validez de un contrato.

1.1. Irretroactividad de los efectos de la rescisión convencional.

Uno de los principios fundamentales que rigen la figura de la rescisión convencional es que el contrato por medio del cual se rescinde el primero no tiene efecto retroactivo.

En la rescisión convencional cada uno de los contratantes acuerdan una devolución de las prestaciones ejecutadas válidamente; en este sentido es que se debe afirmar que los efectos de ese segundo contrato son hacia el futuro, es decir, desde el momento de la rescisión en adelante. Esta es una de las distinciones básicas con respecto a la resolución o la rescisión por nulidad las cuales si tienen efectos retroactivos.

En atención a la sentencia que se examina vemos como, en primer término, se celebra un acuerdo rescisorio por el cual el señor Montealegre decide devolver a la Victoria Investment la finca el Líbano; en tanto que ésta se comprometía a su vez a devolver las fincas del señor Wollenweber. Sin embargo, se incurre en un error cuando se le da un carácter retroactivo a los efectos de dicho contrato al afirmar el señor Montealegre que la anulación o rescisión del contrato se retrotraía al momento mismo de la muerte del señor Wollenweber. Con esto, lo que se quería decir, era que se tenía como rescindido desde el momento en que no podían cumplirse las prestaciones. Este hecho es realmente claro para determinar que no se trataba de una rescisión convencional, sino de una rescisión por nulidad, asunto que trataremos con más detalle posteriormente.

En relación a la manifestación del Sr. Montealegre, en el sentido de que los gravámenes de cédulas hipotecarias se mantenían vigentes a pesar de todo, debemos admitir que si es congruente con lo que hemos dicho acerca de la rescisión convencional. Esto, no obstante, revela muy notoriamente la confusión de parte de Montealegre, de dicha institución con la rescisión por nulidad.

1.2. Rescisión unilateral

La rescisión unilateral es una excepción al principio general de que los contratos únicamente pueden ser rescindidos por acción de las partes involucradas en la relación.

Existen dos circunstancias que permiten la rescisión unilateral: cuando alguna de las partes se reserva ese dote en el contrato respectivo o cuando la ley la señale como medio utilizable para suprimir los efectos de un contrato determinado.

(2) Baudrit Carrillo, Diego. Teoría General del Contrato, Editorial Juricentro, San José, 1982, p. 50.

Referente a esta modalidad de rescisión unilateral el artículo 1023 de Código Civil establece algunas atenuaciones al sancionar como nulas absolutamente las cláusulas establecidas en los incisos 'a', 'n' y 'q'. (3)

Por otra parte, el artículo 681 de ese mismo cuerpo de leyes sanciona con nulidad el establecimiento de las condiciones potestativas a favor del promitente.

La igualdad de posiciones en que se encuentran los contratantes hace suponer, en primer término, que la rescisión unilateral puede ejercerla cualquiera de las partes contratantes. De este modo, en materia de arrendamiento, se concede a ambas partes el derecho de rescindir el contrato unilateralmente cuando no se ha determinado el tiempo de duración del contrato previa notificación (Artículo 1151 CC). (4)

También, es posible que sea tan solo una de las partes y no cualquiera de las dos, quien pueda dar por terminado el convenio en forma unilateral. En esta forma encontramos el contrato de Depósito en donde el depositante puede solicitar que se le devuelva lo depositado según lo establece el artículo 1352 del C.C. También se da en el caso de la Sociedad Civil cuando la renuncia de uno de los socios hace posible su expedición (artículo 1246 C.C.)

En el presente caso no es posible aplicar la rescisión unilateral ya que está expresamente prohibido por el artículo 1023 y, además, el contrato fue rescindido por las partes que habían concluido el primer contrato con lo cual hay participación de todas las partes y no únicamente de una de ellas.

1.3. Rescisión forzosa

Una parte de la doctrina estima como rescisión forzosa el fallecimiento de una de las partes contratantes y entre estas se diere una prestación intuito personae.

Esta especie de rescisión es denominada como rescisión convencional tácita; ya que con la muerte de una de las partes del contrato no es posible el cumplimiento de la obligación, por parte de sus sucesores, por el hecho de que es personalísima.

El artículo 1024 C.C. es, en nuestro concepto, el que regula la rescisión convencional tácita al establecer que no se pueden transmitir derechos y obligaciones por causa de muerte cuando estas fueran personalísimas.

Este artículo no se cita como violado, pero cuando el Sr. Montealegre expresa que al morir Wallemweber se hacía imposible el cumplimiento del contrato, implícitamente está alegando una rescisión convencional tácita.

(3) Artículo 1023 inciso 1: A solicitud de parte los tribunales declararían la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas contractuales:

- a) Las de conformidad con las cuales el vendedor u oferente se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato o de determinar, por si solo si el bien vendido es conforme al mismo;
- n) La que faculta al vendedor u oferente para sustraerse de sus obligaciones contractuales, sin motivo justificado o sin la contra prestación debida;
- q) las que autoricen al vendedor u oferente para aumentar unilateralmente el precio fijado en el contrato, sin conceder al comprador o adherente la posibilidad de rescindirlo.

(4) Artículo 1151: Si no se determinó el tiempo que debía durar el contrato, o si el tiempo no es determinado por la naturaleza del servicio especial a que se destina la cosa arrendada, o por la costumbre, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar, sino notificando anticipadamente a la otra parte. "

En cuanto a locales comerciales, casas de habitación y oficinas para profesionales rigen las disposiciones de la Ley de Inquilinato.

En igual forma se expresa el contrato de mandato según lo dispuesto por el artículo 1278 inc 3. 4
sentencia casación No 112 15:30 hrs 4/11/55 II Sem II Tomo p 744

En todo caso, consideramos que esta figura no es aplicable en el caso en estudio puesto que las prestaciones, cuales eran las de administrar la misma y pagar los gastos principales no son obligaciones que puedan ser únicamente ejecutadas por el difunto, sino que también podían realizarse por alguno de sus herederos.

1.4 Rescisión Judicial

La rescisión judicial opera en aquellos casos en que circunstancias posteriores a la celebración del contrato, hacen más gravosa para una de las partes el cumplimiento de la obligación, por lo que el Juez con base en razones de equidad proporciona un equilibrio entre ambas prestaciones.

Debe tratarse efectivamente de circunstancias imposibles por cuanto, de no ser así, es decir, de haber sido posible su previsión en la celebración del contrato no sería procedente la rescisión judicial. No se habla aquí de caso fortuito o fuerza mayor, ya que estas son causales de exoneración total de la obligación.

Por no revestir mayor importancia, en lo que ahora nos concierne, no trataremos más esta modalidad de rescisión, la cual, únicamente se ha enunciado para efectos de sistematización.

2. DOMINIO DE APLICACION DE LA RESCISION CONVENCIONAL

Como se ha hecho notar en la explicación sobre la rescisión convencional, ésta tiene como finalidad la restitución de las prestaciones pactadas en el primer contrato. Se dijo que era un segundo contrato en donde debían concurrir las voluntades que participaron en el contrato inicial, para así poder deshacer por el mismo medio la relación existente.

Todo esto lleva a un camino lógico y seguro: la rescisión convencional solo se aplica a los contratos.

Con respecto a la sentencia que se analiza, se habla de la rescisión de un contrato de compra-venta celebrado entre Francisco Montealegre y la Victoria Investment. Sin embargo el Sr. Montealegre, mas que una rescisión convencional lo que quiere aplicar es una rescisión por nulidad, la cual puede recaer tanto sobre actos jurídicos como sobre contratos provocando en ellos efectos retroactivos al declararsele procedente, consecuencia que no tiene la rescisión convencional.

3. LAS CONDICIONES DE LA RESCISION CONVENCIONAL

Hecho el análisis de esta figura contractual se reconocen 3 requisitos esenciales para la producción de sus efectos propios:

- a. Celebración de un contrato anterior válido y eficaz;
- b. Celebración de un nuevo contrato válido y eficaz; y
- c. Concurrencia de las voluntades que acordaron el primer contrato.

Con respecto al primer aspecto indicado, en esta sentencia tenemos un contrato celebrado entre Montealegre y la Victoria Investment el cual reunía todos los elementos y requisitos necesarios para ser valido y eficaz. En consecuencia, si desean efectuar una rescisión convencional, su participación es requisito 'sine qua non' de validez y eficacia. La celebración del nuevo contrato entonces es posible ser realizada válida y eficazmente con la sola participación de estos dos sujetos.

La celebración del nuevo contrato entonces es posible ser realizada válida y eficazmente con la sola participación de estos dos sujetos.

En este caso los señores Montealegre y la Victoria acordaron la rescisión; pero no una rescisión convencional sino una rescisión por nulidad la cual opera con reglas ampliamente diversas a la primera.

4. RESCISION POR NULIDAD.

En la sentencia que se analiza observamos una clara confusión de Montealegre al utilizar la institución de la rescisión por cuanto se refiere indistintamente a cada una de ellas, —sea convencional o por nulidad— pero del contexto de su alegato es deducible que se inclina más hacia la rescisión por nulidad.

4.1 Características de la rescisión por nulidad

La rescisión por nulidad es una acción que se ejerce para declarar la nulidad de un contrato que es anulable o que está viciado de nulidad relativa.

Este hecho debe destacarse ya que este tipo de rescisión no procede en los casos de nulidad absoluta. Las razones que da la doctrina para tal afirmación son de que un acto o contrato que está viciado de nulidad absoluta no produce efectos jurídicos; es decir, ese acto o contrato nunca ha llegado a existir. (5)

La nulidad relativa de un contrato o de un acto no impide que este produzca sus efectos jurídicos y estos no se detienen hasta tanto no sea declarada la nulidad por una sentencia firme en virtud de una acción rescisoria.

La nulidad absoluta no puede convalidarse y se produce cuando hay ausencia de algún elemento o requisito esencial; o cuando son realizados por personas absolutamente incapaces. Esta nulidad puede solicitarse por la parte perjudicada o ser declarada de oficio.

La nulidad relativa en cambio se produce cuando hay irregularidad en alguno de los elementos o requisitos esenciales, o cuando son realizados por personas relativamente incapaces. Este tipo de nulidad sólo puede declararse a petición de parte, ya que el defecto de que adolece es subsanable.

Una vez hecha la declaratoria de nulidad, absoluta o relativa, debe crearse nuevamente un estado de cosas igual a como se encontraba antes de la celebración del acto o contrato nulo; es decir, una vez declarada tal nulidad debe regresarse a la situación existente antes de ese hecho.

En este aspecto también se hace sentir la confusión de la parte demandada, al solicitar que se aplique el art. 844, que se refiere a la declaratoria en sentencia firme de la existencia de una nulidad relativa o absoluta. Está mal invocado este artículo por cuanto el contrato inicial no contenía irregularidad ni ausencia de elementos o requisitos esenciales, al menos esta anomalía no se deduce de los hechos probados, y fue suscrito por personas totalmente capaces. Por esta razón no podrían retrotraerse los efectos del contrato en estudio.

El demandado alega que los efectos deben retrocederse al momento de la muerte del Sr. Wollemweber lo que no es propio de la rescisión convencional sino de otra institución cual es la acción resolutoria.

Al alegar la parte demandada que la muerte del señor Wollemweber hacía imposible el cumplimiento del contrato debió haber utilizado el art. 1024 que se refiere a la rescisión convencional tácita — la cual no procede según lo dicho anteriormente— y no el 844 como lo hace erróneamente.

(5) Casación de las 16:30 del 5/En/51; Sem. I, tomo único, pág. 15.

5. NATURALEZA JURIDICA DE LA SITUACION PLANTEADA

La parte demandada incurre en una serie de confusiones al presentar su alegato. Por una parte, dice que debe aplicarse el art. 844 que establece los efectos que provoca la declaratoria de nulidad en virtud de la rescisión por nulidad. Sin embargo, no prueba ningún aspecto que pudiera tacharse con nulidad en el momento de la formación del contrato.

Luego alega como violado el art. 692 del C.C. por cuanto se debe resolver el contrato en virtud de que el señor Wollemweber ya no puede cumplir con sus obligaciones.

Del análisis de los hechos examinados se derivan algunas conclusiones interesantes: en primer término, la figura que se hubiese adaptado mejor al caso, en nuestro concepto, es la que está regulada por el art. 1024 del C.C. que nos habla de la rescisión convencional tácita, ya que la parte demandada debió alegar que era imposible el cumplimiento de la obligación estipulada en el contrato por el fallecimiento de Wollemweber. Respecto de esta tesis, ya hemos expresado nuestro criterio de que esta acción no hubiese prosperado, ya que las obligaciones que debía cumplir el señor Wollemweber eran perfectamente realizables por la sucesión.

BIBLIOGRAFIA

- 1.— Ambrosio Colin y H Capitant. Curso elemental de Derecho Civil, Instituto editorial Reus, Tomo III, Madrid, 1943 págs. 788 a 795.
- 2.— Baudrit Carrillo, Diego. Teoría General del Contrato, Editorial Juricentro, San José, 1982, pág. 50-52.
- 3.— Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las Obligaciones. Editorial Juricentro, 5ta. edición, San José, 1977, págs. 191 a 203.
- 4.— Cabanellas, G. Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta SRL, Tomo III, 10. edición, Buenos Aires, 1976.
- 5.— González A.A. y otros. Derecho Civil; Buenos Aires, 1944 p. 152-153.
- 6.— Mazeaud, Henri, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa América, parte II, Vol. III, 1960, p. 9 a 28.

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PRIORIDAD

*Trabajo presentado al Profesor Diego Baudrit
Derecho de la Contratación Privada II
por Anabel González C.
IV año 1984*

INTRODUCCION

Uno de los aspectos, en materia inquilinaria, que presenta mayores problemas en la vida práctica, es aquel que se refiere a cómo debe ejercitarse el derecho de prioridad establecido por la Ley de Inquilinato. Si bien esta Ley, a través de sus reformas, ha venido a llenar algunas de las lagunas que existieron originalmente con relación a este punto; y que la jurisprudencia, por otra parte, ha tratado de integrar otras, la cuestión no está todavía definitivamente resuelta. El presente análisis pretende arrojar alguna luz en este sentido, en la medida de lo posible.

Dada la inexistencia de doctrina patria en relación al punto concreto del ejercicio del derecho de prioridad, he fundamentado mi trabajo en los pronunciamientos de la jurisprudencia nacional y en la opinión de algunos notables juristas vinculados directamente con este aspecto.

Para una mejor exposición del tema, he considerado necesario dividir este análisis en tres capítulos fundamentalmente, a saber: nociones preliminares acerca del derecho de prioridad, condiciones previas al ejercicio del derecho de prioridad y, finalmente, un capítulo dedicado ya propiamente al ejercicio de dicho derecho. Cada uno de estas secciones se encuentra a su vez subdividida con el propósito de lograr una mayor claridad de los temas expuestos. Dado que el trabajo en sí consiste básicamente en una elaboración personal con respecto a la materia dicha, no he considerado necesario poner conclusiones, sino unas breves líneas a modo de consideraciones finales.

CAPITULO I

NOCIONES PRELIMINARES: EL DERECHO DE PRIORIDAD

1. CONCEPTO

El derecho de prioridad consiste en la facultad que tiene el inquilino de locales de comercio u oficinas para profesionales, obligado a desalojar por motivo de reparaciones o de una nueva construcción total, para volver a ocupar en ésta un local similar al que tenía en arrendamiento en la edificación reparada o demolida.

El derecho en referencia no es una mera expectativa de derecho, una simple posibilidad. Por el contrario, el derecho de prioridad es un haber en el patrimonio del arrendatario, que puede ser utilizado o no, ejercido o no, por cualquier motivo, pero es un derecho existente para él, no una esperanza de derecho. Por esto mismo, el propietario tiene el deber correlativo de hacerlo posible.

2. ¿ES UNA PRIORIDAD CON RELACION A TERCEROS EXCLUSIVAMENTE O TAMBIEN CON RESPECTO AL PROPIO DUEÑO DEL LOCAL ARRENDADO?

Es importante determinar si la prioridad concedida al inquilino es únicamente con respecto a terceros o si también operaría frente al propietario, supuesto último que se presentaría en la hipótesis de que el propietario decidiese construir en el terreno del edificio demolido una casa de habitación, un local comercial u oficina profesional para uso personal.

Dado que el uso y habitación son atributos del dominio de carácter primario y esencial, parece que habría que concluir que la prioridad del inquilino opera frente a terceros, pero no frente al propio dueño de la edificación. En estos casos, entonces, no tiene el inquilino ese derecho de prioridad, ni pareciera tampoco que el propietario tendría que indemnizarle la pérdida de su derecho, pues éste cede frente al del propio dueño. Así lo ha entendido la jurisprudencia nacional (1); sin embargo, cabe mencionar que el magistrado Fernando Baudrit Solera sostuvo reiteradamente el criterio contrario (2).

3. ¿ES UN EFECTO CONTRACTUAL O UNA OBLIGACION LEGAL?

Hemos dicho que frente al derecho de prioridad del inquilino, existe un deber correlativo del propietario de hacerlo posible. En relación con la naturaleza de este derecho y deber, la escasa doctrina patria no se ha pronunciado y la jurisprudencia no ha sido unánime.

El considerar al derecho de prioridad y su correlativo deber como efectos contractuales, implica aceptar que el contrato de arrendamiento no finaliza por el desalojo del inquilino del local que ocupa, por motivo de las reparaciones o construcción total del mismo, sino que sus efectos se suspenden hasta tanto el inquilino ejerza su derecho de prioridad y ocupe un local en el nuevo edificio, lo que constituiría no un nuevo contrato de arrendamiento, sino la continuación del mismo. En el caso en que el inquilino no quiera ejercitar su derecho, es en ese momento, entonces, que el contrato concluye. Esta posición ha sido sostenida en algu-

(1) Ver, entre otras, Sala de Casación, sentencia No. 59 de las 16:30 horas del 15 de junio de 1954, IS, IIT, p. 731.

(2) Ver, entre otras, voto salvado del magistrado Baudrit en Sala de Casación, sentencia No. 26 de las 15:20 horas del 12 de marzo de 1958, IS, IT, p. 506.

nas sentencias de nuestro país e interesa resaltar cuanto al criterio sostenido reiteradamente por el notable magistrado Fernando Baudrit (3).

Quienes sostienen la posición contraria, consideran que la obligación del propietario de darle prioridad al inquilino que ocupaba el antiguo local, es una obligación de carácter legal. La fuente de esa obligación y de su correlativo derecho no es un contrato, en virtud de que el arrendamiento que ligaba a propietario e inquilino durante la ocupación del antiguo local, terminó con el desalojo de éste último, puesto que los elementos esenciales del contrato, así como sus efectos, desaparecen: ni el inquilino sigue ocupando el inmueble ajeno, ni el arrendante disfruta más de su renta. Tal obligación del propietario y derecho del inquilino provienen de la ley, que expresa e imperativamente lo dispone en el artículo 9 de la Ley de Inquilinato. Esta tesis ha sido la más apoyada por nuestra jurisprudencia (4), y considero que es la más acertada, dado el carácter con que contempla la Ley de Inquilinato el derecho de prioridad. Claro que las partes no se desvinculan por completo con el desalojo, pues se incrusta entre ellas el derecho de prioridad que tiene el inquilino, pero ello es en virtud de que la ley así lo dispone y no por efecto del contrato de arrendamiento original, el cual no se suspende con el desalojo, sino que termina.

4. FUNDAMENTO

El hecho de que el derecho de prioridad se le conceda al inquilino de locales de comercio u oficinas para profesionales, y no al de casas de habitación, tiene un fundamento muy claro. El comerciante o profesional tiene un punto comercial que es inherente al local que ocupa y al que se le atribuye un valor patrimonial, por lo cual debe serle del mejor modo garantizado. Es decir, el hecho de tener que cambiar de ubicación un local para comercio, fundamentalmente, o una oficina, afecta el patrimonio del comerciante o profesional, en el tanto en que repercute sobre su clientela. Es por ello, que se protege a estos inquilinos preferencialmente. Es claro que esta situación no se presenta con las casas de habitación, por lo que no hay motivo para proteger especialmente, en este sentido, a sus inquilinos.

5. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO SI FRUSTRA EL DERECHO DE PRIORIDAD DE SU EX-INQUILINO

Como el derecho de prioridad es un verdadero derecho, un haber en el patrimonio del ex-arrendatario y no una mera expectativa de derecho, su frustración acarrea responsabilidad al propietario. Es decir, si el ex-arrendante, con su actuación, incumple su deber de dar prioridad a su ex-inquilino en el arrendamiento del nuevo local, debe indemnizarle a éste los daños y perjuicios que le cause, de conformidad con el artículo 702 del Código Civil, a falta de regla expresa en la Ley de Inquilinato.

¿Podría el ex-arrendatario solicitar la ejecución forzosa de la obligación del propietario? Pareciera que no, puesto que en algunos casos no le cabría interés para solicitarla, pién-

(3) Ver, entre otras, la nota del Lic. Baudrit en Sala de Casación, sentencia No. 53 de las 15:45 horas del 28 de mayo de 1965, IS, IIT, P. 959.

(4) Ver, entre otras, las sentencias de la Sala de Casación:

- No. 59 de las 16:30 horas del 15 de junio de 1954, IS, IIT, p. 731.
- No. 26 de las 15:20 horas del 12 de marzo de 1958, IS, IT, p. 506.
- No. 53 de las 15:45 horas del 28 de mayo de 1965, IS, IIT, p. 955.
- No. 37 de las 14:30 horas del 06 de abril de 1971 (sin publicar).
- No. 15 de las 15:00 horas del 22 de marzo de 1979 (sin publicar).
- No. 47 de las 14:45 horas del 6 de setiembre de 1983 (sin publicar).

ses, por ejemplo, en los casos de transformación de la estructura del inmueble, cuya nueva forma no conviene a sus necesidades; y en aquéllos en que si estuviera interesado en hacerlo, por ejemplo, si el propietario arrienda a terceros, no pareciera posible perjudicar a estos terceros por un incumplimiento del propietario, ni pareciera existir tampoco medio legal alguno para obligarlos a desalojar.

Así, en principio, el ex-inquilino al cual le ha sido violado su derecho de prioridad, solo puede solicitar la indemnización por los daños y perjuicios que ello le haya causado, y no la ejecución forzosa del deber de darle prioridad que tiene el propietario.

CAPITULO II

CONDICIONES PREVIAS AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PRIORIDAD

1. DESOCUPACION DEL LOCAL

El propietario que tenga necesidad de destruir uno o varios de sus locales debe solicitar la desocupación de los mismos. Esta desocupación puede ser voluntaria, si así lo convienen propietario e inquilino; o puede ser por la vía de desahucio. En este caso, de conformidad con los últimos párrafos del artículo 14 de la Ley de Inquilinato, el propietario deberá pedir judicialmente el desalojo con cuatro meses de anticipación, por lo menos. A su vez, al plantear la acción de desahucio, debe el propietario cumplir con tres requisitos, a saber: presentación de los planos del nuevo edificio, demostración de que la nueva construcción tendrá un valor por lo menos tres veces mayor del que tiene la actual, construcción y garantía de que la nueva edificación se iniciará dentro de los treinta días siguientes al desalojo. Si no cumple con alguno de esos requisitos, violándolos, se considerará como estafa penada con prisión; salvo que se trate de un atraso para iniciar la construcción, por motivo de fuerza mayor, caso fortuito, o algún otro plenamente justificado, en cuyo caso se exonera de responsabilidad.

Con el desalojo, el antiguo contrato de arrendamiento entre el propietario y el inquilino del local que va a ser destruido o remodelado, termina. En ese momento, se extingue el contrato entre ambos; y surge, por disposición legal, el derecho de prioridad del inquilino, derecho que podrá ser ejercido una vez finalizada la construcción.

2. CONSTRUCCION DE LA NUEVA EDIFICACION

Una vez desalojado el inquilino, debe el propietario iniciar la construcción de conformidad con los requisitos establecidos por el artículo 14 de la Ley de Inquilinato.

Sin embargo, al llegar aquí debemos cuestionarnos un aspecto importante, a saber: ¿está el propietario obligado a construir este nuevo edificio de una manera similar a la antigua edificación, de modo que satisfaga los intereses de su ex-inquilino?

La jurisprudencia ha sido clara y reiterada en sostener una respuesta negativa (5). Una de las facultades que posee el propietario con respecto al bien de su propiedad, es la de transformación, contemplada por el artículo 264. 3 del Código Civil. El propietario, en ejercicio de este derecho de transformación del dominio de lo que le pertenece, puede darle a la nueva

(5) Ver, entre otras, las sentencias de la Sala de Casación:

- No. 78 de las 10:30 horas del 29 de julio de 1954, IIS, IT.
- No. 86 de las 15:15 horas del 7 de agosto de 1959, IIS, IT, p. 318.
- No. 37 de las 14:30 horas del 6 de abril de 1971 (sin publicar).

construcción la forma y estructura que mejor le convenga y desee, sin estar obligado a satisfacer las necesidades del inquilino, y darle a la nueva edificación la forma que éste pretenda. Ahora bien, este derecho de transformación no es tan absoluto, pues si bien el propietario puede construir libremente, adoptando la estructura que desee, si tal construcción, por la forma en que está diseñada, imposibilita al ex-inquilino para ocupar ese nuevo local, el propietario debe indemnizarle. Es decir, si en virtud del derecho de transformación el propietario hace imposible el derecho de prioridad del inquilino, está incumpliendo una obligación legal que tiene con respecto a éste, por tanto, su obligación se transforma en la de indemnización de daños y perjuicios.

3. COMUNICACION FORMAL DE LA TERMINACION DEL NUEVO EDIFICIO

Una vez que la nueva edificación está terminada, que, por cierto, no existe plazo alguno para finalizarla, debe el propietario, de acuerdo con el último párrafo del artículo 13 de la Ley de Inquilinato, comunicárselo formalmente a su ex-inquilino. Es a partir de esta comunicación que empieza a correr el plazo para que éste último ejercite su derecho de prioridad.

Antes de 1971, éste era uno de los problemas en que más se debatía la jurisprudencia nacional. En algunas sentencias, si bien eran la minoría, se sostuvo que al ser el derecho de prioridad un derecho activo que la ley acuerda en favor del ex-inquilino, debe ser éste quien lo ejercite, requiriendo al propietario para que le entregue el nuevo local, cuando de cualquier modo se enterare que estaba en condiciones de ser ocupado nuevamente (6). En los otros fallos, que eran la mayoría, se sostenía, al igual que como sucedía normalmente en la práctica, que era el propietario el encargado de avisar de alguna manera al inquilino que el edificio estaba ya listo y que podía ejercer su derecho de prioridad. Sin embargo, al no haber disposición legal al respecto, se presentaban enormes controversias acerca del modo de comunicación de la terminación del edificio y se aceptaban medios tan poco seguros como, por ejemplo, el de la publicación en cualquier periódico.

La Ley No. 4898 de 1971 vino a aclarar este aspecto al establecer, entre otros, la obligación del propietario de comunicarle formalmente al ex-inquilino, la terminación de la construcción.

Esta comunicación que le hace el propietario al inquilino, como regla general, debe contemplar dos aspectos. Por un lado, la comunicación debe informar al ex-inquilino que la construcción está ya terminada, por lo que puede ejercitar su derecho de prioridad. Es decir por este medio, el propietario le propone al ex-inquilino entrar en una nueva relación inquilinaria. Por otra parte, debe contener el precio que el propietario está cobrando por el nuevo local, es decir, debe contener una oferta del precio del arrendamiento. Precio éste que, para efectos de la oferta, puede fijar libremente el propietario. De este modo, la comunicación viene a proponer dos ofertas al ex-inquilino: una referente a una nueva relación inquilinaria y otra referente al nuevo precio. Al implicar una oferta, esta comunicación debe ser individual y reunir las características de aquéllas, es decir, ser declarada, dirigida, precisa y completa. Características de aquéllas, es decir, ser declarada, dirigida, precisa y completa.

Además, de conformidad con el párrafo final del artículo 13, como decíamos, la comunicación tiene que ser formal, es decir, hecha por un medio fehaciente como, por ejemplo, el acta notarial, la carta certificada, la comunicación telegráfica, etc. (7)

(6) Ver, entre otras, Corte de Casación, sentencia No. 82 de las 15:30 horas del 29 de julio de 1958, IIS, IT.

(7) Casafont-Odor, Pablo. Legislación y jurisprudencia sobre inquilinato en Costa Rica. Editorial Juricentro S A San José 1977. pp. 104.

CAPITULO III

EJERCICIO DEL DERECHO DE PRIORIDAD

1. PLAZO

A partir de la comunicación que el propietario le hace al ex-inquilino, tiene éste un plazo para ejercitar su derecho de prioridad.

Antes de 1971, la situación al respecto era confusa, puesto que la Ley de Inquilinato no establecía un plazo determinado, concreto, dentro del cual debería ejercitarse el derecho. La jurisprudencia anterior solía, para dar solución al problema, aplicar las reglas normales para la aceptación de la oferta de contrato contempladas por los artículos 1011 y 1012 del Código Civil.

La Ley No. 4898 de 1971 estableció un plazo de quince días para que el ex-inquilino ejercitase su derecho, plazo éste que, según lo califica el propio párrafo final del artículo 13, es de caducidad. De modo que si el ex-arrendatario no ejercita su derecho dentro de este plazo, pierde ese derecho, por el sólo transcurso del tiempo.

2. ACEPTACION DE LA OFERTA DEL PROPIETARIO

El ejercitar el derecho de prioridad consiste en aceptar la oferta del propietario dentro de los quince días que la ley concede para ello. Si el ex-inquilino no acepta dentro de estos quince días se entiende que no desea ejercitar su derecho de prioridad y, por tanto, el propietario queda en absoluta libertad para arrendar el nuevo local a terceros, tal y como sucedería si el ex-inquilino manifiesta expresamente que no desea hacer uso de su derecho de prioridad.

Ahora bien, hemos dicho que la comunicación que el propietario le hace al ex-arrendatario en realidad contiene dos ofertas: una referida a la nueva relación inquilinaria y otra referida al precio de ese arrendamiento. La aceptación que el ex-inquilino tiene que dar para ejercitar su derecho de prioridad se refiere, por lo menos, a la relación inquilinaria que el propietario le propone. Es decir, es indispensable, para que el ex-inquilino haga uso de su derecho de prioridad, que acepte la nueva relación inquilinaria, que manifieste su deseo de volver al local. No es, por el contrario, necesaria su aceptación en cuanto al precio que le propone el dueño del local, aunque bien podría suceder que lo aceptara también. De este modo, el precio del arrendamiento puede determinarse por consenso entre las partes, aunque sea solo una de ellas la que lo propone unilateralmente; o bien, podría determinarse por fijación judicial, si las partes no logran ponerse de acuerdo entre sí, supuestos éstos que pasaremos a examinar seguidamente; no sin antes recalcar que el ex-inquilino ejercita su derecho de prioridad desde que acepta volver al edificio, independientemente de si acepta o no el precio del arrendamiento que le propone el propietario.

A. PROPIETARIO Y EX-INQUILINO ACUERDAN ENTRE SI EL NUEVO PRECIO DEL ARRENDAMIENTO

Propietario y ex-arrendatario pueden ponerse de acuerdo entre ellos, sin necesidad de recurrir a la fijación judicial, acerca del precio del nuevo arrendamiento.

Puede suceder que el ex-arrendatario acepte en forma completa la oferta del dueño del local, en el sentido de aceptar volver al nuevo local y por el precio que le propone el propietario. Debe, por tanto, el ex-inquilino comunicarle, dentro de los quince días, su decisión al propietario, y como la Ley de Inquilinato no dispone expresamente la forma en que debe

hacerlo, podría pensarse que, aplicando las reglas generales de la oferta de contrato, podría hacerlo de palabra, por escrito o por hechos de los que necesariamente se deduzca su consentimiento, según el artículo 1008 del Código Civil. Sin embargo, pareciera más conveniente que el ex-arrendatario expresara este consentimiento por algún medio fehaciente de probar.

Comunicada en este caso la decisión del ex-inquilino al propietario, se conserta, entonces, el contrato de arrendamiento entre ambos, y no hay problema alguno.

Podría también el ex-inquilino hacer, a su vez, una contraoferta de precio al propietario, dentro de los quince días. En este caso, aceptada por el propietario, se consertaría igualmente el contrato de arrendamiento.

En estos supuestos no parece existir mayor complicación. Sin embargo, debe mencionarse que éstas hipótesis se dan las menos de las veces en la práctica, ya que normalmente, dados los intereses contrapuestos de las partes, no están de acuerdo en el precio. En estos casos, entonces, es cuando puede recurrirse a la fijación judicial del alquiler.

B. PROPIETARIO Y EX-INQUILINO NO LOGRAN ACORDAR ENTRE SI EL NUEVO PRECIO DEL ARRENDAMIENTO: FIJACION JUDICIAL DEL ALQUILER

A partir de 1971, con la reforma introducida por la Ley No. 4898, si las partes no llegan a ningún acuerdo para determinar el nuevo precio de la renta, el interesado puede solicitar la fijación judicial del alquiler, de conformidad con el primer párrafo del artículo 13 de la Ley de Inquilinato.

Antes de 1971, si el ex-arrendatario deseaba regresar al local debía aceptar el precio que el propietario fijase, puesto que la única disposición legal que existía al respecto era el párrafo final del artículo 12 de la Ley de Inquilinato, que establecía la libertad de fijación del precio. Ese era el sentido de la mayoría de la jurisprudencia patria de ese entonces. Sin embargo, cabe resaltar, aun en esa época, el criterio del Magistrado Baudrit, para el cual un precio excesivamente alto hacía nugatorio el derecho de prioridad, por lo cual, para él, prioridad para volver a ocupar el local y libertad para que el propietario fije la renta son extremos que no compaginan y se excluyen el uno al otro (8).

En efecto, como una fijación exagerada por parte del propietario del precio hacía nugatorio el derecho de prioridad, se estableció este párrafo primero del artículo 13 de la Ley de Inquilinato y la posibilidad del interesado de plantear las diligencias judiciales para la fijación de precio. Esta es la solución, entonces, para cuando el ex-inquilino acepta la relación inquilinaria que le propone el propietario, pero no por el precio que éste le ofrece. Cabe aclarar, antes de seguir adelante, que el "interesado" a que se refiere este artículo 13 si bien normalmente es el arrendatario, por razones obvias, nada impide que lo pudiera ser el propietario y que planteara las diligencias al avisar al ex-inquilino que ya está terminado el local; o que las diligencias las planteasen ambos de mutuo acuerdo.

En relación con este tema, y dada la omisión de la ley, se presenta el problema de determinar si basta, en este caso, plantear las diligencias judiciales dentro de los quince días, o si es necesario que el ex-inquilino le comunique al propietario que acepta el contrato que le propone, pero no por el precio ofrecido y que, por tanto, planteará diligencias para la fijación judicial del alquiler. Una sentencia reciente ha dicho que, dado que la Ley de Inquilinato no exige una formalidad especial para que el consentimiento se produzca, cabría aplicar el artículo 1008 del Código Civil, por lo que bastaría entonces el sólo planteamiento de las diligencias judiciales (9). Tal es el criterio sostenido por el magistrado Francisco Chacón:

(8) Ver, entre otras, la nota de dicho magistrado, en Sala de Casación, sentencia No. 17 de las 17:00 horas del 21 de enero de 1958, IS, IT, p. 357.

(9) Sala de Casación. Sentencia No. 47 de las 14:45 horas del 6 de setiembre de 1983 (sin publicar).

Bravo y por el juez superior Mario Ramírez Segura (10). Este último incluso va mas alla y afirma que lo que interesa es que el ex-inquilino plantee las diligencias dentro de los quince días, sin importar el momento en que la notificación de tales diligencias le llegue al propietario. No comparto esta última opinión, pues si bien es posible admitir que basta plantear las diligencias judiciales dentro de los quince días, es necesario, bien sea por la notificación de ellas o por cualquier otro medio, que se le comuniqué al propietario tal voluntad del inquilino dentro de los quince días que establece la ley. Ello porque si bien el consentimiento puede manifestarse incluso por hechos de los que necesariamente se deduzcan, tal manifestación debe ser de conocimiento oportuno de la otra parte. Debe ser así, incluso, para seguridad del propietario, en el sentido de que éste no alquile el nuevo local pasados los quince días sin tener noticia alguna y luego se encuentre con la sorpresa de una notificación, que le llega más tarde, de unas diligencias judiciales. Tal es el criterio sostenido por una de las más recientes sentencias de la Sala Primera de la Corte de Justicia (11).

Ahora bien, si el ex-inquilino plantea las diligencias judiciales para la fijación de la renta, debe aceptar el precio que sea establecido por el juez y, por tanto, una vez determinado éste, consertar el contrato de arrendamiento del nuevo local con el propietario. Ello es así, pues desde que el inquilino acepta regresar al nuevo local está dando su consentimiento para ello, independientemente de cual va a ser el precio que fije la autoridad judicial. Si el ex-inquilino decide no aceptar el precio fijado por el juez y no celebrar, por tanto, el contrato, estaría incurriendo en un abuso del derecho, debiendo, entonces, indemnizar al propietario todos los daños y perjuicios que su actitud le hubiese causado.

3. ¿QUE SUCEDE MIENTRAS SE TRAMITAN LAS DILIGENCIAS JUDICIALES PARA LA FIJACION DEL PRECIO?

Este es el problema más grave que se presenta actualmente en relación con el derecho de prioridad, dado el total y absoluto silencio de la ley al respecto.

Por un lado, dado que el contrato de arrendamiento original termina con el desalojo y que el ex-inquilino no está en posesión del inmueble todavía, no podría obligársele a éste a pagar un precio por el local mientras duran las diligencias. Por otra parte, parece muy injusto el mantener al propietario sin recibir una renta y sin posibilidad de alquilar el edificio, mientras se tramitan las diligencias judiciales, máxime si se piensa en el gasto en que ha incurrido con la construcción de la nueva edificación.

Se presentan así dos intereses contrapuestos, que actualmente no están armonizados por la ley. Urge, entonces, una reforma de ésta. Considero que tal reforma podría orientarse en el sentido de permitir a cualquiera de las partes, o a ambas conjuntamente, solicitar al juez la fijación provisional del alquiler, o incluso permitirle a éste fijarlo de oficio, desde el principio, con derecho del inquilino de entrar en posesión del inmueble, todo a reserva de lo que se disponga sobre la fijación definitiva del precio. Es decir, este precio sería meramente provisional, y se mantendría mientras se tramitan las diligencias para la fijación definitiva del precio.

Una disposición semejante estaría partiendo del hecho de que con ella se beneficia a ambas partes. ¿Por qué? Pues, porque, por un lado, libraría al propietario de la carga tan gravosa que le implica el mantener el edificio desocupado durante el tiempo que duren las diligencias judiciales. Por otra parte, pareciera que el interés del ex-inquilino es regresar lo

(10) En entrevistas realizadas a ambos abogados, al primero el 5 de noviembre y al segundo el 6 de noviembre de 1984.

(11) Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia sentencia No. 32 de las 14 30 horas del 18 de junio de 1984 (sin publicar).

más rápidamente al local, pues ello incidiría favorablemente sobre su clientela, lo cual sería posible con una regla como la que proponíamos.

Ahora bien, cabría cuestionarse qué sucedería en el caso de que, habiendo solicitado el propietario la fijación provisional del alquiler, el ex-inquilino se negase a pagar esa renta y a ocupar el local, hasta tanto no esté determinado el precio definitivo, arguyendo cualquier motivo como, por ejemplo, podría ser el de que la fijación provisional es muy elevada. En tal caso, pareciera, por lo menos a primera vista, que el ex-inquilino debiera indemnizarle al propietario los daños y perjuicios que su negativa le cause, máxime si la determinación definitiva del precio resultase ser igual o superior al fijado provisionalmente. En caso de que la fijación definitiva resultase ser por un monto menor, caso que parece difícil, del precio fijado provisionalmente, pareciera ser que el ex-inquilino sí tiene justa causa para haberse negado a pagar éste último, por lo que pareciera que no debe indemnizar. Esta, por lo menos, pareciera ser la solución más equitativa.

Sin embargo, tal disposición no existe actualmente, ni tampoco ninguna parecida. ¿Tendría que concluirse, entonces, que en estos momentos el edificio debe quedar como "congelado", es decir, desocupado, sin estar arrendado y sin posibilidad de estarlo durante ese lapso de las diligencias? El Lic. Mario Ramírez considera que no hay más remedio y que así es, puesto que al no haber ninguna norma al respecto, el juez, ni siquiera a solicitud de parte, podría hacer nada (12). Sin embargo, el magistrado Francisco Chacón discrepa de ello (13) y considera que la solución que antes planteábamos como una posible reforma legal, puede aplicarla el juez, si bien no de oficio, pero sí a solicitud de parte. Considero que esta última opinión es más acertada, en el tanto en que el juez estaría integrando con su actividad una laguna legal, lo cual es parte de su función interpretativa. Incluso, podría pensarse que tal integración la estaría realizando con un principio que ya se encuentra contenido expresamente en nuestro ordenamiento, ya que la fijación provisional de sumas de dinero mientras se tramitan diligencias judiciales es disposición establecida en algunas materias. Piénsese, por ejemplo, en las pensiones alimenticias provisionales que el juez puede fijar e, incluso, dentro de la propia materia inquilinaria, la fijación provisional del alquiler que puede hacer el juez, de acuerdo con el artículo 698 del Código de Procedimientos Civiles, en el caso del desahucio por falta de pago. De modo que, pareciera que el juez podría fijar una renta provisional a solicitud de parte por el tiempo que duren las diligencias judiciales para la fijación definitiva del precio. Con ello el juez estaría integrando una laguna de la ley con un principio existente en el ordenamiento, lo cual, como decíamos, es parte de su función.

CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este análisis, hemos podido observar la ausencia de regulación en la Ley de Inquilinato de ciertos aspectos esenciales relativos al ejercicio del derecho de prioridad. Ausencia ésta que viene a producir injusticias muy grandes, especialmente, en lo que al propietario de la edificación se refiere, y que tampoco, por otra parte, implican ningún beneficio para el ex-inquilino. De este modo, la conclusión que podríamos derivar de este trabajo es la urgencia de una reforma legal en este sentido, pues si bien es cierto que la jurisprudencia en alguna medida ha venido a solventar el problema, es la ley la que está llamada a regular en definitiva la materia en cuestión.

(12) En entrevista que le fue realizada el 6 de noviembre.

(13) En entrevista que le fue realizada el 5 de noviembre.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

Bermúdez R., Nora. *El contrato de arrendamiento en derecho civil*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, 1981.

Casafont Odor, Pablo. *Legislación y jurisprudencia sobre inquilinato en Costa Rica*. Editorial Juricentro, S. A. San José, 1977.

Coto Albán, Carlos Manuel. *Ley de Inquilinato*. Librería e Imprenta Lehmann. San José, 1961.

Villalobos Umaña, José Miguel. El derecho de prioridad como efecto del contrato de inquilinato o como una obligación legal a la luz de una sentencia de la Corte de Casación, en *Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas*. Año 1, Volúmen 1. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, mayo de 1984.

Legislación

Código Civil de Costa Rica. Edición revisada por el Lic. Atilio Vincenzi. Litografía e Imprenta Lehmann. San José, 1981.

Ley No. 4898 de 16 de noviembre de 1971 (Ley de inquilinato y sus reformas)

Jurisprudencia

Sala de Casación. Sentencias:

- de las 16:00 horas del 26 de abril de 1951, IS, IT
- No. 59 de las 16:30 horas de 15 de junio de 1954, IS, IIT, p. 731.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONTRATO DE CUOTA LITIS

*Trabajo presentado al Profesor Diego Baudrit
Cátedra de Derecho de la contratación Privada
por Víctor Felipe Bulgarelli Céspedes
IV Año 1984*

INTRODUCCION

En las constantes relaciones que se producen en el comercio de los hombres, es hecho común que se presenten controversias entre ellos que requieran resolución, o bien incertidumbres que necesiten aclararse. Para ello, estas personas acuden a los órganos de la administración de justicia, generalmente a través de un patrocinio legal. Este patrocinio se traduce en la actividad procesal de determinados profesionales en derecho, los cuales deben velar por el interés jurídico de sus clientes. A cambio de sus servicios, estos profesionales tienen derecho a una remuneración que se llama honorario. La institución de los honorarios se presenta, en la práctica, de muy diversas formas, una de ellas es el contrato de cuota litis, contrato que es el objeto de este sencillo estudio.

El pacto de cuota litis es uno de los contratos que más se prestan a discusiones e interpretaciones, no solo por su escasa regulación en nuestro ordenamiento, sino también por su cuestionable moralidad dentro del campo del derecho. Para el análisis de esta figura, hemos creído necesario establecer, en primer lugar, ciertas nociones generales sobre ella (A), pasando luego al estudio de su contenido (B), así como al de sus principales efectos (C) para finalizar con una exposición breve de los argumentos doctrinarios que giran en torno a su moralidad (D).

A. NOCIONES GENERALES

Antes de pasar al análisis propiamente dicho del contrato, es importante hacer mención de algunos de sus aspectos generales, como lo son su concepto y su naturaleza jurídica, que nos permitan entender aún más claramente sus características esenciales.

1. CONCEPTO

— El pacto de cuota litis, como bien puede desprenderse de su nombre, es aquel contrato entre el profesional en derecho y su cliente, en virtud del cual el primero se compromete a prestar sus servicios profesionales en un determinado proceso (litis), que de resultar favorable al segundo, este debe entregarle una determinada parte (cuota) de lo que en él haya ganado, parte que de previo ha sido establecida proporcionalmente (1).

El pacto de cuota litis, tal y como lo hemos definido, se encuentra regulado en forma escasa por nuestro Código de Procedimientos Civiles en su artículo 1045, el cual en lo que nos interesa dice:

“Artículo 1045.— Es lícito el convenio de cuota-litis entre el abogado y su cliente, siempre que no exceda del cincuenta por ciento de lo que, por todo concepto, se obtenga en el juicio respectivo, de cualquier naturaleza que éste fuere, en el caso en que el profesional supedita el cobro de sus emolumentos al triunfo de la demanda o cuando asuma obligaciones ajenas a la dirección técnica, tales como suministro de gastos, garantía de costas o pago de las mismas, o participación en los resultados adversos al pleito...”

En el proyecto de nuevo Código Procesal Civil, el instituto se encuentra regulado de idéntica forma, limitándose sus redactores a realizar meros cambios terminológicos, que no ameritan nuestra atención en el presente estudio.

2. NATURALEZA JURIDICA

Como bien se ha podido derivar de lo explicado anteriormente, el contrato de cuota litis es un contrato bilateral, en el que se establecen obligaciones a cargo de las dos partes, cliente y abogado, obligaciones que estudiaremos con posterioridad cuando hablemos de los efectos del contrato.

En lo que respecta al momento de la perfección del pacto, existe duda de si estamos en presencia de un contrato consensual o formal. Dice el artículo 5o. del Decreto Ejecutivo No. 13560-J de 28 de abril de 1982 referente a Tarifas de Honorarios y Abogados:

“Artículo 5o.—Siempre que en estas disposiciones se fije un honorario mínimo, el convenio en que se convenga suma mayor deberá consignarse por escrito y ser firmado por el profesional y su cliente. Cuando ello sea aplicable, en ese convenio deberá tomarse en cuenta lo dispuesto en el Código de Moral Profesional. La falta de convenio escrito autoriza al cliente a pagar el mínimo señalado en estas normas”.

Si este artículo es aplicable al contrato de cuota litis, que creemos que sí lo es por ser éste un contrato referido a la materia de honorarios, tendríamos que su naturaleza jurídica puede ser tanto consensual como formal. Será consensual el contrato de cuota litis cuando el porcentaje de la cuota correspondiente al abogado en caso de triunfo corresponda al honorario mínimo establecido en el Decreto en cuestión para el caso determinado, o bien cuando se trate de un proceso para el cual no se fija un honorario mínimo por el Decreto y se establece un contrato de cuota litis (hipótesis ésta que surge de la interpretación a contrario sensu de la norma), en estos supuestos, el contrato se perfeccionaría con el simple acuerdo de las partes. Será formal el contrato de cuota litis cuando el porcentaje de la cuota correspondiente al abogado en caso de triunfo corresponda a una suma mayor al honorario mínimo establecido en el Decreto, caso en el cual deberá consignarse por escrito y ser firmado por el profesional y su cliente (2).

(1) Siguiendo este mismo orden de ideas, Casación No. 57 del 26 de mayo de 1971. Romaro Talavera vs. INS. I sem.

(2) Esta es una interpretación nuestra que hemos entresacado del análisis literal del artículo 5o. del citado Decreto, por lo que advertimos que puede no ser así, incluso podría pensarse que este artículo

Finalmente, hemos de establecer que el contrato de cuota litis es un contrato aleatorio, por cuanto la realización de una de las prestaciones como es la de la entrega de la cuota al abogado, depende de un hecho incierto cual es que la sentencia del proceso al que se refiere el contrato sea favorable a los intereses de su cliente; en esto se distingue, precisamente, de otros contratos de honorarios, respecto de los cuales su pago no se ve supeditado al resultado del litigio. En este sentido, se manifiesta el artículo 2o. del Decreto Ejecutivo ya mencionado, al decir:

“Artículo 2o.—Con la excepción del contrato de cuota litis, quien solicite sus servicios debe cubrirle al profesional los honorarios que correspondan, sea cual fuere el resultado del asunto a su cargo...”

B. CONTENIDO DEL CONTRATO

Una vez expuesto lo anterior, procedemos a continuación a establecer algunas consideraciones sobre diferentes elementos de este contrato, entre ellos, los sujetos que intervienen en él, el objeto a que se refiere, el tiempo de su celebración, así como a delinear algunas de las formas en que suele estipularse este contrato.

1. SUJETOS

Como ya hemos señalado anteriormente, los sujetos que intervienen en el contrato de cuota litis son el profesional en derecho y su cliente.

Respecto del cliente, no se necesitan de requisitos especiales, sino que simplemente se exige su capacidad para gestionar judicialmente, a tenor del artículo 1o. inciso 3) del Código de Procedimientos Civiles. No es necesario, entonces, como bien se desprende de la teoría de las acciones, la existencia de un derecho real o personal que favorezca al cliente y que sirva de fundamento a la acción, ya que ésta es independiente de aquel. Por supuesto, que el abogado buscará en su cliente la existencia de este derecho para la realización de un contrato de cuota litis, por cuanto si éste se da, las posibilidades de triunfo de la demanda aumentarán, y con ello las suyas propias de obtener una parte de lo ganado en el proceso; sin embargo, repetimos, no es un requisito que debe poseer el cliente para convenir en este tipo de pacto.

Respecto de los profesionales en derecho, el artículo 140 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nos señala quienes están legitimados para representar judicialmente a sus clientes:

“Artículo 140.—Salvo los casos exceptuados por la ley, solo los abogados y bachilleres en leyes pueden representar a las partes ante los Tribunales Judiciales de la República. No obstante, en los lugares asiento de Alcaldía que disten más de veinticinco kilómetros de la sede del juzgado, y en donde no hubiere por lo menos dos personas de las autorizadas por la ley para litigar con representación, con oficina abierta, podrá ser apoderado judicial quien carezca de esos títulos, conforme al aparte final del artículo 1050 del Código de Procedimientos Civiles”.

Así, pues, con base en los artículos 140 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 1050 del Código de Procedimientos Civiles, podemos llegar a la conclusión de que pueden celebrar contratos de cuota litis como profesionales en derecho, los abogados, los bachilleres en leyes, y los procuradores judiciales. A pesar de lo anterior, y con fundamento en la poca o ninguna existencia de bachilleres en leyes y procuradores judiciales en la actualidad, podemos generalizar diciendo que, hoy en día, los contratos de cuota litis solo se celebran en-

está mal redactado, y a lo que hace referencia no es al problema de la perfección del convenio, sino a un mero aspecto probatorio, siendo el contrato de naturaleza consensual, opinión arraigada en muchos de los abogados de nuestro país.

tre un abogado y su cliente.

Para que los abogados puedan estipular este tipo de pacto es necesario que reúnan los requisitos que señalan los artículos 2, 3 y 6 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados (3) y los artículos 5, 6, 8 y 12 del Reglamento Interior del Colegio de Abogados (4), a los cuales nos remitimos.

Finalmente, y siguiendo una interpretación a contrario sensu del párrafo segundo del artículo 1045 del Código de Procedimientos Civiles podríamos concluir que es válido aquel convenio en virtud del cual aparezca o resulte cesionario o adquirente de los derechos o acciones del cliente, quien trabaje con el profesional como socio, dependiente o compañero de oficina, o cualquiera de los parientes a que se refiere al artículo 1068 del Código Civil, siempre y cuando el convenio no se haga en un tanto mayor al cincuenta por ciento de lo obtenido en juicio que señala el mismo artículo 1045, interpretación ésta que nos deja una seria duda y que no creemos acertada. En nuestro concepto, y fundamentándonos en las explicaciones que daremos del artículo 1068 del Código Civil respecto del objeto del pacto de cuota litis, pensamos que el párrafo segundo del artículo 1045 del Código de Procedimientos Civiles se encuentra mal redactado, debiendo eliminarse la frase que dice "en un tanto mayor de lo aquí estipulado" que es la que nos lleva a confusión.

2. OBJETO

El objeto del contrato de cuota litis es por llamarlo de alguna manera la cosa litigiosa, de la cual el abogado tendrá una parte si llega a triunfar la demanda.

El artículo 1045 del Código de Procedimientos Civiles al referirse al objeto del contrato lo hace con las siguientes palabras: "de lo que, por todo concepto, se obtenga en el juicio respectivo, de cualquier naturaleza que éste fuere". Esta terminología utilizada nos plantea una interrogante, por cuanto en nuestra opinión no es sobre toda cosa litigiosa que se obtenga en juicio sobre la que se puede convenir el contrato de cuota litis; sería ridículo pensar, por ejemplo, que con el triunfo en un proceso en donde se discuta la patria potestad de un niño, pueda el abogado llegar a ejercerla conjuntamente con uno de los padres.

En nuestra opinión, el contrato de cuota litis cabe establecerlo respecto de aquellos bienes o derechos que sean valorables económicamente, y de los cuales pueda llegar a establecerse un porcentaje que vendría a ser la cuota que correspondería al abogado en caso de triunfo en el proceso.

El contrato de cuota litis en cuanto a su objeto está supeditado a ciertas limitaciones (5). Por un lado, debe someterse al mínimo de honorarios que señala el Decreto Ejecutivo de Tarifas de Honorarios de Abogados y Notarios para el caso concreto (6). De igual manera, el contrato está sujeto a máximos que son del cincuenta por ciento del beneficio económico de lo obtenido en juicio para la generalidad de los casos (Art. 1045 del Código de Procedimientos Civiles) y del veinticinco por ciento del beneficio económico que adquiriera en la sentencia el trabajador, tratándose de asuntos laborales (Art. 488 del Código de Trabajo reformado por Ley No. 5487 del 4 de marzo de 1974).

El porcentaje que se establezca en el contrato de cuota litis debe estar perfectamente determinado, ya que de no ser así no se estará en presencia del contrato. La anterior con-

(3) Ley No. 13 de 28 de octubre de 1941, reformada por leyes No. 1885 de 16 de junio de 1955, 2174 de 25 de octubre de 1957, 3831 de 19 de diciembre de 1966 y 6595 de 6 de agosto de 1981.

(4) Decreto No. 20 del 17 de julio de 1942.

(5) En este sentido, Casación No. 73 del 3 de julio de 1971. II Sem.

(6) Artículo 6o. del mencionado decreto, en concordancia con el art. 9 inc. 4 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados y el art. 36 inc. 10 del Código de Moral de 1o. de setiembre de 1946.

clusión es la que parece desprenderse de la jurisprudencia, que por su importancia, señalamos a continuación:

"En el pacto de la cuota litis entre el abogado y su cliente debe indicar con claridad el porcentaje o parte alícuota que el profesional ganaría de acuerdo con lo que se obtenga en el juicio respectivo..., de ahí que si en la especie el cliente pactó con el abogado una suma determinada que debía pagar a éste de una sola vez al terminarse el juicio ganado, sin hacerse indicación expresa de algún porcentaje que obtendría el profesional sobre el resultado económico de la litis, tal contrato no puede conceptuarse como de cuota litis" (7).

Para finalizar este apartado sobre el objeto del contrato, debemos hacer referencia a una discusión que se presenta respecto del artículo 1068 del Código Civil, el cual, para algunos, es aplicable a nuestra materia. Estipula este artículo lo siguiente:

"Artículo 1068.—No pueden comprar directamente, ni por interpuesta persona:

3o.—Los Jueces ante quienes penda o deba pender el pleito, lo mismo que los empleados del Juzgado y los abogados y procuradores que intevengan en el litigio, los derechos o cosas corporales litigiosas".

Para muchos autores, sobre todo españoles, un artículo redactado en estas condiciones estaría prohibiendo implícitamente el contrato de cuota litis, por cuanto los abogados están adquiriendo aquí derechos o cosas corporales litigiosas. Sin embargo, hay dos razones fundamentales por las cuales no podemos aceptar este criterio: a) en primer lugar, una razón de tipo formalista en el sentido de que el contrato no es ilícito por cuanto se encuentra establecido expresamente por la ley (8); y b) una razón de tipo sustancial, en el sentido de que los abogados no adquieren los derechos o cosas corporales litigiosas de sus clientes, sino que estos siguen siendo dueños de aquellos, y no es sino hasta el buen éxito de la demanda, que el cliente debe dar a su abogado, *como pago de sus honorarios*, una parte proporcional establecida de previo. Para aclarar mejor el punto conviene citar aquí una sentencia de la Sala de Casación:

"... de manera que en virtud del convenio de cuota litis el abogado no resulta cesionario o adquirente de los derechos y acciones de su parte, ésta sigue siendo dueña de ellos, a reserva de dar al primero la parte proporcional concertada de lo que se obtenga en el pleito, en caso de que obtenga buen éxito para el cliente" (9).

3. TIEMPO DE LA CELEBRACION

Hacemos referencia aquí al momento en que las partes deben celebrar el contrato de cuota litis. En cuanto a este punto podemos encontrar tres situaciones:

a) El contrato se hace con anterioridad a la participación en el litigio del profesional en derecho o durante él. Esta primera hipótesis no presenta ningún problema, e incluso se puede afirmar que es el caso corriente que se presenta en la práctica.

b) El contrato se celebra cuando ya la intervención del profesional ha terminado, pero la sentencia no ha recaído todavía. Esta es la hipótesis que presenta mayor problema, por cuanto al parecer en este contrato no existiría la obligación del abogado de prestar sus servicios, por cuanto esta ya se ha dado, lo cual nos podría llevar a una falsa conclusión de que el

(7) Resolución de la Sala de Casación de las 14:40 hrs. del 6 de nov. de 1934.

(8) "... el 1045 dicho además determina que el pacto de cuota litis no es ilícito, definiendo así en sentido de la validez del convenio la cuestión de si el mismo se hallaba o no comprendido en la prohibición que en lo relativo a abogados y procuradores contiene el inciso 3o. del art. 1068 del Código Civil". Casación de las 15:05 hrs. del 13 de agosto de 1943. Villalobos Benavides v. de Salas vs. Ugalde Gamboa. II sem., I Tomo, p. 610.

(9) Casación de las 15:00 hrs. del 15 de octubre de 1941. Madrigal Madrigal vs. Carvajal Mora y otros. II sem., tomo único, p. 895.

contrato de cuota litis es un contrato unilateral en el que solo se establece la obligación del cliente de dar a su abogado una parte de lo que se gane en juicio. Pero esto no es así, el contrato celebrado en estas condiciones, y haciendo una abstracción jurídica, se retrotraería al momento en que el cliente contrató los servicios del abogado, configurándose así plenamente el contrato de cuota litis como contrato bilateral.

c) El contrato se celebra cuando ya la sentencia se ha pronunciado. En este supuesto, creemos, ya no estaríamos en presencia del contrato de cuota litis, por cuanto se ha perdido una de sus características esenciales cual es la de la presencia en el contrato del "alea" que se traduce en la sentencia que aún no se ha dictado y de la cual se hacen pender los efectos del pacto. Por ello, si se celebra un contrato en estas condiciones, sería un convenio normal sobre honorarios, pero nunca un contrato de cuota litis.

Como conclusión de lo anteriormente expuesto, es nuestro criterio que el contrato de cuota litis para que sea tal, debe realizarse en cualquier momento antes de que se dicte la sentencia del proceso en el que interviene el abogado.

4. FORMAS DE ESTIPULACION

En lo que concierne al contrato de cuota litis nos encontramos dentro del campo de la autonomía de la voluntad, en la que las partes convienen libremente las diferentes cláusulas del contrato, siempre y cuando se haga dentro de los límites legales ya referidos. Es por ello que en la práctica existen varios tipos de contratos de cuota litis, cuya característica común es la de que el abogado obtiene una cuota de lo que se gane en el juicio en caso de triunfo.

Sobre lo que pueden diferir los distintos tipos de este contrato es más que todo a su relación con los gastos o costas procesales y personales, en virtud de lo establecido en el párrafo primero in fine del art. 1045 del Código de Procedimientos Civiles, que dice: "o cuando asuma obligaciones ajenas a la dirección técnica, tales como suministro de gastos, garantía de costas o pago de las mismas, o participación en los resultados adversos al pleito".

En primer lugar, tenemos el contrato de cuota litis que podríamos calificar de "puro" y que se presenta en la hipótesis de que el abogado presta sus servicios, con la única obligación correlativa por parte de su cliente de pagarle mediante una cuota (obviamente establecida de antemano) de lo que se gane en el juicio. Corre aquí el abogado con los gastos procesales y personales. Como es lógico pensar, este contrato no se presenta mucho en la realidad jurídica, por el gran riesgo que corre el abogado.

Por otro lado, tenemos el contrato en el que la cuota que podría ganar el profesional en derecho en caso de triunfo, sería en concepto de costas personales, corriendo los gastos procesales a cargo del cliente. Así, en caso de ganar el proceso, el abogado ve retribuido sus servicios mediante la cuota que ha estipulado con su cliente. En caso de pérdida de la litis, el cliente no está obligado a retribuir a su abogado, y respecto de la parte ganadora, se presentan dos posibles cláusulas: o bien paga las costas el abogado, o bien las paga el cliente, prefiriéndose ésta a la primera.

Finalmente, hipótesis que se da con más frecuencia en la práctica, tenemos el pacto en el que además de la cuota que se señala como constitutiva del contrato, se expresa que deben pagarse al abogado las costas procesales y personales. Es mediante este tipo de contrato que podría llegarse a posibles abusos por parte del profesional en derecho, al cobrar excesivamente por sus servicios. Dentro de esta modalidad contractual, se pueden establecer dos sub-tipos: a) el contrato en el que, en caso de triunfo, las costas procesales que pague la parte perdedora se restarán del porcentaje de la cuota a que tiene derecho al abogado, pagándose el resto de la proporción por parte de su cliente; y b) el contrato excesivamente abusivo en el que en caso de triunfo, además de la cuota que ya estipuló con su parte, tiene derecho a que se le paguen las costas personales y procesales por la parte perdedora. En caso de pérdi-

da del litigio, en ambos casos, el cliente debe retribuirle al abogado sus servicios por concepto de costas personales y procesales.

Además de estos tipos, podríamos pensar en varios otros más, que nos llevarían a una exposición posiblemente tediosa para el lector, por lo que hemos creído conveniente mencionar solo los anteriores, ya que consideramos son los más importantes modelos de contrato de cuota litis, y de los cuales pueden deducirse las características y consecuencias de tipos más complejos que se pudiesen encontrar.

Finalmente, conviene recordar aquí que el contrato de cuota litis es un contrato entre el abogado y su cliente, que no puede afectar para nada a la otra parte en el litigio (10), de lo cual se desprende la siguiente importante jurisprudencia, que viene a aclarar más los criterios que hemos esbozado:

"El contrato de cuota litis no interfiere con los honorarios que la parte vencida deba pagar a su contendiente, pero éstos últimos tienen como fuente la condenatoria en costas impuestas en la sentencia, mientras que los que se pactan entre abogado y su cliente tienen origen en el contrato habido entre ellos, rigiéndose por lo dispuesto en el Código Civil y con la limitación, en materia laboral, de que esos honorarios no excedan del veinticinco por ciento del beneficio económico que el trabajador adquiera en la sentencia"(11).

C. EFECTOS DEL CONTRATO

El contrato de cuota litis, como todo contrato, tiene una serie de efectos que se traducen en las obligaciones de las partes, obligaciones cuyo incumplimiento acarrearán también una serie de consecuencias jurídicas. Hemos dedicado esta sección de nuestro estudio a los efectos del contrato (12).

1. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

La principal obligación que le surge al abogado de su participación en el contrato, es la de prestar sus servicios profesionales de acuerdo a los intereses de su cliente en un proceso determinado. Así, dice el artículo 36 inc. 14 del Código Moral del Colegio de Abogados, en parte de su texto:

"El profesional en derecho está obligado a presentar con sinceridad a su patrocinado los diversos aspectos del negocio, tanto favorable como desfavorables, después de un maduro estudio de los problemas de hecho y de derecho, y a poner en el manejo de sus asuntos el mismo interés que pondría en la defensa de sus propios negocios" (el subrayado es nuestro).

Debe quedar bien claro aquí que la obligación del abogado es una obligación de medios, y no de resultados, por la que se obliga únicamente a prestar sus servicios en una forma diligente, pero no se obliga a un resultado favorable en el proceso. Lo anterior se desprende de la lectura del artículo 21 del mismo Código Moral:

"Artículo 21.—El profesional en derecho debe limitarse a decirle al cliente si su caso está o no amparado por la ley, exponiéndole las razones que tiene para esperar una solución favorable; pero no debe asegurarle nunca un triunfo con una certeza que él mismo no puede tener".

(10) Así lo ha dicho Casación en la resolución No. 142 del año de 1961, en el caso de Alvarez Salazar vs. Sucesión Cordero León. II sem., II Tomo, p. 935.

(11) Trib. Sup. de Trab., resolución No. 29 de las 10 hrs. del 4 de enero de 1979.

(12) Hemos de aclarar aquí, que lo que estudiamos durante esta sección se refiere únicamente a las obligaciones del contrato de cuota litis en cuanto tal, haciendo abstracción de otras obligaciones que puedan surgir del contrato como por ejemplo aquellas referidas a costas personales y procesales, que han sido brevemente analizadas en el punto anterior.

Por su parte, la obligación del cliente consiste en entregarle a su abogado, en caso de triunfo de la demanda, la parte alícuota de lo ganado en el proceso, que había sido establecida previamente.

Es necesario recordar que no es sino hasta que los derechos y los bienes en litigio en todo o en parte, se encuentren ya seguros y ciertos por sentencia judicial, dentro del patrimonio del cliente, no es sino hasta este momento que le surge el derecho a su abogado, de cobrar su cuota dentro de lo obtenido en el proceso.

Además de estas obligaciones entre las partes, existen otras más genéricas que están presentes, en realidad, en todo contrato con abogados, expresa o implícitamente, como las referentes a costas, a la fidelidad y a la información tanto del cliente como del abogado, etc., que por no ser específicas del contrato que nos ocupa, aunque obviamente le son aplicables, no las pasamos a estudiar, remitiéndonos para su análisis a las reglas comunes sobre contratación con profesionales en derecho.

2) INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

El incumplimiento de la obligación del abogado consiste, no en la no obtención de un triunfo en el proceso, sino en que, en la prestación de sus servicios, no actuó con la debida diligencia que lo requerían las circunstancias.

El incumplimiento en estas condiciones da derecho al cliente a pedir la resolución contractual por incumplimiento grave en la prestación de sus servicios, así como le da derecho a pedir una indemnización por daños y perjuicios, que podrán consistir precisamente en la no obtención del derecho o bien litigioso objetos del proceso, todo de acuerdo a la regla general que establece el art. 692 del Código Civil. Conviene recordar aquí que tratándose de las obligaciones de medios, la carga de la prueba se invierte, por lo que debe ser el cliente quien demuestre que hubo incumplimiento grave por parte de su abogado.

Además de lo anterior, por el incumplimiento grave del abogado en la prestación de sus servicios, debido ya sea a dolo, culpa grave o negligencia grave, podrá la parte establecer una queja ante el Colegio de Abogados, y buscar de esta manera una sanción administrativa para su patrocinador legal, aunque con esto no va a obtener ninguna compensación económica por el daño o el perjuicio causado.

Por su parte, el cliente incumple su obligación si no entrega a su abogado su parte correspondiente en el proceso, una vez que ha acaecido sentencia favorable parcial o totalmente. El abogado ante este incumplimiento, puede hacer exigible la obligación mediante la ejecución forzosa de ella (art. 693 del Código Civil), sin excluir la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Esta acción la puede hacer valer el abogado mediante dos vías: a) la ordinaria, en donde buscará el reconocimiento de su derecho y la correspondiente ejecución de la obligación, o bien, b) por medio de un incidente privilegiado de honorarios.

Este incidente es una figura sui generis que se encuentra estipulada en el artículo 153 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se tramita, dentro de los autos principales y ante el mismo juez que conoce o conoció del negocio, bajo la forma de un incidente común de calidad ordinaria (arts. 383 y sigs. del Código de Procedimientos Civiles). A pesar de lo anterior goza de una serie de características que lo hacen realmente especial, entre ellas: debe tramitarse dentro de un año después de haber concluido el asunto (término de caducidad), lo que se resuelva en él tiene calidad de cosa juzgada, su no ejercicio no coarta el uso de la vía declarativa, y finalmente, su resolución admite los recursos ordinarios y aún el de Casación si procede con relación a la cuantía del mismo. Es en definitiva, un medio creado expresamente por la ley para la protección de la actividad de los profesionales en derecho.

Para ampliar lo anteriormente expuesto, valga citar aquí un jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo:

"No puede un juzgador, bajo ningún concepto o razonamiento condenar o fijar los honorarios que entre abogado y cliente corresponden, que bien pueden estar regidos por una cuota litis o por la ley respectiva; la ocasión de la fijación podría ser, dentro de juicio, la vía privilegiada del incidente o el convenio previo, más nunca una sentencia que solo puede regular las costas de la parte perdidosa, si proceden" (13).

Debemos de terminar diciendo que hasta donde sea posible debe el abogado llegar extrajudicialmente a un acuerdo con su cliente ya que, como dice el artículo 28 del Código Moral, "los profesionales en derecho deben evitar los cobros judiciales, hasta donde sea compatible con su derecho a percibir una retribución razonable por sus servicios".

✚ D. DISCUSION SOBRE LA MORALIDAD DEL CONTRATO

El contrato de cuota litis como lo enunciamos al principio y como ha podido entrelazarse de lo expuesto a lo largo de este análisis, es un contrato muy polémico y que se presta a una gran discusión en torno a su moralidad, habiendo criterios tanto a favor como en contra del contrato. Esta es una discusión que, por su importancia, no hemos querido dejar de incluir, aunque sea brevemente, en nuestro trabajo.

1. SE RECHAZA EL PACTO

La regla general en la legislación comparada es la de rechazar el pacto, así tenemos a España, a Francia, a Italia, Argentina, Estados Unidos, Alemania, etc.

Respecto de los fundamentos para rechazar el pacto encontramos de dos tipos. En primer lugar, desde el punto de vista de la moralidad del abogado, quien propone el pacto a un abogado lo ofende; en segundo lugar, desde el punto de vista de sus repercusiones sobre la actitud del mismo en el proceso, ya que existe el peligro de que la aceptación por parte del profesional haga que se ofenda a sí mismo, olvidando la dignidad de su ministerio.

Lo anterior redundo en que el contrato puede restarle independencia al abogado, independencia que no debe confundirse con imparcialidad. El abogado debe ser parcial siempre, pero deja de ser independiente cuando se hace partícipe en el resultado del pleito, convirtiéndose más que en abogado en socio del cliente.

Otra crítica que se le suele establecer a este pacto es que puede servir como medio para llevar a cometer verdaderos abusos en el cobro de sus honorarios (arts. 24, 29 y 36 inc. 7 del Código Moral del Colegio de Abogados).

Señalan también que mediante este pacto, el abogado tienda más a un interés económico que al derecho a la justicia.

Finalmente, hay quienes dicen que el cliente es un amigo, y que proponerle un contrato de este tipo es ofenderle.

2.— SE ACEPTA EL PACTO

No son muchas las legislaciones que aceptan este contrato, entre ellas podemos mencionar a Uruguay, Perú y Costa Rica.

De los partidarios del contrato de cuota litis hay quienes creen en él como un medio necesario para el litigante pobre que no tiene con qué pagar al abogado sus honorarios, encontrando en el pacto la solución a su problema.

También se argumenta que mediante este contrato, el abogado se apasiona más en el asunto, más que como profesional como parte, cuidado éste que difícilmente puede censurar el cliente.

(13) Trib. Sup. de Trab., res. No. 436 de las 8:30 hrs. del 11 de febrero de 1977.

Por otro lado, si bien es cierto que con este contrato se puede llegar a ganar una suma por encima de lo que generalmente se estipula como honorarios, no es menos cierto que el abogado también arriesga su trabajo, su tiempo, su esfuerzo, y en algunos casos hasta su dinero, por lo que es justo que obtenga una cierta retribución por ello.

CONCLUSION

En nuestro criterio, el contrato de cuota litis es una figura jurídica especial, establecida expresamente por ley, que dependiendo de las cláusulas que se establezcan convencionalmente en un caso concreto, puede ser alabado o criticado, por lo que en nuestro parecer no cabe juzgarlo por su moralidad o por su conveniencia; lo que sí creemos es que debiera existir una regulación mejor de la existente hoy en día, que venga precisamente a eliminar la posibilidad de abuso en el contrato, sin tener que remitirnos en una forma indirecta a lo que dice el Código Moral.

BIBLIOGRAFIA

- Alsina, Hugo. *“Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”* Segunda edición. Tomo IV. Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 1961.
- Blanco, Miguel. *Lecciones impartidas de Procedimientos Civiles* Fotocopias. Facultad de Derecho, U.C.R. Sin año de publicación.
- Cabanelals, Guillermo. *“Diccionario de Derecho Usual”* Sexta edición. Tomo III. Buenos Aires, Bibliográfica OMEBA, 1968.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Voz: cuota litis. Buenos Aires, Bibliográfica OMEBA, 1976.

✦ Legislación

- Código de Procedimientos Civiles de la República de Costa Rica
- Código Civil de la República de Costa Rica.
- Código de Trabajo de la República de Costa Rica.
- Ley Orgánica del Poder Judicial. No. 8 de 29 de noviembre de 1937.
- Ley Orgánica del Colegio de Abogados. No. 13 de 28 de octubre de 1941, reformada por leyes No. 1885 de 16 de junio de 1955, 2174 de 25 de octubre de 1957, 3831 de 19 de diciembre de 1966 y 6595 de 6 agosto de 1981.
- Reglamento Interior del Colegio de Abogados. Decreto No. 20 del 17 de julio de 1942.
- Tarifas de Honorarios de Abogados y Notarios. Decreto Ejecutivo No. 13560 —J de 28 de abril de 1982.
- Honorarios de Abogado. Ley No. 1128 de 17 de enero de 1950, reformada por leyes No. 2859 de 14 de noviembre de 1961, 5106 de 8 de noviembre de 1972 y 6595 de 6 de agosto de 1981.
- Código de Moral, dado en la Sala de Sesiones de la Junta de Gobierno, el primero de setiembre de mil novecientos cuarenta y tres.
- Proyecto de Código Procesal Civil. Edición a cargo del Colegio de Abogados de Costa Rica. 1983.

TRABAJOS DE
INVESTIGACION

REGIMEN DE CADAVERES

*Trabajo presentado al Profesor Dr. Víctor Pérez Vargas
Cátedra de Derecho Privado
por Silvia Elena Calvo Solano*

“... ¿Vuelve el polvo al polvo? ¿Vuela el alma al cielo? ¿Todo es sin espíritu, pesadumbre y cieno? ¡No sé; pero hay algo que explicar no puedo algo que repugna, aunque es fuerza hacerlo, a dejar tan tristes, tan solos, los muertos!”.

BECQUER

INTRODUCCION

“Morte certa e incerta” dice el refrán italiano. Cierta, porque todos los seres vivos somos mortales: algún día tenemos que morir. Incierta, porque es difícil saber cuándo nos va a llegar la hora del deceso y las circunstancias bajo las cuales ocurrirá.

La muerte es un hecho de vida: “... en los hechos de vida el sujeto es pasivo espectador de un acontecer de su organismo”. (1) Se trata de un hecho de vida cuando la muerte obedece a causas naturales. Pero también se puede dar el caso de una muerte violenta, verbigracia: el homicidio. En este caso estamos en presencia de un comportamiento antijurídico, tutelado por el ordenamiento jurídico, específicamente por el derecho penal. Pero ya el simple fenómeno de la cesación de la vida pone en movimiento el sistema. Esta dinámica justifica el tema de los restos humanos.

— El trabajo que presentamos tiene por objeto de estudio el tratamiento del cadáver en el

(1) FALZEA citado por PEREZ (V́ctor). Los hechos jurídicos. Antología de principios de Derecho Privado, U.C.R. Fdad. de Derecho, 1984, p. 333.

sistema jurídico costarricense a la luz de algunos postulados de la doctrina y como finalidad, un intento por esclarecer las modalidades del régimen específico sus virtudes y sus defectos.

"El respeto que las leyes obligan con relación a los muertos, el acatamiento a la voluntad del difunto (aún como acto hecho en vida) son muestras de que la muerte no significa una extinción tan radical como se proclama de la personalidad jurídica' (2)

No sólo los vivos exigen y merecen tutela jurídica. El ordenamiento bien aprehende como necesidad de su virtualidad moral, el respeto a los restos humanos. Ello adviene como una prolongación, igualmente, de los derechos de la personalidad.

CAPITULO I

TRATAMIENTO DEL CADAVER EN LA HISTORIA

Desde que apareció el primer hombre sobre la tierra surgió junto a él la sombra de la muerte. De ahí que los cadáveres estén presentes en toda la historia y, como es lógico, los hombres realicen con ellos lo que dictan las costumbres y las leyes de cada época

Algunos ejemplos de ello son los siguientes:

"...En el antiguo Derecho (Romano) se sostenía la tesis de que el acreedor con título que llevara aparejada ejecución podía proceder no sólo contra los bienes del deudor sino también sobre el cuerpo del obligado, y tener embargado su cadáver hasta que los herederos, por honor de la familia o por interés si eran extraños, pagasen la deuda. Constituyendo la obligación en el concepto moderno, una relación económico-jurídica, de patrimonio a patrimonio...

En el primitivo procedimiento romano de la manus injectio, más quizás para saciar la venganza de un pueblo primitivo que por una estricta consideración del cadáver como cosa, se permitía que los acreedores del insolvente, luego de darle muerte al mismo, pudieran repartir su cadáver (3)

Más tarde, en Roma, había de recaer prohibición sobre semejante prerrogativa 'La ley 15 del Tit. XIII, de la parte I, y la ley 13, del Tit IX de la parte VII disponían que muerto el deudor, no podían los acreedores detener el cadáver ni impedir su sepultura, ni hacerle otra deshonra por razón de la deuda, bajo la pena que el juez estimara justa según la calidad de la injuria". (4)

"Penalmente, dentro del mismo cuerpo legal, en las leyes 7^o y 8^o del Tit I, de la parte VII, disponían que, muerto el delincuente, no había de imponerse pena alguna a su cadáver ni en razón de los delitos en que cabía proceder contra sus autores después de muertos, pues únicamente se dirigía la acción entonces contra su memoria y bienes, no contra sus cuerpos sin vida." (5)

"...Al menos en las guerras y en las terribles persecuciones políticas, dividir los cuerpos de los malhechores o de los enemigos del poder público de echar al mar o a los ríos los cadáveres de parricidas, incluso el cadáver del ajusticiado debía permanecer un cierto tiempo

(2) CABANELLAS (Guillermo) Diccionario de Derecho Usual Tomo Buenos Aires 10 Edición, Editorial Heliasta, S.R.L. 1976, p. 311

(3) CABANELLAS (Guillermo) Op cit p 311

(4) Ibid.

(5) Ibid

colgado, para ejemplaridad, para infundir temor e inspirar aversión al delito a los que vieran justicia hecha.” (6)

SECCION A

NOTAS HISTORICAS SOBRE SU CONSIDERACION EN LA MEDICINA LEGAL

LA MEDICINA LEGAL “... es la aplicación de conocimientos médicos y científicos naturales a procedimientos forenses”. (7)

La Medicina Legal no tiene vida y evolución autónoma y, de ese modo, su historia marcha paralela y directamente vinculada con la historia de la Medicina y de la organización legal de la Justicia. (8)

El médico legista es un perito. Perito “... es el que poseyendo especiales conocimientos teóricos y prácticos, informa bajo juramento al juzgado sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia.” (9)

Según el sistema de Comte (10), tampoco el quehacer médico-legal habría de sustraerse al devenir del mundo en sus tres períodos: religioso, metafísico y positivo.

El primer período (Religioso) abarca desde las épocas primitivas hasta el imperio romano. Ejemplos de manifestaciones de este período son la ley del Talión y los Libros Sagrados. (11)

El período metafísico se inicia con la obra de los jurisconsultos romanos, comprende una legislación regular. Aparecen después los Capitulares de Carlomagno, los juicios de brujería, las leyes carolinas: los progresos científicos y políticos de ese siglo exigieron, dentro del desarrollo del conjunto la intervención pericial de los médicos ante la Justicia. (12)

(6) Ibid.

(7) KRATTER, citado por ACOSTA (Alfonso). Medicina Legal, San José, 1 Edición, Editorial Universal, 1932, p. 11.

(8) VON BENNEWITZ (Roberto). Síntesis Histórica de la Medicina Legal, Revista Judicial, C.R., año 7, No. 23, Octubre 1982, p. 71.

(9) Ibid, p. 73.

(10) Ibid, p. 71.

(11) “En el primer período o período ‘ficticio’, la Medicina Legal cuenta con los siguientes antecedentes históricos: dos posiciones dispersas en las colecciones de índole religiosa (la Biblia, el Código de Hammurabi, el Avesta, el Código de Manú). Especialmente vale citar las reglas dadas por Moisés en el Levítico sobre la forma de conocer la virginidad de las mujeres, sobre los delitos de sodomía, de violación y de estupro, sobre la descripción de las llamadas ‘impurezas’ (enfermedades venéreas) y sobre menstruaciones”. VON BENNEWITZ, Op. cit., p. 71. “...También los grandes sabios de la antigüedad y los viejos médicos emitían sus pareceres en casos médico-forenses, pero sin que fuese en aquellos tiempos obligación al llamar a un médico para asuntos jurídicos. Hipócrates probó en su tiempo la propiedad vital de los efectos menores del ciclo normal intrauterino. Aristóteles dio a conocer la duración normal del embarazo. Galeno conocía la diferencia entre los pulmones de un muerto y de un vivo...” ACOSTA, Op. cit., pp. 10-11.

(12) “Las reglas de Hipócrates sobre plazos de gestación adoptados por el código denominado Ley de las XII Tablas...”

Las disposiciones existentes en Roma que obligaban a exhibir públicamente los cadáveres de personas muertas por causas sospechosas, para que los expertos manifestaran su opinión, como se procedió con Germánico, con Escipión el Africano, con Julio César, etc. La ley de Numa Pompilio que hacía obligatoria la ‘historotomía’ de las mujeres embarazadas que fallecían antes del parto, para salvar la vida del hijo; ... ‘Operación Cesárea’.” VON BENNEWITZ, Op. cit., pp. 71-72.

El tercer período o período positivo se inicia en el siglo XVIII y llega hasta la actualidad; es el período propiamente científico. (13)

SECCION B

CONCEPTO DE CADAVER

"La voz cadáver parece derivar de tres vocablos latinos *cara*, *data* y *vernís*, esto es, carne solo significa eso: un cuerpo inerte, muerto, aunque no del todo". (14)

Se han dado muchas definiciones de cadáver, pero la mayoría parece coincidir en que cadáver son los restos físicos del ser humano privado de vida. (15)

Uno de los conceptos más completos de cadáver ha sido elaborado por la Licenciada Ligia Sanchez Boza. Para ella cadáver "...son los restos mortales de un sujeto jurídicamente existente; es lo que fue la persona física. O aquellos restos que pertenecieron en vida a un sujeto de derecho. Un cadáver es un organismo inanimado pero organizado todavía. Se está 'medio muerto', pero aún se conserva algo de vida, como lo demuestra la urgencia con que se extraen sus partes y tejidos, a fin de que puedan seguir viviendo sobre otros organismos". (16)

Sobre la naturaleza jurídica del cadáver hay muchas discrepancias: las tesis varían desde su consideración como persona totalmente impotente, hasta su cosificación, aceptable, esta última cuando el cadáver no es sino esqueleto y sobre todo, en la circunstancia de no conocerse su identidad. (17)

CAPITULO II

PROCEDIMIENTOS POST-MORTEM

Cuando una persona fallece, sus familiares deben realizar una serie de gestiones para actuar conforme lo establece el ordenamiento jurídico de su país.

"Para proceder al entierro de una persona ha de obtenerse un permiso especial de la autoridad, luego de comprobado el fallecimiento y extendida el acta de defunción. En caso de muertes violentas o sospechosas, al entierro ha de preceder la autopsia, posible también a

(13) "...Después de las transformaciones que la Revolución Francesa produce en la administración de la Justicia y en la codificación, la Medicina Legal se perfecciona, se organiza como estudio serio en las universidades y como aplicación práctica indispensable en los juicios..

En esta evolución de la Medicina Legal ha ido haciéndose más concreta en sus métodos, más en sus fines, tiende a abandonar la declamación y el subjetivismo pericial y aprovecha todo lo que puede de las conquistas de las ciencias afines. Con ella, la medicina ha adquirido una perspectiva intelectual más amplia y las ciencias jurídicas, especialmente el Derecho Penal, una mayor consistencia". VON BENNEWITZ, Op. cit., p. 72.

(14) SANCHEZ BOZA (Ligia Roxana), El trasplante de órganos en seres humanos, su régimen, San José, Tesis para optar el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la U.C.R. 1977, p. 46.

(15) V.G., "Cadáver: "Cuerpo humano privado de vida. Cuando la expresión cadáver se emplea sin calificación alguna, indica siempre el de un ser humano". GOLDSTEIN (Raúl), Diccionario de Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1962, p. 75.

(16) SANCHEZ BOZA (Ligia R.) El trasplante de órganos en Seres Humanos, su régimen jurídico, tomado de la Revista Judicial, de la C.S.J., San José, Año 2, No. 8, Junio 1978, p. 64.

(17) CABANELLAS (Guillermo), Op. cit., p. 311.

posteriori si las pruebas delictivas o las dudas surgen después de la inhumación." (18) Más el régimen de cadáveres ha alcanzado un alto grado de complejidad: su análisis exigirá, de nuestra parte, una consideración más atenta en torno a sus tópicos principales.

SECCION A

IDENTIFICACION DEL CADAVER

La regla es la efectiva identificación del cadáver ya que sus familiares los reconocen. Pero, ¿cómo se hace para identificar aquellos cadáveres de personas que murieron de manera violenta, por ejemplo en un accidente aéreo o en un incendio?

En estos casos especiales, los médicos legales establecen los principios de identificación a través de las huellas dactilares y por la dentadura del cadáver (19).

SECCION B

AUTOPSIA

Desde el punto de vista jurídico, autopsia es el examen que realiza el médico forense para dictaminar las causas de la muerte; es el "...examen de los cadáveres hecho con fines de investigación científica o para averiguar... las causas, forma y otras circunstancias de la muerte de una persona, cuando existe la sospecha de que aquéllas no ha sido natural. Constituye una diligencia judicial que practican los médicos de los tribunales, llamados legistas o forenses y su importancia es grande en criminalística". (20)

"Este procedimiento tiene por objeto el investigar la causa y circunstancia que pueden haber producido la muerte, la fecha aproximada de la misma, o excluir al mismo tiempo una muerte por mano criminal. Salvo circunstancias excepcionales, la autopsia judicial es practicada por un sólo médico, pero aunque algunas leyes lo ordenen así, esa manera de proceder es inadmisibles para quien conoce las dificultades con que se tropieza en la apreciación de la naturaleza de las lesiones visuales. En Costa Rica es el médico del pueblo quien tiene, por mandato de la ley, que reconocer los cadáveres de individuos muertos a consecuencia de un hecho delictuoso". (21)

No a todos los cadáveres se les practica una autopsia. (22)

En Costa Rica se han reducido las causales de autopsias, dado que era necesario eliminar una serie de gastos innecesarios. Se recomienda que solamente por orden judicial, se lleven a cabo autopsias en los siguientes casos:

(18) CABANELLAS (Guillermo). Op. cit., Tomo II, p. 65.

(19) "...Cuando en la morgue judicial se desconoce el nombre de un cadáver, se procede a identificarlo por medio de sus huellas dactilares y por sus dientes, porque todos los hombres tienen una combinación diferente del tipo de huellas. Además se cuenta con el recurso de la identificación de una persona por medio de los dientes, porque toda persona tiene un expediente dental con su dentista; este método es muy usado para reconocer cadáveres incinerados..." Entrevista con el Dr. Eduardo Vargas Alvarado, Director del Dpto. de Medicina Legal del OIJ, realizada el 9 de abril de 1984, 4:00 P.M.

(20) OSORIO (Manuel) Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Buenos Aires, 1ª Edición, Editorial Heliasta, S.R.L., 1974, p. 74.

(21) ACOSTA, Op. cit., p. 33.

(22) "...En caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, se ordenará la autopsia, salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que la produjo". Art. 238 del Código de Procedimientos Penales.

- 1.— muertes violentas: siempre y cuando por la inspección del cadáver no resulte evidente cuál fue la causa que la produjo;
- 2.— muertes ocurridas bajo circunstancias extremas o sospechosas,
- 3.— muertes repentinas y muertes naturales inesperadas;
- 4.— toda muerte que ocurra sin atención médica;
- 5.— muertes ocurridas a personas que sufran privación de libertad en los centros de detención;
- 6.— muertes ocurridas con motivo de un tratamiento o procedimientos anestésico;
- 7.— muertes asociadas con abortos;
- 8.— muertes que han sido causadas por lesiones o enfermedades de carácter industrial;
- 9.— para efectos de identificación de la persona fallecida. (23)

SECCION C

CERTIFICACION DE DEFUNCION

Al morir una persona es necesario que un médico extienda un certificado de defunción ya que este certificado es requisito en todo cementerio para poder proceder a la inhumación de un cadáver. Además, es necesario entregar este certificado en el Registro Civil, para que conste la muerte del individuo. El médico debe especificar las causas contribuyentes de la muerte y las causas determinantes. Puede ser escrito por cualquier médico cuando se trate de una muerte que no exige someterse al análisis de la Medicina Legal; en caso contrario, solamente está facultado para ello el Médico Legal. (24)

Además de los datos generales del nacimiento de la persona la partida de Defunción del Registro Civil debe contener.

- "...1. día, hora y lugar de la muerte;
2. nombre, apellido, edad, naturaleza, profesión u oficio y domicilio del difunto, y de su cónyuge si estaba casado;
 3. nombre, apellidos, domicilio y profesión u oficio de sus padres, si legalmente pueden ser designados, manifestación de si viven o no, y de los hijos tenidos por el difunto;
 4. enfermedad que haya ocasionado la muerte;
 5. constancia de si el difunto ha dejado testamento o no;
 6. cementerio en que se le haya de dar sepultura al fallecido..." (25)

SECCION D

CEMENTERIO Y PROCEDIMIENTOS DE ENTIERRO

La ley exige que a todo cadáver se de sepultura en un cementerio (26). Entenderemos

-
- (23) "El juez de la instrucción y el Alcalde penal siempre deberán ordenar las autopsias en los casos antes indicados, sin perjuicio de su facultad para disponer que se practiquen en todas las demás situaciones en que éstos lo juzguen necesario. Art. 39 de la Sesión de la Corte Plena, del 24 de abril de 1982".
- (24) Entrevista con el Dr. Vargas Alvarado.
- (25) CABANELLAS (Guillermo), Op. cit., Tomo III, p. 233.
- (26) "Ningún cadáver podrá permanecer insepulto por más de treinta y seis horas contadas a partir del deceso, a menos que la autoridad de salud lo autorice u ordene, o que haya necesidad de realizar alguna diligencia judicial, o que se encuentre sin instalaciones debidamente condicionadas para su

por cementerio una porción de terreno destinado a la inhumación de cadáveres (27)

El entierro es la acción o efecto de sepultar a un cadáver. Sin embargo el término es extendible a la modalidad de colocación en nichos o panteones.

En la conciencia social el entierro comprende la conducción del muerto al cementerio y el cortejo del mismo. (28)

En cuanto a la ceremonia de entierro, el ordenamiento jurídico prescribe el debido respeto a su celebración (29)

Por lo demás, la Ley General de Salud establece que "los propietarios y administradores de cementerios quedan obligados a mantenerlos en condiciones de higiene y salubridad y a cumplir con las disposiciones reglamentarias pertinentes". (30)

En Costa Rica, a partir de 1931, quedaron secularizados todos los cementerios con el Reglamento General de Cementerios. (31) Además, se dispuso que "en todo distrito urbano como rural, siempre que las condiciones económicas lo permitan, la municipalidad o la Junta de Caridad respectiva deben establecer un cementerio y procurar los medios adecuados para la traslación de los cadáveres". (32)

Este mismo reglamento determina que todo cementerio está sujeto a la inspección realizada por las autoridades tanto administrativas como sanitarias y a las disposiciones sobre policía mortuoria. (33)

D.1.: INHUMACIONES

Inhumación: "Del latín *inhumare*, de *in*, en y *humus*, tierra. Acto de enterrar un cadáver. La inhumación debe efectuarse un tiempo después de ocurrido el fallecimiento, con objeto de tener la certidumbre de la defunción, debiendo observarse los requisitos y términos que las leyes y reglamentos determinen... Para proceder a la inhumación en un cementerio ha de proceder autorización del encargado del Registro Civil, lo cual requiere a su vez que conste la partida de defunción, basada en el correspondiente certificado expedido por un médico." (34)

La inhumación ilegal es la que se realiza en contravención de las leyes o reglamentos dictados para ese efecto. (35)

En materia de inhumaciones nos encontramos, regulando este procedimiento, la Ley General de Salud, el Reglamento General de Cementerios, el Reglamento del Cementerio de Obreros de la ciudad de San José y los reglamentos de los distintos cementerios que existen en el país.

La inhumación y cremación de cadáveres y de restos humanos sólo podrá efectuarse en cementerios y crematorios respectivamente autorizados por la administración de salud y

conservación. La autoridad de salud podrá ordenar la inhumación dentro de un plazo menor cuando las circunstancias y la causa de muerte lo haga procedente". Art. 330, Ley General de Salud, No. 5395 del 30 de octubre de 1973.

(27) OSORIO (Manuel). Op. cit., p. 482.

(28) CABANELLAS (Guillermo). Op. cit., Tomo II, p. 65.

(29) "Será reprimido con diez a treinta días de multa el que implidiera o turbare una ceremonia religiosa o fúnebre". Art. 206 del Código Penal. Ley No. 6726 del 10 de mayo de 1982.

(30) Ley General de Salud, Art. 327.

(31) Reglamento General de Cementerios, 5 de setiembre de 1931, art. 2.

(32) Ibid. Art. 3.

(33) Ibid. Art. 55.

(34) CABANELLAS (Guillermo), Op. cit., Tomo II, p. 383.

(35) Ibid.

previo cumplimiento de todas las exigencias reglamentarias. (36)

Las inhumaciones únicamente se realizarán en cementerios públicos, exceptuándose los cadáveres de personas a quienes el Poder Ejecutivo permita que sean sepultados en otra parte. (37)

La inhumación debe ser realizada entre las 24 y 30 horas posteriores al fallecimiento; sin embargo, este término se puede reducir si el Jefe de Sanidad certifica que es un peligro para la salud pública. En caso de que se desee prolongar el plazo, y estando embalsamado el cadáver, se necesita autorización de la Secretaría de Salubridad Pública o de la Jefatura de Sanidad. (38)

Los cadáveres que se sepulten en las parcelas de inhumación deberán presentarse encerrados en cajas de madera liviana. Es prohibida la inhumación de más de un cadáver en la misma fosa, salvo cuando se tratare de madre y recién nacido muertos en el acto del parto. (39)

La presentación de permiso para una inhumación en nicho se hará por lo menos dos horas antes del entierro, a fin de que el Tesorero, revisando sus registros, pueda determinar el nicho que haya de ocuparse. Si todos estuviesen ocupados y no fuese posible proceder a una exhumación por no haber transcurrido el tiempo prescrito para ella, el Tesorero, enviará aviso al interesado. (40)

Para inhumar es necesario ser propietario o copropietario y que uno de éstos se apersonase en la Oficina de la Junta con el título correspondiente. Debe presentar su cédula de identidad con vigencia y firmar la autorización correspondiente para abrir la fosa o bóveda y proceder a la inhumación.

En los casos en que el propietario o copropietario no puedan apersonarse directamente, firmará la autorización escrita y adjuntará su cédula de identidad y el título respectivo. El compareciente, a su vez, debe ser mayor de edad y se identificará con su cédula de identidad. Así mismo, puede presentar la autorización autenticada por notario público o a través de su apoderado legal. (41) Se anotarán en el Registro los siguientes datos: nombre, edad, sexo de la persona inhumada, fecha de la inhumación y de las indicaciones del lugar exacto en que fue sepultada. Estos permisos se archivarán en la Oficina de la Junta. (42)

Cuando se desee efectuar una inhumación en una fosa, bóveda o mausoleo que no tenga osario propio y únicamente se pueda disponer de una fosa o nicho que contenga restos de una inhumación anterior con más de cinco años de anterioridad a la que se desea hacer, podrá permitirse la nueva inhumación si el propietario o los familiares así lo autorizan y hubiese espacio para tal efecto. Los restos o momias no podrán ser trasladados al Osario General, ni a nichos de alquiler y permanecerán en el lugar donde se encontraren.

La autorización será denegada si entre el cadáver inhumado y el que se pretende inhumar no existe algún vínculo familiar. (43)

En aquellos casos en que solamente haya una fosa o nicho disponible, si al inspeccionar se encuentra que hay una momia y el cadáver que se desee inhumar no cabe junto con ésta, se dará prioridad a la momia y el cadáver se inhumará en otro lugar. (44)

(36) Ley General de Salud, art. 329.

(37) Reglamento General de Cementerios, Art. 16.

(38) Ibid, art. 17.

(39) Ibid, art. 19, y art. 23 del Reglamento del Cementerio de Obreros de la ciudad de San José.

(40) Reglamento General de Cementerios, art. 52.

(41) Reglamento del Cementerio de Obreros de la Ciudad de San José, art. 16.

(42) Ibid, art. 18.

(43) Ibid, art. 20.

(44) Ibid, art. 21.

El subarriendo de fosas, nichos, bóvedas o mausoleos de propiedad privada para inhumaciones queda prohibido; sólo la Junta puede ejercer ese derecho. (45)

El contrato de arrendamiento sobre un nicho es intransferible; en consecuencia, es nulo cualquier acto o contrato realizado por el arrendatario que implique subarriendo y así se hará constar en el contrato respectivo.

D.2.: EXHUMACIONES

Exhumación es el "acto de desenterrar o sacar de sepultura restos humanos. Se distinguen cuatro clases de exhumaciones:

- a- la administrativa, por razones de salubridad, por vencimiento de la concesión funeraria u otra disposición de la autoridad;
- b- a solicitud de la parte interesada, cuando la familia del sepultado, sus albaceas u otra persona que alegue derecho o interés, pretenda trasladar los restos mortales o proceder a su incineración;
- c- la judicial, para practicar o ampliar una autopsia o para comprobar cualquier delito o sospecha vehemente de índole penal;
- d- la criminal, ya pretenda el hecho, la ofensa a la memoria del muerto o el sensacionalismo. Estos casos están penados como violación de sepulturas o profanación de cadáveres.

Existen otras exhumaciones de menos interés jurídico, como las arqueológicas, en necrópolis antiguas o en los enterramientos de personajes célebres." (46)

Las autoridades de Salud son las competentes para autorizar las exhumaciones, excepto cuando se procede con orden judicial. (47)

Las exhumaciones se distinguen en ordinarias y extraordinarias; las primeras tienen lugar cuando, cumplidos cinco años de haber sido hecha la inhumación y destruidas las partes blandas del cadáver, o expirado el plazo de arrendamiento si se tratare de sepultura privada, se excaven de nuevo las fosas para dar lugar a nuevas inhumaciones. Las segundas, cuando los cadáveres sean desenterrados por orden de la autoridad judicial para investigaciones en interés de la Justicia o con el permiso del Jefe de Sanidad y de la Secretaría de Salubridad Pública, para ser trasladados a otras sepulturas o para ser incinerados. (48)

Para proceder a las exhumaciones ordinarias no se necesita ninguna orden o permiso especial. El guardián del cementerio las hará bajo su propia responsabilidad cuando sea necesario, después de transcurrido el período de cinco años de la inhumación. (49)

Cuando se trate de exhumaciones extraordinarias, ordenadas por las autoridades judiciales, el cadáver será trasladado a la sala de Autopsias, observando todas las disposiciones que la autoridad citada establezca para la mejor consecución del propósito de sus investigaciones. (50)

No podrá autorizarse la exhumación de los fallecidos por viruela, escarlatina, tifo exantemático, difteria, cólera y peste bubónica, sino con permiso de la Secretaría de Salubridad Pública, la cual consultará el parecer del Jefe de Salidad local. (51)

Las exhumaciones para el traslado de restos se realizarán en presencia del administra-

(45) Ibid, art. 25.

(46) CABANELLAS (Guillermo), Op. cit., Tomo II, p. 147.

(47) Ley General de Salud. Art. 329.

(48) Reglamento General de Cementerios, art. 24.

(49) Ibid, art. 25.

(50) Ibid, art. 27.

(51) Ibid, art. 30, y Reglamento del Cementerio de Obreros, artículo 36.

dor del cementerio, si lo hubiere, o del panteonero o guardián y dos testigos de instrucción notaria, de preferencia familiares de la persona fallecida. (52)

SECCION E

INCINERACION DE CADAVERES

La cremación es la "...combustión e incineración de los cadáveres humanos" (53) La cremación fue muy usada en la antigüedad. También fue bastante utilizada en la Segunda Guerra Mundial. Se ha utilizado en varias ocasiones para eliminar los restos de los ajusticiados o asesinados en masa. Además, se ha utilizado en casos de epidemia y en ocasión de otras calamidades.

"Las legislaciones civiles admiten, en principio, la cremación, bien por disposición de última voluntad del difunto o por expresa manifestación de la familia cercana". (54)

La Iglesia Católica también se ha manifestado acerca del asunto: "La Iglesia aconseja vivamente que se conserva la piadosa costumbre de sepultar el cadáver de los difuntos; sin embargo, no prohíbe la cremación, a no ser que haya sido elegida por razones contrarias a la doctrina cristiana." (55) Ello es todo un avance, ya que todavía antes de la aprobación en 1983 del actual Código de Derecho Canónico, se reprobaba dicha cremación. (56)

SECCION F

CADAVERES NO RECLAMADOS

Hay cadáveres que no son reclamados por nadie. Ello se debe en algunos casos a la ausencia de familiares vivos y con capacidad de darles sepultura. En estos casos, los cadáveres son llevados a la morgue judicial en donde se da un período de siete días para que el cadáver sea reclamado.

Si después de este período un cadáver no es reclamado, se procederá:

1. a darle sepultura por cuenta del Estado; o,
2. a donarlo a la Escuela de Medicina de la Universidad de Costa Rica o a la de la Universidad Autónoma de Centro América. (57)

SECCION G

DERÉCHO CANONICO

La Iglesia Católica tiene toda una normativa que se halla positivizada en el Código de Derecho Canónico.

(52) Reglamento del Cementerio de Obreros, art. 35.

(53) CABANELLAS (Guillermo), Op. cit., Tomo I, p. 548.

(54) Ibid.

(55) Código de Derecho Canónico, Pamplona, 1 Edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1983, canon 1179, p. 710.

(56) "1. Los cuerpos de los fieles difuntos han de sepultarse, reprobada su cremación.
2. Si alguno mandare en cualquier forma que su cuerpo sea quemado, es ilícito cumplir esa voluntad; y si se hubiera puesto en algún contrato, testamento u otro acto cualquiera, téngase por no puesta." Canon 1203, Código de Derecho Canónico, 6 Edición, Editorial Católica S.A., 1957, p. 454.

(57) Entrevista con el Dr. Vargas Alvarado.

El Derecho Canónico se ha caracterizado por tener una serie de principios conservadores, pero que en los últimos años han sufrido una evolución considerable en la historia del pensamiento de la Iglesia Católica. Además hay que tener en cuenta la pérdida de poder que ha sufrido la Iglesia en países como el nuestro. Un signo de ello es la secularización de cementerios realizada en 1931.

Ejemplo de la evolución que ha sufrido la concepción de la Iglesia Católica se tiene en el tema de autopsias. En la Edad Media, la Iglesia se oponía a ellas por considerar que si el cuerpo del difunto era abierto su alma no iba a descansar en paz. Actualmente la Iglesia acepta y reconoce la importancia de la autopsia motivada por razones médico-jurídicas.

La Iglesia todavía tiene reservas en cuanto a quiénes sean destinatarios de las exequias eclesiásticas. "1. Se han de negar las exequias eclesiásticas, a no ser que antes de la muerte hubiesen dado alguna señal de arrepentimiento:

- 1- a los notoriamente apóstatas, herejes o cismáticos;
 - 2- a los que pidieren la cremación de su cadáver por razones contrarias a la fe cristiana;
 - 3- a los demás pecadores manifiestos, a quienes no pueden concederse las exequias eclesiásticas sin escándalo público de los fieles.
2. En el caso de que surja duda, hay que consultar al Ordinario del lugar y atenerse a sus disposiciones." (58)

En materia de trasplantes, la Iglesia ha sostenido una tesis favorable: "...El destino de algunos órganos del cuerpo humano, después de muertos, a fines utilitarios y caritativos, 'es un derecho del hombre que para nada atenta a la doctrina de la resurrección'. "(59)

"La Iglesia prohíbe toda clase de mutilaciones cuando con éstas se perjudica el ejercicio de los órganos del cuerpo humano; pero en un cadáver, en el cual no existen ya las funciones de los órganos, mal puede hablarse de perjuicios funcionales ni, por tanto, de mutilación." (60)

SECCION H

TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CADAVERES

Debido al avance en los medios de comunicación y a los innumerables problemas que se les presentan a las familias por la tramitación complicada e innecesaria, a la hora de transportar de un país a otro los restos de uno de sus miembros, ha sido necesaria la emisión de normas que regulen este transporte. En Costa Rica ha sido emitido un decreto ejecutivo con el fin de ordenar y hacer más fácil dicho procedimiento.

Este decreto establece una serie de requisitos que deben reunir los cadáveres a la hora de ser transportados. Ellos son los siguientes:

El cadáver debe ser adecuadamente embalsamado y colocando en un ataúd impermeable que deberá cerrarse herméticamente. Se requiere un certificado oficial de causa de defunción expedido por el Registro local de defunciones u otra autoridad análoga. Debe rendirse una declaración de persona autorizada a preparar el cadáver en la que conste la forma y método en que se llevó a cabo la preparación, certificada por autoridad competente. Se requiere una declaración jurada de que la urna mortuaria contiene solamente los restos de la persona fallecida. Debe obtenerse un permiso de tránsito en el que conste el nombre, apelli-

(58) Código de Derecho Canónico, Edición de 1983, canon 1184, pp. 713, 714.

(59) PIO XII, citado por DIEZ DIAZ (Joaquín). Los derechos físicos de la personalidad, derecho somático, Madrid, 1 Edición, Editorial Santillana, 1963, p. 371.

(60) MONSEÑOR ENNIO FRANCIA, citado Ibid., p. 365.

dos y edad del fallecido expedido por la autoridad competente del lugar en que ocurrió el fallecimiento, o el de la sepultura en caso de que se trate de restos mortales exhumados. El ataúd irá identificado exteriormente mediante una placa inamovible o por cualquier otro medio en un lugar visible en que conste nombre, edad, sexo y lugar de destino. También se necesita, en cada caso, la aprobación del Organismo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia sobre la situación legal del occiso. El traslado de restos extraídos de las fosas después de haber cumplido el plazo fijado por las disposiciones vigentes y el de las cenizas no estará sujeto a las medidas sanitarias especiales. (61)

CAPITULO III

DISPOSICION DEL CADAVER

"La facultad de disposición del propio cadáver no reúne todos los requisitos que le hemos señalado a los 'derechos' de la personalidad, pero por su particular naturaleza puede ser considerado como una facultad conexa, derivada de los mismos (libertad, integridad)." (62)

Todos los ciudadanos capaces de actuar pueden disponer de su cadáver para después de la muerte. Este derecho a la disposición del cadáver viene casi desde los orígenes del derecho. Así, por ejemplo, el ciudadano romano gozaba de un derecho a la sepultura llamado "ius sepulcri", complementado con un derecho a indicar el lugar de la sepultura misma. (63)

SECCION A

DISPOSICION DEL CADAVER

Según el artículo 27 del Código Civil, "... es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte". (64)

Este artículo garantiza el derecho que tienen los sujetos, capaces de actuar, de disponer de su futuro cadáver. En el caso de los menores de edad, de los sujetos bajo tutela o de los sujetos que no dispusieron en vida de su cadáver, les corresponde a sus familiares disponer de su cuerpo. En el caso de los menores de edad le corresponde a quien ejerza la patria potestad sobre ellos (sean sus padres o su tutor). En el caso de los incapaces mentales le corresponde a su tutor.

"...Es necesario afirmar la existencia de una facultad de disposición del propio cadáver futuro, reconocida al sujeto y que en cierta forma constituye una proyección de su personalidad. Un gesto que debe considerarse lícito dentro de los límites que señalan la ley y el orden público.

El sujeto puede destinar su cadáver o partes del mismo para fines altruistas o científicos o simplemente decidir el lugar en que quiere que se le seposite sin que pueda mediar ningún interés económico". (65)

(61) Decreto ejecutivo de Transporte internacional de cadáveres, del 18 de febrero de 1968. Colección de leyes y decretos, acuerdos y resoluciones. Primer semestre, Tomo I, Edición Oficial, Imprenta Nacional, 1968. Véase anexo.

(62) BOU VALVERDE (Zetty) y PEREZ VARGAS (Victor) Los valores fundamentales de la personalidad y sus métodos. Antología de principios de derecho privado. Ftad. Derecho, U.C.R., San José, marzo 1984, p. 239,

(63) DIEZ DIAZ (Joaquín), Op. cit., p. 327

(64) Código Civil, ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973

(65) BOU VALVERDE (Zetty) y PEREZ VARGAS (Victor) Op cit. p. 239

El derecho al propio cadáver es un residuo del derecho de la personalidad a la libre disposición del cuerpo por lo que los herederos no lo pueden considerar un simple bien hereditario además como forma parte de los derechos de la personalidad se encuentra fuera del comercio (66)

“El derecho a la disposición del cadáver se debe entender como un derecho inherente a la vida de la persona de su titular -que no lo acompaña después de muerto- como sería el caso del nombre y el honor, porque después de muerto ha dejado de ser persona” (67)

Se puede disponer en varias formas de un cadáver. La primera consiste en que el dueño del cadáver haya dispuesto sobre el camino a seguir de sus restos, sea enterrándolos con ceremonia religiosa o destinándolos a fines científicos.

La segunda forma consiste en que los herederos, a falta de disposición del dueño, decidan su destino. A pesar de ello, en ningún caso pueden disponer para fines contrarios a la ley, las buenas costumbres o el orden público (tal como vender las partes del cuerpo o utilizarlas para abonos agrícolas y aún dejarlo sin inhumar) (68)

SECCION B

TRASPLANTE

“El injerto es algo así como la suma de dos vidas en una sola, o dicho de otro modo equivale a extraer de la muerte elementos de vida” (69)

Consuetudinariamente se ha dado sepultura a los cadáveres, pero los adelantos de la técnica y de la medicina (cirugía) en materia de injertos y trasplantes, han determinado la efectiva conveniencia de la utilización del cuerpo humano post-mortem, en vista de los espectaculares éxitos alcanzados. (70)

La determinación de la muerte deberá ser realizada por dos médicos como mínimo, y deberán ser diferentes de los facultativos que realizarán la extracción del órgano y el trasplante.

“Actualmente, con los medios artificiales para mantener con vida a personas que han sufrido graves accidentes, se presenta el problema de que estas personas han muerto cerebralmente, que es la cesación completa e irreversible de la función cerebral, y que poco a poco irá llevando la muerte a todo el organismo. Generalmente las personas que mueren por lesiones irreversibles del cerebro continúan viviendo pero con aparatos artificiales, y se muestran como donantes idóneos para trasplantes de órganos vitales.” (71)

Además de dar por escrito su autorización, el donante debe redactar un documento donde exprese conscientemente sus deseos dándole validez mediante su firma autenticada por un abogado; para eludir problemas futuros sobre la responsabilidad del médico, deberá hacer una observación tanto verbal como escrita, y en forma insistente, sobre la posibilidad de cambiar de opinión en cualquier momento. (72)

El vínculo jurídico que une a donante y a receptor puede ser un contrato de venta o de donación. El primero causa repulsión en la mayoría de las legislaciones, por el carácter social y humano que reviste un trasplante: su fin es salvar vidas. (73)

(66) SANCHEZ BOZA (Ligia R.), *Opc. cit.*, p. 65.

(67) *Ibid.*, pp. 64,65.

(68) *Ibid.*, pp. 64, 65.

(69) COLIN SANCHEZ citado por SANCHEZ BOZA (Ligia R.), *Op. cit.*, p. 63.

(70) DIEZ DIAZ (Joaquín), *Op. cit.*, p. 325.

(71) SANCHEZ BOZA (Ligia R.) *Op. cit.* p. 67

(72) *Ibid.*, p. 66.

(73) *Ibid.*

SECCION B

NECROFILIA

La necrofilia, también llamada necrofilomanía (84), es un "comportamiento sexual patológico caracterizado por una atracción erótica hacia los cadáveres. Consistente en la unión sexual con un cadáver o bien, en el simple placer de tocarlo o contemplarlo. Se trata de un tipo de perversión muy rara". (85)

Para algunos autores constituye una variante del sadismo. (86)

En el artículo 207 de nuestro Código Penal se encuentra la sanción a la necrofilia: "Será reprimido con prisión de uno a seis meses o de veinte a cincuenta días multa: ...2) al que profanare, ultrajare u ocultare un cadáver o sus cenizas; ..." (87)

Los casos de necrofilia son muy escasos, pero se dan. De ahí la importancia de que el Ordenamiento Jurídico prevea esta situación.

"En Costa Rica no se dan casos de necrofilia. El único fue por los años cuarenta, cuando se anesthesiaba con éter. Un enfermero necrofílico, que trabajaba en la morgue del Hospital San Juan de Dios, se quedó dormido sobre el cadáver de una mujer que había muerto en una operación, a causa del éter que despedía la muerta..." (88)

CONCLUSIONES

Síntesis

Parece existir consenso en la doctrina, en que el cadáver son los restos físicos del ser humano después de la muerte.

No podemos subestimar la importancia que tiene la Medicina Legal en el tratamiento jurídico de los cadáveres. Dicha rama de la medicina es una fiel colaboradora de la justicia; de ello la historia es testigo.

El sistema jurídico costarricense contiene un gran número de normas que regulan los procedimientos post-mortem. La materia que no ordena directamente, la regula por medio de las facultades que otorga a varias instituciones, como por ejemplo, al Organismo de Investigación Judicial. Así, en el primer caso se norma la disposición del cuerpo, la realización de la autopsia judicial, la elaboración del acta de defunción, la administración y funcionamiento de cementerios incluyendo los procedimientos de inhumación y exhumación. En el segundo caso se observa por ejemplo, cómo el Sistema Jurídico costarricense delega al O.I.J. la facultad de disponer de los cadáveres no reclamados y sobre la identificación de los cadáveres.

En tema de disposición del propio cuerpo nuestros legisladores incluyeron dentro de los derechos de la personalidad, en el artículo 27 del Código Civil, la facultad de la persona física de disponer en vida de su cuerpo para después de la muerte.

Un individuo, con capacidad de actuar, puede elegir el destino de su cadáver, ya sea que quiera que le den sepultura o que se le incinere; o quizás un destino más humanitario que consiste en la donación de su cuerpo para la realización de trasplantes y darle así mejor

(84) OSORIO (Manuel) Op. cit. p. 482.

(85) NOGUER, RIZZOLI, LAROUSSE. El Gran Larousse de la Medicina, Tomo III, Barcelona, Editorial Noguer, S.A., 1977, p. 26.

(86) OSORIO (Manuel), Op. cit., p. 482.

(87) Código Penal, art. 207.

(88) Entrevista con el Dr. Vargas Alvarado.

vida a otro ser humano o bien donar su cuerpo para fines didácticos y científicos. Todo lo anterior está contemplado en el Código Canónico, en el Reglamento General de Cementerios, en la Ley sobre Trasplantes en Seres Humanos, en el Reglamento para las investigaciones y experimentaciones en Seres Humanos y en la Ley General de Salud.

Si la persona ha muerto y no dispuso en vida de su cadáver, le corresponde a sus familiares disponer de él. En el caso de los niños menores de edad e incapaces, en general, sujetos sin capacidad de actuar, siempre serán sus familiares los que van a disponer de su cadáver. En tema de profanaciones por causas delictivas, o de patología mental, ha de decirse que priva la escasez; ello puede ser debido al temor y respeto que siente la población costarricense hacia la muerte.

A nivel mundial, la nicrofilia se da principalmente en las cárceles; Costa Rica no es la excepción, como lo evidencia José León Sánchez en "La Isla de los hombres solos", obra escrita con base en experiencias vividas en la prisión de la isla San Lucas, donde cumplía pena el autor

En cuanto a la profanación de sepulturas y cadáveres, la mayoría de las veces es con fines de robar objetos valiosos con que fueron enterrados los cadáveres y no por enfermedades mentales.

El delito de profanación de cadáveres también se verifica en los casos de comercio de órganos destinados a trasplantes, ya que nuestra legislación considera que el fin que se persigue es muy humanitario y por ello no se debe cobrar ni pagar. Ello está contemplado en la Ley sobre Trasplantes en Seres Humanos, en el artículo 14.

El delito de profanación de cadáveres se encuentra tipificando en el Código Penal en el artículo 207, en donde se castiga con prisión de uno a seis meses o con la multa correspondiente de veinte a cincuenta días, al que violare una sepultura, profanare, ultrajare, mutilare o destruyere a un cadáver o a sus cenizas.

En otras legislaciones sí se permite el comercio de órganos, por ejemplo, en Suecia. A este respecto, Díez Días nos relata cómo:

"En 1955, en Estocolmo, un pobre hombre vendió su cuerpo al Real Instituto de Anatomía para que, a su muerte, lo utilizaran con fines de estudio. Habiendo hecho fortuna, el sujeto intentó anular el compromiso, pero la Audiencia no sólo le mantuvo, sino que le exigió una indemnización por la extracción no autorizada de sus dientes". (89)

Con respecto al tema del comercio de órganos Díez Días continúa diciendo:

"Cualquiera que sea el juicio que merezcan en el campo doctrinal, los cierto es que los pactos en torno al cuerpo humano muerto tienen existencia en la práctica y se multiplican de manera extraordinaria.

Esta clase de contratos carece todavía de una teoría específica y completa, pero de lo que no cabe duda es de su efectiva trascendencia y de su sentido eminentemente peculiar.

De difícil calificación, los nuevos contratos cadavéricos vendrían a ocupar un puesto de honor entre los tradicionales negocios jurídicos civiles.

Se ha propuesto incluirlos, provisionalmente, entre algunas de las figuras obligacionales clásicas, juzgándoseles gratuitos y unilaterales (próximos a la donación) u onerosos y bilaterales (tipo compra venta) según los casos y circunstancias a que respondieran...

..El contrato cadavérico consistiría, así, en la decisión voluntaria de ofrecer la entrega de un órgano corporal del futuro cadáver en orden a su utilización terapéutica, científica o docente, siendo indiferente y accesoria la existencia o no de una posible contraprestación. (90)

(89) Díez DIAZ (Joaquín) Op. cit. p. 374.

La legislación costarricense ha sido muy clara al prohibir el comercio de órganos. Y a corto plazo, creemos, no se establecerá el tipo de contrato cadavérico que plantea DIEZ DIAZ; al contrario, la concepción legislativa participa de una tesis como la de Royo Villanova: "... Únicamente se aprueba la cesión a título gratuito, entendiendo que el cadáver sólo puede donarse desinteresadamente." (91)

Aspectos críticos:

1. A nivel de la investigación, el primer obstáculo que encontramos para la realización del presente trabajo fue la falta de jurisprudencia sobre el tema; se agotaron todas las fuentes y no se encontró ningún caso. Por ello se tuvo que recurrir a fuentes literarias y a entrevistas para ilustrar los casos de necrofilia.
2. A nivel de resultados, notamos que hay una falta de consciencia en las personas con respecto a la donación de órganos del Cadáver para trasplante.
Son muy pocas las personas que donan su cadáver para un fin tan humanitario como es el contribuir a darle mejor vida a un ser humano.
Este problema se podría resolver si se le suministra a las personas la debida información sobre la donación de su cuerpo.
3. Problema específico, por ejemplo, así señalado por el Dr. Eduardo Vargas Alvarado, es que la ley sobre Trasplantes en Seres Humanos, específicamente el artículo 4, establece que para la extracción de órganos a falta de disposición por el sujeto que fenece y si no hay familiares presentes, se puede proceder con el visto bueno del Director del Centro hospitalario o su representante (92)
A pesar de que la ley vino a facilitar este procedimiento, en la práctica más bien aparecieron problemas porque hay sectores que no aceptan que la institución pueda disponer del cuerpo de una persona y ponen muchos obstáculos al Director de la institución. Como dice el Dr. Vargas: "... Son mentes obsoletas que prefieren que un cadáver se vaya completo a la sepultura y allá se pudra antes que donar los órganos sanos a personas que los están necesitando para poder vivir mejor, sin dolores..." (93)
4. En nuestro país existe una gran cantidad de leyes y reglamentos sobre la materia de cadáveres:
 - a) Código Civil, artículos 26 y 27;
 - b) Código Penal, artículos 206 y 207;
 - c) Ley General de Salud;
 - d) Ley sobre Trasplantes en Seres Humanos;
 - e) Reglamento General de Cementerios;
 - f) Reglamento para las investigaciones y experimentaciones en Seres Humanos; y,
 - g) Decreto ejecutivo de Transporte Internacional de Cadáveres.

El problema que se presenta es que no hay un pleno conocimiento de todas estas leyes y reglamentos, por la razón de que no constituyen unidad de cuerpo normativo, aunque todas las leyes y reglamentos tienen coherencia en el conjunto, no hay un compendio que sistematice las disposiciones sobre la materia de cadáveres. Este compendio facilitaría la aplicación de toda esta normativa.

5. Existe actualmente (abril 1984) en trámite, un proyecto de Ley de Creación del

(90) DIEZ DIAZ (Joaquín). Op. cit., pp. 371, 372.

(91) Royo Villanueva citado por DIEZ DIAZ (Joaquín), Op. cit., p. 373.

(92) Ley sobre trasplantes en seres humanos, Ley No. 5560. Artículo 4

(93) Entrevista con el Dr. Eduardo Vargas Alvarado.

Banco de Córneas. La poca celeridad con que se tramita; sea por el entramamiento político-procedimental, o por su poca significación en el programa de prioridades de la Asamblea Legislativa, de alguna forma refleja despreocupación en el orden de las crecientes necesidades de la salud. Tanto más imperativa resulta la inserción de proyecto semejante en el ordenamiento jurídico, cuando se considera que el material cadavérico se desperdicia injustificadamente; que la demanda cualitativamente revela una efectiva necesidad humana y que se dispone de la suficiente infraestructura moral y tecnológica para satisfacerla.

6. No debe desestimarse la gran evolución del pensamiento de la Iglesia con respecto a la materia de Cadáveres.

Vemos cómo actualmente la Iglesia aprueba las cremaciones cuando todavía en 1957 las prohibía.

En la Edad Media se reprobaban las autopsias porque el alma de la persona a la que se le practicaba no descansaría en paz; ahora la Iglesia permite que se realice la autopsia para fines judiciales.

Y no hay que olvidar la posición favorable adoptada por la Iglesia en materia de trasplantes de órganos provenientes de cadáveres.

Sugerencias:

1. Sería conveniente realizar una campaña informativa sobre la importancia de donar órganos sanos de cadáveres. Ello contribuiría a elevar el nivel de salud de nuestro país.
2. Además, debería hacerse una recopilación de todas las leyes y reglamentos que existan sobre la materia de cadáveres, para facilitar su conocimiento y aplicación.
3. Sugerimos se amplíe el artículo 207 del Código Penal y quede de la siguiente forma:
"Será reprimido con prisión de uno a seis meses o de veinte a cincuenta días multa:
1) Al que violare o vilipidare el lugar donde ésta enterrado un muerto o sus cenizas;
2) Al que profanare, ultrajare u ocultare un cadáver o sus cenizas;
3) Al que mutilare o destruyere un cadáver o esparciere sus cenizas, a menos que se trate de una disección realizada con fines didácticos o científicos, autorizada por los parientes del occiso o de un cadáver que no fuere reclamado dentro de un plazo de siete días" (94); y, (Propuesta)

"4) Al que comerciare con órganos anatómicos, cadavéricos o cadáveres completos destinados a trasplantes, a fines científicos o docentes".
Ello debido a que es importante la tipificación precisa de la ilicitud de comerciar con órganos de cadáveres, contemplándole dentro del delito de profanación de cadáveres.
4. Para concluir, es indispensable introducir en el Código Penal un nuevo tipo para que sancione el comercio de órganos anatómicos extraídos de cuerpos humanos vivos. Debe disponerse una pena superior a la exigida en el art. 207, toda vez que en este nuevo artículo se atiende a la distinta y más delicada fuente de que proceden los órganos (seres vivos).

Propongo la siguiente redacción:

"Será castigado con prisión de seis meses hasta un año, o de sesenta a cien días multa, al que comerciare con órganos anatómicos destinados a fines científicos, docentes o a trasplantes de órganos"

(94) Código Penal, art. 207 actual.

ANEXO

No. 5560

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA,

Decreta:

La siguiente

Ley sobre Trasplantes en Seres Humanos

Artículo 1 — Los órganos y materiales anatómicos de cadáveres de seres humanos podrán utilizarse con fines terapéuticos de trasplante en personas vivas, para investigación científica o de estudio. De conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

Artículo 2 — El retiro de esos órganos y materiales y su utilización sólo podrán ser efectuados por el personal especializado para practicar esas operaciones, con los medios adecuados y en los establecimientos hospitalarios o clínicos que determine el Reglamento de esta ley. El Poder Ejecutivo hará esa determinación conforme lo establece el artículo 23 de la Ley General de Salud.

Artículo 3 — Toda persona puede manifestar su voluntad de que su cadáver se destine a fines terapéuticos, investigación científica o estudio, para lo cual deberá dirigir comunicación por escrito a uno de los establecimientos a que se refiere el artículo anterior o bien portará autorización escrita para dicho procedimiento. Si no constare esa voluntad ni disposición en contrario, el retiro de los órganos y materiales anatómicos para fines de trasplante o investigación científica podrá realizarse con la autorización escrita de los familiares del difunto, en la forma que establece el artículo siguiente.

Artículo 4 — Sobre el destino que haya de darse al presunto donador, predominará la voluntad del cónyuge sobreviviente, conjuntamente con la de los hijos de la persona fallecida si los hubiere, que sean mayores de edad, de sus padres o hermanos mayores, en ese orden. La decisión por orden de prioridad de cada grupo prevalece sobre la de los subsiguientes, siempre que haya acuerdo.

Para efectos de este artículo bastará la voluntad manifestada por los familiares que están presentes en el lugar donde se halla el cadáver y en el momento de resolver sobre la autorización. Si no hay familiares presentes se podrá proceder con el visto bueno del Director del Centro Hospitalario o su representante.

Artículo 5 — Cuando las personas que deban consentir el uso de los órganos o materiales anatómicos para fines de trasplante, no supieren o no pudieren firmar, la manifestación de voluntad deberá hacerse ante el Director del centro hospitalario o clínico correspondiente, quien levantará un acta que debe firmar con dos testigos.

Artículo 6 — Para proceder al retiro de los órganos y materiales anatómicos, el fallecimiento de la persona debe ser comprobado previamente por dos médicos distintos de los facultativos que practicarán la operación en el cuerpo del receptor. Esa comprobación se hará mediante juicio clínico complementado con los procedimientos instrumentales idóneos, de todo lo cual deberá levantarse acta que suscribirán los médicos que confirmen la realidad de la muerte.

En la misma acta se dejará constancia de los órganos y materiales retirados, del destino que habrá de dárseles, del nombre del difunto, estado civil, fecha y hora del fallecimiento y de las circunstancias en que hubiere fallecido

Artículo 7 Cuando el fallecimiento de la persona constituya un caso médico legal, el retiro o la disposición de piezas anatómicas sólo podrá efectuarse para fines de trasplante o investigación científica, una vez que el médico forense haya practicado al probable donador los procedimientos que fueren necesarios; para efectos de la investigación judicial. Haciendo salvedad de que el médico forense pueda autorizar el retiro de las piezas anatómicas, todo de conformidad con lo que disponen los artículos 3 y 4 de la presente ley, cuando considere que no afectarán sus estudios y conclusiones.

Artículo 8 — Cuando el cadáver fuere llevado directamente al Organismo Médico Forense, el Director del Organismo o el jefe de la Sección de Patología levantará el acta respectiva, que firmará con el médico o médicos que retiren las piezas anatómicas, si allí se efectúa la operación. En los demás casos, el Director del centro hospitalario o clínico enviará de inmediato un informe al Organismo Médico Forense, haciendo constar los datos que se indican en el párrafo segundo del artículo 6, así como una relación pormenorizada de las condiciones que presentó la persona al ingresar a la institución, de la evolución del caso, de la fecha y hora del fallecimiento, del diagnóstico sobre la causa de la muerte, del nombre de los facultativos que la comprobaron y de los materiales retirados para los fines de trasplante.

Artículo 9 — El retiro de órganos o materiales del donador será efectuado por personal entrenado para ese fin.

Artículo 10 — Las operaciones de trasplante sólo podrán efectuarse cuando los métodos terapéuticos usuales hayan sido agotados y no exista otra solución para devolver la salud al paciente.

Artículo 11 — Los médicos que tengan a su cargo la operación de trasplante informarán suficientemente al receptor sobre los riesgos que implique la operación y sus posibles complicaciones. Esos informes deberán darse a los representantes legales del receptor, si se tratare de un menor de edad o un incapaz, o a las personas que con él convivan si, a causa de su estado, no pudiere apreciar la trascendencia de la operación.

El consentimiento del receptor, o en su caso, de los representantes o personas que se indican en el párrafo anterior, deberá manifestarse por escrito. Si los interesados no supieren o no pudieren firmar, así se expresará en constancia que firmará el médico y dos testigos. Dicho consentimiento escrito será definitivo e inobjetable, una vez realizado el acto quirúrgico respectivo.

Artículo 12 — El original a que se refiere el artículo 5 serán archivado en el establecimiento donde se efectuó el retiro de los órganos o materiales anatómicos y una copia se remitirá al Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial.

Los médicos que hayan intervenido en la operación podrán solicitar y obtener una copia del acta.

Artículo 13 — Es prohibida cualquier retribución o compensación por los órganos y materiales anatómicos retirados con fines terapéuticos o de investigación.

Artículo 14 — Quienes medien con propósitos de lucro en la obtención de órganos y materiales anatómicos para fines de trasplante o de investigación científica, serán juzgados como autores del delito de profanación de cadáveres, con la pena establecida para ese delito en el Código Penal.

Artículo 15 — Podrán ser donadores vivos las personas mayores de edad que así lo autoricen por escrito y ante dos testigos. Los presuntos donadores vivos solo podrán hacerlo para un receptor familiar hasta un tercero por afinidad o a su cónyuge y una vez que se le hayan explicado los riesgos y posibles consecuencias del acto quirúrgico de donación.

Artículo 16 — Esta ley rige a partir de su publicación y deberá ser reglamentada por el Poder Ejecutivo dentro de un plazo no mayor de sesenta días a partir de la fecha de su vigencia.

Comuníquese al Poder Ejecutivo

**Asamblea Legislativa San José, a los ocho días del mes de agosto de mil novecientos
setenta y cuatro.**

**ALFONSO CARRO ZUÑIGA,
Presidente**

**ROBERTO LOSILLA GAMBOA,
Primer Secretario**

**JOSE MIGUEL CORRALES BOLAÑOS
Segundo Secretario**

**Casa presidencial, - San José, a los veinte días del mes de agosto de mil novecientos se-
tenta y cuatro.**

**Ejecútese y Publíquese
DANIEL ODUBER**

**El Ministro de Salud,
HERMAN WEINSTOCK WOLFOWICZ**

“La Gaceta” No. 165 de 3 de setiembre.

DECRETO EJECUTIVO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CADAVERES

PODER EJECUTIVO

No. 1

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y EL MINISTRO DE SALUBRIDAD PUBLICA

Considerando:

1 – Que las mayores facilidades de las actuales comunicaciones y el considerable aumento del turismo dan al transporte internacional de cadáveres un interés práctico que justifica el establecimiento de normas sobre la materia.

2 – Que el transporte internacional de cadáveres debe simplificarse para no aumentar los problemas de las familias con una tramitación complicada e innecesaria que parece olvidar los aspectos sentimentales y sociales que envuelven estos casos.

3 – Que la simplificación del proceso administrativo aplicable a las autorizaciones para el transporte internacional de cadáveres es posible si se tiene en cuenta que, contrariamente a una opinión arraigada, el cadáver no constituye un peligro sanitario, ni aún en los casos de muerte por enfermedad cuarentenable, ya que este carácter desaparece cuando se recurre a un embalsamamiento adecuado.

Por tanto,

Decretan:

Artículo 1 – Para el transporte internacional de un cadáver se requerirán los siguientes documentos:

- a) Un certificado oficial de causa de defunción, expedido por el Registro local de defunciones, u otra autoridad análoga.
- b) Una declaración, de persona autorizada a preparar el cadáver, en la que consta la forma y método en que llevó a cabo la preparación, certificada por autoridad competente.
- c) Declaración jurada de que la urna mortuoria contiene solamente los restos de la persona fallecida.
- d) Un permiso de tránsito en el que consta el nombre, apellidos y edad del fallecido, expedido por la autoridad competente del lugar en que ocurrió el fallecimiento, o el de la sepultura en caso de que se trate de restos mortales exhumados.
- e) El traslado de cadáveres irá acompañado de copias de la documentación indicada en los apartados a), b), c) y d) y el ataúd irá identificado exteriormente mediante una placa inamovible o por cualquier otro medio en un lugar visible en que conste nombre, edad, sexo, y lugar de destino final.

Artículo 2 – El cadáver debe ser adecuadamente embalsamado y colocado en un ataúd impermeable, que deberá cerrarse herméticamente.

Artículo 3 – Las disposiciones que regularán el traslado de cadáveres en los distintos medios de transporte, son las siguientes:

- a) Por vía terrestre:

El ataúd impermeable puede transportarse en un compartimiento de equipaje de un vagón de pasajeros.

Cuando se trate de traslado por carretera el ataúd impermeable se transportará de preferencia en un furgón funerario cerrado, o en un camión o automóvil, siempre

que se acomode en forma que evite el movimiento

b) Por vía aérea:

El ataúd impermeable se puede transportar en el comportamiento de equipaje de un avión de pasajeros o en una aeronave de carga, pudiendo instalarse en el féretro una válvula de seguridad, tomando precauciones para evitar el escape de líquidos o gases nauseabundos.

c) Por vía marítima:

El ataúd impermeable, a fin de evitar el movimiento, se colocará dentro de una caja de madera u otro material, o se envolverá en una tela especialmente destinada a tal efecto.

Artículo 4 — Cualquiera que sea la vía de transporte, junto con el ataúd sólo se podrá enviar flores, coronas, u otros objetos funerarios análogos, cuando lo autoricen las disposiciones vigentes del país de destino.

Artículo 5 — El traslado de restos extraídos de las fosas después de haber cumplido el plazo fijado por las disposiciones vigentes y el de cenizas no estará sujeto a medidas sanitarias especiales.

Artículo 6 — Para el cumplimiento de lo señalado en el artículo 1, incisos b) y d), la autoridad competente es el Departamento de Epidemiología.

Dado en la Casa Presidencial. — San José, a los dieciocho días del mes de marzo de mil novecientos sesenta y ocho.

J.J. TREJOS FERNANDEZ

El Ministro de Salubridad Pública,
A. AGUILAR P.

“La Gaceta” No. 69 de 22 de marzo.

TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CADAVERES:

No. 1

El Presidente de la República y el Ministerio de Salubridad Pública,

Decretan:

Artículo único. — Agregar a los incisos del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1 de 18 de marzo de 1968 “Transporte Internacional de cadáveres” el aparte siguiente:

- f)** La aprobación, en cada caso, del Organismo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia sobre la situación legal del occiso.

Dado en la Casa Presidencial — San José, a los veinticuatro días del mes de abril de mil novecientos sesenta y ocho,

J.J. TREJOS FERNANDEZ

El Ministro de Salubridad Pública,

A. AGUILAR P

“La Gaceta” No. 96 de 27 de abril.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- 1 - ACOSTA GUZMAN (Alfonso) *Medicina Legal*, San José. 1a. Edición, Editorial Universal, 1932
- 2.- BOU VALVERDE (Zetty), PEREZ VARGAS (Víctor). Los valores fundamentales de la personalidad y sus métodos, tomado de la Antología de Principios de Derecho Privado, Cátedra de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, marzo 1984, Coordinador Víctor Pérez Vargas.
- 3.- DIEZ DIAZ (Joaquín). *Los derechos físicos de la personalidad, derecho somático*. España, Ediciones Santillana, 1 Edición, 1963.
- 4.- LEON SANCHEZ (José). *La Isla de los hombres solos*, San José, Librería, Imprenta y Litografía Lehmann, Ltda. 3a. Edición, 1969.
- 5.- MORENO RODRIGUEZ (Rogelio). *Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976.
- 6.- PEREZ VARGAS (Víctor). *Los Hechos Jurídicos*. Tomado de la Antología de principios de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, marzo 1984, Coordinador Víctor Pérez Vargas.
- 7.- SARASON (Irwin). *Psicología Anormal*. México, Editorial Trillas, 1977.
- 8.- VARGAS ALVARADO (Eduardo). *Medicina Legal*, compendio para Médicos y Abogados, San José, 3ra. Edición, corregida y aumentada, Lehmann Editores, 1983.

TESIS

- 1.- SANCHEZ BOZA (Ligia Roxana). *El trasplante de órganos en seres humanos, su régimen*, San José, Tesis para optar el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1977

DICCIONARIOS

- 1.- CABANELLAS (Guillermo). *Diccionario de Derecho Usual*, Tomos: I, II, III, Buenos Aires 10a. Edición, Editorial Heliasta, S.R.L., 1976.
- 2.- GOLDSTEIN (Raúl). *Diccionario de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Bibliografía Argentina, 1962.
- 3.- NOGUER - RIZZOLI - LAROUSSE *El gran Larousse de la Medicina*, Tomo 3, Barcelona, Editorial Noguer, S.A., 1977
- 4 OSORIO (Manuel). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, 1 Edición. Editorial Heliasta, S.R.L. 1974

REVISTAS

- 1.— SANCHEZ BOZA (Ligia R.) El trasplante de órganos en seres humanos, su régimen Jurídico, *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, San José, AÑO II, No. 8, junio 1978.
- 2.— VON BENNEWITZ GORTSCHLICH (Roberto). Síntesis Histórica de la Medicina Legal, *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, San José, AÑO VII, No. 23, octubre 1982.

CODIGOS

- 1.— MIGUELEZ — ALONSO — CABREROS. *Código de Derecho Canónico* y legislación complementaria, Madrid, Editorial Católica, S.A., Sexta Edición, 1957.
- 2.— Código de Derecho Canónico, Pamplona Primera edición, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1983.
- 3.— Código Civil, Ley No. 5476 de 21 de diciembre 1973, San José, Librería Lehmann, Edición 1978-1979. Edición revisada por el Lic. Atilio Vincenzi.
- 4.— *Código Penal*, Ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982, San José, Editorial Porvenir, S.A., 3ra. Edición 1983, revisada por el Lic. Ricardo Guerrero P.
- 5.— *Código de Procedimientos Penales*, San José, Editorial Porvenir, S.A., 1983, revisada por el Dr. Ricardo Zelezón y el Lic. Ricardo Guerrero.
- 6.— *CODIGO SANITARIO*, Ministerio de Salubridad Pública, abril 1969, debidamente actualizado por el Ministerio de Salubridad Pública.

ARTICULOS, LEYES Y DECRETOS EJECUTIVOS

Artículo XXXIX de la Sesión de la Corte Plena, del día 26 de julio de 1982.

Ley No. 5395. Ley General de Salud, del 30 de oct. de 1973, reformada por leyes No. 5789 de 1 de set. de 1975, 6430 de 15 de mayo de 1980 y 6726 de 10 de marzo 1982.

Ley General de Salud y Ley Orgánica del Ministerio de Salud, San José, Imprenta Nacional, 1974.

Ley No. 5399-G. Reglamento del Cementerio de Obreros de la ciudad de San José.

No. 5463 — SPPS. Reglamento para la Investigación y Experimentaciones en Seres Humanos. Colección de Leyes, Decretos, Acuerdos y Resoluciones, Segundo semestre 1975, IV Tomo, Edición Oficial Imprenta Nacional. Director: José María García.

Ley No. 5524: Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia. Ley Orgánica del Poder Judicial y Leyes Conexas, San José, Revisada por la Comisión de publicaciones, Imprenta Judicial, 1983, pp. 96,97

Ley No. 5560 sobre Trasplantes en seres humanos del 20 de agosto de 1974, Tomado de Colección de Leyes, Decretos, Acuerdos y Resoluciones. Edición publicada bajo la dirección del Lic. Don José María García A. San José. Edición oficial, segundo semestre 1974, Tomo I, Imprenta Nacional, 1974.

Reglamento General de Cementerios. 5 de set. de 1931. Colección de Leyes y Decretos, segundo semestre 1931, Edición Oficial. Imprenta Nacional, San José, 1932.

Decreto Ejecutivo No. 511, 3-5-49 sobre "Código Sanitario", Colección de leyes y decretos, acuerdos y resoluciones. Segundo semestre, Tomo II, 1949.

Decreto Ejecutivo de la Junta Fundadora de la Segunda República. No. 704, 7-9-49, colección de leyes y decretos, acuerdos y resoluciones. Segundo Semestre, Tomo II, 1949.

Decreto ejecutivo de "Transporte internacional de Cadáveres" 1, 18-3-68. Colección de leyes y decretos, acuerdos y resoluciones. Primer semestre, Tomo I, edición Oficial, Imprenta Nacional, 1968.

Decreto ejecutivo "Transporte internacional de Cadáveres", 2, 24-4-68. Colección de leyes y decretos, acuerdos y resoluciones. Primer semestre, Tomo II, edición Oficial, Imprenta Nacional, 1968.

ENTREVISTA

Entrevista con el Dr. Eduardo Vargas Alvarado, Director del Departamento de Medicina Legal del O.I.J., realizada el 9 de abril de 1984, a las 4:00 P.M.

DONACION DE ORGANOS Y DISPOSICION DEL CADAVER A LA LUZ DE LA LEGISLACION COSTARRICENSE

*Trabajo presentado al Profesor Mario Cerezo Z.
Cátedra de Derecho Privado II
por Ewald Acuña Blanco
II año 1984*

INTRODUCCION

Nuestra legislación es bastante escueta en cuanto a la forma en que regula la situación de donación de órganos vitales. Consideramos, por lo tanto, que es importante hacer una referencia a la legislación existente —que se refiere fundamentalmente al trasplante de órganos visuales—, pues consideramos que puede ser utilizada como base suficiente para el desarrollo de nueva legislación en el futuro que comprenda la generalidad de los órganos que el adelanto científico permite trasplantar con propiedad. Analizaremos pues la Ley No. 6948 del 9 de febrero de 1984 en forma detallada y trataremos de dar una serie de observaciones al respecto a su articulado.

La importancia del citado análisis radica en dos aspectos fundamentales, el primero que es la reunión de la poca y difusa doctrina existente en torno al tema de los trasplantes de órganos vitales extraídos de cadáveres en el ámbito jurídico, complementado con consideraciones de tipo ético; y el segundo es la aplicación de la compilación de esta doctrina a una Ley de reciente publicación y primera en su género en Costa Rica.

El problema de los trasplantes de órganos de seres humanos es un tema que no ha sido tratado en la doctrina costarricense y esta investigación pretende hacer una primera incursión desde el plano jurídico sobre un tema que sin duda alcanzará gran relevancia conforme los avances técnicos científicos, propios de nuestra era, vayan calando en la sociedad costarricense. Es de vital importancia la aplicación práctica de la doctrina compilada por cuanto nos ubica y permite definir la orientación que sobre este aspecto sigue nuestro legislador, y los posibles conflictos de interés que se den en torno a esta ley.

El trabajo ha seguido dos fases bien definidas la primera consistente en la compilación de las citas bibliográficas sobre doctrina y derecho positivo que existen en torno al tema; la segunda es la aplicación práctica de la doctrina recogida a la Ley No. 6948.

En ningún momento se pretende ser taxativo en cuanto a la forma de aplicación o interpretación de las normas de la referida Ley, pues como se dijo, es una primera incursión sobre este tema dentro de la doctrina y el derecho positivo costarricense

CAPITULO I

ASPECTOS DOCTRINALES

1. ANTECEDENTES

Ya en el Derecho Romano se especificaba que con la muerte del individuo cesaban sus derechos, por lo que crean la figura de la *Donatio mortis causa*, este tipo de donación se hacía en contemplación a la muerte, "Los romanos explican el fin de la donación diciendo que el donante quiere tener la cosa antes que el donatario, y que éste con preferencia al heredero." (1). Es a partir de esta figura que modernamente se da la donación de los órganos de una persona por su voluntad en vida. No es necesario recordar que la problemática que se da en torno a la donación de órganos de una persona con el fin de trasplantarlos es de muy reciente aparición, pues es con los adelantos técnico-científicos, propios de nuestra era, que se abre la posibilidad para este tipo de operaciones.

Con anterioridad, la problemática que se desarrollaba en torno a la disposición del cadáver se reducía a aspectos puramente religiosos, de corte sentimental o de salubridad pública; para ejemplificar más estos aspectos se pueden señalar dos casos, el primero es la cita del artículo 1023 del Código de Derecho Canónico que dice: "Si alguno mandare en cualquier forma que su cuerpo sea quemado, es ilícito cumplir esa voluntad; y si se hubiera puesto en algún contrato, testamento u otro acto cualquiera, téngase por no puesta." (2). Como se ve, en este caso existe el conflicto entre el respeto de la religiosidad y el derecho positivo que refiere el testamento como un acto de voluntad del individuo que se debe respetar en tanto no se contradiga con el ordenamiento jurídico vigente.

El otro caso que se puede señalar es con referencia al artículo 329 de la Ley General de Salud de Costa Rica que señala: "Las exhumaciones de cadáveres, deberán ser autorizadas por la autoridad de salud competente, salvo cuando se debe proceder por orden judicial." (3), en este caso el conflicto se presenta entre la orden de exhumación de un cadáver con determinado fin, por ejemplo esclarecer un homicidio, y el sentimiento de la familia del fallecido en cuanto no deseen la exhumación del cadáver.

Desde un aspecto puramente ético, el momento en que se inician las operaciones de trasplantes de órganos y consecuentemente la donación de los órganos, presenta el problema de la aceptación de tales actos por las diferentes sociedades según el tipo de país. De esta manera, y en el caso que nos interesa, que es Costa Rica, podemos decir que es una sociedad con características de conservadora. Al respecto, en nuestro país, se considera dentro de los círculos campesinos y de población rural que este tipo de trasplantes son inmorales; pensamiento que es motivado en normas éticas y morales propios de su idiosincracia.

Ante este problema, que no solo se da en Costa Rica "... la doctrina ha tratado de descubrir un cierto paralelismo entre el sacrificio de la vida en aras de los más elevados valores de la comunidad —acto heroico— y el sacrificio del cadáver —por la preordenada voluntad expresada en vida de la persona— con miras científicas y de experimentación." (4).

(1) IGLESIAS (Juan) Derecho Romano. P. 710.

(2) ALONSO CABRERO (Miguel) Código de Derecho Canónico. P. 449.

(3) VARGAS ALVARADO (Eduardo) Medicina Legal. P. 96.

(4) KUMMEROW (Gert) Perfiles jurídicos de los trasplantes. P. 54.

En este mismo sentido se señala: "Los trasplantes de órganos de cadáveres no presentan ninguna objeción de tipo ético. Ni siquiera requiere, éticamente hablando, el consentimiento en vida. Ese consentimiento pueden darlo los familiares. Por otro lado, salvo en casos graves y urgentes, parece éticamente necesario que los familiares den el permiso para extraer del cadáver los órganos." (5).

Tenemos de esta manera que los antecedentes que se presentan en torno a este tema son de muy reciente aparición, se podría decir que de las dos últimas décadas. Anteriormente, la carencia de los medios técnicos para este tipo de operaciones hacía que el derecho no tutelara en una forma más o menos específica las situaciones jurídicas que se dan en torno a este tipo de operaciones —como lo hace actualmente la Ley No. 6948— en este sentido, la norma de carácter general, que tutelaba este tipo de operaciones lo es el artículo 27 del Código Civil, que textualmente dice: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto los autorizados por la ley. Es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte.", sin embargo en torno a este artículo se presenta el problema de su falta de implementación por cuando no se especifica la forma en que este tipo de donaciones se pueden dar cuales son los fines con que se utilizarán dichos órganos, y quienes están autorizados para extraerlos; en síntesis, no existe un ente contralor sobre estas donaciones.

2. DOCTRINA

El problema de la disposición del cadáver y específicamente de los trasplantes de órganos, se debe referir en primer término a la parte física de la persona, sin embargo las consideraciones en torno al soma humano por sus irradiaciones comprende un área muy vasta por lo que como señala Díez Díaz "La consideración jurídica de este tema es un estudio que corresponde al ámbito del Derecho Civil y más concretamente a su sección del derecho de la persona." (6).

En este sentido se definen los Derechos de la personalidad como aquellos que tutelan los aspectos físicos de la persona, y a partir de estos se establece el derecho de la disposición del cadáver como una rama o sector de los Derechos de la Personalidad.

La concepción del soma humano como un sustrato puramente material del ser y sus manifestaciones son valores jurídicamente tutelados por el Derecho, estos valores tienden a proteger aspectos esenciales del ser humano que constituyen parte de su propia personalidad.

"Los derechos físicos tienen como fin tutelar la posibilidad de ejercicio de alguna de las cualidades humanas. Su orientación en fin responde a proteger las manifestaciones diversas en que puede plasmarse el contenido del propio cuerpo." (7).

Por lo anterior tenemos que los Derechos de la Personalidad tutelan, en nuestro caso, el poder de disposición sobre las córneas con el fin de trasplantarlas, los motivos por los que se puede trasplantar, o para ser más exactos extraer, las córneas serán objeto de un análisis más detallado en el título segundo, sin embargo antes de iniciar el análisis de la ley propiamente, es necesario realizar algunas consideraciones en torno a lo que la doctrina señala sobre la disposición del cadáver propiamente.

Se señala, en primer término, que la disposición del cadáver, aunque sea con fines científicos no vicía el poder de disposición que sobre el soma propio tiene cada individuo, sin embargo, también se señala que el derecho sobre el cuerpo humano en ningún momento se debe sobreponer a los derechos de la personalidad por cuanto si la declaración de la vo-

(5) GOMEZ PEREZ (Rafael) Problemas morales de la existencia humana. P. 56.

(6) DIEZ DIAZ (Joaquín) Los derechos físicos de la personalidad. P. 31.

(7) Ibidem.

luntad del individuo afecta de algún modo el ser físico de la persona esta acción se catalogaría como lesión a la integridad y consecuentemente punible; en este sentido y con el fin de ejemplificar se podría señalar que si un individuo ofrece sus córneas a partir de determinada fecha, halla o no fallecido, y le son extraídas pese a estar vivo en cumplimiento de su voluntad entendida como acto de disposición (limitado, unilateral y esencialmente revocable) el está atentando contra su integridad física por lo que se convierte en una lesión y como tal en un hecho punible.

Es necesario señalar que la disposición expresa del individuo se sobrepone a cualquier deseo de sus herederos en torno a la disposición del cadáver.

CAPITULO II

ANALISIS DE LA LEGISLACION COSTARRICENSE

1. LEY No. 6948. ASPECTOS GENERALES

En su artículo 1o. la Ley declara de interés nacional la creación del Banco de Córneas de la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica, esta declaración de interés nacional se da por los fines que se persiguen, estos son el trasplante de órganos visuales con el fin de que los individuos beneficiados recuperen la vista y por ende su salud anatómica y funcional. De esta manera se protege o tutela la institución del Banco de Córneas con el fin de que pueda desarrollar libremente sus actividades y amparado por una ley que le permite la realización de las actividades que le son propias.

En su artículo 2o. se establece un control funcional sobre el Banco de Córneas. Este control y la supervisión serán ejercidas por la Caja Costarricense del Seguro Social, quien a su vez tiene la obligación de que con su ayuda y por sus medios, en conjunto con los de la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica obtenga, conserve, facilite y utilice adecuadamente los tejidos oculares necesarios para el buen funcionamiento del Banco de Córneas, esto en beneficio de pacientes que requieran la atención especializada del caso, o sea para el trasplante del órgano visual.

En su artículo 3º se dota de contenido económico al Banco de Córneas, esto por cuanto se establece la obligación de que la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), a través del Presupuesto Nacional, dote al Banco de los fondos necesarios para su funcionamiento, además se señala que la misma institución colaborará con el personal médico y paramédico necesario para su funcionamiento, y se le dotará de un local para su funcionamiento en un centro hospitalario nacional.

Además, la CCSS amparada a los beneficios arancelarios aceptará el ingreso al país de todo tipo de equipo médico quirúrgico y materiales relacionados con el Banco de Córneas y que sean adquiridos mediante donación por la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica.

El artículo 4º señala los individuos que están facultados para la obtención de córneas extraídas de los cadáveres que estén a la disposición del Estado, estos serían según el artículo 207 del Código Penal en su inciso 3º "... un cadáver que no fuera reclamado dentro de un plazo de siete días."

Los individuos capacitados serían los médicos, patólogos, cirujanos especialistas en oftalmología, las enfermeras especializadas y los técnicos debidamente capacitados, todos autorizados por el Colegio de Médicos y Cirujanos.

2. LEY 6948. ASPECTOS ESPECIFICOS

El artículo 5º de la citada ley establece cuales son los procedimientos para la obtención de las córneas que abastecerán el Banco. El abastecimiento de las córneas se hará solamente con córneas de cadáveres, esto nos presenta un problema. "Las operaciones de trasplantes de piezas anatómicas separadas del cadáver, por el contrario, reclaman, con fuerza creciente, el mayor rigor en la descripción del proceso biológico de la muerte y de las situaciones límites en que, aún para el profesional de la medicina resulta arduo precisar si tal proceso es irreversible o no." (8), pese a que la Ley no establece de una manera taxativa que las córneas deban ser extraídas de cadáveres, si se ve implícito en el artículo quinto y sus incisos. Por lo anterior se hace evidente que la consideración de la muerte como un hecho implica la probación de este por quién sobre él funde algún derecho.

Desde el aspecto puramente ético la probación de la muerte es completamente necesaria antes de efectuar cualquier tipo de extracción de algún órgano con el fin de trasplantarlo; por esto parece acertado citar la siguiente definición de muerte, "Por muerte entendemos la detención permanente de todas las funciones fisiológicas de un organismo, pero en medicina legal, llamamos muerte a la detención permanente de las funciones del corazón y los pulmones." (9), esta precisión es necesaria para evitar especulaciones y negocios con la vida ajena.

Contrario a la forma implícita en que se establece que las córneas deben ser extraídas de cadáveres, —en la Ley analizada—, en Francia en la Ley No. 49-890 de 7 de julio de 1949 artículo único se señala que los bancos de ojos no pueden ser abastecidos sino con las córneas retiradas de cadáveres.

En su inciso primero del artículo quinto la Ley 6948 señala que se pueden obtener córneas mediante la donación en vida por voluntad de la persona, este acto de disposición tiene eficacia obligatoria, por lo que se superpondría a cualquier manifestación en contrario por parte de sus familiares, "La absolutividad de los derechos de la personalidad impone un deber general de abstención (no penetrar en la esfera privativa) y destaca su oponibilidad frente a todos los derechos." (10), y de una manera similar lo establece el artículo 1º de la Ley italiana de 3 de abril de 1957 que autoriza el retiro de partes del cadáver con fines terapéuticos si la persona ha conferido autorización en este sentido. Por esto predomina ante un eventual conflicto de intereses entre los familiares y el Banco de Córneas o la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica, el documento que pruebe que el sujeto en vida decidió donar sus órganos visuales al Banco de Córneas, esto por cuanto se debe respetar la voluntad del individuo, en tanto lo que afecta es la esfera privativa de sus derechos de la personalidad contra los cuales no cabe oposición, a no ser que en documento posterior el sujeto expresare su deseo en contrario, lo cual anularía la donación emitida con anterioridad.

En su inciso b, el mismo artículo, señala que también se puede abastecer el Banco a través de programas de entidades de servicios como la Asociación Filantrópica de Leones. En este sentido de acuerdo con la implementación que se le da por parte de la Asociación es que se podrían presentar conflictos de intereses, sin embargo es de suponer que este artículo se refiere a campañas que organice la Asociación con el fin de promover las donaciones masivas, esto a través de programas dirigidos a sujetos con características comunes, con el fin de concientizarlos sobre la necesidad de la donación, el caso sería una conferencia ante un grupo de empleados públicos, para explicarles el funcionamiento y fines que persigue el Programa por ellos realizado.

En su inciso c, el artículo quinto establece que otro medio para la obtención de las

(8) KUMMEROW (Gert) ob. cit. P. 62.

(9) ACOSTA GUZMAN (Alfonso) Medicina legal y toxicología. P. 27.

(10) KUMMEROW (Gert) ob. cit. P. 17.

córneas es la autorización post-mortem de los familiares o apoderados del fallecido; en torno a este inciso se puede presentar una controversia por cuando existen dos posiciones radicalmente opuestas en cuanto al fundamento de si los familiares pueden disponer, en este sentido, sobre el cadáver. La primera señala que ante la ausencia de voluntad por el difunto, sus restos mortales para fines terapéuticos pueden ser destinados por los familiares, y la otra señala que el cadáver es "res fuera" de la esfera del dominio de los herederos, por lo que está marginado de todo derecho de apropiación. Ante estas dos vertientes se puede plantear una solución intermedia en el sentido de que si los órganos extraídos del cadáver se utilizarán con fines terapéuticos los familiares pueden y es recomendable que den su aprobación, pues ello no implica un derecho de apropiación sino la destinación con un fin determinado de órganos del cadáver de los cuales los familiares no obtendrían lucro o cualquier otro beneficio. "Algunas leyes sobre este tema —como la española, de 1979— llevan más lejos las garantías de libertad y establecen que la extracción de un órgano podrá hacerse "en el caso de que (los fallecidos) no hubieren dejado constancia expresa de su oposición". (11).

En su último inciso el artículo quinto establece que se podrán obtener córneas por evaluación post-mortem anterior a la extracción de los tejidos oculares por cuanto son considerados de utilidad social y científica. En este sentido existe el problema de que si un individuo expresó su rechazo u oposición total a que le fueran extraídos órganos y así lo dejó constar se estaría violentando su derecho de la personalidad e irrespetando el límite de la autonomía de la voluntad.

El artículo sexto de la Ley señala que la obtención y entrega de los tejidos oculares no podrá bajo ninguna circunstancia tener carácter lucrativo, esto por cuanto el cuerpo no se puede considerar como un bien en sentido estricto al ser el sustrato material del ser por lo que carece de aptitud para satisfacer intereses económicos.

En respaldo de lo señalado por el artículo sexto, el artículo 26 del Código Civil establece que los derechos de la personalidad están fuera del comercio".

En su artículo séptimo la citada Ley señala que las donaciones de índole económica hecha por pacientes, familiares, o amigos será administrada por la Asociación Filantrópica de Leones de Costa Rica y estos fondos se utilizarán en beneficio de los no-videntes, programas de trasplantes de córneas o en la adquisición y conservación del equipo necesario para el cumplimiento de los fines propuestos por el Banco de Córneas.

El artículo octavo establece que los cadáveres que se encuentren en la morgue judicial, sus córneas podrán ser removidas para los fines de la ley con ocho horas de posterioridad al fallecimiento, para esto, sin embargo, previamente se debe dar la evaluación post-mortem, sin embargo contra esto se puede argumentar que "... ante la ausencia de voluntad expresa del difunto, todavía hoy los familiares están autorizados para impedir que se dé al cadáver una destinación diversa de lo normal, pese a los fines encomiables que motiven tal destinación." (12), ante una situación de este tipo predomina, en un criterio personal, lo señalado por la Ley y de acuerdo con lo señalado por el artículo quinto, inciso ch, ya comentado.

CONCLUSIONES

La Ley No. 6948 es muy general en cuanto a las conceptualizaciones necesarias para la definición de una serie de situaciones que evidentemente necesitan de una taxatividad, esto especialmente en cuanto a la capacidad de dispositividad sobre su propio cuerpo por el sujeto en vida, o por los familiares sobre el cadáver. En este sentido parece acertado seguir la tesis

(11) KUMMEROW (Gert) ob. cit. P. 55.

(12) GOMEZ PEREZ (Rafael) Problemas morales de la existencia humana. P. 56.

española en cuanto faculta a los familiares a disponer sobre el cadáver en tanto el fallecido no hubiese dejado constancia expresa de su oposición.

En todo caso, ya sea por disposición de los familiares o por parte del Estado según el artículo quinto inciso ch de la citada Ley, se debe respetar, y prevalece sobre los anteriores la autonomía de la voluntad del individuo que dispone sobre su propio cuerpo. Lo cual se aplica también, a contrario sensu, en el caso de que el individuo dejara constancia de su deseo de donar sus córneas, esto pese a la voluntad en contrario de sus familiares. En este mismo sentido el Estado no puede ni está facultado para violentar la autonomía de la voluntad del individuo que hubiere dejado constancia expresa de su oposición a la extracción de sus córneas pese a los fines altruistas que se le quieren dar, por lo que la aplicabilidad y eficacia del artículo octavo está sujeta a la no existencia de constancia expresa del individuo sobre su deseo de que no se retiren las córneas de su cadáver.

Es necesario señalar que dentro de los aspectos positivos de la citada Ley, está el establecimiento de un ente contralor sobre las actividades y funcionamiento del Banco de Córneas como lo es la Caja Costarricense del Seguro Social. A la vez se establece de una manera taxativa cuales son los sujetos capacitados para la realización de la operación de la extracción de las córneas del cadáver.

Dentro de esta Ley se encuentra que además de regular de una manera muy general el derecho de disposición sobre el propio cuerpo, específicamente sobre el cadáver, se tiende a dar un contenido económico al citado Banco de Córneas.

Es evidente la necesidad de una más clara y precisa legislación sobre estos aspectos del derecho de disposición a la vez que debe ampliarse y cubrir una serie de aspectos técnico-jurídicos que no cubre esta Ley, esta legislación debe seguir los lineamientos fundamentales de la Doctrina existente, y que parte de la premisa de la autonomía de la voluntad del individuo sobre su propio cuerpo, en tanto no contravenga el ordenamiento jurídico y este así se lo permita. Esta necesidad de una legislación más clara, amplia y precisa es evidente ante los avances técnicos y científicos que se dan en el mundo contemporáneo y consecuentemente en Costa Rica.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA GUZMAN (Alfonso) *Medicina legal y toxicología*, Editorial UCR, 3a. edición, San Pedro, 1961.

ALONSO CABRERO (Miguel) *Código de Derecho Canónico*, La Editorial Católica S.A., Madrid, 1951.

Código Civil y de Familia, Editorial Porvenir S.A., San Pedro, 1983.

DIEZ DIAZ (Joaquín) *Los derechos físicos de la personalidad, Derecho somático*, Ediciones Santillana, Madrid, 1963.

GOMEZ PEREZ (Rafael) *Problemas morales de la existencia humana*, Editorial Magisterio Español S. A., 3a. edición, Madrid, 1981.

KUMMEROW (Gert) *Perfiles jurídicos de los trasplantes en seres humanos*, Editorial U. de los Andes, Mérida Venezuela, 1969.

GUERRERO (Ricardo) *Código Penal*, Editorial Porvenir S. A., San Pedro, 1983.

VARGAS ALVARADO (Eduardo) *Medicina Legal*, Editorial UCR, San Pedro, 1970.

VINCENZI (Atilio) *Código de Procedimientos Penales*, Lehmann Editores, San José, 1981.

COPROPIEDAD

*Trabajo presentado al Profesor Marco Carazo
Cátedra de Derecho Privado II
por Alexander Godínez Vargas
II año 1984*

INTRODUCCION

El derecho de propiedad si bien de carácter exclusivo y absoluto, dentro de los límites establecidos por nuestro ordenamiento, no ha sido creado solo para ser gozado unipersonalmente, sino que del mismo pueden ser titulares diversas personas, ya sea por su voluntad, o bien por consecuencias hereditarias, o en última instancia porque así ha sido dispuesto por nuestro ordenamiento dadas ciertas circunstancias, con ello nace la copropiedad, que reviste hoy gran importancia en el diario acontecer social. Por tanto, más que alejarnos a un marco teórico y abstracto, nos acercamos a una de las diversas manifestaciones de la realidad que nos envuelve.

La hipótesis del trabajo va a ser demostrar que la institución jurídica de la copropiedad es consecuencia de intereses sociales que existen en la realidad, y a los cuales el derecho trata de objetivar.

Para poder llegar a ello se recurre a la Jurisprudencia de intereses, mirando el Derecho desde una concepción real-objetiva, siguiendo los lineamientos que al respecto da Angelo Falzea en su obra sobre la "Eficacia Jurídica".

Se divide el estudio en cuatro títulos, el primero trata de la copropiedad, iniciándose con el concepto del derecho de propiedad, y luego con el concepto mismo de copropiedad en sentido general, analizando su origen y las formas que adquiere, además de sus diferencias con la Comunidad de Bienes y la Sociedad; el título segundo, al igual que el tercero y cuarto, analizan los diferentes tipos de copropiedad, como lo serían la copropiedad romana, propiedad horizontal y copropiedad pro diviso, respectivamente, estudiándose en ellas su consecuente régimen jurídico.

TITULO PRIMERO COPROPIEDAD

1. DERECHO DE PROPIEDAD

Entiéndase el derecho de propiedad como aquel "en virtud del cual una cosa se halla sometida de modo absoluto y exclusivo a la voluntad y acción de una persona" (1), se trata entonces de un reconocimiento que el Derecho da a un individuo de que aquello que posee, le será protegido contra cualquier agresión de un extraño. Puede disponer de el en tanto que tiene un carácter absoluto; y siendo exclusivo solo él tiene su dominio total, existiendo un interés público que ha procurado objetivar su interés particular por una parte, pero por otra reconoce un límite a su ejercicio, en tanto exista en contraposición con un interés jurídico privado.

2. COPROPIEDAD

A partir de su carácter exclusivo y absoluto, y reconociendo que no existe contradicción alguna en que diversas personas tengan sobre el objeto en cuestión diversos derechos, en tanto que ninguno de ellos lo tiene pleno o absoluto, se llega a la cotitularidad, de tal modo que son cotitulares de un derecho quienes lo ejercen conjuntamente, y cuando tal derecho es el de la propiedad, estamos ante la institución de la copropiedad o condominio.

El derecho de propiedad según lo establece el artículo 264 del Código Civil (en adelante C.C.) comprende a su vez cinco diferentes derechos como lo son el de posesión, usufructo, transformación y enajenación, defensa y exclusión, y el de restitución e indemnización; de modo que no existe condominio cuando se ha concedido a un tercero uno de estos derechos (2).

a) DIFERENCIAS CON LA COMUNIDAD DE BIENES Y CON LA SOCIEDAD

Se debe distinguir ahora la copropiedad de la comunidad de bienes, así como de la sociedad. En el primer caso, ha sido frecuente en la doctrina que a la cotitularidad de un derecho real se le asigne el nombre de "comunidad de bienes", pero si bien es parte de tal categoría, no lo agota (3). En relación a lo segundo, puede considerarse que aunque existen ciertas similitudes, como sería la existencia de un interés común inicial, ya que por algo se reúnen, así como la distribución de beneficios y cargas proporcionalmente a su participación, existen diferencias que hacen posible su separación. Pero estas no pueden centrarse en la existencia o no de personalidad jurídica o de un origen contractual, dado que "como quiera que es posible que la sociedad carezca de personalidad, y que la copropiedad se haya establecido contractualmente, ¿cómo se diferencian entonces?" (4). La representación como criterio de diferenciación no sería el adecuado en tanto que esta puede existir de una forma

-
- (1) AUBRY y RAU citado por BRENES CORDOBA (Alberto), Tratado de los Bienes, San José, Editorial Juricentro S.A., 1981, pp. 27.
 - (2) SALA DE CASACION, de 10:00 hrs. del 14 de mayo de 1940, I sem., tomo único, p. 178 y de 15:40 hrs. del 20 de octubre de 1944, II sem., tomo único, p. 830.
 - (3) SOTELA (Rogelio), la Comunidad de Bienes. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, No. 17, junio de 1971, pp. 26. Además puede al respecto y sobre el mismo tema consultar el lector los arts. 270, 271, 272, 273 y 274 del C.C. y la siguiente jurisprudencia: TRIBUNAL TERCERO CIVIL S.J., N. 30 de 9:10 hrs. del 26 de enero de 1973, p. 240.
 - (4) V. ALBALADEJO (Manuel). Derecho Civil, Barcelona, Librería Bosch, tercera edición, T.III, v. I, 1977, pp. 384.

u otra en ambas instituciones. La establecida en relación a que los actos de una sociedad deben realizarse con el parecer de una mayoría, mientras que en la copropiedad es necesaria la unanimidad, así apuntada por SOTELA, no sería tampoco lo acertado porque en acciones que tiendan al beneficio de los demás, puede el copropietario actuar (5). Por otra parte entre los condueños existe una representación obligada, de modo que quien actúa representa a los demás (6).

Expuesto lo anterior centremos nuestra atención en aquello que puede llevarnos a una diferenciación de ambos conceptos, a saber los intereses en juego. Así, mientras en la copropiedad existe un interés en usar y disfrutar del bien resultado de "un tener en común" que no se busca, sino que es efecto de la situación particular, en la sociedad existe un interés en obtener algo que produce la creación de tal situación; es entonces "un poner en común" de forma que si en ambas puede existir un resultado lucrativo, el mismo se obtiene en lo primero como consecuencia de actos de disfrute productivo en tanto que en lo segundo por actos encaminados a la consecución del mismo (7).

b) ORIGEN DE LA COPROPIEDAD

Se reconocen tres causas que dan origen a la copropiedad. Sea mediante un acto contractual donde existe una manifestación de voluntad en este sentido, o bien, como consecuencia de un legado o herencia donde si bien no existe una bilateralidad directa, si debe haber un acto de delegación y una aceptación, finalmente en los casos previstos en los artículos 509 y 515 C.C., donde juega un papel importante la acción hecha "a ciencia y paciencia del dueño" en el primero, y el hecho de que "ninguna (parte) pueda considerarse como principal ni separarse sin detrimento" en el segundo. En el primer caso (artículo 509) el hecho de que exista una tolerancia, cuando no un consentimiento, hace constatar la existencia de un interés actual, que no puede desaparecer con la presencia de un interés meramente oportunista, de ahí que precisamente ante la negativa del pago del costo de la obra surga la copropiedad; mientras que en el segundo caso, (artículo 515) no pudiendo recobrase los bienes mediante separación sin daño en los mismos, se adopte por tal institución jurídica, a fin de no perjudicar las pretensiones de las partes (8).

c) FORMAS DE COPROPIEDAD

Inicialmente se dice que existen tres tipos de copropiedad: a. la copropiedad romana o por cuotas, de origen romano; b. la copropiedad germánica o en mano común o colectiva, o también llamada propiedad horizontal, de origen alemán; y c. la copropiedad pro diviso o propiedad dividida. Existe otra denominación, que cobrará gran importancia posteriormente, la cual llama a las dos primeras copropiedad pro indiviso, con respecto a la tercera que llama copropiedad pro diviso, en tanto que en esta última como más adelante veremos, existe una división interna de los derechos citados en el artículo 264 C.C. (9).

-
- (5) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, N. 657 de 15:20 hrs. del 11 de setiembre de 1970, p. 244, 245.
 - (6) TRIBUNAL TERCERO CIVIL S.J., N. 30 de 9:10 hrs. del 26 de enero de 1973, p. 240.
 - (7) V. ALBALADEJO (Manuel), op. cit., pp. 384. Al respecto puede el lector consultar la siguiente jurisprudencia: SALA DE CASACION, 10:30 hrs. del 7 de enero de 1949, I sem., I tomo, p. 71.
 - (8) Sobre este tema puede el lector consultar BRENES CORDOBA (Alberto); op. cit., pp. 31; además puede leer la siguiente jurisprudencia: TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, N. 138 de 9:00 hrs. del 8 de marzo de 1976 y N. 661 de 8:15 hrs. del 11 de agosto de 1976 y de la SALA SEGUNDA CIVIL, N. 330 de 15:15 hrs. del 26 de setiembre de 1976.
 - (9) V. ALBALADEJO (Manuel), op. cit., pp. 381

En nuestra legislación, en el C.C. se regula la copropiedad romana, y la propiedad horizontal se establece en la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante L.P.H.); cuya reciente creación explica el por qué de la frase de BRENES: "Nuestro derecho sigue el sistema de la llamada copropiedad romana.." (10). Con respecto a la copropiedad pro diviso, posteriormente se analizará su particular situación

TITULO SEGUNDO

COPROPIEDAD ROMANA

En la copropiedad romana cada sujeto tiene una parte del derecho pleno al que corresponde una parte alicuota, o sea una parte ideal o abstracta del bien, que indica la proporción en que se participa del mismo, sin que se pueda materializar en una determinada parte de este, dado que el mismo se encuentra indiviso, de modo que se participa de todas las facultades que confiere el derecho absoluto de propiedad, y no de una de ellas (11).

Antes de entrar a analizar el régimen jurídico de esta forma de copropiedad, es importante señalar que si bien existen limitaciones legales al respecto, dentro del ámbito de las mismas, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, pueden los propios condueños crear, modificar o extinguir la copropiedad en ejercicio de tal principio.

1. USO Y DISFRUTE

Se puede utilizar la propiedad cuando nadie la esté usando, siempre que su uso sea acorde al fin de la misma y no se causen daños en detrimento de aquella. En relación al disfrute, el mismo puede ir o no unido al uso, conforme lo establezcan las partes, no obstante este es proporcional al derecho que sobre la propiedad tengan cada una de ellas (12).

2. CARGAS Y GASTOS

De acuerdo al artículo 271 C.C. corresponde a cada uno de los condueños, contribuir con el pago de las cargas y gastos que implique la copropiedad, de modo que pueden las partes obligar a quienes se rehusaren a contribuir con los mismos, y quien no lo quiera hacer puede lograrlo renunciando a su derecho. Parece lógico pensar que se hará en proporción a su participación, uso o disfrute (13).

3. ADMINISTRACION

El artículo 270 C.C. establece que "los dueños ejercen conjuntamente todos los dere-

(10) V. BRENES CORDOBA (Alberto), op. cit., pp. 31 nota 22.

(11) Acerca de este tema puede consultar el lector BRENES CORDOBA (Alberto), op. cit., pp. 31 y BONFANTE (Pedro), Instituciones de Derecho Romano, Madrid, Editorial Reus, 1920, pp. 299, 300; además la siguiente jurisprudencia: SALA DE CASACION de 10:00 hrs. del 14 de marzo de 1940, I sem., tomo único, p. 178 y de 15:40 hrs. del 20 de octubre de 1944, II sem., tomo único, p. 830.

(12) Acerca de este mismo tema puede consultarse a ALBALADEJO (Manuel), op. cit., pp. 389, 391 y 392, además de la siguiente jurisprudencia: SALA DE CASACION, de 9:15 hrs. del 18 de diciembre de 1940, II sem., II tomo, p. 1398; SALA PRIMERA CIVIL, N. 458 de las 9:00 hrs. del 11 de noviembre de 1977.

(13) V. SOTELA (Rogelio). Comunidad de Bienes, op. cit., pp. 38 y ALBALADEJO (Manuel), op. cit. pp. 393.

chos del propietario singular". mientras la jurisprudencia al respecto dice "Pero esta es una norma de carácter general, que no prohíbe al condueño ejercitar aquellas acciones que redunden en beneficio de todos los dueños. agregando luego "Pero puede -el comunero- defender la propiedad común, mediante las acciones posesorias o la reivindicatoria, e impedir la imposición de gravámenes.." (14), de tal forma que todo condueño tiene personería para llevar a cabo tales acciones (15). La razón para tal decisión la podemos encontrar fundamentada en el interés que guarda el ordenamiento de tutelar la institución de la propiedad, y que queda resumida en esta resolución: "Si se exigiere que todos los condueños deben ejercitar la acción reivindicatoria, podría llegar a tornarse en negatorio del derecho de propiedad, con solo que uno de ellos, por cualquier motivo o en concierto con el usurpador, aún, se negare a demandar, " (16). El comunero para el disfrute de lo que le pertenece requerirá necesariamente llevar a cabo tal acción, dado que las situaciones jurídicas citadas influyen en la copropiedad como un todo, y no teniendo ninguno de ellos localizado su derecho no podrá evitar acciones que involucrarán a las restantes partes.

Los actos ilícitos que se realicen, implicarán resarcir el daño causado, conforme lo establecen los artículos 324 y 1045 C.C., tales serían los casos por ejemplo de enajenación de parte del inmueble o bien la prescripción en contra de los copropietarios restantes (17)

Por otra parte la administración puede ser delegada sin perjuicio de lo anteriormente dicho, en manos de un condueño o un extraño pudiendo ser modificado el sistema legal de administración por pacto, con la anuencia de todos los copropietarios, puesto que el mismo tiene fuerza de ley entre las partes suscritas (18)

4. DISPOSICION Y ALTERACION

Sobre su parte alicuota cada condueño es propietario absoluto de ella, pudiendo con su derecho enajenarlo, cederlo, arrendarlo, etc. teniendo sobre el únicamente las limitaciones impuestas por la ley a la disposición y alteración de la propiedad. Pero sobre la propiedad total no puede hacer lo mismo, ni variar su destino en alguna otra forma sin el consentimiento unánime de los demás, salvaguardándose así el interés de aquéllos (19).

La venta de la cosa común puede realizarse aún cuando una de las facultades del derecho de propiedad se hubiese cedido a un tercero, o bien cuando sobre la misma existiese una hipoteca, dado que se considera que su carácter es temporal (20). Por otra parte, si fuese vendida sin el acuerdo unánime de los copropietarios, se considera que tal acto, es eficaz con

-
- (14) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, N. 657 de 15:20 hrs. del 11 de setiembre de 1970, p. 244, 245.
 - (15) Al respecto puede el lector consultar la siguiente jurisprudencia: SALA DE CASACION, N. 81 de 1954, II sem., I tomo, p. 258; de 15:00 hrs. del 30 de junio de 1955; N. 30 de 17:00 hrs. del 18 de mayo de 1977. SALA PRIMERA CIVIL, de 15:50 hrs. del 4 de mayo de 1956; N. 58 de 9:00 hrs. del 3 de marzo de 1978. SALA SEGUNDA CIVIL, N. 224 de 15:25 hrs. del 20 de julio de 1978. SALA TERCERA CIVIL, N. 248 de 1956; N. 30 de 9:10 hrs. del 26 de enero de 1973. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, N. 657 y 908 de 1970.
 - (16) SALA DE CASACION, N. 30 de 17:00 hrs. del 18 de mayo de 1977.
 - (17) Puede el lector consultar sobre este mismo tema la siguiente jurisprudencia: SALA DE CASACION, de 15:00 hrs. del 30 de junio de 1955; N. 63 de 1964, II sem., I tomo, p. 194; y N. 30 de 17:00 hrs. del 18 de mayo de 1977.
 - (18) V. ALBALADEJO (Manuel), op. cit., pp. 395.
 - (19) V. BRENES CORDOBA (Alberto), op. cit., pp. 31 y SOTELA (Rogelio). La Comunidad de Bienes, op. cit., pp. 34.
 - (20) SALA DE CASACION N. 101 de 15:40 hrs. del 20 de octubre de 1944, p. 37

respecto a la parte que realizó la venta, no así con las demás partes (21), protegiéndose el interés del tercero.

5. EXTINCION

Conforme al art. 272 y 274 C.C. ningún copropietario está obligado a permanecer por más de cinco años en tal situación, pudiendo ser el plazo menor conforme lo hubiesen establecido, y ser prorrogable por nuevos convenios, de forma que pueden pedir la cesación de la copropiedad en cualquier momento, y dado que no puede renunciar a tal derecho, el mismo es imprescriptible. Por otra parte en la ejecución de la división material no pueden alegar las partes que les corresponde una sección determinada por el hecho de haberse localizado allí durante largo tiempo, ya que ello se resolverá conforme a la sentencia, en caso de que no existiese acuerdo extra jurídico de las partes.

Puede acabar la comunidad por destrucción de la propiedad. No obstante pudiese ser que la cosa o el derecho fuese indivisible jurídicamente, o bien que tal fraccionamiento en el caso de inmuebles contravenga las normas de urbanismo, de forma que no se puede proceder a ejecutar la división, por lo que de acuerdo al artículo 273 C.C. se tratará primero de darle la oportunidad a uno de los condueños a fin de que sea él quien se adjudique toda la propiedad, con lo que se trata de respetar la existencia de cualquier interés actual de parte de los condueños, que en el caso de que no hubiesen pedido la extinción de la comunidad es lógico pensar que todavía existe. De no llegarse a un acuerdo al respecto, dado que podrán buscar una justa división conforme a sus intereses, se subastará y lo obtenido será repartido entre los condueños de acuerdo a su aporte o derecho.

Para la comprobación de su indivisibilidad se recurre a la prueba pericial, de tal modo que no debe existir "cómoda división", aunque todo bien es físicamente divisible, así también jurídicamente lo es toda finca rural. En términos generales podemos decir que:

"Físicamente todas las cosas son divisibles, pero mirando a su finalidad, a su utilización, jurídicamente solo son divisibles aquellas que partidas conservan su naturaleza y cualidades anteriores, y cada una de las partes resulta ser un valor aproximado proporcional al que antes tenía el todo, y sigue prestando utilidad. Cuando estas circunstancias no se dan, la cosa aunque divisible físicamente, no lo es jurídicamente. A las cosas indivisibles, se equiparan las que no admiten cómoda división..." (22)

La no posibilidad de renunciar al derecho de solicitar la división material, radica en una realidad social, cuyos intereses el derecho ha querido tutelar, y a los cuales BRENES se refiere al decir:

-
- (21) SALA DE CASACION, de 14:40 hrs. del 1 de diciembre de 1943, II sem., II tomo, p. 1159.
- (22) SALA PRIMERA CIVIL, N. 304 de las 8:05 hrs. del 12 de agosto de 1977. Al respecto y sobre el mismo tema, el lector puede ampliar este concepto consultando las obras de ALBALADEJO (Manuel), op. cit., pp. 400 y SOTELA (Rogelio). La Comunidad de Bienes, op. cit., pp. 39; además de la siguiente jurisprudencia: SALA DE CASACION, de 10:00 hrs. del 14 de marzo de 1940, I sem., tomo único, p. 178; de 15:10 hrs. del 4 de setiembre de 1940, II sem., I tomo, p. 71; N. 134 de 1953, II sem., II tomo, p. 900; N. 55 de 1961, I sem., II tomo, p. 641; N. 63 de 1964, II sem., I tomo, p. 194; N. 145 de las 15:30 hrs. del 30 de noviembre de 1979, II sem. SALA SEGUNDA CIVIL, N. 116 de las 15:35 hrs. del 6 de mayo de 1977 y N. 238 de 15:15 hrs. del 27 de julio de 1977, SALA TERCERA CIVIL S.J., N. 30 del 26 de enero de 1973, p. 240. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL Secc. Segunda, N. 381 de las 14:30 hrs. del 23 de julio de 1981. TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. N. 2823 de las 16:45 hrs. del 19 de julio de 1978.

La situación resultante del condominio se conceptúa, inconveniente, por ser causa de frecuentes discordias y pendencias entre los condueños, y de que no se explote la propiedad, sobre todo la agrícola, de manera adecuada con perjuicio del orden y armonía sociales, y de la riqueza pública. por eso, el derecho es restrictivo del condominio al intento de facilitar la división de la propiedad común, hállanse los preceptos legales de que nadie está obligado a permanecer en comunidad por tiempo indefinido, y que no pueden los copropietarios renunciar al derecho de pedir la división.. " (23)

En una sociedad, cuya actividad económica tradicionalmente ha sido la agricultura, quedan expuestos los inconvenientes de esta institución jurídica, y el por qué de sus limitaciones. Sin embargo, no puede olvidarse que el mismo factor económico es lo que en un momento determinado ha contribuido a la existencia de la copropiedad, cuando su origen ha sido básicamente contractual.

TITULO TERCERO

PROPIEDAD HORIZONTAL

La propiedad horizontal resulta de aquella situación en que la edificación, dividida en pisos, departamentos o locales, se encuentra en poder de distintas personas que ejercen sobre aquellos un derecho de propiedad; pero tal propiedad no comprende los así llamados elementos comunes, sobre los que todos en conjunto se han de considerar copropietarios. (24). No obstante conforme al artículo 20 L.P.H. tal copropiedad puede tener como cotitulares a todos los que residen en la edificación en calidad de propietarios o bien solo un grupo de ellos, de acuerdo a quienes aproveche su uso.

Aunque el artículo 20 L.P.H. enumera los bienes que necesariamente han de ser comunes, como lo serían: a. el terreno en que se asienta el edificio; b. los cimientos, las paredes maestras, los techos, las galerías, los vestíbulos, las escaleras y las vías de entrada, de salida y de comunicación; c. los locales destinados al alojamiento del personal encargado de la administración del inmueble; d. los locales o instalaciones de servicios centrales, como electricidad, luz, agua, gas, refrigeración, tanques, bombas de agua y; e. los ascensores, incineradores de residuos, y en general todos los artefactos e instalaciones destinados al beneficio común; ha establecido el legislador que la misma no es taxativa, de hecho ya en el artículo 1B L.P.H. decía que "son comunes todas las cosas necesarias para la existencia, seguridad, salubridad, conservación u ornato del edificio; y las que se indiquen en la escritura", dejando así el campo abierto a las innovaciones de la arquitectura e ingeniería, cuyo avance es una realidad, que el derecho no puede dejar de lado, y cuyos posibles efectos e intereses se ha propuesto tutelar reconociendo que en tal materia no se puede legislar con una mentalidad taxativa (25). Cuando tales cosas fuesen necesarias en relación a determinados departamen-

(23) V. BRENES CORDOBA (Alberto), op. cit., pp. 32.

(24) Acerca del mismo tema puede consultar el lector las siguientes obras: ALBALADEJO (Manuel), op. cit., pp. 413; PLANIOL (Marciel). *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Puebla, Editorial José M. Cajica Jr. S.A., 1955, pp. 170; SOTELA (Rogelio). *La Propiedad Horizontal en Costa Rica*. *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N. 18, diciembre de 1971, pp. 5.

(25) En igual sentido ver la ponencia del Dr. Hernán Rocciati en la Primera Conferencia Nacional sobre el Régimen de Propiedad Horizontal en Argentina en 1961 que aparece en SOTELA (Rogelio) *La Propiedad Horizontal en Costa Rica*, op. cit. pp. 20.

tos o locales o pisos, nos encontramos con que serán comunes solo a estos.

Puede una edificación verse sometida al régimen de la propiedad horizontal cuando de acuerdo al artículo 6 L.P.H. se den las tres siguientes hipótesis: "a. cuando los diversos pisos, departamentos o locales de que conste un edificio, pertenezcan a distintos dueños; b. cuando se construya un edificio con el objeto de vender sus diferentes pisos, departamentos o locales, a personas distintas; c. cuando el propietario o copropietarios de un edificio, resuelvan someterlo al régimen establecido en la presente ley, siempre que existan en la edificación elementos comunes indivisibles y pueda ajustarse el edificio a las exigencias técnicas que esta ley establece para su constitución" Con respecto a la segunda alternativa existe el peligro del fraude en las contribuciones de quienes han accedido a comprar unidades de un edificio que sería sometido a este régimen, conforme a la opinión prudente de la doctrina.

1. DERECHOS SOBRE EL PISO

Establece SOTELA que la redacción del artículo 265 C.C. puede inducir a error sobre los límites al derecho de propiedad del dueño del piso (26), porque a pesar de que se reconoce un derecho de propiedad sobre el piso o departamento, se limita básicamente la facultad de transformación, cuyos efectos incidan en los bienes comunes, dado que en su condición de copropietario no podrá hacer nada que les afecte o que atente contra la "existencia, seguridad, salubridad, conservación u ornato del edificio, y las que indique la escritura", como dice el artículo 18 L.P.H., y que el 26 y 27 de la citada ley vuelve a retomar, agregando los criterios de moral, buenas costumbres, y concordancia con la naturaleza o ubicación del edificio.

De acuerdo a los artículos 27 y 28 L.P.H. corresponderá a los propietarios de los departamentos o pisos las operaciones que al mismo tengan que hacer, aunque las mismas favorezcan también a quienes de aquellas cosas se sirven. Tales serían por ejemplo, los techos y paredes medianeras; igual obligación tendrán quienes ocupen el primer y último piso en relación al pavimento del suelo y cielo raso respectivamente. No obstante sobre lo primero y la azotea, estos no tienen derecho de propiedad alguno, en tanto que los mismos son de uso o interés común.

Todo aquello que sea de uso o interés común así establecido en el Reglamento de Condominio, podrá ser modificado por acuerdo unánime de la Asamblea de Propietarios. Tales serían los casos en que se quisiese modificar el uso de ciertas zonas del edificio o bien de la reunión en copropiedad de dos o más pisos o locales (27); o de gravámenes que afecten a la totalidad de los propietarios, o cualquier otro tipo de enajenación. No así en el caso de un propietario en relación con su derecho, del cual podrá disponer como quiera conforme a lo establecido en el artículo 25, párrafo 1º L.P.H.

Los pisos o locales pueden ser objeto de condominio, pero de ser divididos los mismos deberán guardar un uso y goce independientes siendo necesario para ello que cuenten con una salida directa o con un determinado espacio común, que de a la vía pública.

(26) V. SOTELA (Rogelio). *La Propiedad Horizontal en Costa Rica*, op. cit., pp. 24. Con respecto al art. 265 C.C., el mismo dice en su párrafo 2º: "Los diversos pisos de un edificio y los departamentos en que se divida cada piso, podrán pertenecer a distintos propietarios, de acuerdo con las disposiciones de la Ley sobre Propiedad Horizontal. En estos casos, cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y comunero de los bienes afectos al uso común. (Así adicionado por Ley de Propiedad Horizontal N. 3670 de 22 de marzo de 1966)."

(27) No así los casos señalados en el art. 25 L.P.H. con respecto a la posibilidad de que pertenezcan en condominio a varias personas un mismo departamento o piso.

2 DERECHOS SOBRE LAS PARTES COMUNES

Se fija en la escritura constitutiva el porcentaje en que participa cada condómino de las cosas comunes, conforme el valor que tenga su propiedad en proporción al valor del edificio, de forma que tal derecho es inherente a este último y no puede comercializarse independientemente dado que no tiene sentido tener la propiedad de un piso determinado si no se tiene derecho a las vías de acceso a éste. Por ejemplo; de allí que aunque renuncie el uso o goce de estas cosas comunes, no queda relevado de las obligaciones que involucre su conservación o reconstrucción u otras derivadas, de acuerdo a los artículos 22 y 23 L.P.H., por lo que deberá si quisiera renunciar a ello, hacer lo mismo con su derecho de propiedad sobre el piso o local.

3. ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS

Corresponde a la misma decidir por mayoría aquellos problemas que se susciten, salvo los casos establecidos por el artículo 38 L.P.H. en que deberá ser por unanimidad que se resuelva sobre la renuncia al régimen de propiedad horizontal y de condominio en los casos así previstos de la venta o gravamen al edificio en su totalidad o enajenación del mismo en otra forma cualquiera, de la construcción de nuevos pisos, sótanos o de excavaciones, o de la autorización a alguno de los propietarios para que los realice, del alquiler de nuevos bienes comunes, cambios del destino de los existentes, del modo y tanto en que pueden ser aprovechados, de cambios en las cláusulas de la escritura constitutiva o del Reglamento de Condominio y Administración; y finalmente de cualquier otro acuerdo o determinación que conforme a la ley, la escritura constitutiva, o el Reglamento de Condominio, deba ser autorizado por unanimidad. De forma que sus decisiones expresan el parecer de la mayoría cuando no es de la totalidad, cabe destacar que el hecho de que las decisiones más importantes deban ser tomadas por acuerdo unánime, demuestra el querer del legislador de respetar el interés particular de todo aquél que se oponga, en tanto que todavía persiste en él, en el caso de la disolución posible del condominio, el interés inicial. No obstante cabe cuestionarse hasta que punto no se intercambian los papeles, y se protege un interés del pasado, a costa de nuevos intereses acordes a la nueva realidad social, lo que es lo mismo, hasta que punto el derecho a realizado un alto en el tiempo, sin saber qué éste no se puede detener.

4. OBLIGACIONES DE LOS OCUPANTES

Podemos establecer cinco obligaciones básicas, a saber a. respetar el destino general del edificio, por tanto de las cosas comunes, y del piso o local del que se es propietario; b. no impedir el uso y goce por parte de los demás de las cosas comunes, aunque conforme al valor de lo poseído se tenga un mayor derecho proporcional (art. 21 L.P.H.); c. el pago de los gastos comunes señalados en el artículo 31 L.P.H., conforme el valor proporcional de lo poseído; d. el conducirse acorde a la moral y buenas costumbres, evitando perturbar la tranquilidad de los demás propietarios; e. aceptar lo resuelto por la Asamblea de Propietarios, porque a pesar de que pueden ser impugnadas por aquel propietario que las estime ilegales, tal acción no suspenderá la ejecución de esta, salvo cuando el Juez en forma discrecional y a solicitud del interesado así lo disponga (artículo 37 párrafo 2º L.P.H.). Cabe señalar que conforme al artículo 34 párrafo 1º L.P.H., sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria del propietario, tales obligaciones deberán ser también acatadas por quien ocupe el piso o local en calidad de arrendatario o usuario

5. EXTINCION

Afirma SOTELA que partiendo de lo expuesto es el artículo 6 L.P.H. sobre las tres posibles causas de la propiedad horizontal, tomada la primera, no podría deducirse que al contrario, el hecho de que se logre la unidad del propietario del edificio implique su extinción, dado que las dos restantes causas parten de tal situación (28).

De modo que de acuerdo al artículo 48 L.P.H., sería mediante acuerdo unánime de la Asamblea de Propietarios que ello se logre, porque no puede la parte por sí sola lograr ello. Cabe añadir que puede también concluir cuando habiéndose destruido el edificio, no quisieran los propietarios reconstruirlo.

No podemos dejar de preguntarnos el por qué de tantas líneas sobre la propiedad horizontal, la razón de esta institución jurídica, porque si no existiese un interés jurídico detrás de él, un interés real, entonces para qué le interesa al Derecho su regulación?

"La crisis de los alquileres..., la explosión demográfica... la subida del precio de los materiales de construcción..., y otros factores de índole social, se tendrá idea clara de lo necesario que resulta buscar un sistema que abarate la construcción de viviendas" (29).

Y se encuentra en "el régimen de propiedad horizontal su finalidad más noble en el servicio de los problemas de carácter social, originados en orden a la vivienda y su más auténtica justificación en el momento actual en remediar la escasez de casa-habitación.." (30).

Pero debe considerarse que existe el inconveniente de que establece una comunidad forzosa y perpetua sobre ciertos bienes, además de que "es una fuente fecunda de litigios. Tiene además la gran desventaja de hacer extremadamente difícil el buen funcionamiento de las casas..." (31). A pesar de ello no existe en Costa Rica jurisprudencia que evidencie esto, dado que la mayoría de los problemas que se suscitan son resueltos de acuerdo al Reglamento elaborado en cada caso de propiedad horizontal, donde la Asamblea de Propietarios juega el papel de órgano de consulta, decisión y ejecución.

TITULO CUARTO

COPROPIEDAD PRO DIVISO

Es así llamada "en el sentido de que el poder que el dominio encierra no se atribuye a diversos dueños en fracciones cualitativamente iguales..., sino el de que su contenido se separa en distintas facultades —se divide—, concediéndose parte a una persona y parte a otra" (32).

De acuerdo a nuestra jurisprudencia tal institución jurídica no sería admitida, al decirse: "El condominio se forma sólo cuando dos o más personas son dueñas pro indiviso de la propiedad de una cosa o derecho..." (33).

El objeto del derecho de propiedad puede desintegrarse, ya sea en sus distintos elementos o manifestaciones, existiendo una división parcial en la propiedad pro diviso dado que

(28) V. SOTELA (Rogelio). *La Propiedad Horizontal en Costa Rica*, op. cit., pp. 40.

(29) V. SOTELA (Rogelio). *La Propiedad Horizontal en Costa Rica*, op. cit., pp. 40.

(30) Declaración sobre Propiedad Horizontal, dada por las delegaciones oficiales a las Jornadas sobre Propiedad Horizontal celebradas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo (Uruguay), los días 8 y 9 de mayo de 1962, en SOTELA (Rogelio). *La Propiedad Horizontal en Costa Rica*, op. cit., pp. 44, 45.

(31) V. PLANIOL (Marcel), op. cit., pp. 170.

(32) V. ALBALADEJO (Manuel), op. cit., pp. 435.

(33) SALA DE CASACION' de 15:40 hrs. del 20 de octubre de 1944 II sem tomo único, p. 830.

se mantiene en esta una unidad a pesar de tal división, unidad que también prevalece en la propiedad horizontal, pero que en ésta no tiene como razón la división de sus diversas manifestaciones, sino de los elementos constitutivos, y el derecho que sobre ellos se tiene no abarca la totalidad del bien sino lo estrictamente sujeto a desintegración.

Al respecto a dicho el Tribunal Supremo de España en la sentencia del 9 de mayo de 1922, "que existe condominio o comunidad de bienes, no solo en el caso de la propiedad de una cosa pertenezca pro indiviso a diferentes personas, sino también cuando el dominio o los aprovechamientos que de él se deriven están distribuidos en tal forma que hay entre los copartícipes algo común." (34).

Existen quienes han dicho que no existe copropiedad por cuando se requiere la concurrencia de dos o más dueños en todas y cada una de las manifestaciones del bien, a ello ha respondido el citado tribunal en la sentencia del 9 de marzo de 1893, al decir que:

"considerando que aunque no haya comunidad en todos los disfrutes y aprovechamientos de una finca, no puede menos de reputarse como copropietarios de cosa común al que tiene el derecho de siembra y aquel a quien pertenece el arbolado, ya porque éste se halla adherido al terreno y no puede subsistir separado de él, ya porque los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados de manera que el uno en las operaciones de cultivo no puede hacer nada que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni es lícito al otro el utilizarce de ellos, impedir, entorpecer o perjudicar la explotación agrícola del suelo" (35).

De forma que ese tener algo en común, el fundo, es lo que ha permitido que sea considerada tal situación como copropiedad.

La jurisprudencia española del 8 de abril de 1965 dice que: "...el ejercicio simultáneo y contrapuesto de dos derechos de propiedad distintos y concurrentes (del suelo y del vuelo) sobre la misma finca, exige una completa y perfecta delimitación de ellos, evitando colisiones y que el uno pueda invadir y hacer efectiva la anulación del otro..." (36). Por lo que afirma ALBALADEJO que si se trata de aducir que tal figura no es admisible porque solo existe un derecho pleno sobre la propiedad, no se trata aquí de la existencia de varios de ellos, sino de varios poderes que conjuntamente forman la plenitud de aquél derecho (37).

Siguiendo a GARCÍA (38): "Cuando una institución vive durante siglos al amparo del Derecho consuetudinario -como ocurre u ocurrió con la que nos ocupa- es claro que nace al calor de actos jurídicos que emanan de las necesidades sociales. Otros tiempos —con otra política, otra economía, otra técnica en el sector agrario— permitía resolver los problemas económicos sociales mediante la desmembración de las diversas producciones que fuese susceptible un fundo..." (39). Pero son precisamente tales necesidades las que hoy son parte del pasado, cuando las bases socio económicas han cambiado, y buscan en el presente una mayor productividad global, que implica una reforma de las estructuras productivas del jurídicos relacionados a la excesiva fragmentación agraria, ejemplos de ello es el derecho

(34) V. ALBALADEJO (Manuel), op. cit., pp. 436.

(35) V. GARCIA (Manuel). Condominio Pro Diviso o Propiedad Separada, Revista de Derecho Privado, Madrid, mayo de 1974, pp. 181.

(36) Ibid., pp. 185.

(37) V. ALBALADEJO (Manuel), op. cit., pp. 435, 436.

(38) V. GARCIA (Manuel), op. cit., pp. 194 y ss.

(39) Ibid., pp. 194

imprescriptible de todo condueño a renunciar a su union en la copropiedad romana, ahora es la copropiedad pro diviso la que cuestiona

"... hemos visto antes como la situación jurídica actual de los fundos cuyos aprovechamientos pertenecen separadamente a distintos titulares, impiden dedicar los a su destino agrario más idóneo —de una parte— y —de la otra—. tampoco permite realizar mejoras, ya porque se opongan los titulares de los otros derechos separados, ya porque las mejoras impliquen transformación de cultivo, ya por que tantas veces dichos derechos son poseídos en comunidad. Si todo lo anterior se ve en la perspectiva fáctica y realista de quienes son actualmente —por lo general— los poseedores de tales fincas y, sobre todo, su mentalidad, su estadio técnico cultural y sus posibilidades económicas, nos explicaremos la situación de abandono y casi improductividad total de cientos de miles de hectáreas, que podrían, mediante las oportunas transformaciones y mejoras técnicas, producir con arreglo a una economía agrícola moderna, buscando una explotación racional de los fundos" (40)

Detengámonos aquí, si bien es cierto que no es aceptable la no admisibilidad de la propiedad separada como copropiedad, y que en ella lejos de existir varios derechos plenos, existe solo uno, es también apropiado señalar que tal situación jurídica presenta bastantes inconvenientes atendiendo a las razones dadas anteriormente, que en parte vendrían siendo semejantes a las ya apuntadas para la copropiedad romana, pero no por eso se le dejó de incluir a esta entre las formas de copropiedad.

De tal forma que habiendo buscado aquella realidad social e intereses, que dieron origen a la resolución de la Sala de Casación del 20 de octubre de 1944, hemos tenido que recurrir para comprenderla a un análisis comparativo, con la realidad social española, que ha sido reflejada a través de las sentencias ya transcritas de modo que como ya advertía Falzea, consecuencia de tal análisis puede ser que "dicho recurso podrá tener función no solo positiva y directa, sino también inversa y negativa.. En suma, que las orientaciones más profundas y generales del sistema sigan o inviertan el sentido de la tradición histórica o de la común experiencia humana..." (41).

CONCLUSION

El régimen jurídico que se establece para las tres formas básicas de copropiedad, corresponde a la objetivación de los intereses reinantes en la sociedad y expresados por los mismos condueños, no obstante ello llega a límites cuestionables al no admitir la propiedad horizontal cómoda división, por la existencia de los elementos comunes básicamente, de forma que habiendo sido una forma de solucionar el problema de la vivienda y no teniendo forma alguna de resolver su diferendo, aquel copropietario que se encuentre en esta situación se ve en la obligación de permanecer en comunidad.

En la copropiedad romana, si bien se dice que conjuntamente deben ejercer todos los miembros de la comunidad el derecho de propiedad, ha considerado justo la jurisprudencia que quienes actúan en beneficio del bien común, lo hacen acorde al derecho, procurando así proteger los intereses de la mayoría.

(40) GARCIA (Manuel), op. cit., pp. 196.

(41) V. FALZEA (Angelo). Eficacia Jurídica. Antología de Principios de Derecho Privado, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, marzo de 1984, pp. 44

Respecto a la copropiedad pro diviso, si bien la jurisprudencia niega su existencia como tal, ha sido necesario recurrir a la realidad social, buscando los intereses que se ha querido tutelar, no habiendo encontrado indicio algunos, conforme a la concepción real-objetiva, he tomado en consideración hacer un estudio de la legislación española y su fundamento, el resultado de ello, no ha sido positivo o afirmativo, lo cual nos demuestra la existente contradicción entre los intereses vigentes aquí y los que han sido objetivados en otras sociedades, por lo menos en lo que respecta a la admisión de esta institución como forma de copropiedad, de cualquier forma como ya se ha dicho antes, tanto la copropiedad pro diviso como la romana, son cada vez más limitadas en el ordenamiento, porque dificultan el interés público de la máxima productividad en el agro, pero ello no ha impedido que la segunda tenga tal carácter.

De modo que dicho lo anterior, respaldado en el ya escrito en el desarrollo, no sin antes advertir por un lado la interrogante planteada en la propiedad horizontal, y la negación que surge del análisis comparativo con respecto a lo demás.

Lo aquí cuestionado ha de ser fuente de discusiones y demostraciones científicas posteriores en el caso concreto, para bienes deseen profundizar en tales campos, por ahora que sirva esto como introducción de los mismos.

BIBLIOGRAFIA

- 1.— ALBALADEJO (Manuel). *Derecho Civil*, Barcelona, Librería Bosch, tercera edición, T. III, v. I, 1977, 503 p.
- 2.— BONFANTE (Pedro). *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Editorial Reus, 1920, 688 p.
- 3.— BRENES CORDOBA (Alberto). *Tratado de los Bienes*, San José, Editorial Juricentro S. A., 1981.
- 4.— FALZEA (Angelo). Eficacia Jurídica. *Antología de Principios de Derecho Privado*, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, marzo de 1983, 555p.
- 5.— GARCIA (Manuel). Condominio Pro Diviso o Propiedad Separada. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, marzo de 1974.
- 6.— PLANIOL (Marciel). *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Puebla, Editorial José Ma. Cajica Jr. S. A., 1955, 406 p.
- 7.— PORRAS PANIAGUA (Diego). *La Propiedad Horizontal en Costa Rica*, tesis de grado presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para optar por el grado de Licenciado en Derecho, 1975, 141 p.
- 8.— SOTELA (Rogelio). La Propiedad Horizontal en Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, No. 18, diciembre de 1971, pp. 5-46.
- 9.— SOTELA (Rogelio). La Comunidad de Bienes. *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, No. 17, junio de 1971, pp. 25-43.

LEGISLACION

- 1.— *Código Civil*, San José, Impresos Mil Copias S. A., Edición preparada por la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1976.
- 2.— *Ley de Propiedad Horizontal*, No. 3670 de 30 de julio de 1973.

JURISPRUDENCIA

- 1.— CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Revista Judicial*, No. 3-29.
- 2.— *DIGESTO*, Corte Suprema de Justicia.
- 3.— MINISTERIO DE GOBERNACION, POLICIA, JUSTICIA Y GRACIA. *Jurisprudencia Registral del Año 1944*, San José, 1973.
- 4.— ZELEDON (Ricardo) y otros. *Temas y Jurisprudencia de Derechos Reales*, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, primer semestre 1983, 395 p.

"LA PROTECCION POSESORIA EN EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA"

*Trabajo presentado al Profesor Orlando Aguirre
Curso de Derechos Reales II
por Francisco Chacón González
III Año 1982*

INTRODUCCION

Con el presente trabajo se pretende dar una visión general, pero clara, de lo que actualmente se conoce como interdicto de suspensión de obra nueva. Se estudiarán las características, orígenes y efectos que lo configuran y delimitan.

Para ello, se ha creído necesario dividir la investigación en varios capítulos. En el primero nos abocamos al nacimiento romano de los interdictos en general y del de obra nueva en especial; ello porque creemos indispensable que cualquier estudio serio que en la actualidad se haga respecto del Derecho Civil, debe remitirse a la grandiosidad romana, inspiradora y formadora de nuestras instituciones de Derecho Privado.

En el Capítulo segundo nos dirigimos a la investigación de lo que hoy debe entenderse por interdictos posesorios; para esto fue necesario dedicarnos a realizar un brevísimo análisis de la posesión y del fundamento de la protección posesoria, ya que sin una visión de estos temas hubiera sido imposible marchar con paso firme hacia nuestro objetivo.

En el tercer capítulo nos concentramos en los diversos tipos de interdictos que contempla nuestra legislación, siendo necesario para esto introducir gran cantidad de jurisprudencia y doctrina extranjera, en especial la española, ya que los creadores de nuestro código fueron inspirados por las normas contempladas en el ordenamiento jurídico de ese país.

Concluimos, finalmente, con lo que dio origen a esta investigación y que es específicamente el interdicto de obra nueva, poniendo especial énfasis en lograr determinar, si este interdicto tiene o no el carácter de posesorio.

I--LOS INTERDICTOS EN ROMA

A. LOS INTERDICTOS EN GENERAL

Cualquier estudio que hagamos en la actualidad sobre materias referentes al Derecho

LEGISLACION

- 1.— *Código Civil*, San José, Impresos Mil Copias S. A., Edición preparada por la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1976.
- 2.— *Ley de Propiedad Horizontal*, No. 3670 de 30 de julio de 1973.

JURISPRUDENCIA

- 1.— CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Revista Judicial*, No. 3-29.
- 2.— DIGESTO, Corte Suprema de Justicia.
- 3.— MINISTERIO DE GOBERNACION, POLICIA, JUSTICIA Y GRACIA. *Jurisprudencia Registral del Año 1944*, San José, 1973.
- 4.— ZELEDON (Ricardo) y otros. *Temas y Jurisprudencia de Derechos Reales*, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, primer semestre 1983, 395 p.

"LA PROTECCION POSESORIA EN EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA"

Trabajo presentado al Profesor Orlando Aguirre

Curso de Derechos Reales II

por Francisco Chacón González

III Año 1982

INTRODUCCION

Con el presente trabajo se pretende dar una visión general, pero clara, de lo que actualmente se conoce como interdicto de suspensión de obra nueva. Se estudiarán las características, orígenes y efectos que lo configuran y delimitan.

Para ello, se ha creído necesario dividir la investigación en varios capítulos. En el primero nos abocamos al nacimiento romano de los interdictos en general y del de obra nueva en especial; ello porque creemos indispensable que cualquier estudio serio que en la actualidad se haga respecto del Derecho Civil, debe remitirse a la grandiosidad romana, inspiradora y formadora de nuestras instituciones de Derecho Privado.

En el Capítulo segundo nos dirigimos a la investigación de lo que hoy debe entenderse por interdictos posesorios; para esto fue necesario dedicarnos a realizar un brevísimo análisis de la posesión y del fundamento de la protección posesoria, ya que sin una visión de estos temas hubiera sido imposible marchar con paso firme hacia nuestro objetivo.

En el tercer capítulo nos concentramos en los diversos tipos de interdictos que contempla nuestra legislación, siendo necesario para esto introducir gran cantidad de jurisprudencia y doctrina extranjera, en especial la española, ya que los creadores de nuestro código fueron inspirados por las normas contempladas en el ordenamiento jurídico de ese país.

Concluimos, finalmente, con lo que dio origen a esta investigación y que es específicamente el interdicto de obra nueva, poniendo especial énfasis en lograr determinar, si este interdicto tiene o no el carácter de posesorio.

I--LOS INTERDICTOS EN ROMA

A. LOS INTERDICTOS EN GENERAL

Cualquier estudio que hagamos en la actualidad sobre materias referentes al Derecho

Privado nos hace remitirnos indefectiblemente a sus orígenes romanos

Fueron los juristas de Roma quienes elaboraron en forma prodigiosa la gran mayoría de las instituciones que hoy todavía disfrutamos. Nunca podríamos entender ni desentrañar cabalmente el significado de esas instituciones si antes no estudiamos el derecho romano. Es por ello que nos abocaremos, de previo al conocimiento de los interdictos actuales, a investigar qué fueron y cómo se tuvieron los interdictos en Roma.

Petit nos dice que "los interdictos eran unas decisiones dadas por el pretor o por el presidente de una provincia para cortar ciertas disputas, y por los cuales ordenaba o defendía alguna cosa" (1). Si el interdicto era obedecido había conseguido su fin y la controversia quedaba resuelta de momento, sin perjuicio de que la parte que lo acató pueda más tarde acudir al procedimiento ordinario para hacer valer su derecho. Todo el procedimiento interdital se desarrolla ante el magistrado y constituye un procedimiento ordinario. Si el interdicto no se obedecía, el perjudicado podía iniciar el procedimiento ordinario acreditando el desacato en que se ha incurrido y a procurar el cumplimiento del interdicto, esto recibía el nombre de procedimiento ex-interdicto. (2)

El nombre de interdicto se deriva de *interdicere*, prohibir, porque el uso más frecuente de tales procedimientos era el de vedar un acto cualquiera. (3)

Los interdictos posesorios romanos nacen como una defensa procesal a la posesión, unida a la necesidad de dar confianza a la especulación civil y mercantil para que se creyera en el estado posesorio, como entidad jurídica propia, apta para defenderse por sí misma. (4)

Los interdictos que a la defensa de la posesión interesan eran de dos clases: *interdicta retinendae possessionis*, por medio de los cuales el poseedor afirmaba su posesión frente a perturbaciones procedentes de terceros, y los *interdicta recuperandae possessionis*, cuyo objeto era reponer en la posesión al que la había perdido. Los interdictos de tutela posesoria no tenían por objeto poner en claro la cuestión del derecho a la posesión, sino que solo defendían el estado posesorio de hecho (actual o pasado) y por lo mismo ninguna de las dos partes que intervenían en ellos podía alegar la tenencia de un derecho en o sobre la cosa. (5)

Los *interdicta retinendae possessionis* eran dos: el interdicto *uti possidetis* y el interdicto *utrubi*, según se hiciera referencia a bienes inmuebles o muebles.

"En el interdicto *uti possidetis*, el pretor prohibía toda perturbación o molestia dirigida contra quien en el momento de entablar el interdicto estaba poseyendo el fundo con posesión no viciosa respecto del contrario, es decir, *nec vi, nec clam et nec precario*. En cambio el interdicto *utrubi* no se daba siempre, en el Derecho Clásico, en favor de quien estaba poseyendo la cosa en el momento del interdicto, sino de aquél que en el año anterior la hubiese poseído más tiempo *nec vi, nec clam y nec precario* frente al adversario". (6)

Como interdictos *recuperandae possessionis* encontramos en el Derecho Clásico el *interdictum utrubi*, para la recuperación de la posesión perdida de cosas muebles; y el inter-

(1) Petit, (Eugene), "Tratado elemental de derecho romano", Editora Nacional S. A., México, 1952 p. 684.

(2) Bravo y Bialostosky, "Compendio de Derecho Romano". Editorial Pax-México, 3o. Edición, México, 1970. p. 178.

(3) Bonfante, (Pedro), "Instituciones de Derecho Romano" Editorial Reus, 3o. Edición, Madrid, 1965, p. 135.

(4) Sentfias, (César), "Tratado Práctico de Interdictos". Editorial Neus, Barcelona, 1962, p. II-1.

(5) Jörs y Kumkel, "Derecho Privado Romano" Editorial Labor S. A. Barcelona-Madrid, 1966, p. 168.

(6) Arias Ramos, (José) "Derecho Romano" Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, II, p. 292.

dictum unde vi para recobrar la posesión perdida de cosas inmuebles. Con el utrubi se protegía no al poseedor actual sino a aquellas de las dos partes que hubiera poseído sin vicio, durante más tiempo en el año anterior al interdicto

El interdictum unde vi, que se concedía para la recuperación de la posesión de cosas inmuebles, protegía a quienes hubieran sido despojados violentamente durante el año anterior al mismo. La limitación del año y la posibilidad de alegar que el demandante había adquirido la posesión violentamente desaparecían en el interdictum de vi armata, que se concedía cuando el despojo era realizado por un grupo de personas armadas. (7)

INTERDICTOS POSESORIOS EN LA EPOCA CLASICA:

1. Retinandae Possessionis	{	Uti Possidetis (inmuebles)	
		Utrubi (muebles)	
2. Recuperandae Possessionis	{	Utrubi (muebles)	
		Unde vi	{ de vi
		(inmuebles)	{ de vi armata

En esta época clásica, el instituto posesorio tuvo peculiar importancia y su tutela mediante los interdictos significaba un apartamiento del régimen procesal ordinario propio de los derechos. El pretor no intervenía como órgano de jurisdicción, sino en ejercicio de una función de policía calificada de extraordinaria, extrajudicial y administrativa. (8)

Más tarde, en el derecho Justiniano, desaparece la diferencia entre el uti possidetis y el utrubi en lo que respecta a los interdictos retinandae possessionis. Y respecto a los recuperandae possessionis desaparece la dualidad existente para los tipos de violencia, quedando uno solo, que abarca a ambos, denominado interdicto unde vi. (9)

Es importante señalar que hay autores que sostienen la existencia de un tercer tipo de interdictos posesorios y que son los llamados interdictos adipiscendae possessionis y que permiten poseer a quien anteriormente nunca ha poseído la cosa. Entre ellos destacarían los quorum honorum (para autorizar la toma de posesión de la herencia por el heredero); los possessorium (que se concede al comprador en subasta pública); los sectorum (que acuerda la posesión sobre los bienes del estado confiscados a quienes han dejado de pagar los impuestos); los salvianum (que protegen los objetos introducidos en el fondo para garantizar al arrendador el pago del arrendamiento); y los quod legatorum (otorgados a favor del heredero pretorio contra quienes detentaran los bienes de herencia a título de legado). (10)

Esta es, a grandes rasgos, una visión general de los interdictos posesorios romanos.

B. LA OBRA NUEVA EN ROMA

En el Derecho Romano existió la llamada operis novi nunciatio o denuncia de obra

(7) Jörs y Kunkel, Op Cit, pp. 170-171.

(8) Hernández-Gil, (Antonio) "La posesión", Editorial Civitas S. A., Madrid, 1980, p. 696.

(9) Arias Ramos, Op Cit, pp. 293-294.

(10) Cuenca, (Humberto), "Proceso Civil Romano" Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, pp. 328-329.

nueva, la cual podía ser impuesta por cualquiera que considerara tener derecho para oponer se (*ius prohibendi*) a que fuese conducida a término una obra nueva, bien que fuera esta una construcción o una demolición, considerada lesiva o perjudicial para el propio interés. Era un acto extrajudicial realizado con una intimidación formal sobre el lugar del trabajo (*in re praesenti*). A ello debía seguir la demostración judicial del derecho. El *nuntius* debía suspender la obra, salvo que el pretor le concediese la facultad de continuar bajo garantía de remoción en caso de que el *nuntius* demostrara su derecho. (11)

Esta denuncia no era considerada como un interdicto posesorio sino como un medio de protección a la propiedad.

El denunciado está obligado a interrumpir la obra, pero el denunciador mismo debe iniciar inmediatamente el juicio para la prueba del derecho que él debe oponer; de lo contrario, a instancia del denunciado, el pretor anulará la prohibición. (12).

Si el denunciado, a pesar de la *operis novi nunciatio*, insiste en continuar la obra, será concedido, por parte del pretor, el *interdictum demolitorium*, por medio del cual se obtendrá la demolición de la obra. (13)

La obra debe ser nueva, esto es, que sea de tal índole que pueda cambiar la *pristina facies* del lugar, no una simple restauración; asimismo están excluidos las obras de los campos y las obras urgentes. (14)

En el procedimiento a que da lugar el mencionado interdicto se decidirá sobre la existencia o inexistencia del *ius prohibendi*. Y por la prestación de la caución oportuna puede el denunciado privar de toda eficacia a la prohibición contra él dirigida, y si a pesar de ello, el denunciante persistiera en su actitud prohibitoria, el denunciado tendría la protección interdictal. (15)

II—LOS INTERDICTOS POSESORIOS EN EL DERECHO MODERNO

A. LA POSESION

Para poder hablar sobre los interdictos posesorios sería necesario exponer las diferentes teorías y concepciones referentes a la posesión y a la protección posesoria. Sin embargo, por no ser este el tema directo de nuestro interés, tan solo haremos una sumaria descripción de éstas.

Por posesión debemos entender “la tenencia de una cosa bajo el poder y voluntad de una persona o el goce de un derecho”. (16)

Para que exista posesión serán necesarios dos requisitos; uno material, esto es, la sujeción efectiva de la cosa (*CORPUS*); y otros espiritual, la intención (*ANIMUS*). (17)

Partiendo de estas premisas Savigny e Ihering elaboran sus doctrinas, la primera que podremos llamar subjetivista y la segunda que denominaremos objetivista; ello con el fin de explicar sus orígenes romanos.

La escuela subjetivista, representada por Savigny afirmaba que “era suficiente que la persona se encontrase frente a la cosa y con posibilidades de tomarlos, para que el derecho

(11) Aru y Orestano, “Sinopsis de Derecho Romano”, Epesa, 10. Edición, Madrid, 1964, p. 125.

(12) Bonfante, Op. Cit, p. 313.

(13) Arias Ramos, Op. Cit, 277.

(14) Bonfante, Op. cit, p. 312.

(15) Kaser, (Max) “Derecho Romano Privado”, Editorial Reus, Madrid, 1968, p. 108.

(16) Brenes C. (Alberto), “Tratado de los Bienes” Tipografía Nacional, San José, 1906, p. 43.

(17) Arias R, Op. Cit, p. 287.

existiere realmente, sin embargo, tal condición de presencia no constituía requisito imprescindible. lo necesario y fundamental era la posibilidad de tomarla' (18)

Contrariamente, para Ihering, el animus no es más que la conciencia que acompaña a todos los que teniendo la cosa (corpus), lo saben y lo quieren así. (19) "Se debe observar la relación normal existente entre el propietario y la cosa y cuando dicha relación normal se ha establecido, en favor de una persona, se debe admitir que ese sujeto tiene el corpus posesorio que comprende, por supuesto, la voluntad, porque de no existir esa voluntad se trataría, como sabemos, de un caso simple de yuxtaposición que no interesa al derecho". (20)

Aparte de las disquisiciones elaboradas por la doctrina, sí podemos estar seguros de que, como dice Brenes Córdoba, "dos elementos son indispensables para que uno tenga la posesión: el poder de hecho sobre el objeto, y la voluntad de retenerlo bajo su dependencia" (21)

El poseedor puede serlo en nombre propio o en nombre ajeno, el primero es el titular de la posesión, y el segundo, el titular de la tenencia. La posesión en nombre ajeno se caracteriza por la carencia de animus possidendi.

Como la posesión requiere, para ser tal, de los dos elementos antes citados: possidere corpore y animus possidendi, si no se da el segundo, o sea, la intención de disponer de la cosa con exclusión de los demás, no habrá posesión sino simple detentación. Esto es lo que sucede con los poseedores en nombre ajeno, quienes tienen la posesión corporal pero carecen del animus possidendi.

B. POSESION ¿HECHO O DERECHO?

Mucho se ha discutido respecto al carácter de la posesión

"Para Savigny la posesión es un simple hecho, al cual en ciertas circunstancias las leyes agregan a veces efectos jurídicos y esos efectos surgen de una disposición legal que se los atribuye a la posesión, como por ejemplo ocurre cuando la violencia contra el que posee da nacimiento a los interdictos". (22)

Ihering, por su parte, afirma que la posesión es un derecho, porque "el derecho positivo protege los intereses de los individuos y entre esos intereses o derechos subjetivos cuenta el de la posesión, que es un interés notable e indispensable como requisito para que origine resultados la propiedad" (23)

Antonio Hernández Gil no cree convincente la concepción de Savigny, quien dice que la posesión es un hecho en su nacimiento que produce consecuencias jurídicas. Sostiene, más bien, la tesis "de que la posesión, aún nutrida del máximo contenido fáctico, puede ser integrada a la estructura de los derechos, ya que implica una atribución, un poder y una tutela jurisdiccional". (24)

Podemos aceptar la posesión como un derecho de gran contenido fáctico; derecho porque reúne características que así lo identifican, tales como la transmisibilidad y la capacidad de oponerla frente a otros. Si aceptáramos la posesión como un hecho, sería imposible sostener que el propietario pudiera traspasar en venta el derecho de posesión de un terreno cuando un usurpador se hubiere instalado por un tiempo menor de tres meses. Esto porque de hecho no hay posesión y nadie puede vender ni traspasar lo que no tiene.

(18) Valiente, (Luis), "Derecho Reales", Ed. Roque de Palma, Buenos Aires, 1958, p. 45.

(19) Arias R., Op. Cit, p. 288.

(20) Valiente, Op. Cit, p. 45.

(21) Brenes C, Op. Cit, p. 43.

(22) Valiente, Op. Cit, p. 41.

(23) Ibidem, p. 41

(24) Hernández, Op. Cit, p. 54.

C— FUNDAMENTO DE LA PROTECCION POSESORIA

Para fundamentar el por qué de la protección posesoria se han levantado diferentes teorías.

La teoría de Savigny encuentra "el fundamento en instituciones ajenas o extrañas a la misma posesión considerando que esta se defiende en virtud de la defensa acordada a otras instituciones o bien a otros derechos superiores a la institución" (25) Así, se invocan razones de paz social, esto es, el principio de que nadie debe tomarse la justicia por su propia mano. La ley protegerá al poseedor para forzar a quien impugne su situación a utilizar la vía judicial para demostrar su derecho. (26)

Savigny en sus propias palabras dice:

"Se ha pretendido que las acciones posesorias han nacido de la presunción de la propiedad en el poseedor; mas ésta presunción no tiene ningún fundamento jurídico porque las acciones posesorias se conceden también al que manifiestamente no es el dueño de la cosa, al que no tenga derecho de poseer, y contra el que tenga derecho a la posesión y aún contra el verdadero propietario... Hay en la posesión de la persona algo cambiado en su perjuicio, cuando se ataca la posesión que tiene; y el agravio que le es causado por la violencia, no puede ser enteramente reparado sino por el restablecimiento o la protección de ese estado de hecho al cual la violencia ha atacado". (27)

Ihering, por otro lado, critica esa argumentación rechazando la diferencia entre la posesión y propiedad y dice que en la mayoría de los casos el poseedor es el mismo propietario que la ley protege.

Dice también que la posesión debe su importancia dentro de las relaciones jurídicas no a sí misma sino a la propiedad: "la protección posesoria ha sido introducida, según esto, teniendo en cuenta la propiedad. Pero es imposible conceder esta protección al propietario sin que los no propietarios se aprovechen de ella al mismo tiempo... El mismo servicio que presta al propietario que posee, de protegerle sin dificultades contra los ataques extraños, lo presta al no propietario que posee". (28)

D. EL INTERDICTO COMO PROTECCION POSESORIA

"La protección de la posesión en sí, se realiza mediante las acciones llamadas (con terminología procedente del Derecho Romano) *interdictos*". (29)

Interdicto es el juicio de carácter sumario en el que partiendo del hecho de la posesión y prescindiendo de toda cuestión de propiedad, se ejercita una acción posesoria u otra real que tienda como medio interino, a evitar un daño o perjuicio inminente. La finalidad primordial de estos procedimientos posesorios, son pues, la defensa de la posesión contra todos aquellos que, con razón o sin ella, la perturban, sin reclamar previamente la ayuda y protección de las autoridades judiciales. (30)

(25) Valiente, Op. Cit, p. 121.

(26) Arias R, Op. Cit, p. 285.

(27) En Valiente, Op, Cit, p. 121.

(28) En, Valiente, Op, Cit, pp. 122-123.

(29) Albaladejo, (Manuel), "Derecho Civil" T III, VI, Librería Bosch, III Edición, Barcelona, 1977, p. 99.

(30) Sentfías, Op Cit, p. II- I- 4.

Estos procesos se pueden presentar de varias formas, en unos se quiere mantener la situación fáctica (interdicto de retener y recobrar interdicto de obra nueva), en otros se quiere crear una situación de hecho estable. (31)

Las acciones posesorias tienen mucha importancia ya que pueden ejercitarse no solo por el propietario, sino por quien esté poseyendo la cosa, con el fin de proteger su posesión evitándose así el tener que recurrir a la acción derivada del derecho de propiedad, la cual es más dificultosa por la necesidad de probar la titularidad del derecho, aparte de que es más lenta en desarrollo. (32)

Por esa razón es que los interdictos son juicios sumarísimos que pueden considerarse como pósticos a otros juicios en que, más ampliamente, pueden discutirse las cuestiones llegando al fondo de las mismas. (33)

Las características de los interdictos, en referencia a lo antes comentado, han sido positivizadas en el Código de Procedimientos Civiles Costarricense (CPC):

-El artículo 653 dice que los interdictos de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva.

-El artículo 654 establece la posibilidad de que no sea el propietario quien establezca la demanda.

Además nuestra jurisprudencia ha sabido aplicar los principios contemplados en la legislación cuando dice:

“Los interdictos se dan como un derecho que tiene una persona para reclamar a otra cuando aquélla es perturbada por ésta en el ejercicio de su derecho de posesión o de tenencia de una cosa, y cuando estando en posesión de la cosa, ha sido despojada de ella; sin que sea permitido por lo mismo, discusión judicial sobre cuestiones de propiedad o de posesión definitiva, por lo que la prueba debe contraerse al mero hecho de poseer, o sea, a la posesión actual o momentánea”. (34)

Y también cuando sostiene que:

“Los interdictos son juicios sumarísimos, destinados a decidir interlocutoriamente sobre el hecho de la posesión actual o momentánea y no sobre el mejor derecho en sí de posesión y menos de propiedad; por lo que la prueba, en esta clase de procesos, deben tender a demostrar aquélla posesión actual”. (35)

Según el artículo 652 del CPC los interdictos son de cinco tipos:

- a) Amparo de Posesión
- b) Reposición de mojones
- c) Restitución
- d) Suspensión de Obra Nueva
- e) Derribo (Obra ruinosa)

“Con los interdictos de retener y recobrar la posesión, se protege ésta contra los ataques que se dirigen contra la misma cosa poseída o que de ella es objeto; en

(31) Ibidem, p. II- 1- 5.

(32) Rotondi, (Mario), “Instituciones de Derecho Privado”, Editorial Labor, Barcelona, 1953, p. 306.

(33) Sentías, Op. Cit, p. II- 1-5.

(34) 1978. T. S. C., No. 1216 de las 14:50 horas del 5/diciembre. DVN contra sucesiones acumuladas de JBF y otra.

(35) 1978, TSC, No. 848 de las 8:10 horas del 12 de setiembre. B. G. H. contra E. B. H.

cambio con la de obra nueva o ruinosa, se trata de preservar la propiedad, la posesión u otros derechos reales, contra los perjuicios, inconvenientes y molestias que produce el demandado, no con actos efectuados contra la cosa o con la cosa del demandante, sino con las omisiones que realiza en su cosa propia, pero que repercute sobre la propiedad o la posesión u otro derecho real del demandante' (36)

A continuación haremos un análisis de cada uno de los diferentes interdictos para re-matar, finalmente, en el interdicto de Obra Nueva.

III—DIFERENTES TIPOS DE INTERDICTOS

A. INTERDICTO DE AMPARO DE LA POSESION E INTERDICTO DE RESTITUCION

El Artículo 660 del CPC dice que el interdicto de amparo de posesión procede cuando el que se haya en la posesión o tenencia de una cosa es perturbado en ella por actos que le inquieten y que manifiesten la intención de despojarlo; y el artículo 664 establece que corresponde el interdicto de restitución al que estando en posesión pacífica de una cosa ha sido despojado de ella.

A pesar de las diferentes situaciones de hecho que regulan cada uno de los interdictos muchas legislaciones y juristas hacen el estudio de ellos en forma conjunta.

Guasp lo justifica diciendo que "puede pensarse que el actual interdicto incurra dos tipos diferentes, ya que no es lo mismo reclamar la conservación de una posesión que tener que reclamar la recuperación de una posesión que se ha perdido. Más, sin mengua de esta indiscutible dualidad sustancial, lo cierto es que el desenvolvimiento de este interdicto está sujeto a unas mismas normas básicas en la ley y que, por consiguiente, resulta muy conveniente examinarlas en conjunto, sin perjuicio de hacer las necesarias distinciones, en cada momento en que la dualidad de fondo repercute en una diferencia externa de interés". (37)

Al respecto dice *Manresa* que:

"El interdicto de retener nace del hecho de haber sido perturbado en la posesión o tenencia de la cosa el que la tenga de hecho, por actos de un tercero que manifiesten la intención de inquietarle y despojarle, pero sin realizar el despojo; y su objeto y efectos son obtener de la autoridad judicial que le ampare y le mantenga en la posesión, con los requerimientos oportunos al perturbador para que no le moleste en lo sucesivo. Y el de recobrar, nace del hecho consumado del despojo siendo su objeto y efectos que la autoridad judicial reponga o reintegre en la posesión natural o tenencia de la cosa al que ha sido despojado de ella, condenando al despojante al pago de las costas, daños y perjuicios, y devolución de los frutos que hubiere percibido. Son pues dos hechos distintos, que producen diferentes acciones, que no pueden confundirse, aunque ambas se refieran a la posesión y se les sujete a un mismo procedimiento. El que hubiere sido inquietado o perturbado en la posesión no puede utilizar el interdicto de recobrar, así como el que ha sido despojado, no puede utilizar el de retener" (38)

(36) Sentencia de 27 de enero de 1954, Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Valencia.

(37) *Guasp*, (Jaime) "Derecho Procesal Civil". T-II, Instituto de Estudios Políticos, III Edición, Madrid, 1968, p. 436.

(38) En, *Sentías*, Op. Cit, p. II-3-2.

En este punto vale la pena comentar que en nuestro país, aun estando bien diferenciados ambos interdictos muchos jueces cometen el error de declarar procedentes los dos interdictos a la vez. Así tenemos la resolución de las 15 horas del 8 de mayo de 1981 del Juzgado Civil de San Carlos donde expresamente se dice

'En mérito de lo expuesto y leyes citadas, se declaran sin lugar, las excepciones de falta de derecho y falta de legitimación activa y pasiva, opuestas por el demandado a la acción y se declara con lugar, la presente demanda interdictal de AMPARO de POSESION y RESTITUCION ()' (39)

Sin embargo, debe quedar bien claro que esos interdictos son excluyentes. O hay un interdicto de amparo de posesión o hay uno de restitución.

Haciendo un comentario a los artículos 660 y 664 (CPC) dice don *Alberto Brenes* que 'para ser amparado no se necesita que se haya causado, o se este causando, daño o perjuicio inmediato es suficiente que los actos ejecutados *inquieran* al reclamante en la pacífica tenencia de la cosa. (40)

Más adelante y refiriéndose al interdicto de restitución escribe que "de todos los ataques a la posesión el más grave es, sin duda alguna, el que trae consigo el *desposeimiento* de la cosa" (41)

Tenemos entonces que la restitución corresponde al despojo, el amparo a la inquietación, así nos dice *Hernández-Gil*

'El interdicto en la modalidad de retener tiene como presupuesto una perturbación posesoria consistente en la inquietación y la sentencia que de lugar a él impondrá el mantenimiento en la posesión, mientras el interdicto en la modalidad de recobrar tiene como presupuesto la perturbación posesoria consistente en el despojo y la sentencia que de lugar a él ordenará la reposición en la posesión' (42)

Existe jurisprudencia que aplicando esta doctrina y como consecuencia de una correcta interpretación de las normas correspondientes, ha afirmado que:

'Siendo los interdictos de amparo de posesión, restitución y reposición de mojoneros tres interdictos que obedecen a situaciones fácticas distintas y producen consecuencias jurídicas diferentes, es un error técnico declarar su procedencia en forma conjunta, sino que con base en las probanzas recibidas, se acogerá el que procede" (43)

Para que exista despojo no es necesario que sea violento. "Que lo sea o no depende del concepto, amplio y flexible, o restringido en que se tome la violencia. En un significado estricto de violencia (...) se supone el acometimiento físico o la coacción moral. (...). Más flexiblemente entendida, hay violencia cuando se invade la esfera posesoria ajena contra la voluntad real o presunta del poseedor" (44)

(39) Resolución del Juzgado de San Carlos de las 15:00 horas del 8 de mayo de 1981.

(40) Brenes C., Op. Cit, p. 59.

(41) Ibidem, p. 62.

(42) Hernández-Gil, p. 700.

(43) 1977, T.S.C. Alajuela, No. 1477 de las 13:40 horas del 22 de diciembre. M.C.R.B. contra M.E.R.B

(44) Hernández-Gil. Op Cit, p 707

A continuación transcribimos extractos de dos sentencias que aceptan la procedencia del interdicto de restitución

"Es procedente el interdicto de despojo planteado por el actor ya que el demandado al hacer una edificación cercenó parte del terreno de propiedad de aquel, lo que se demuestra con los deslizamientos y desmoronamientos de tierra ocasionados en su finca" (45)

Y en otra resolución se dice:

"Si el demandado se introdujo al terreno poseído por el actor construyendo una cerca con lo cual lo despojó de parte del mismo, tal actuación da procedencia al interdicto de restitución planteado por el actor, por lo cual ha de obligarse a restituirle en la posesión de la faja que se le desposeyó, así como quitar la cerca que construyó". (46)

Por otro lado la inquietación no implica una privación de la posesión; quien es perturbado por actos de inquietación conserva la misma posesión que, sin embargo, se ve alterada.

"Como inquietación ha de considerarse toda conducta, que sin contar con la voluntad del poseedor o contradiciéndola, supone una invasión o amenaza de invasión de la esfera posesoria, que sin llegar a la privación de la posesión, pone en duda la misma e impide o dificulta su libre ejercicio tal y como venía realizándose antes de la inquietación" (47)

Dice nuestra jurisprudencia:

"Para que proceda un interdicto de amparo de la posesión, se requiere que los actos ejecutados tiendan a despojar al poseedor, o que indiquen pretensiones contrarias a su posesión; los actos que aunque perturbadores, no estén en ese caso, serán posible motivo de reclamos civiles o criminales, pero no autorizan el amparo de posesión". (48)

"Si de las pruebas evacuadas en autos no se infiere que el demandado haya tratado de inquietar al actor en la posesión de un inmueble (.) el interdicto de amparo de posesión no es procedente" (49)

"Si los actores usaban el callejón que atravesaba la finca como vía de salida a la calle pública, y este les fue cerrado por el demandado, se les perturbó visiblemente en esa posesión o uso, (...) y por ello es procedente declarar con lugar el interdicto de amparo de posesión incoado" (50)

En cuanto a las pruebas es necesario apuntar que al actor solo corresponderá probar la posesión del inmueble y los actos lesivos de esa posesión. Una vez probados estos, corresponderá dar lugar al interdicto, ya que ellos son los únicos requisitos necesarios para que el amparo de posesión sea procedente.

(45) 1976. T.S.C., No. 1130 de las 9:15 horas del 15 de diciembre.

(46) 1976. T.S.C., No. 254 de las 8:30 horas del 25 de octubre.

(47) Hernández-Gil, Op. Cit, p. 713.

(48) 1976, T.S.C. Alajuela, No. 392, de 16:32 horas del 12 de abril.

(49) 1976. T.S.C., No. 664 de las 9:00 horas del 11 de agosto

(50) 1977. T.S.C., No. 507 de las 9:15 horas del 15 de julio

B. INTERDICTO DE REPOSICION DE MOJONES

Dice el Artículo 667 CPC que el interdicto de amojonamiento tiene lugar en toda alteración de límites entre heredades, cuando se ha hecho, ya arrancando las vallas y poniéndolas en lugar distinto del que tenían, ya haciéndose una nueva cerca y colocándola en lugar que no le corresponde.

Este interdicto es visto por la doctrina como un caso específico del interdicto de restitución de la posesión y que goza de las mismas características que antes hemos enunciado.

Sin embargo, se dan dos casos en que pudiendo caber este interdicto, no parecen ser acciones tendientes a proteger la posesión. Son ellos:

- Cuando en una coposesión de una copropiedad se va a dividir el inmueble y los mojones son colocados en lugar diferente al interés de uno de los coposeedores. En esta situación no se está restituyendo la posesión, pues se tenía por ambos, pero sí cabría el interdicto de reposición de mojones.
- Cuando en una propiedad poseída por un tercero en nombre ajeno, éste va a poner los mojones o construir cerca para entregar el inmueble al propietario, y el propietario cree que la cerca lo está perjudicando si se tiende por ese lindero. Aquí, tampoco habría restitución de la posesión, ya que ésta no se tenía, pero sí podría pedirse una reposición de mojones.

En estos casos más que una acción posesoria parece más bien una acción del propietario.

C. INTERDICTO DE OBRA RUINOSA O DE DERRIBO

Cabe el interdicto de derribo en los casos en que "el mal estado de un edificio, construcción o árbol, amenace la propiedad ajena, o a los simples transeúntes". (51)

Nos dice Guasp "que solo con grandes reservas puede admitirse que se trate de un interdicto (posesorio) auténtico, pues ello obliga a entender que aquí se trata de proteger la "posesión" de las personas que puedan experimentar daño por la caída de un objeto o el estado ruinoso de una obra". (52)

Nuestros tribunales han resuelto que:

"El interdicto de derribo, o de obra vieja como lo llama la doctrina jurídica, no es propiamente un interdicto ni una acción posesoria, sino más bien proceso sumario mediante el cual se obtienen las medidas precautorias necesarias para evitar que una obra ruinosa cause perjuicios; tanto es así, que el fin primordial que persigue la citada acción es adoptar las medidas urgentes para evitar que se produzcan los daños, así como obtener la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso" (53)

La legitimación activa existe para cualquiera, pues todos "tienen derecho para demandar se hagan los trabajos o se tomen las providencias necesarias para impedir el daño que

(51) Brenes C., Op. Cit, p. 60.

(52) Guasp, Op. Cit, p. 450.

(53) 1976. T.S.C No. 1127 de las 8:30 horas del 15 de diciembre

podiera ocurrir y aun para que se proceda a la destrucción del objeto que se halla en estado ruinoso" (54)

D. INTERDICTO DE OBRA NUEVA

El interdicto de obra nueva se caracteriza por constituir o integrar un procedimiento destinado exclusivamente a preservar la propiedad, posesión u otro derecho real (generalmente servidumbres), contra posibles perjuicios, inconvenientes y molestias producidos por actos u omisiones cometidos por el demandado sobre cosa propia o ajena —no del demandante— repercutibles en la expresa propiedad, posesión o derecho real, mediante la suspensión provisional de aquellos actos u omisiones que los interesados podrán definitivamente discutir en proceso posterior adecuado" (55)

Así lo estipula también nuestro Código Civil (CC) cuando en su artículo 310 expresa que si la amenaza de los derechos del propietario o poseedor, proviniera de cualquier obra nueva que alguien comience se hará suspender la obra nueva. (v. art. 672 CPC).

A pesar de ello, podría autorizarse la continuación de la obra, si el demandado garantiza, en forma adecuada, la demolición de la obra, si se declara justa la denuncia (56)

Nos dice *Sentías* que "podrá solicitar el dueño de la obra que se le autorice para continuarla, por seguirse graves perjuicios de la suspensión, obligándose a prestar fianza para responder de la demolición y de la indemnización de perjuicios si a ello fuere condenado" (57)

Este principio está positivizado en el artículo 674 del CPC, el cual dice que si la continuación de la obra apenas ocasionare leve daño y el que la ejecuta rindiere fianza de demolerla si se declara en la sentencia del interdicto justa la denuncia, puede el Juez autorizar su continuación.

De todas maneras "el derecho fundamental a continuar la obra o impedirla no queda dirimido en el interdicto, sino diferido a un juicio declarativo ulterior, por lo mismo que en este proceso no se obtiene una declaración con fuerza de cosa juzgada material" (58)

Por ello, estipula el artículo 312 CC que en caso de obra nueva puesta en suspenso, los interesados deberán ventilar sus derechos en juicio ordinario; y en éste, el juez puede, según las circunstancias y conciliando los intereses de las partes y del público, o decretar la demolición de la obra, o permitir que se mantenga y concluya con obligación de indemnizar daños y perjuicios.

El fin perseguido "tanto por la parte como el propio instituto procesal, es que se suspendan determinadas obras, que no sigan adelante. Sin perjuicio de que a posteriori las razones que apoyan al demandante en su pretensión sean estudiadas por el Juez, con el efecto consiguiente respecto a la orden suspensiva". (59)

Para que se de lugar al interdicto de obra nueva "basta con que se de la razón jurídico material que el interdicto viene a proteger, es decir, que existan unas obras de construcción que se entienden perjudican la posesión que el actor venía gozando" (60)

De ahí que sean tres los requisitos fundamentales. (61)

(54) Brenes C., Op. Cit, pp. 60-61.

(55) *Sentías*, Op. Cit, pp. II-4-1.

(56) *Sentías*, Op. Cit, pp. II-4-33.

(57) Brenes C., Op. Cit, p. 60.

(58) Guasp, Op. Cit, p. 448.

(59) De Diego Lora, (Carmelo), "La posesión y los procesos posesorios" Ediciones Rialp S. A., Madrid, 1962, VI, p. 242.

(60) *Ibidem*, VII, p. 21.

(61) *Sentías*, Op. Cit, pp. II-4-10.

- 1 Que se realice una construcción material que ocasione un cambio en el estado presente de las cosas.
- 2 Que con dicha operación se perjudique moleste o se origine algún inconveniente a la posesión, propiedad o derecho real del autor
3. Que dicha construcción material no esté terminada al formular el interdicto, ya que en caso contrario, por no tener finalidad práctica alguna, sería improcedente

“Por obra nueva debe y tiene que entenderse no solo la que se edifica enteramente de nuevo, sino también la que se hace sobre cimientos, muros o edificación antigua, dándole más extensión o elevación, o variando la forma que antes tenía”. (62)

Se señala también que ha de ser obra de un hombre, pues si la innovación viene de eventos accidentales en los que no interviene la obra directa o indirecta del hombre, no puede darse esta acción de denuncia. (63)

La posesión debe ser protegida y si esta es perjudicada por una obra nueva, cabrá este interdicto, así se ha dicho que:

“Si está probado que la parte demandada sin haber siquiera obtenido el correspondiente permiso de construcción por parte de la Municipalidad, que es de rigor legal, sin planos, ni la dirección de un profesional, inició la edificación de una pared nueva, en el lindero de su propiedad que colinda con la casa del actor, resultando de tales trabajos enormes daños en la vivienda del demandante, en la especie procede el interdicto de obra nueva” (64)

Pero es necesario tener en cuenta que “este perjuicio no tiene que estar necesariamente actualizado para que el interdicto proceda, bastará que se de en potencia. Si hubiera que esperar a que la lesión se produzca para que el interdicto de obra nueva se ponga en movimiento, se perdería el principal interés que la suspensión aneja al interdicto proporciona: evitar en lo posible el perjuicio que supone la obra”. (65)

Así lo han entendido nuestros tribunales cuando dicen:

“Si la parte demandada al iniciar los trabajos para levantar la edificación que pretende, procedió a la remoción de tierras, poniendo en peligro la estabilidad del terreno poseído por la actora, lo procedente en esas condiciones jurídicas, es declarar con lugar el interdicto de obra interpuesto”. (66)

El tercer requisito es que la obra no haya sido terminada, debido a la falta de interés que ese hecho conlleva; veamos que ha dicho la jurisprudencia.

“Si el interdicto de suspensión de obra nueva fue presentado mucho tiempo después de haberse levantado y concluido la construcción por parte del demandado, tal interdicto es a todas luces improcedente, ya que como lo dice un tratadista, el reclamo es ineficaz si la obra está terminada o próxima a terminarse,

(62) Ibidem, pp. 11-4-10.

(63) De Diego Lora, Op. Cit, VII, p. 24.

(64) 1978. T.S.C., No. 256 de 8:30 horas del 7 de abril.

(65) De Diego Lora, Op. Cit, T-II, p. 35.

(66) 1978. T.S.C. No. 334 de las 8:50 horas del 26 de abril.

al promoverse el interdicto, debiendo entonces descubrirse el punto en juicio declarativo" (67)

Póngase atención al hecho de que se declara improcedente, aún no estando terminada, en los casos en que su finalización está próxima:

"No es procedente acoger el interdicto de obra nueva planteado por el actor, por cuanto al momento de formularlo, la obra estaba próxima a terminarse, debiendo entonces discutirse el punto en juicio declarativo". (68)

En cuanto a la legitimación activa, de *Diego Lora* nos dice que estará legitimado todo poseedor perjudicado por una obra en vías de ejecución. (60) La jurisprudencia española sostiene que "solo puede accionar con éxito (...) quien tenga motivos para temer que la obra denunciada pueda derivar algún daño para la cosa o derecho por él poseídas". (70)

Nuestra legislación dice en el artículo 672 CPC que la demanda puede ser presentada por aquel cuyos derechos perjudique la obra nueva. Y además el artículo 311 del CC añade que cuando la obra nueva pueda perjudicar alguna cosa pública o sea una amenaza para los transeúntes, cualquiera que tenga interés puede constituirse demandante como si se tratara de defender su propiedad o posesión.

Respecto a la legitimación pasiva la tendrá todo aquél que por efectuar la obra, ya en terreno de su propiedad, ya en terreno de otro, que no sea del demandante, causa con ella un perjuicio o daño a la propiedad, posesión o derecho real de un tercero" (71)

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, diciendo:

"Si la parte demandada en el presente interdicto de obra nueva no es propietaria ni poseedora del terreno donde se levanta la obra nueva, ni tampoco ordenó la edificación de la misma, no hay razón alguna para demandarla, y por ello es procedente la defensa de falta de legitimatio ad causam pasiva interpuesta y el rechazo del interdicto". (72)

Y más adelante dice:

"Si quien está legitimado pasivamente en un interdicto de obra nueva es quien mandó construir la obra y siempre y cuando sea poseedor del inmueble donde se construye la edificación, el interdicto y el auto que ordena la suspensión interlocutoria de la obra debe notificarse al dueño de la misma". (73)

En consecuencia tenemos que la legitimación pasiva en nuestro país recae en el propietario o poseedor que manda a construir la obra nueva.

IV—CARACTER POSESORIO DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA

Entre las grandes controversias que giran alrededor de los interdictos se encuentra la

(67) 1976. T.S.C. No. 664 de las 9:00 horas del 11 de agosto.

(68) 1976. T.S.C., No. 870 de las 10:00 horas del 29 de setiembre.

(69) De *Diego Lora*, Op, Cit, T-II, p. 146.

(70) 6 de febrero de 1959, Audiencia de cáceres

(71) *Sentías*, Op. Cit, pp. 11-4-26.

(72) 1976. T.S.C. No. 891 de las 9:30 horas del 6 de octubre.

(73) *Ibid*.

discusión para determinar si en realidad el interdicto de obra de nueva es un interdicto posesorio

Albaladejo nos dice que "los llamados interdictos de obra nueva y de obra ruinosa no son especiales acciones posesorias (...) Se conceden, no solo a poseedores de cosas o derechos a que afecte la obra nueva o pueda afectar la ruina, sino a interesados no poseedores (art. 311 CC); pero ciertamente que, a veces, pueden servir de medios de defensa de la posesión en sí: por ejemplo, el que posee una servidumbre sobre el predio vecino que prohíbe edificar al dueño de este, defiende dicha posesión impidiendo la continuación de la edificación" (74)

Por su parte *De Diego Lora* sostiene que lo que se protege siempre es la posesión y su normal disfrute; aunque acepta que los de retener y recobrar son los "más genuinamente posesorios" (75)

Prieto-Castro afirma que "solamente son procesos posesorios en sentido estricto los llamados de retener o recobrar, ya que protegen exclusivamente la posesión y precisamente tenida en la actualidad (...) Y contrariamente los interdictos de obra nueva y de obra ruinosa, en primer lugar no protegen con exclusividad ni directamente la posesión, persiguiendo, además, una finalidad aseguratoria que no es exclusiva de la jurisdicción ni reclama siempre un proceso". (76)

Jaime Guasp comenta que los llamados interdictos de obra nueva tienen una naturaleza verdaderamente posesoria muy discutible, y luego expresa que "su carácter posesorio puede derivarse del hecho de que la obra nueva perturba la posesión de la persona que promueve el interdicto. Pero como, en realidad, sería excesivo afirmar que se está en posesión de la situación a que afectan obras que otras personas puedan verificar, incluso dentro de su propio terreno, hay que ver aquí, como en el interdicto de obra ruinosa, un proceso especial que solo muy indirectamente puede concebirse como afín a los interdictos verdaderos". (77)

Zacharie dice que si bien recibe una denominación particular, no difiere en nada de las obras acciones posesorias, y no puede ser subordinada a condiciones que no resultan de la naturaleza de las cosas. (78)

Por su parte *Hernández-Gil* sostiene que "los interdictos de retener (amparo) y de recobrar (restitución) son los propiamente posesorios, en sentido estricto, porque solo en ellos la posesión, y únicamente ella, es tutelada de un modo directo, por cuanto tienden al restablecimiento de la situación de hecho inmediatamente anterior al acto de perturbación, en tanto que en los demás interdictos la posesión no es protegido con exclusividad ni se atiende siempre a la pura situación de hecho" (79)

La jurisprudencia española ha dicho:

"Que el interdicto de obra nueva no es un interdicto exclusivamente posesorio porque no se trata de actos de perturbación o depajo realizados en la cosa que posee el demandante, sino de actos u omisiones que en cosa propia del demandado o en cosa de otra persona, realiza el demandado y que lastima la posesión u otro cualquier derecho del demandante". (80)

De igual forma afirman nuestros tribunales que:

(74) *Albaladejo*, Op. Cit, pp. 105-106.

(75) *De Diego Lora*, Op. Cit, T-I, pp. 206-207.

(76) En, *Hernández Gil*, Op. Cit, No. 7, p. 700.

(77) *Guasp*, Op. Cit, p. 446.

(78) En *Valiente*, Op. Cit, p. 149.

(79) *Hernández-Gil*, Op, Cit, p. 700.

(80) 19 de febrero de 1945, Audiencia T. de Granada.

"El interdicto de obra nueva o suspensión de obra no es una acción posesoria propiamente, porque no tiene por objeto inmediato, el amparo o la restitución de la posesión actual y del momento, sino más bien, hacer cesar la continuidad de la obra nueva y de los perjuicios que la misma pueda causar a otro en sus posesiones, poniéndola en suspenso para que las partes ocurran a la vía ordinaria o la que corresponda, a ventilar sus derechos" (81)

Por todas las razones arriba expuestas hemos de coincidir en que no se le puede dar un carácter estrictamente posesorio al interdicto de obra nueva.

CONCLUSIONES

Luego del estudio realizado podemos determinar varias conclusiones generales.

- En primer lugar comprobamos que el origen del interdicto de obra nueva, y de los interdictos en general, debe buscarse en el Derecho Romano. (De opinión diversa Don Alberto Brenes C., Op. Cit. p. 64).
- En segundo término, es importante hacer notar, que el único efecto práctico que tiene el interdicto de obra nueva es el de hacer suspender, de una manera rápida y eficaz, la continuación de una obra cuya construcción creemos que nos perjudica. Tal suspensión es, y así debe ser, transitoria ya que el derecho de continuarla o no ha de discutirse posteriormente en otro juicio de carácter declarativo. La importancia del procedimiento sumario deriva de la gran rapidez, con que en la actualidad, pueden ser concluidas grandes obras.
- Finalmente es necesario recalcar que, aunque en ciertas circunstancias podría suceder que el interdicto de obra nueva se configure como un proceso de protección posesoria, en realidad este interdicto no es en sentido estricto posesorio, ya que como lo sostiene la gran mayoría de la doctrina que ha sido acogida por nuestros tribunales, no tiene por objeto inmediato el retener o restituir la posesión e incluso pueden ser ejercitados por terceros no poseedores.

BIBLIOGRAFIA

1. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Librería Bosh. Barcelona, 1977.
2. ARIAS RAMOS, José. *Derecho Romano*. Ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1969.
3. ARU y ORESTANO. *Sinopsis de Derecho Romano*. Epesa. Madrid, 1964.
4. BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Editorial Revs. Madrid, 1965.
5. BRAVO y BIALOSTOSKY. *Compendio de Derecho Romano*. Editorial Pax-México. México, 1970.
6. BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de los Bienes*. Tipografía Nacional. San José, 1906.
7. CUENÇA, Humberto. *Proceso Civil Romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América Buenos Aires, 1957.

(81) 1979. T. S. C., No. 851 de las 9:40 horas del 19 de setiembre.

8. DE DIEGO LORA, Carmelo. *La posesión y los procesos posesorios*. Ediciones Rialp S. A. Madrid, 1962.
9. GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968.
10. HERNANDEZ-GIL, Antonio. *La Posesión*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1980.
11. JORS y KUNKEL. *Derecho Privado Romano*. Editorial Labor S.A. Madrid, 1966.
12. KASER, Max. *Derecho Romano Privado*. Editorial Reus. Madrid, 1968.
13. PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional S.A. México, 1952.
14. ROTONDI, Mario. *Instituciones de Derecho Privado*. Editorial Labor. Barcelona, 1953.
15. SENTIAS, César. *Tratado Práctico de Interdictos*. Editorial Nereo. Barcelona, 1962.
16. VALIENTE, Luis. *Derechos Reales*. Editorial Roque de Palma. Buenos Aires, 1958.

JURISPRUDENCIA

- 1978 T.S.C., No. 1216, 14:50 hs, 5 diciembre.
 1978. T.S.C., No. 848, 8:10 hs, 12 de setiembre.
 1954. Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Valencia, 27 de enero.
 1981. Juzgado de San Carlos, 15:00 hs, 8 de marzo.
 1977. T.S.C., Alajuela, No. 1477, 13:40 hs, 22 de diciembre.
 1976. T.S.C., No. 1130, 9:15 hs, 15 diciembre
 1976. T.S.C. No. 254, 8:30 hs, 25 octubre
 1976. T.S.C., Alajuela, No. 392, 16:32 hs, 12 abril.
 1976. T.S.C., No. 664, 9 hs, 11 de agosto
 1977. T.S.C., No. 507, 9:15 hs, 15 de julio.
 1976. T.S. C., No. 1127, 8:30 hs, 15 de diciembre.
 1978. T. S. C., No. 256, 8:30 hs, 7 de abril
 1978. T. S. C., No. 334, 8:50 hs, 26 de abril
 1976. T. S. C., No. 870, 10:00 hs, 29 de setiembre.
 1976. T. S. C., No. 891, 9:30 hs, 6 de octubre.
 1945. Audiencia Territorial de Granada, 28 de febrero
 1979. T. S. C., No. 851, 9:40 hs, 19 de setiembre.

COMPENSACION – CONFUSION – REMISION

*Trabajo presentado a la Profesora Dinia Rojas
Cátedra de obligaciones
por Fernando Cubero, Víctor Rodríguez Rescia
III Año 1984*

INTRODUCCION

Dentro de las formas de extinción de las obligaciones la doctrina suele señalar a la compensación, a la confusión y a la remisión, como figuras jurídicas mediante las cuales se extingue una obligación por circunstancias ajenas a la misma.

En éste análisis, nuestra pretensión no es en el sentido de estudiarlas en forma separada, sino delinear en cada situación sus matices más relevantes, tales como su definición, naturaleza jurídica, distintas formas de extinción y reafirmar aquellos aspectos en los cuales existe divergencia doctrinaria, o bien, los casos en que nuestra jurisprudencia ha vertido su opinión.

Principiamos nuestro análisis refiriéndonos en un primer capítulo al tema de la compensación como circunstancia a través de la cual opera la extinción de un derecho personal. Nos preocupamos por definirla haciendo referencia a los requisitos que se deben dar para que ella opere y distinguiendo las diversas modalidades que asume, ya sea facultativa, judicial o legal.

En un segundo punto, analizamos la figura de la remisión, también llamada condonación por la doctrina. En ella, además de referirnos a su concepto, requisitos y clases, nos extendemos con respecto a su naturaleza jurídica. Con respecto a este punto, existe una polémica en doctrina al ser considerada la remisión por unos, como una convención y por otros, como un acto de voluntad unilateral, distinción que es de capital importancia por cuanto si asumimos que la remisión tiene una naturaleza convencional, llegamos a asimilarla a la donación y eventualmente a confundirla, como lo hace Brenes Córdoba.

En un último apartado analizamos la figura de la confusión, definiéndola, distinguiendo tal supuesto de extinción de la compensación, estudiando su fundamento y la clasificación que de la figura se hace.

Dentro de los contenidos de los diversos capítulos incluimos la jurisprudencia existente; sin embargo, es importante mencionar que en algunos aspectos no se encuentran resoluciones judiciales, probablemente por no haberse planteado algún asunto relacionado con el tema.

CAPITULO I

COMPENSACION

1.1 CONCEPTO

En una específica obligación, el que adeuda dinero u otra cosa determinada conforme a un género puede, en caso de tener contra su acreedor un crédito vencido y de la misma clase, liquidar su deuda compensándola con su crédito. El acreedor, aquel frente al que se alega la compensación, queda de esta forma pagado aunque no reciba la contraprestación que se le adeudaba, ya que mediante ella queda liberado frente al compensante de su deber de prestación.

Ospina nos define la compensación como ...“un modo de extinguir las obligaciones recíprocas entre dos personas, que evita un doble pago entre éstas. Tiene cabida siempre que cada una de dichas personas es a la vez acreedora y deudora de cosas de género iguales y por ello fungibles e intercambiables entre sí.” (1)

Asimismo, es necesario que las obligaciones sean líquidas y exigibles. Así lo ha manifestado reiteradamente nuestra jurisprudencia al afirmar que:

“para que la compensación pueda producirse es necesario que las deudas contrapuestas sean líquidas y exigibles...” (2)

También, las obligaciones deben ser equivalentes, de suerte que se equilibren; que una “pese” tanto como la otra. (3) No obstante, no es necesario que ambas deudas sean numéricamente iguales, puesto que la compensación puede efectuarse hasta donde alcance el monto de la más pequeña; de tal modo que ambos créditos queden compensados, naturalmente hasta la cantidad concurrente. (4)

La posibilidad de la compensación, le ofrece una doble ventaja al que la opone: la de poder cancelar su obligación en la forma indicada ahorrándose la prestación debida; y la de proporcionarse una satisfacción para su crédito cuando la realización de aquel en otro caso, quizá a causa de la dudosa solvencia de la otra parte, fuera incierta. Esta doble ventaja es concedida por la ley solo concurriendo ciertos presupuestos para poder exigir la compensación a la otra parte. En otras palabras, cada una de las partes de la compensación (que son recíprocamente acreedoras y deudoras) tiene derecho a imponer a la otra la compensación por medio de una declaración unilateral constitutiva. Pero al lado de esta compensación unilateral producida por declaración de una parte —según los principios de la libertad de contra-

-
- (1) OSPINA (Guillermo). Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, 1978. p. 452.
 - (2) Sentencia de Casación: 1963. Martín Boyton y otro vs. Ferrocarril Eléctrico al Pacífico. Número 96, 11 semestre, 11 tomo p. 591.
 - (3) BRENES COROIBA (Alberto). Tratado de las Obligaciones. Quinta edición. Editorial Juricentro. San José, 1984. p. 160.
 - (4) HEDEMANN J. W. Derecho de Obligaciones. Vol. III. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958. p. 197.

tación- también es posible que la contratación se produzca convencionalmente, es decir por un contrato de compensación. Larenz afirma que esta última posibilidad (contratación convencional) adquiere relieve en cuanto mediante ella puede haber compensación aunque no se den los presupuestos que la ley exige para la compensación por declaración unilateral” (5)

1.2 CLASES

A. FACULTATIVA:

Hay compensación facultativa cuando el obstáculo que impide la compensación legal es suprimido unilateralmente por aquél a quien favorece. (6)

Pueden considerarse incluidas dentro de este tipo, la compensación de una suma de dinero que el deudor hubiera depositado en poder de su acreedor, que a pesar de hallarse por la ley libre de compensación, aquél consintiera en que ésta se verificase, o bien, aquella compensación que se opera cuando una de las partes que goza de plazo para pagar, la renuncia; para obtener la extinción de las deudas.

Realmente de lo que se trata es de que el interesado pueda, mediante la eliminación del obstáculo, conseguir unilateralmente que concurren los requisitos de la compensación legal, que entonces tiene lugar.

B. CONVENCIONAL:

Es cuando, sin darse los requisitos exigidos por la ley, las partes pactan —al amparo del principio de la autonomía de la voluntad— la extinción recíproca de las obligaciones.

C. JUDICIAL:

Ocurre cuando, faltando inicialmente alguno de los requisitos de la compensación legal (la cual analizaremos seguidamente), el Juez falla que se contrarresten la prestación del actor y alguna alegación del demandado.

Esto es frecuente en los casos en que hay un crédito líquido al comenzar el juicio, y otro cuya existencia y cuantía se fija en el fallo; haciéndolo líquido a partir de éste. Al igual que en la compensación facultativa, lo que existe es una supresión de un obstáculo que impide que se opere la compensación legal, de ahí que algunos como Albaladejo, (7) opinen que estos tres tipos de compensación, no son más que tres caminos para conseguir que las obligaciones reúnan los requisitos para que se produzca la compensación legal.

D. COMPENSACION LEGAL:

Es el tipo de compensación con mayor importancia; y la que ocurre con mayor frecuencia. Es la que opera de “pleno derecho”, tal y como reza al inicio el artículo 809 de nuestro Código Civil; independientemente de la voluntad de las partes y de toda declaratoria que hagan los tribunales de justicia; siempre que concurren las condiciones que la ley determina al efecto. (8)

(5) LARENZ (Karl). Derecho de Obligaciones. Tomo 1. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958. p. 427.

(6) ALBALADEJO (Manuel) Derecho Civil. Vol. 1 Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona 1974 p. 326.

(7) ALBALADEJO (Manuel) Op. cit, p. 316.

(8) BRENES CORDOBA (Alberto) Op. cit, p. 160.

Los requisitos que estudiaremos seguidamente, operan precisamente para la compensación legal.

1.3 REQUISITOS

A. RECIPROCIDAD DE CREDITOS

El acreedor de un crédito ha de ser deudor del otro y viceversa. El que no es deudor de la otra parte, no puede compensar su crédito a no ser que esté facultado para liquidar de ésta forma una deuda ajena. El crédito opuesto ha de pertenecer a su propio acreedor no a un tercero. Por ello el deudor no puede compensar el crédito que tenga contra un heredero o consocio cuando el crédito corresponda a varios coherederos o socios en virtud del principio de mancomunidad (9).

Asimismo, el marido no puede invocar un crédito de su mujer para liberarse, mediante su compensación, de una deuda propia. Cabe, empero, la posibilidad de que la mujer realice en este caso una cesión del crédito a favor del marido.

Respecto a la reciprocidad de deudas como requisito para la compensación, nuestros jueces han sido tajantes al manifestar que:

“... para que se opere la compensación legal de deudas, se hace necesario que existan dos personas que *sean recíprocamente deudoras y acreedoras de prestaciones* líquidas y exigibles (10); la misma no pudo operarse en el presente caso, por haber presentado la actora prematuramente la demanda, toda vez que cuando lo hizo, el crédito que ella pudo tener a cargo del demandado, aunque reconocida en primera instancia, desapareció al ser revocada por la Sala la sentencia en que, entre otras cosas, se le imponía el pago de daños y perjuicios al accionado, de manera que, *desaparecida una de las deudas*, la compensación no puede operarse.” (11)

B. HOMOGENEIDAD DEL OBJETO

Las prestaciones recíprocamente adeudadas han de ser de la misma clase, es decir, de la misma calidad o condición. Esta nota se refiere principalmente a las obligaciones de dinero y también a las genéricas cuando se trate de cosas del mismo género. Así pues, el objeto de ambas obligaciones debe ser fungible. Por esta razón es que pensamos, al igual que Ospina (12) que las obligaciones de hacer o de no hacer no son compensables.

“Para que la compensación opere, es necesario que, haya obligaciones contrapuestas en los sujetos de la relación jurídica, que sean líquidas y exigibles y que consistan en cantidades de dinero de cosas fungibles de la misma especie y calidad” (13)

Es pertinente señalar, que las cosas determinadas únicamente en su especie no son compensables con otras, que si bien de la misma especie, están determinadas en su individualidad; pero si las cosas que se deben recíprocamente son determinadas en su especie, pero no en su individualidad, la compensación sí es factible.

(9) LARENZ (Karl) Op. cit. p. 128.

(10) Subrayado por exponentes.

(11) Sentencia No. 353 de las 9:10 horas del 29 de setiembre de 1978. Sala Primera Civil. Ordinario sobre compensación de deudas.

(12) OSPINA (Guillermo). Op. cit., p. 455.

(13) Sentencia No. 72 de la Sala de Casación. 11 semestre. 1954. 1 tomo p. 63.

C EXISTENCIA Y EXIGIBILIDAD DE LOS CREDITOS

El crédito compensado por la parte que pide la compensación ha de ser plenamente válido y exigible. Además, el que reclama la compensación ha de estar facultado para exigir actualmente la prestación; por tanto su crédito debe estar vencido. Por su parte, el crédito frente al cual se alega la compensación, debe existir en todo caso, porque de otro modo, el reclamante de la compensación carecería de la cualidad de deudor.

Al respecto nuestros Tribunales han afirmado que:

“La compensación se opera desde el instante en que concurren las circunstancias que la hacen nacer pero es preciso que ambas deudas sean líquidas y exigibles”
(14)

La liquidez significa que su cuantía debe estar determinada o que existan los criterios para determinarla. (15)

En cuanto a la exigibilidad, tenemos que el que aún no puede exigir su crédito, no puede tampoco compensarlo. Igualmente, el que posee un crédito al que le puede ser opuesta una excepción, es decir, un crédito no exigible, no puede alegarlo como crédito a compensar. (16)

Una excepción interesante nos la da Hedemann, y es el caso de los créditos prescritos, que a pesar de estar gravados con la excepción de prescripción pueden ser utilizados para la compensación siempre que ésta haya sobrevenido con anterioridad a la prescripción.

La no existencia del crédito a compensar, reiteramos una vez más, hace ineficaz la compensación, y el crédito del que la pide no queda entonces consumido. De ahí que “no puede haber compensación con una deuda que no ha llegado a nacer” (17)

4. REQUISITOS DE FORMA

Declaración de la compensación:

La compensación se efectúa mediante declaración dirigida a la otra parte, declaración que al igual que en los negocios unilaterales, no puede ser sometida ni a condición ni a plazo jurídico. La declaración implica un acto de liquidación y como se trata de un negocio jurídico que reporta al declarante no solamente beneficios —ya que mediante ella pierde su crédito—, la persona con capacidad negocial limitada necesita la aprobación de su representante legal.

Esta declaración de compensación puede ser hecha también en el proceso.

“en este caso casi siempre se tratará de la llamada compensación eventual”, (18) es decir, que el demandado en el proceso para cumplir una prestación discute en primer lugar su obligación, y solo con carácter subsidiario manifiesta que opone la compensación de un crédito vencido que le corresponde contra el demandante.

5. CASOS QUE EXCLUYEN LA COMPENSACION

A pesar de concurrir los requisitos expuestos, la compensación no tiene lugar:

1. Contra un crédito procedente de un acto ilícito o doloso.

(14) Sentencia de Casación de las 10:30 horas del 2 de julio de 1946. 11 semestre. 1 tomo. p. 509.

(15) OSPINA (Guillermo). Op. cit, p. 457

(16) HEDEMANN J. W. Op. cit. p. 198.

(17) Sentencia de Casación de las 10:30 hrs. del 2 de julio de 1946. 11 semestre. 1 tomo p. 509.

(18) LARENZ (Karl) Op. Cit, p. 432.

2. Contra un deudor cuya deuda sea inembargable, tal y como una pensión alimenticia (art. 808 Código Civil)
3. Cuando la compensación esté excluida por convención entre las partes. Tal acuerdo existirá cuando se haya prometido hacer el pago en efectivo. "en caso de duda se entenderá existe esta convención cuando se acordó que la prestación debería efectuarse en determinado tiempo y lugar" (19)
4. Por renuncia de una de las partes (inc. 1o. art. 808).
5. Cuando perjudique derechos adquiridos por terceros (inc. 5 art. 808).
6. Cuando la deuda consistiere en una cosa de que el propietario ha sido despojado injustamente.
7. Por lo demás, caben convenios privados para excluir la compensación ("pactum de nom compensando").

CAPITULO II

REMISION

2-1 CONCEPTO

La doctrina es unánime al considerar a la remisión como la renuncia de un derecho de crédito y que por ende, se puede conceptualizar como una forma de extinción de las obligaciones. Sin embargo, se suelen dar discrepancias tanto a nivel doctrinario, como a nivel legislativo, con respecto a su naturaleza jurídica e incluso, con respecto al ánimo que debe tener el acreedor a la hora de remitir la deuda.

Una aceptable definición de la remisión nos la brinda Guillermo Ospina al afirmar que es:

"...un modo de extinguir las obligaciones, que consiste en el perdón que de la deuda le hace el acreedor al deudor. Este tiene que dar, hacer o no hacer algo en provecho de aquél, quien en un momento dado, con ánimo de beneficencia, libera a su deudor de la prestación debida." (20)

La remisión, renuncia, perdón o condonación —formas como suele llamarla la doctrina— es definida por Espín Canovas, haciendo incapié en el ánimo que pueda darse en el acreedor como:

"La renuncia del derecho de crédito hecho por su titular sin contraprestación alguna y normalmente con ánimo de liberalidad, pero en todo caso, mediante los requisitos legales y que produce la extinción de la obligación y la consiguiente liberación del deudor". (21)

También resulta válido el afirmar que la remisión puede no ser total con respecto a la prestación pudiendo ser el perdón parcial de la deuda.

Algunos autores suelen distinguir la remisión de otras figuras semejantes como la donación o el pactum de nom pretendo. Con respecto a la primera, la doctrina tomando en cuenta las diversas regulaciones legislativas, no es unánime a la hora de diferenciarla de la remisión. Así hay quienes sostienen determinada posición con respecto a la naturaleza jurídica de la remisión que dicen que mientras ésta debe considerarse un acto unilateral, la donación tiene como fundamento un convenio. Para nuestra realidad legislativa es importante re-

(19) LARENZ (Karl) Op. cit. p. 432.

(20) OSPINA (Guillermo). Op. cit. p. 475.

(21) Citado por: RODRIGUEZ (Lino). Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. p. 515.

señalar que el artículo 821 del Código Civil indica que la remisión “estará sometida en cuanto al fondo, a las reglas de la donación, pero no en cuanto a la forma” Tal precepto lleva a Brenes Córdoba a considerar a la remisión como una clase de donación, solo con la característica de que ésta no requiere ser escrita como forma ad solennitatem para su validez (artículo 1397 Código Civil). En realidad la distinción entre una u otra figura se centra en la naturaleza jurídica que se le asigne; así, si consideramos a la remisión un acto unilateral del acreedor que no requiere de aceptación del deudor, podemos con base en ello diferenciarla de la donación, si la consideramos un convenio se tenderá a asimilarla a la donación. Al respecto nuestra jurisprudencia a declarado que:

“En cuanto al fondo, los preceptos jurídicos que rigen las donaciones son aplicables a la remisión, como que ésta es la renuncia gratuita que el acreedor hace a favor del deudor, y de este principio se desprende que la remisión debe ser considerada, no como simple acto jurídico, sino como un contrato Unilateral” (22)

En otra ocasión, ha manifestado que:

“La renuncia de un derecho es la remisión o condonación gratuita que hace el acreedor en favor del obligado de todo o parte de un crédito, es un acto de liberalidad por el cual quedan extinguidas las obligaciones con la naturaleza de un contrato unilateral que requiere por lo mismo la aceptación de la persona a quien favorece, sin la cual no surte efecto legal” (23)

En cuanto a la distinción entre remisión y el pacto o promesa hecha por el acreedor de no ejercitar el crédito, Larenz afirma que: “El deudor no queda liberado mediante ese pacto, sino que únicamente se le da la posibilidad de oponer una excepción al ejercicio del crédito. La obligación permanece susceptible de cumplimiento, pero el crédito no es realizable.” (24)

2-2 REQUISITOS

La remisión al consistir en la renuncia de un crédito, es lógico que estará sometida a las condiciones que rigen aquella en cuanto a la capacidad y legitimación del remitente. Así no podría remitir la deuda aquel acreedor inhábil para disponer de la cosa que es objeto de la prestación.

También se puede decir que para operarse válidamente la remisión, ésta debe versar sobre un crédito del cual se pueda legalmente renunciar. Así, por consiguiente no se podría renunciar de un crédito de carácter personal como es el crédito alimentario.

Otro requisito que se le señala a la remisión es que ésta debe estar impulsado por un animus donandi, o sea debe existir en el acreedor un espíritu de beneficencia a la hora de remitir la deuda, si lo que lo impulsa a perdonar la deuda es un ánimo de lucro, o bien la esperanza de obtener alguna otra cosa, no es posible hablar de la existencia de la remisión.

En relación a este requisito de la remisión, Albaladejo afirma que:

“...la remisión es un acto o título gratuito que lo somete a las reglas que rigen las donaciones, prototipo de actos gratuitos. Por otro lado no es concebible perdonar la deuda a cambio de algo. Pues se trataría de una confusión de conceptos..

(22) Sentencia de Casación de las 15:20 hrs. del 23 de mayo. 1 semestre. tomo único. p. 297.

(23) Sentencia de Casación No. 95. 11 semestre, tomo 11 p. 1894, año 1956.

(24) LARENZ (Karl). Op. cit. p. 439-440.

Si es pensable extinguir la deuda a cambio de algo (otra prestación o una promesa de prestación) Más cuando se extingue a cambio de algo, no se perdona; lo mismo que cuando se contrae obligación de transmitir la propiedad a cambio de un precio, no se dona" (25)

2-3. NATURALEZA

Es este un punto que suscita una gran controversia en la doctrina, pues las opiniones se centran entre aquellos que afirman que la remisión tiene una naturaleza contractual o convencional, lo cual hace que para su eficacia requiera la aceptación del deudor. Dentro de ésta posición se encuentra el Código español, alemán y costarricense (artículo 821 – 1399 – 1405), así como la opinión de tratadistas como Planiol, Castán Tobeñas, Von Thur, Brenes Córdoba. En este sentido Planiol y Valverde consideran que:

"... el acreedor mientras su voluntad es aislada, no puede hacer otra cosa que abstenerse de reclamar los derechos, una extinción anticipada (es decir anterior al momento de la prescripción) solo puede tener lugar por el acuerdo de voluntades". (26)

Por otra parte, otro importante sector de la doctrina considera que la remisión es un acto unilateral de voluntad proveniente del acreedor y que por consiguiente no requiere para su perfección el consentimiento del deudor. Dentro de ésta posición podemos señalar a Pothier, Ospina, Ruggiero y Colmo. Este último al expresar su opinión comenta que la remisión:

"es unilateral en el sentido de que basta la manifestación de voluntad del denunciante para que haya renuncia, sin necesidad de que ésta tenga que ser aceptada por nadie" (27)

Igualmente al dar las razones de por que considera la remisión como un acto unilateral, expone que no se ve la necesidad de tal aceptación pues lo único en juego es la situación del renunciante y no la del posible beneficiario; en caso de que el renunciante se incapacitara o falleciera después de su renuncia y antes de la aceptación de la misma, resultaría que por falta de tal aceptación deberá tenerse por no existente, lo que sería ir en contra de la intención del renunciante y del posible beneficiario. (28)

En nuestra opinión el considerar a la remisión como un acto unilateral es lo más acertado, puesto que si nuestro código acepta que un tercero pueda pagar, aún contra la voluntad del deudor y extinguir la deuda, no vemos el por qué sea necesario considerar que deba mediar, en el caso en que es el propio acreedor el que desee perdonar la deuda, el consentimiento del deudor, cuando es un acto que en nada lo perjudica, todo lo contrario; siempre habrá de beneficiarlo.

2-4. CLASES

A. LEGAL O EXTRAJUDICIAL

En la gran mayoría de los casos la remisión es extrajudicial, ello significa que no viene

(25) ALBALADEJO (Manuel). Op. cit., p. 305.

(26) Citado por: RODRIGUEZ (Lino) Op. cit. p. 518.

(27) COLMO (Alfredo). De las Obligaciones en general. Tercera edición. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1944. p. 589.

(28) Ibidem, pp. 589' 590.

impuesta por una norma legal, sin embargo existe un caso de excepción y es cuando se da una remisión en caso de concurso; en este supuesto la remisión que se hizo a favor de uno de los concursados operará legalmente a favor del resto de los concursados.

B EXPRESA O TACITA

La remisión tácita es aquella en la cual el acreedor realiza una declaración en el sentido de perdonar o liberar al deudor de la obligación. La tácita o presunta es aquella que deriva de la entrega por parte del acreedor o de aquel facultado por éste, de los documentos que forman los medios de prueba de la obligación. La remisión tácita es definida por Guillermo Ospina como aquella que se produce cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye, o cancela con ánimo de extinguir la deuda. (29)

En nuestro ordenamiento encontramos regulada la remisión tácita en el artículo 822 del Código Civil, al estipular que la realización de ésta se prueba por el "hecho de que el acreedor entregue al deudor el documento privado que sirve de título". Sin embargo, nuestra ley da una protección al acreedor cuando le brinda la posibilidad de eliminar esa presunción de que ha existido perdón de la deuda, si prueba que la entrega del documento fue un acto de mera confianza que no tenía por finalidad condonar la deuda, o que la entrega no la realizó él mismo o quien estaba facultado para ello.

A la remisión tácita se le asignan como requisitos: 1—Que se realice la entrega del título, el cual debe ser único y por lo tanto, de carácter privado y no público. Así, no existirá remisión si se entregara el testimonio de una escritura o la certificación de una resolución judicial; 2—La entrega del documento debe ser voluntaria; 3—Debe ser realizada por el acreedor o por quien se encuentre expresamente facultado para realizar la remisión. 4—Que la remisión deba ser hecha al deudor, concepto bajo el cual puede entenderse al codeudor o fiador. (30)

También es común distinguir a la remisión, en aquellos casos que no están sujetos a ningún plazo o condición y aquellos que están sujetos a la existencia de una condición o plazo impuesto por el acreedor. Igualmente se distingue entre remisión total o parcial dependiendo que el perdonar la deuda abarque la totalidad o parte del crédito.

2-5 EFECTOS

Con respecto al deudor principal es lógico el pensar que la remisión tiene como efecto liberarlo de la ejecución de la prestación, ya sea total o parcialmente, dependiendo de si la remisión es por toda la prestación o por una parte de ella.

Si la remisión se opera con respecto a los deudores solidarios, por aplicación del artículo 642, del Código Civil la ocurrida en beneficio de alguno de ellos ha de beneficiar a todos los demás, teniendo, sin embargo el acreedor la posibilidad de individualizar a los que desea remitir la deuda; en tal caso, la deuda se extingue con respecto a éstos, pero permanecerá proporcionalmente en relación a los demás codeudores no liberados por el acreedor.

La remisión que se opera en aquellas obligaciones garantizadas con fianza, cuando se da con respecto al deudor principal, trae como consecuencia jurídica el que se extinga la fianza de la obligación; ello en virtud de que desaparecida la cosa principal, se extingue la accesoria (artículo 824); sin embargo tal regla tiene su excepción en caso de concurso. Ahora bien, en el supuesto contrario, los efectos no son iguales; así, el acreedor perdona la deuda a un fiador, lo que no desobliga a la prestación al deudor principal, pero no aprove-

(29) OSPINA (Guillermo) Op. Cit, p. 479.

(30) OSPINA (Guillermo) Op. Cit., p. 479-480.

chará ni perjudicará a los demás cofiadores. Ello lo que indica es que en caso de cofiadores si se remite la deuda a uno de ellos, los demás cofiadores no se liberan; pero tampoco le imposibilita al cofiador, el poder solicitar al cofiador cuya deuda fue remitida, la parte que debía pagar en la deuda que ambos estaban garantizando.

CAPITULO III

CONFUSION

3-1 CONCEPTO

La confusión sucede cuando se reúnen en una misma persona, sea por sucesión universal o por cualquier otra causa, la calidad de acreedor y deudor; o cuando una tercera persona sea heredera del acreedor y del deudor. (31) Es un modo de extinguirse la deuda contraída en una obligación por la concurrencia en una misma persona de las calidades de acreedora y deudora (asimismo, se confunden los derechos y se extinguen el crédito y la deuda: art. 826). Dicha extinción puede ser total o parcial según que sea relativa a la integridad del crédito o respecto a una fracción del mismo.

Esta reunión o concurrencia quiere decir, que la persona, mientras antes era deudora de otra o acreedora de otra, se sustituye a ésta última en la calidad opuesta, de manera que en el primer caso se convierte en acreedor de sí mismo y, en el segundo, en deudor de sí mismo.

3-2 DIFERENCIAS CON LA COMPENSACION

Guarda, como se ve, alguna semejanza con la compensación, en el hecho externo de que se contraponga en una misma persona la doble calidad de acreedor y deudor. Pero se diferencia en que en la confusión no hay más que una sola persona en juego, que reúne la doble condición de acreedor y deudor, mientras que en la compensación hay dos acreedores y deudores mutuos. Otra forma de distinguirlas es que cuando ocurre la compensación, son dos deudas que desaparecen porque hallándose en contraposición, se destruyen mutuamente, mientras que cuando sobreviene la confusión, solo existe una deuda que se hace ineficaz en razón de que los conceptos de acreedor y deudor, que en un principio correspondieron a dos personas diferentes, concurren después en una sola. (32)

Por último, se distinguen en que la confusión es posible aún cuando la deuda no fuere líquida ni exigible, a diferencia de lo que sucede en la compensación, que no es dable que se produzca en esas condiciones. (33)

3-3 CAUSAS

Pueden ser causa de la confusión todos aquellos hechos por los cuales se verifique una sucesión, ya sea a título universal o a título particular, inter-vivos o mortis-causa. Su fuente más importante es la sucesión mortis-causa, aparte de los supuestos de transmisión universal de la herencia, también puede producirse a título particular tal y como el caso del legado hecho por el acreedor al deudor en el que se comprenda el crédito que aquel ostenta contra éste. (34)

(31) COLMO (Alfredo) Op. Cit, pp. 581, 582.

(32) BRENES CORDOBA (Alberto) Op. Cit. p. 176.

(33) Ibidem.

(34) Rodríguez (Lino). Op. Cit. p. 527.

Los casos que particularmente se mencionan con relación a esta materia son los relativos a la herencia, es decir, cuando el acreedor sucede al deudor como único heredero, o al revés, cuando es el deudor el llamado a recoger la herencia de su acreedor, pues en ambos casos la reunión en la propia persona de los conceptos de deudor y acreedor tiene que operar forzosamente, la desaparición de la deuda, debido al principio de que nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo. Se habla también de un posible caso en materia de herencia a saber: cuando un tercero hereda a la vez al acreedor y deudor.

En todos los anteriores casos, la extinción de la deuda ocurre automáticamente (*ipso iure*), sin que se requiera declaración alguna. (35)

En materia de herencia se hace necesario distinguir cuando la herencia es con beneficio de inventario o sin éste. En el caso del heredero con beneficio de inventario la situación es diferente. La explicación es fácil: el heredero simple es un continuador de la persona del difunto, por donde ambas personas y patrimonios se refunden en una sola persona y patrimonio; en cambio, el heredero beneficiario procura evitar esa refundición patrimonial, pues no quiere verse obligado a tener que pagar deudas sucesorias con sus bienes propios, sino con los que reciba en herencia. Es por esa razón que la confusión no sucede aunque concurren en una persona la calidad de acreedor y deudor por título de herencia (36)

En nuestro caso, y de acuerdo con el artículo 828 (Código Civil), a pesar de que los créditos y deudas no se confunden con los del cedente de la herencia, es posible que haya confusión cuando el heredero, después de hecha la partición, reúna la calidad de acreedor y deudor.

Lo mismo sucede cuando el fisco es heredero beneficiario, pues solo está obligado por las deudas sucesorias.

Es posible también, que la confusión se produzca en negociaciones que nada tengan que ver con la herencia (tal y como lo apuntamos anteriormente), siendo así que el único requisito exigible es que concurren las calidades de acreedor y deudor en una misma persona. Así lo ha manifestado nuestra jurisprudencia:

"La confusión de los derechos y la reunión en una misma persona de las calidades de deudor y acreedor, no se opera nunca por el hecho de adjudicarse el actor en remate el inmueble que garantiza la obligación del deudor demandado" (37)

Así por ejemplo, podemos citar otros casos de confusión como el retracto que de la cesión de un crédito litigioso que se está reclamando en juicio ejecutivo, haga el deudor, o cuando adquirido por compra en globo el activo de una empresa bancaria o de cualquier otra clase, figurara allí un crédito por el comprador.

Existe un caso muy particular de confusión, pero que no se debe considerar como tal, por tener resultados contraproducentes. Tal es el caso de un banco que emite obligaciones al portador de un título valor que se constituye en deudor. Sí después llega a su poder un título de valores, adquiere también la posición de acreedor, por lo que a ellos se refiere. En este caso la extinción sería contradictoria con la finalidad perseguida, ya que el banco ha de conservar la posibilidad de colocar otra vez en el tráfico los títulos (con lo que de nuevo se constituye exclusivamente en deudor).

Por otra parte, la confusión tiene lugar no solo en las obligaciones y derechos personales, sino que también sirve para extinguir derechos reales. Así por ejemplo, una forma de extinción del usufructo es por confusión; una forma de extinción de las servidumbres es tam-

(35) COLMO (Alfredo) Op. Cit., p. 202.

(36) Ibidem, p. 583.

(37) Tribunal Superior Civil. Sentencia No. 650 de las 10:00 hrs. del 6 de agosto de 1976.

bién la confusión (artículo 381 inc 3 cc) y de acuerdo con Alessandri, (38) también extingue la propiedad fiduciaria y el derecho real de prenda.

3-4 EFECTOS

La confusión extingue la obligación principal y extingue la fianza; pero hay que aclarar que la confusión que extingue la fianza, no extingue la obligación principal (artículo 827 cc). Esto está perfectamente ajustado a derecho ya que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero lo principal no sigue la suerte de lo accesorio. De tal manera que si llegan a confundirse el acreedor y el fiador, cesaría la fianza, pero continuaría la obligación principal que afectaba al deudor principal, ello por imperativo del artículo 827, párrafo segundo. Pero también puede ocurrir que en una obligación garantizada con fianza solidaria se produzca confusión entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios. En tal caso, a pesar de eliminarse la obligación con respecto al codeudor solidario, el acreedor que ha adquirido esa nueva posición, mantiene sin embargo la posibilidad de cobrar su crédito en una parte proporcional al resto de los codeudores. (art. 827 párrafo 3o.).

Atención especial merece los efectos que produce la circunstancia de haberse anulado o rescindido el acto o contrato en que operó la confusión, en tal situación la deuda llega a recobrar vigencia al igual que las garantías que le eran propias (art. 829 CC). Sin embargo, como lo menciona Brenes Córdoba, el renacimiento no podrá efectuar determinados derechos como: "los derechos reales adquiridos al amparo del Registro Público y los que se hallaren protegidos por el principio de que en materia de muebles la posesión vale por título"

También acepta nuestra legislación que la deuda confundida puede surgir por convenio de partes, siendo eficaz para ellas, pero sin embargo tal renacimiento no podrá surgir en favor de terceros que hubiesen garantizado la deuda. (art. 829, párrafo 2o.).

CONCLUSIONES

Las figuras de la confusión, remisión y compensación, como formas de extinción de las obligaciones nos vienen desde el derecho romano, manteniéndose sin alteración fundamental hasta nuestros días, a pesar de que las complicaciones de la vida comercial moderna han alterado las relaciones obligacionales.

Las tres instituciones estudiadas obedecen a supuestos o circunstancias diferentes, aunque a veces se suele confundir entre el supuesto de haberse extinguido la deuda por confusión y aquel supuesto en que ella se extingue por compensación. Sin embargo, debe quedar claro que ambas instituciones se realizan bajo supuestos diferentes; así, la compensación implica una pluralidad de relaciones obligacionales que se eliminan mutuamente por darse los supuestos que señala la ley, o bien por la voluntad de las partes o la declaración jurisdiccional; en cambio, la confusión tiene como características la existencia de una sola persona en la cual recae la doble condición de acreedor y deudor, y por consiguiente, en este supuesto nos encontramos ante un solo vínculo obligacional.

También en lo relativo a la compensación, es nuestra opinión que la distinción entre la legal y la judicial, en determinadas circunstancias se vuelve intangible, ya que aunque se mencione que la primera opera de pleno derecho, dados los requisitos que la ley le asigna, mientras que la otra se caracteriza por ser producto de una declaración judicial y puede su-

(38) ALESSANDRI RODRIGUEZ (Arturo) y SOMARRIBA UNDURRAGA (Manuel). Curso de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Nascimento. Chile, 1941. p. 408.

(39) BRENES CORDOBA (Alberto) Op. Cit., p. 179.

ceder que una obligación que se encuentre efectivamente en una situación de compensación legal con respecto a otra, dé origen a un proceso y como consecuencia de éste, el juez acepte la existencia —antes de llegarse a la litis— de la compensación legal. Estaríamos en este caso ante una compensación exclusivamente legal o exclusivamente judicial? Tal distinción, creemos, se vuelve un tanto difusa.

Otra situación que creemos que requiere importancia es la consideración de la naturaleza jurídica de la remisión. Creemos más acertado el considerarla como un acto unilateral del acreedor que no requiere para su eficacia, la existencia del consentimiento del deudor, pues tal acción no le perjudica de ninguna manera, por el contrario, le beneficia. Tal tesis la sostenemos a pesar de la existencia del artículo 821, pues consideramos que el legislador si no hubiera querido hacer distinciones entre una u otra figura (remisión y donación), lo lógico hubiera sido incluir a la remisión en el capítulo de las donaciones, haciendo las distinciones pertinentes.

BIBLIOGRAFIA

1. ALESSANDRI RODRIGUEZ (Arturo) y SOMARRIVA UNDURRAGA (Manuel). *Curso de Derecho Civil*. Tomo III. Editorial Nascimento. Chile, 1941.
2. ALBALADEJO (Manuel). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo de Obligaciones.
3. BRENES CORDOBA (Alberto). *Tratado de las Obligaciones*. 5o. edición. Editorial Juricentro. San José. 1984.
4. COLMO (Alfredo). *De las Obligaciones en General*. Tercera Edición. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires. 1944.
5. HEDEMANN (J. W.). *Derecho de Obligaciones*. Vo., III. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958.
6. LARENZ (Karl). *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958.
7. OSPINA (Guillermo). *Régimen General de las Obligaciones*. Editorial Temis. Bogotá. 1978.
8. República de Costa Rica. Código Civil y de Familia. Colección Jurídica Lehmann. Lehmann Editores. 1981.
9. RODRIGUEZ (Lino). *Derecho de Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

ESTUDIO SOBRE LAS LEYES DE EMERGENCIA (LEYES 5501, 5518 Y 4374 Y SUS ALCANCES EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA COSTARRICENSE)

*Trabajo presentado al Profesor Rafael González B.
Cátedra de Derecho Administrativo III
por Víctor F. Bulgarelli C., Carlos O. Loaiza M.,
Humberto Piedra H., Carlos Ed. Quesada H.
IV año 1984*

INTRODUCCION

Entre la riqueza de los contenidos, que a su haber tienen las regulaciones del Derecho Administrativo, sobresale el tema de la "Contratación Administrativa", cual garantía de legalidad, oportunidad y tutela de los más legítimos anhelos de interés y servicio público, en la disposición de los fondos del erario público, la protección a los contratistas interesados y el aseguramiento de la calidad, eficiencia y buen precio, en los bienes o servicios contratados.

Es fundamentalmente a través de la figura del "concurso público", en cualquiera de sus manifestaciones, que la contratación administrativa adquiere sus características propias y cumple los propósitos anteriormente dichos.

El ordenamiento jurídico costarricense, en la Ley de Administración Financiera de la República y el posterior Reglamento de la Contratación Administrativa, sienta las bases a través de las cuales se ha de detallar y ser llevado adelante todo procedimiento normal de la administración, que tienda a adjudicar a algún sujeto, ajeno a ella, la satisfacción de alguna de sus necesidades o el cumplimiento de algún servicio público.

Encontramos sin embargo situaciones en las cuales, ha de romperse ese principio de legalidad y juricidad de la Administración, para ceder ante hipótesis de onerosidad, desastre, calamidad o emergencia sobrevenida y que implican una necesidad urgente de la Administración de variar o efectuar sus contrataciones.

En punto a la anterior, la excesiva onerosidad sobrevenida sobre la obra que ejecuta para la Administración un contratista, ha de ser prevista a efecto de poder lograr un nuevo equilibrio económico del contrato, tanto para garantizar la calidad del producto terminado, como también aunque en segundo plano la estabilidad del contratante.

En otras ocasiones cuando la naturaleza o la misma mano del hombre, azotan a canti-

dad grande de administrados poniendo en peligro sus vidas o sus haciendas, es de urgente necesidad también el que la administración pueda tomar medidas de solución prontas y efectivas, para contrarrestar los efectos nocivos, aún cuando ello importe el sacrificio de los sacrosantos procedimientos de contratación, pero lo hagan en aras del más inmediato e insoslayable bien común.

Regular jurídicamente estas hipótesis, es la tarea de las leyes 5501 5518, 4374 y sus respectivos reglamentos, los cuales se pretende analizar en estas breves notas. Luego de un breve comentario introductorio de los orígenes históricos y doctrinarios a que se remonta el espíritu de cada ley, serán valorados cuidadosamente sus alcances en el régimen jurídico de la Contratación Costarricense.

La elaboración de este trabajo ha tomado en cuenta, a más de la doctrina universal, la más destacada producción nacional sobre el tema, los antecedentes legislativos del asunto y la principal jurisprudencia judicial y administrativa.

TITULO I

REGIMEN JURIDICO DE LAS LEYES 5501 y 5518 Y SU REGLAMENTO

La Teoría General del contrato exige, a través de uno de sus principios básicos, la igualdad en las prestaciones de los sujetos contratantes, los contratos administrativos no podían ser la excepción a ese principio. Es así como cuando se produce una desigualdad en la relación jurídica debido a una alteración en los precios que sirven de base al contrato, colocando a una de las partes en desventaja económica respecto de la otra, debe producirse una revisión de esos precios.

En este sentido, se han dictado en nuestro país las leyes 5501 y 5518, ambas en 1974, y que tienden a la revisión de precios en los contratos administrativos, cuando se ha quebrado la ecuación económica entre las partes contratantes (La administración y el contratista). Para el análisis de estas leyes, hemos creído necesario realizar antes una breve mención histórica y doctrinaria sobre el problema (Capítulo I), para entender mejor aún los alcances de estas leyes en nuestro sistema jurídico (Capítulo II).

CAPITULO I

FUNDAMENTO DEL REAJUSTE DE PRECIOS EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Para comprender mejor esta figura, debemos hacer referencia, en nuestra Sección Primera, a las resoluciones del Consejo de Estado Francés fundamentos de las principales técnicas de reajuste de precios en los Contratos Administrativos, que estudiaremos en la Segunda Sección.

SECCION I

RESEÑA HISTORICA

Durante mucho tiempo se sostuvo el criterio de que quien contrataba con la Administración, lo hacía bajo su propio riesgo, de lo cual se derivaron una serie de principios, entre los que se destacan:

- 1 El contratista no puede desligarse del contrato por la mayor o menor onerosidad sobrevenida, ya que éste era su riesgo intrínseco a aquel.
- 2- No puede el contratista pedir modificación correlativa del precio: él debe soportar los riesgos anteriores al pago.

Fue hasta una Resolución del Consejo de Estado Francés, de 11 de mayo de 1910, en donde se esbozaron los primeros lineamientos en cuanto a la revisión de precios en los contratos administrativos se refiere. Se dijo en esta resolución, que en los contratos que realice la Administración debe existir un equilibrio entre ella y el contratista, y que como consecuencia de ese equilibrio tanto los derechos como las obligaciones deben compensarse, para formar, de esta manera, la contrapartida entre ganancias e imprevisiones.

Consideraciones de este tipo marcaron la pauta para que existiera la posibilidad de revisar los contratos, sobre todo por el *ius variandi* y el hecho del príncipe, criterios que estudiaremos más adelante.

Pese a lo anterior, existían situaciones en que las condiciones del contrato cambiaban por causas ajenas a las partes. Este aspecto se vino a considerar en una Resolución del Consejo de Estado Francés: la célebre decisión "*Compagnie Générale d' éclairage de Bordeaux*", conocida como "*Gas de Burdeos*", de 30 de mayo de 1916, que se considera como el principal antecedente histórico y fundamento de la llamada "*Teoría de la Imprevisión*", respecto del reajuste de precios en la contratación administrativa.

Esta jurisprudencia se dictó a consecuencia de los problemas surgidos durante la Primera Guerra Mundial en el suministro de gas, cuyo servicio se vió afectado por un enorme incremento en los precios de carbón, ante lo cual la compañía mencionada argumentó que no podría seguir prestando el servicio si el municipio no le ayudaba a solventar su problema.

Fue así como el Consejo de Estado, lejos de obligar a la compañía a suministrar el gas por el mismo precio, afirmó que el Municipio debía colaborar con ella o realizar un nuevo contrato, todo en aras del imperativo de asegurar la continuidad del servicio y la estabilidad del contratista, para lo cual, a título principal, consideró: "... y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple "*Cahier de Charges*" (pliego de condiciones), como si se encontrase en presencia de un álea ordinario de la empresa, que importa, por el contrario, buscar para poner fin a estas dificultades temporales una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con la ayuda de todos los medios de producción, y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal, que a este efecto conviene decidir de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de éste período transitorio, la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor ... que la interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo, ..." (1)

Las resoluciones anteriores sirvieron como punto de partida para establecer la posibilidad de revisar los contratos administrativos, ya que de no ser así, los posibles cambios en las circunstancias harían perder el interés a los futuros contratistas, que deberían sufrir pérdidas a veces sumamente cuantiosas sin posibilidad de reparación. Ante esto, la doctrina se ha abocado a dar diversas soluciones, que se estudiarán en la siguiente sección.

(1) Tomado de García de Enterría "*Curso de Derecho Administrativo*", Editorial Civitas S. A., Madrid, 1980, pp. 629 y 630.

SECCION II

TECNICAS PARA LA REVISION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para que el contratista pueda acogerse a la revisión de precios, y así evitar un desequilibrio económico en la realización de la obra que le ha sido encargada, debe tenerse presente la existencia de un requisito fundamental: que el contrato se esté ejecutando, esto es, que no se haya suspendido o interrumpido, en razón de esa mayor onerosidad sobrevenida, es decir, el contratista debe continuar la ejecución del contrato para poder pedir la revisión de precios. En tal sentido la Contraloría ha dicho: "Requisito imprescindible para el reconocimiento de cualquier reajuste es que el contratista no se encuentre en mora y con mayor razón si es precisamente esa demora la que le permite alcanzar los beneficios..." (2)

A. RIESGO, VENTURA Y FUERZA MAYOR

El principio de riesgo y ventura implica que el contratista debe realizar su labor de acuerdo a las condiciones originalmente pactadas, no pudiendo modificarlas cuando haya dejado de prever alguna circunstancia; el supuesto de partida es el de que el contratista asume el riesgo de obtener beneficios mayores o menores.

Sin embargo, se excluyen de esta circunstancia los casos de fuerza mayor, la cual se da ante imprevisibilidad, inevitabilidad o irresistibilidad.

Referido a los contratos administrativos de obra, que son obligaciones de resultado, se da la aplicación del principio "Res Perit domino", por lo que, durante la ejecución, es el contratista el que asume los riesgos, cuya transmisión a la Administración se produce al finalizar ésta y no en el momento de la recepción, ese ha sido el criterio del Consejo de Estado Francés.

Sin embargo, existe la posibilidad de indemnización del contratista por las pérdidas sufridas a causa de fuerza mayor, ya que el álea es diferente en las hipótesis de hechos extraños, imposibles de evitar; debe entonces la administración compartir dichas pérdidas, para garantizar la equidad en la relación contratista-administración. Debe incluirse esta excepción referida tanto al objeto del contrato, como a los medios de que disponga el contratista para ejecutarlo.

Se excluye el caso fortuito, porque se entiende que éstos son riesgos internos propios de la empresa.

B. IUS VARIANDI

Es el caso menos problemático, por el cual, si la administración modifica unilateralmente el contrato, acción que puede realizar en virtud de sus potestades públicas, debe indemnizar a su cocontratante las consecuencias que le produzca con ello.

Esta técnica de compensación, que engloba tanto al daño emergente como al lucro cesante, se fundamenta en un incremento en los costos, o en una disminución de la retribución, como consecuencia de la modificación del contrato, lo que obliga a compensar económicamente al contratista que sería el perjudicado por la acción de la Administración.

Esta posibilidad de la Administración de modificar el contrato, se da con base en la prevalencia que tiene el interés público sobre el interés privado del contratista.

(2) Contraloría General de la República, Oficio No. 3459, 26 de abril de 1983.

CLAUSULA DE REVISION DE PRECIOS

Es la posibilidad de establecer en el contrato administrativo una cláusula mediante la cual sea posible revisar los precios durante la ejecución del mismo.

La revisión que en ella se estipula puede actuar tanto en favor del contratista, (corrientemente en los casos de inflación), como de la Administración, según el sentido que en cada caso tenga dicha cláusula de variación de precios

Una segunda característica, producto precisamente de esta bilateralidad, es que la cláusula es producto del contrato y como tal es derivación de la autonomía de la voluntad y no de la obligatoriedad normativa; así, García de Enterría indica que: " ..la revisión de precios resulta, pues, ex contractu y no ex lege, es decir del hecho de pactarse en un contrato dado y no de la aplicación automática de la ley" (3)

Finalmente, la cláusula debe estar apegada a la ley, ya que su contenido general viene determinado por ella, para mantener, por el interés público, la buena ejecución de la obra.

D. HECHO DEL PRINCIPE (FACTUM PRINCIPIS)

La figura es tomada del "Absolutismo" en tanto que el monarca puede, por sí, variar los pactos y además cualesquiera otras disposiciones de carácter general, que devienen en imperativas para los administrados.

De esta manera tenemos que el llamado 'factum principis' o hecho del príncipe está referido a medidas de orden administrativo general, que aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato-inclusive sin pensarlo- inciden o repercuten sobre éste, haciéndolo más oneroso para el contratista, sin culpa de éste.

Tal y como su nombre lo indica, se fundamenta en una disposición imperativa y de acatamiento obligatorio, que siendo además general e imprevisible, produce una lesión especial al contratista que debe ser compensada. Encontramos razón de lo anterior en la responsabilidad genérica de la Administración por su funcionamiento normal o anormal, según las modernas tendencias doctrinarias. (4)

Así, se afirma que "el hecho del príncipe obliga a la administración a indemnizar el perjuicio causado, ya que es ella misma quien, con sus decisiones de carácter general, produce la elevación de costos en algunos renglones y la descompensación financiera del contratista, debiéndose liquidar la indemnización dentro del contrato". (5)

Podemos caracterizar el hecho del príncipe así:

1. No es una modificación unilateral del contrato, que varíe la naturaleza o alcance de las obligaciones del contratista, aunque el contrato y tal decisión pudieran emanar del mismo órgano.

2. La decisión tomada por el ente puede revestir tres tipos diferentes:

- a. Decisión individual que no concierne directamente al co-contratante, pero que la afecta;
- b. Decisión individual que sí concierne directamente al co-contratante, pero calidad de administrado;
- c. Decisión reglamentaria que concierne al conjunto de los administrados -y por ende al co-contratante- y que de modo indirecto hace la ejecución del contrato más difícil.

(3) García de Enterría, Op. Cit. p. 633.

(4) Así, Art. 190 de L.G.A.P

(5) Arroyo S. Ana. C. y otros, "La revisión de precios en la Contratación administrativa de Costa Rica" Seminario de Graduación, Facultad de Derecho. U.C.R. 1981 pp. 190-191.

Por ejemplo, el poner un impuesto de consumo a la varilla de construcción, afecta los contratos de obra.

3. Puede ser también una operación material del organismo administrador y que aunque no tenga relación directa con éste, hace más difícil la situación del co-contratante.

E. TEORIA DE LA IMPREVISION O RIESGO IMPREVISIBLE.

Como ya vimos tiene su fundamento histórico en una Jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado Francés: el famoso "Arrêt Gas de Bordeaux" (supra. página 3) en la cual se establece la necesidad de devolverle al contrato administrativo el equilibrio contractual que ha sido roto por la excesiva onerosidad sobreviniente.

En este sentido la doctrina ha dicho: "cuando quiera que la ecuación económica o financiera, base del contrato, se destruye por causas de factores que las partes no pudieron tener en cuenta a la Fecha de la celebración el contrato debe ser modificado en atención a los intereses del contratista o del servicio público" (6)

La onerosidad sobreviniente en el contrato, debe provenir de un hecho anormal, excepcional, imprevisible, (absolutamente ajeno e independiente a la administración) que provoque un descalabro económico importante en el equilibrio del contrato; a ese respecto, García de Enterría opina: "... esa mayor onerosidad sobrevenida capaz de colocar al contratista en una situación insostenible puede resultar también, al margen de la conducta de la administración y con independencia de la buena gestión de aquel, de acontecimientos imprevisos e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato". (7)

En las situaciones anteriores, debe la administración, por la necesidad del mantenimiento y buen funcionamiento del servicio público, colaborar con el contratista compartiendo los riesgos que hayan surgido de forma imprevista. En otras palabras la justificación de la indemnización por imprevisibilidad estriba en el principio de la "continuidad del servicio público", en el sentido de que tal desequilibrio puede causar -si no hay auxilio de la Administración- el incumplimiento por parte del co-contratante, lo cual, no obstante ser susceptible de acarrearle responsabilidad, repercute en perjuicio directo del servicio, que es lo que le interesa mantener a la Administración.

Es necesario acotar que las circunstancias de onerosidad son ajenas a la Administración y al contratista, y de este modo responden a una serie de variables internas y externas a ellos. Esas circunstancias son diferentes del caso fortuito y fuerza mayor; así, mientras la imprevisión se establece por el acontecimiento de hechos anormales que son imprevisibles, pero que el contratista, aún con grave lesión para su patrimonio puede resistir; en las hipótesis del caso fortuito y fuerza mayor, esos hechos anormales no solo fueron imprevisibles al momento de realizarse el contrato, sino que también el contratista está en absoluta imposibilidad de resistirlos, por lo cual no surgen obligaciones para ninguna de las partes. Por otro lado, generalmente en las situaciones de caso fortuito y fuerza mayor se da una imposibilidad absoluta de cumplimiento, mientras que en la imprevisión, ésta es solo temporal en tanto se esté dentro del peligro del desequilibrio económico.

Se puede dar la presencia de otros hechos que aunque lo parezca no hacen aplicable ésta teoría; nos referimos a lo que en doctrina se conoce como hipótesis de imprevisión relativa, que consiste no en el hecho mismo, sino en su gravedad e intimidad, es decir, que si ciertos hechos existen o se preveen, puede también preverse la gravedad e intimidad que son susceptibles de revestir; así, se afirma que en estos casos no hay imprevisión. En este mismo

(6) López Agudelo, Eduardo. "Teoría de la Imprevisión-Reajuste de los contratos Administrativos". Revista Foro Caldense, Colegio de Abogados, Colombia, 1967, p. 57

(7) García de Enterría, Op. Cit. p. 628.

orden de ideas: para la aplicación de la teoría del "riesgo imprevisible", no es suficiente que durante la ejecución del contrato se presente un exceso cualquiera sobre las áleas normales de la empresa, que son incidentes ordinarios dentro de toda economía estatal.

Se requiere que la situación se haya tornado tan gravosa para el contratista, que al ejecutarse el contrato "sufra perjuicios económicos de extremada cuantía y consideración" (8).

Como se dijo antes, la teoría en estudio es aplicable sólo a los contratos en ejecución (9), pues los ya cumplidos no existen como actos jurídicos, y la idea, inspirada en el equilibrio contractual, deviene improcedente en estas hipótesis.

Para concluir debe establecerse que esta teoría es aplicable tanto a favor de la Administración como del contratista, según se presente el desequilibrio en contra de uno de ellos.

El siguiente Capítulo se dedicará al análisis de las regulaciones que dentro de esta teoría hacen las leyes 5501 y 5518, no sin antes acotar el criterio que respecto a la doctrina del hecho del príncipe y a la de la imprevisión, sostiene la Contraloría General de la República (10), al cual dedicaremos estas últimas líneas.

Afirma la Contraloría en este pronunciamiento (oficio No. 909 de 27 de enero de 1981) que, si bien es procedente distinguir en la doctrina entre ambas teorías, ello deviene en baladí en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto el artículo 239 del Reglamento de la Contratación Administrativa, dispone claramente que procede la revisión de los contratos, ante cualquier cambio en la economía de los mismos, dando pie a la aplicación de ambas teorías en los casos de revisión de los contratos administrativos, sin distinguir si dichos cambios provienen de la Administración o de hechos ajenos a la voluntad de las partes (hechos imprevisibles).

Ese criterio de la Contraloría es sumamente grave, pues desconoce importantes logros teóricos, producto de la experiencia práctica, que ha hecho la doctrina.

Decimos que es grave por cuanto, si bien el artículo 239 del Reglamento citado dispone lo que la Contraloría indica, sea, la no diferenciación entre las teorías en análisis (imprevisión y hecho de príncipe), desconoce y no entra siquiera a mencionar la existencia de otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Para citar sólo un ejemplo, el artículo 239 permite el pago únicamente del daño emergente, pero si el desequilibrio se produce por una conducta ilegítima de la administración (hecho de príncipe), la Ley General de la Administración pública establece que será resarcible tanto el daño emergente como el lucro cesante que se produzcan al administrado, en estas hipótesis, según la Contraloría, no sería necesario distinguir las teorías, lo que evidentemente es erróneo.

Así, peca el pronunciamiento de parcialidad en su juicio, al ver una norma aislada y no el ordenamiento jurídico como un todo orgánico y coherente.

Al margen del razonamiento anterior, debe destacarse la importancia del oficio, al indicar que cabe la posibilidad de revisar tanto los contratos de ejecución sucesiva, como los de ejecución simultánea y, además, la de enumerar sistemáticamente los requisitos para su procedencia. (de la revisión de los precios).

(8) López Agudelo, Op. Cit. p. 59.

(9) Ver Artículo 239 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

(10) Ver Anexo No. 12.

CAPITULO II

PROBLEMATICA DEL REAJUSTE DE PRECIOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA EN EL DERECHO COSTARRICENSE

La revisión o reajuste de precios en la Contratación Administrativa de obras, se rige, en punto a la legislación, por los textos de las Leyes No. 5501 y 5518 de 7 de mayo de 1974, que no obstante referirse exclusivamente a los contratos de obra y de suministro de obra, hacen la luz sobre el tema en nuestro derecho y jurisprudencia administrativa.

Aunque de modo supletorio, contamos con el reglamento a tales leyes, que establece las principales fórmulas polinómicas para el reajuste de precios, y, como marco de referencia general de la Ley de Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa.

El anterior conjunto normativo nace a partir de la necesidad de regular más específicamente la Contratación Administrativa, así sentida a partir de la promulgación de la Ley No. 1279. (de Administración Financiera de la República), que remata con la Ley No. 4864 de 4 de octubre de 1971, que hizo un primer intento de normativizar este tema (en especial lo referente a revisión de precios), y que es el antecedente inmediato a las leyes de marras, sean las No. 5501 y No. 5518 supra citadas.

SECCION I

LEYES 5501 y 5518

El artículo Primero de la Ley 5501 deja previsto el caso de la revisión de precios en los contratos en que se ha roto su equilibrio financiero, por cualesquiera de los siguientes rubros:

1. Costo de los Materiales
2. Mano de Obra
3. Beneficios Sociales
4. Equipos a incorporar
5. Servicios

Tal revisión podría aludir a un aumento o disminución del precio, logrando, en el primer caso prevenir la excesiva onerosidad sobreviniente en perjuicio del contratista, y en el segundo, el posible enriquecimiento injusto del contratista en perjuicio de la Administración y del interés público.

El espíritu de la Ley, al permitir la revisión pretende tres principios:

- a. Seguridad contractual de ambas partes.
- b. Equidad
- c. Mejor calidad de los contratistas.

Respecto de éste último, la posibilidad de reajuste del precio, da un incentivo al contratista, para que negocie con la Administración; en la seguridad de que el factor aleatorio del negocio, no lo perjudicará extremadamente, hasta hacerle incumplir y afrontar responsabilidad.

Como "Administración Pública" el artículo señala al Estado y sus instituciones autónomas o semiautónomas, lo cual se ha interpretado auténticamente mediante Ley No 6183 de 12 de diciembre de 1977 para que se entienda que el artículo primero de la 5501 se re

fiere no solo al Estado, sino también a toda entidad o corporación de derecho público.

El artículo segundo de la ley es el que se encarga de delimitar el ámbito de acción de la revisión de precios del contrato administrativo, ampliándola a los montos adjudicados en compra de servicios y suministros, de origen local, de la industria de la construcción.

Del beneficio de la revisión del contrato, excluye el artículo tercero de la ley, a las empresas constructoras que no cumplan con los dos requisitos que ella misma enumera, a saber:

- A. No menos del 70% del capital de la empresa, en manos de costarricenses.
- B. Un período no menor de dos años de haberse establecido como empresa constructora y haberse inscrito como tal en el Registro Mercantil.

En punto al primer requisito ha dicho la Contraloría General de la República en su oficio 439 de 14 de enero de 1982, que las normas reguladoras de la revisión de precios (leyes 5501 y 5518) solo "son aplicables tratándose de empresas constructoras nacionales, entendiéndose por tales aquellas en los que por lo menos el 70% del capital social pertenezca a costarricenses y que haya transcurrido un plazo no menor de dos años de haberse inscrito como tal en el Registro Público" (11).

Fundamentada en el anterior razonamiento deniega la Contraloría la posibilidad del beneficio del ajuste de precios en el caso del Contrato asumido por la Constructora Alemana E. Zeublim A.G.

Por otro lado, al prescribir el segundo requisito la necesidad de inscripción en el Registro Público, pareciera inferirse que las empresas a que se refiere, deben estar constituidas bajo la forma de sociedades mercantiles, en punto a lo cual ha dicho la Contraloría General de la República que pueden acogerse a los beneficios de esa ley tanto las sociedades de capitales como las empresas individuales de responsabilidad limitada y los empresarios autónomos contratistas de obras públicas, ya que no es el criterio de sociedad el que priva, sino el de nacionalidad (Oficio No. 6819 de 4 de setiembre de 1974, (Vid, Anexo 11).

La no existencia en Costa Rica de empresa constructora nacional con capacidad suficiente para llevar a cabo la obra, faculta a la Administración para excepcionarse de lo dispuesto por el artículo tercero, es decir, tomar en cuenta a empresas extranjeras, que en ese caso si podrían acogerse a los beneficios de la Ley No. 5501. Requisito previo para el ejercicio de tal facultad es la consulta obligada al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos y a la Cámara de Constructores de Carreteras y Puentes, o a la Cámara Costarricense de la Construcción, de acuerdo al artículo cuarto de la Ley 5501.

La empresa adjudicatoria del proyecto, para hacer uso del beneficio que la Ley le concede, debe registrar ante las cámaras supracitadas el correspondiente proyecto, según sea el caso, pagando un derecho de registro equivalente al 1 por 1.000 del valor del proyecto. Tal disposición está contemplada en el artículo quinto de la Ley 5501 y se mantiene en la Ley 5518, que viene a modificar lo anterior en los aspectos referentes a los patrones de índices de precios necesarios para el reajuste.

En su segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 5501, se establece que con el producto de los derechos de inscripción recibidos, las cámaras deberían elaborar un índice de precios de importación y los índices mixtos de precios, los cuales deberían ser enviados al Ministerio de Economía y Comercio (MEIC), con la documentación necesaria para su autorización, dentro del plazo de ocho días hábiles. Si dentro ese plazo el MEIC, no se pronunciaba, los índices se tendrían por válidos y se deberían publicar.

Con posterioridad a la discusión de esta ley el Poder Ejecutivo consideró conveniente sustraer de la empresa privada esa facultad de elaborar los índices de precios, por lo cual remitió a la Asamblea Legislativa, un segundo proyecto de modificación a lo anterior, para que

(11) Contraloría General de la República, Oficio 439, de 14 de enero de 1982.

sea el MEIC el que elabore mensualmente los índices, los cuales deberá consultar con las cámaras, que tendrían un plazo de ocho días para pronunciarse. Luego de dicha consulta el MEIC aprueba y publica.

Con el 50% del producto del derecho de inscripción, más sus recursos propios si fuera necesario, las cámaras elaborarán sus propios índices, remitiendo el otro 50% al MEIC a efecto de que éste lo deposite en cuenta especial con el solo propósito de financiar la elaboración de esos índices.

Caso de que el MEIC no publique los índices dentro del plazo dispuesto para ello, por el perjuicio que implicaría a la industria de la construcción, la cámara correspondiente someterá a la aprobación del MEIC, sus propios índices, con la documentación requerida para que éste lo revise y modifique si fuere necesario dentro del plazo de 8 días hábiles. Si dentro de ese plazo el MEIC no se pronunciase, se tendrán por válidos provisionalmente los de las cámaras, que deberán ser publicados en el Diario Oficial y que podrán ser modificados por los índices oficiales posteriores.

SECCION II

Reglamento a las leyes No. 5501 Y 5518 Y DISPOSICIONES CONEXAS

Luego de numerosos intentos para reglamentar sendas leyes, por parte del Ministerio de Economía Industria y Comercio y otros sectores interesados, se llegó a confluir en el Reglamento 4428 MEIC de 14 de diciembre de 1974.

Este Reglamento, en lo sustancial, dispone, en primer término, que las variaciones en los elementos predominantes del contrato deben ser superiores a un 3% durante el plazo de su ejecución, para que proceda el reajuste.

En segundo lugar el procedimiento de reajuste debe de señalarse en el cartel, o en su defecto se operará el procedimiento analítico que el Reglamento define como: "reajuste de precios iniciales con fundamento en variaciones de los precios primarios iniciales de los elementos predominantes". En todo caso el cálculo del reajuste debe ser presentado por el contratista.

Proceden el aumento del plazo o la actualización de los cronogramas del contrato, en los casos de caso fortuito, fuerza mayor, incumplimiento de la administración, en los términos que dispone el art. 6, inciso b), y cambios en el contrato, trabajos extra o ampliaciones de la obra solicitados por el Estado y que requieran aumento del plazo.

Respecto a esta última el numeral 240 del Reglamento de la Contratación Administrativa, establece que la administración contratante asumirá el 100% de los incrementos experimentados en los costos y prohíbe, a su vez, que se produzcan incrementos, sean directos o indirectos, en la utilidad prevista, excluyendo con ello la posibilidad de resarcir al contratista el lucro cesante. (12)

Así mismo, los artículos 7 y 31 del Reglamento a las leyes 5501 y 5518 disponen que se exceptúa la posibilidad de revisión de los precios cuando por ocasión del atraso se produce un alza en los costos, siempre y cuando dicho atraso sea atribuible al contratista; además, cuando el Estado supla los materiales y equipos.

Cuando el contrato contenga un renglón de imprevistos se deducirá primero, de éste, el importe del reajuste, a menos que el contratista pruebe que tales fondos fueron de previo utilizados en otros rubros.

En cuanto a la solicitud de reajuste, ésta debe ser presentada por el contratista, dentro de los 60 días siguientes a las causas que le dieron origen; éste es un término fatal de caducidad.

(12) A este respecto vease lo dicho en la sección II, parte e. del Capítulo anterior. Supra

En la práctica, los contratistas solicitan dicho reajuste con la presentación de las facturas de cobro mensuales.

Para otros contratos no referidos a obra o a suministros de obra, el régimen jurídico aplicable en materia de reajuste de precios se encuentra en la Ley de Administración Financiera y el Reglamento de Contratación Administrativa, en lo conducente.

TITULO II

LEY NACIONAL DE EMERGENCIA No. 4374-1969: ALCANCES DE SUS DISPOSICIONES EN RELACION CON LOS PROCEDIMIENTOS DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

El presente análisis tiene como objeto hacer una relación sucinta de la aplicación y de los efectos de la "Ley Nacional de Emergencia" (4374-1969) y su respectivo reglamento (4020-T de 13 de agosto de 1974), complementado además con el decreto No. 5 de 17 de enero de 1970, que crea el "Fondo Especial de Emergencia", a los procedimientos de Contratación Administrativa, previstos por el Reglamento del mismo nombre y respaldado en la "La Ley de Administración Financiera" en sus artículos 92 y s. Sigüientes.

CAPITULO I

FUNDAMENTO DE SU CREACION

Podemos ubicar el fundamento de creación de dicha ley, en el art. 180 de la Constitución Política y en los antecedentes históricos que, como se podrá apreciar, justifican una regulación eficaz y expedita, capaz de solventar los problemas que se presenten a raíz del advenimiento de emergencias nacionales.

SECCION I

EL ARTICULO 180 DE LA CONSTITUCION POLITICA

El artículo 180 de la Constitución Política (13) dispone en su párrafo tercero, la posibilidad del Poder Ejecutivo de variar partidas o abrir créditos adicionales fuera de lo previsto por el presupuesto de la República respectivo, ya sea ordinario o extraordinario; para los casos que genéricamente podemos ubicar como "emergencia nacional".

La instrumentalización de este precepto constitucional tiene un buen intento en la Ley Nacional de Emergencias y su Reglamento (14), aunque no se agota en estos textos la regu-

(13) Artículo 180. "El presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo.

Todo proyecto de modificación que implique aumento o creación de gastos deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo anterior.

Sin embargo, cuando la Asamblea esté en receso, el Poder Ejecutivo podrá variar el destino de una partida autorizada, o abrir créditos adicionales, pero únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra. En tales casos, la Contraloría no podrá negar su aprobación a los gastos ordenados y el decreto respectivo implicará convocatoria de la Asamblea Legislativa a sesiones extraordinarias para su conocimiento'

(14) Reglamento de Emergencias Nacionales. Decreto No. 4020-T de 13 de agosto de 1974. Publicado

lación que debería tener, para que responda a su espíritu y origen, y no se distraiga en la consecución de otros fines, lo cual veremos con detenimiento posteriormente. (15)

La normativa constitucional presenta sin embargo el problema de que sujeta la posibilidad del Poder Ejecutivo de disponer de partidas, en los períodos en que la Asamblea Legislativa se encuentra en receso, guardando silencio sobre las situaciones que se presenten en los períodos de sesiones ordinarias de dicho órgano.

El reflejo del espíritu del constituyente, que plasmara en el Art. 180, toma cuerpo en esta Ley 4374, al permitirle al Poder Ejecutivo que, en forma reglada, se abstenga de aplicar los procedimientos normales de la Contratación Administrativa.

SECCION II

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LEY

Esta "Ley Nacional de Emergencias", fue producto de las situaciones de catástrofe y calamidad vividas por fenómenos naturales, que causaron destrosos importantes y que denotaron el vacío que existía respecto de las necesidades a cubrir en estos casos. (16)

Los procedimientos de Contratación Administrativa, establecidos ordinariamente para la gestión de la Administración, exigían la desaplicación en estas hipótesis, en aras del interés público superior, que se debe tutelar.

El sentido de lo antes dicho, fue sustraer del ámbito de aplicación de la "Ley de Administración Financiera" y el posterior Reglamento de Contratación Administrativa, los remedios requeridos para cada caso, de modo que se pudiera hacer frente y dar soluciones efectivas a tales situaciones de calamidad.

Se vió entonces la necesidad de crear un organismo especializado en emergencias, y el texto legal que lo respaldara, que pudiera atender con autoridad, eficiencia y celeridad tales casos, dictar medidas urgentes ante los imprevistos para lo cual, como antes se dijo, la acción de rutina del Estado era ineficaz, retrazándolo todo de modo que hacía tardía cualquier ayuda. En este sentido lo afirma nuestra Sala de Casación, en su resolución No. 125 de 23 de noviembre de 1979, "... Una medida lenta es absurda y cumplir con formalidades resulta contraproducente en situaciones apremiantes de desastre y calamidad.

Por ese motivo, dentro del espíritu de esa ley está el facilitar la solución con rapidez. El coordinar la acción de todos los órganos para que actúen en forma racional y adecuada, para obtener financiación con urgencia y no con el lento trámite que es normal en materia presupuestaria, y en prescindir de requisitos y formalidades..." (17)

CAPITULO II

ALCANCES DE LA LEY

Por las características que reviste, esta ley se ha prestado para solucionar verdaderas situaciones de apremio y emergencia, (18) —Cual es su espíritu— como también para disfrazar procedimientos de contratación irregulares, bajo los enunciados de la ley.

en "La Gaceta" No. 159 de 24 de agosto de 1974.

(15) Vid. *Infra* Capítulo Segundo, Sección B.

(16) Recuérdese las emergencias nacionales de Cartago y del Volcán Irazú y la del Volcán Arenal en 1969, que fue la causa eficiente e inmediata de la Ley (N de A.)

(17) Sala de Casación, No. 125 de 14:00 horas de 23 de noviembre de 1979, p. 38.

(18) Tal y como se puede apreciar en los hechos de la sentencia supra citada parte de los cuales se expondrán más adelante.

Dentro de este Capítulo se apreciará tanto el comentario de la letra de la ley y algunos ejemplos de su aplicación defectuosa o antojadiza, así como un sencillo ejemplo que ilustra la concordancia entre un caso y sus verdaderos propósitos.

SECCION I

DISPOSICIONES CONCRETAS

En su Artículo I, se prevee la posibilidad del Poder Ejecutivo de declarar "Zona de desastre" cualquier parte del territorio nacional, cuando por fenómeno natural, epidemia o acto humano lo crea necesario. Esta declaración —tal y como se mencionó— configura el "Estado de calamidad pública" previsto en el artículo 180 de la Constitución Política. Debe verse y valorarse la previsión de "Acto Humano", que más que ninguna otra, ha permitido la aplicación de la ley a situaciones ajenas a su espíritu.

Basado en la declaratoria anterior, el artículo segundo de la ley, faculta al Ejecutivo a realizar ciertos actos o tomar ciertas disposiciones que son extraños a su competencia ordinaria, a fin de evitar la agravación de los perjuicios de la calamidad, como por ejemplo —en lo que interesa— "facilitar la construcción de obras públicas, prescindiendo de los procedimientos obligados en épocas de normalidad".

Toda una problemática se plantea al analizar la potestad de actuación de los poderes públicos y sus instituciones con base en la ley 4374, cuando lo hagan al margen de la Comisión Nacional de Emergencias, tal y como se ha presentado en numerosas oportunidades. En análisis cuidadoso de la ley y su reglamento (19) parece disponerse la imposibilidad de tal actuación, pues precisamente si se desaplica toda la reglamentación sobre contratación administrativa, lo es en base a la seguridad que ofrece la acción según el "Plan regulador" de la Comisión, los criterios técnicos en que ello se ampara y la presunción de oportunidad de sus decisiones.

El artículo tercero, fija la obligación de todas las dependencias del Poder Ejecutivo y la Administración descentralizada, de colaborar y poner sus servicios y prioridades en función del "estado de emergencia" y de la Comisión Nacional. Tal disposición refuerza también el criterio de la vinculación de la gestión de la administración a la Comisión Nacional y su Plan Regulador.

La declaratoria del "estado de emergencia", si bien es cierto es casuístico, debe suponer la concurrencia de presupuestos generales de hecho; tales como los que nuestra jurisprudencia ha anotado:

"...Con relación a los hechos objeto de este juicio se comprobó como cierto que en la época que se refiere el mismo se produjo una excesiva precipitación lluviosa en las zonas de Limón y Turrialba que lógicamente causó serios trastornos allí y que indirectamente afectó al país, que requiere mucha fluidez en el servicio de transporte entre puerto Limón y el resto del país en consideración a que es la vía más importante en materia de importación y exportación de mercadería, a tal extremo que la paralización de esas vías producirá estrangulamiento económico. En una situación así fue promulgado el Decreto No. 21 de 10 de abril de 1970 que declaró "Zona de Desastre" la Provincia de Limón y el Cantón de Turrialba de la Provincia de Cartago..." (20)

La realización práctica de esta celeridad en las medidas de la Administración, faculta al Poder Ejecutivo para crear un "fondo" formado por los aportes, donaciones y préstamos reu-

(19) Vid Artículos números en relación al 2, 4, 5, 6, y 8 de la Ley y numerales 11, 13, 15, 19 inciso 1), 32, 33, de su respectivo reglamento..

(20) Vid. Sentencia de Casación, Cit. Supra 17. pág. 38.

nidos para ese efecto, así como las partidas de presupuesto nacional que ordinaria o extraordinariamente se llegaren a asignar. Este "fondo" se pondrá a disposición de la Comisión Nacional y su manejo estará exento de los trámites previstos en la Ley de Administración Financiera, excepto en lo relacionado con el control posterior periódico de la Contraloría General de la República, que ella misma ha interpretado como consistente en una simple auditoría "a posteriori" de lo actuado. Refuerza esta "autonomía de contratación" que posee la Comisión Nacional, la excepción que de ella se hizo en las reformas de la Ley General de Administración Financiera, mediante ley No. 5901 de 20 de abril de 1976. (21)

En cuanto a la creación del "fondo" que la ley dispone, este fue instrumentalizado mediante decreto No. 5 de 17 de enero de 1970, que en su artículo I literalmente dice:

Artículo I: Se constituye un Fondo Especial de Emergencia en el Banco Central de Costa Rica en una cuenta que se denominará "Comisión Nacional de Emergencia", en la cual se depositarán los fondos obtenidos por aportes, donaciones, préstamos contratados, para cumplir las finalidades de la Ley Nacional de Emergencia, asignaciones presupuestarias y subvenciones que llegaran a crearse para esa misma finalidad". (22)

En cumplimiento de lo anterior, dispone el artículo 5 la permisión para que las Municipalidades y demás instituciones del Estado, aporten sumas para contribuir a la Comisión Nacional de Emergencia, lo cual se refuerza con lo dispuesto en los artículos 13 y concordantes del Reglamento a la Ley.

Los artículos 6 y 7 establecen la formación e integración de la Comisión Nacional de Emergencias. (23), a la que se le asigna la función de planear, dirigir y controlar los programas y actividades de protección, salvamento y reconstrucción de las zonas de desastre declaradas conforme al artículo I. Es interesante observar que también se dispone que el Poder Ejecutivo, a más de nombrar la mayoría de los representantes, puede remover libremente y sin explicación a cualquiera de los miembros de la Comisión, disposición altamente nociva y perjudicial, si se desea conservar la legalidad y moralidad de las contrataciones realizadas sin la protección de las regulaciones de la Contratación Administrativa, que solamente se salvaguardan por la heterogeneidad de los representantes en la Comisión y su libertad de criterio, garantías que se pierden quedando ésta totalmente al arbitrio del Poder Ejecutivo.

El Artículo octavo, determina taxativamente las funciones de la Comisión, entre las cuales nos es de fundamental interés:

Artículo 8— e) Autorizar y supervizar la ejecución de obras realizadas por otras entidades o

(21) La Ley No. 5901; en lo que interesa dispone:

"No obstante lo anterior, quedan vigentes las disposiciones que sobre contrataciones administrativas contiene la ley No. 4374 de 14 de agosto de 1969,..." Artículo segundo, párrafo segundo. "en la discusión de la Ley 5901, se excepcionó, más por casualidad que por conocimiento, a la Ley 4374 de la aplicación de tales reformas, lo que demuestra el desconocimiento profundo no solo de nuestros administradores sino también de los legisladores, sobre la materia. Debemos por lo tanto, a una ocurrencia del Diputado Losilla Gamboa, el que se pueda aplicar, según su espíritu, la debatida ley." N. de R.

(22) Decreto No. 5 de 17 de enero de 1970. "La Gaceta" No. 17 de 21 de enero de 1970.

(23) El Reglamento de Emergencias Nacionales, en sus art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, da la integración definitiva a la Comisión, así como también le impone su organización interna y funcional, determina su competencia general y las atribuciones específicas de cada uno de sus miembros.

por particulares en las zonas afectadas y velar porque su ejecución se ajuste a las normas y fines establecidos en el Plan Regulador que elabore". (24)

Ejemplo de lo anterior expone así la jurisprudencia:

"Así, pudo tomar en arriendo el tractor del demandante, sin las formalidades exigidas por la Ley de Administración Financiera la Propia Comisión Nacional de Emergencia pudo autorizar la ejecución de obras por realizar por otras entidades o por particulares, según lo permite el artículo 8, inciso e)" (25)

Puede inclusive la Comisión requerir los servicios y facilidades de otras dependencias de la administración para cumplir su Plan Regulador de acuerdo al artículo noveno. (26)

Por su parte el artículo 2 de la Ley 5901, publicada en "La Gaceta" No. 108 de 5 de junio de 1976, (27), sólo limitó la potestad del Poder Ejecutivo para decretar y mantener el estado de emergencia, diciendo que puede hacerlo por 30 días, e inclusive extenderlo —en resolución motivada hasta por 30 días más, pero que vencido ese plazo será la Asamblea Legislativa la responsable de disponer su continuación o no, debiendo en su caso indicar concretamente el período por el cual se mantiene. La razón de lo anterior ha de ser el evitar "los estados de emergencia largos e injustificados dictados a capricho y conveniencia del Poder Ejecutivo" (28)

SECCION II

APLICACION PRACTICA

Bastará con echar una mirada somera a los 15 años de vigencia de esta ley, para darse cuenta, sin mucho esfuerzo, que la historia nacional está plagada de situaciones innumerables, en que la aplicación de la ley y la declaratoria del "estado de emergencia", no solo procede, sino que es también una necesidad. Sin embargo, si tales momentos se pudiesen enumerar, resultarían fácilmente triplicados en su cantidad, por las veces en que el estado de emergencia y los favores de la Ley 4374 han sido implantados.

Razón de lo anterior, lo es que la Ley ha sido utilizada a discreción por el Poder Ejecutivo, para salir adelante de modo rápido y sin complicaciones, de situaciones que evidentemente están sustraídas del espíritu y el ámbito de la norma, pero que es muy sencillo solventar so pretexto de "sui generis" declaratorias de estados de emergencia.

Fieles a la verdad, hemos de decir que en sus primeros años de vigencia, se le dio a la ley el empleo para el cual fue promulgada, siendo de excepción los casos anómalos. Esta política, que sí bien es cierto no es recomendable, por lo menos era "moderada en sus excesos", y hoy día a degenerado en lo contrario, para convertir en regla, las situaciones anómalas.

A través de la sección anterior, pudo verse claramente a la luz de una sentencia de Casación, cuales son los supuestos de hecho en que la declaratoria de "estado de emergencia" procede, como los fundamentos de derecho en que las distintas acciones tomadas a su amparo, se justifican y adquieren sustento (29). Es menester ahora ilustrar las hipótesis de

(24) Aplicación de esta disposición se encuentra en los art. 11, 13, 15, 33, 34 y concordantes del Reglamento supracitado.

(25) Vid. Sentencia de Casación, Cit. Supra 4 pág. 39

(26) En este sentido ver: Ibidem pág. 39.

(27) Vid. Supra 21, pág. 30.

(28) Vid. Infra, Capítulo II, Sección B.

(29) Vid. Supra Notas, 22, 25 e infra nota 30.

aplicación defectuosa de la Ley 4374, no solo para respaldar nuestra tesis de su desmedida aplicación extensiva, sino también para comentar los errores en que se puede caer.

El decreto No. 5438 P. de 20 de noviembre de 1975 (30), en su art. 1, dispuso declarar "Emergencia Nacional" la situación que se presentó en cuanto al almacenamiento y conservación de la enorme cosecha de granos en el territorio nacional, cuyas zonas "afrontan por este motivo un estado de verdadero desastre para el país" (31). En el mismo decreto se autoriza a los ministerios y a las presidencias ejecutivas de las autónomas para que tomen las medidas necesarias para superar el "Estado de Emergencia", autorizando especialmente al Consejo Nacional de Producción, para que compre y contrate directamente los bienes y servicios que requiera para solucionar la emergencia, sin los trámites necesarios de cotización o licitación, con la sola obligación de informe "a posteriori" a la Contraloría.

Este decreto adolece, entre otros, de dos vicios fundamentales que no solo echan por tierra lo dispuesto por la Ley 4374 — y en este sentido es ilegal —, sino que además contrae materialmente el espíritu del artículo 180 de la constitución, ya analizado.

De acuerdo al decreto, se asigna el "estado de emergencia" ante los efectos nocivos de una superproducción de arroz, que sí bien es cierto en último análisis se le puede achacar a un fenómeno natural y como tal endosarlo al art. 1 de la Ley, ... en sí mismo es aún discutible pues no se adecúa con la intensionalidad del legislador. Unido a esto, el decreto no determina de modo concreto y específico, el o los lugares de la emergencia, con lo cual viola flagrantemente el artículo 1 de la Ley y además su respectiva reglamentación, de modo expreso el artículo 31 de ese cuerpo legal.

Aún disculpándose tal vicio, si se convierte en intolerable el que se delegue de modo irrestricto a la administración central y descentralizada la facultad de tomar medidas "mutuo propio", y hasta de excluirse de la Contratación Administrativa, para la solución de la "emergencia", excluyendo jurídica y materialmente a la Comisión Nacional que es legal y reglamentariamente el ente establecido a tal efecto, por las razones tantas veces anotadas. (32)

La situación anterior fue reprendida por la Contraloría General de la República, por la contratación y compra de bienes y servicios sin el respectivo procedimiento de licitación y cotización, con base en el decreto de marras que para la misma Contraloría viola la letra de la Ley 4374. Verdaderamente lamentable es la imposibilidad de la Contraloría de tomar acción más directa en contra de tales anomalías, dada su sujeción a la auditoría posterior, (33)

Son también ejemplos claros de Decretos extralimitados y defectuosos con relación a la Ley No. 4374, los dictados bajo los números 4716—P, de 16 de abril de 1975 y 4998—P, de 4 de junio de 1975 (34). En punto a su legalidad es visible, en ambos, la disposición anormal de encargar a organismo diferente de la Comisión Nacional de Emergencia del tratamiento de sendos "estados de emergencia", tal y como se desprende claramente de lo dispuesto por la ley 4374 y su reglamento de acuerdo a todo lo apuntado anteriormente.

Es interesante observar además que en el primero de estos dos decretos, se declara zona de desastre al Area del Territorio Nacional afectado por la grave crisis que afronta el país

(30) Decreto No. 5438-P. 20 de noviembre de 1975, Publicado en "La Gaceta" No. 223, de 22 de noviembre de ese mismo año y reproducida en "la Gaceta" No. 227 de 28 de noviembre del mismo año.

(31) IBIDEM, Art. 1.

(32) Anótese como vicios del Decreto 5438-P, la violación del art. 1 y s siguientes y 8 de la Ley, y los art. 11, 13, 15, 19, e), 32, 33, 34, del Reglamento.

(33) VID. Contraloría General de la República, Oficio No. 1661 de 15 de marzo de 1976.

(34) Decreto No. 4716-P. de 16 de abril de 1975, publicado en "La Gaceta" No. 71 de 7 de abril y Decreto No. 4898-P de 4 de junio de 1975, publicado en "La Gaceta" No. 111 de 14 de junio del mismo año.

con motivo de la paralización de actividades en la provincia de Limón, disposición que también contraviene el artículo de la ley y el numeral 31 del Reglamento -dado que no ubica clara y precisamente la Zona de desastre lo cual se explica, pero no se justifica ni se subsana el vicio

No es necesario un gran despliegue de lógica e interpretación, para darse cuenta de que una aplicación "pura y simple" de los alcances de este Decreto permitiría su validez y eficacia prácticamente en todo el Territorio Nacional, pudiéndose indiscriminadamente desvincularse del régimen de la Contratación Administrativa en todo el país y casi en cualquier supuesto, y lo que es más, apartándonos de la Contratación por un momento, tomar el Gobierno Central, todos aquellos actos prerrogativos que la Ley 4374 prevee.

En el caso del Segundo Decreto, la facultad de solucionar la emergencia se delega en la "Junta Administrativa de Servicio Eléctrico Municipal de Heredia" para que ella, "Asumiendo la Administración, el mantenimiento y control del acueducto y alcantarillado sanitario del Cantón", y tomando las medidas pertinentes, en conjunto con las demás dependencias e instituciones del Estado, asuma el rol que en derecho le corresponde a la Comisión Nacional de Emergencia. Lo que llama aquí más la atención, es que el Poder Ejecutivo no se toma siquiera la molestia, por lo menos para no violar flagrantemente la ley, de hacer uso de la posibilidad que el Reglamento de Emergencia permite de que la Comisión Nacional delegue, libre e indiscriminadamente sus potestades en una Comisión Regional lo cual pudo haber hecho con la JASEMH, evitando el nombrarlos al margen de la ley como se hizo.

La relación anterior da pie a un cuestionamiento de la aplicación de la Ley de Emergencia y su efecto inmediato en la Contratación Administrativa, para tener presente que si bien es cierto, la normativa permite la vía necesaria para solucionar los conflictos o calamidades que frecuentemente nos azotan, permiten también los excesos e incongruencias de nuestros gobernantes.

Recientemente el Gobierno Central ha anunciado la posibilidad de declarar "estados de emergencia" en varias zonas del país, por situaciones que tampoco responden al espíritu de la norma, y que promete ser una nueva y descollante violación a la ya muy ultrajada ley No. 4374, de Emergencias Nacionales. (35)

CONCLUSIONES

Dada la especificidad de las materias aquí analizadas, así como la relatividad que muchos de los conceptos adquieren, por la variedad de supuestos, legislación y sobre todo interpretación judicial y administrativa, es poco prudente, y nada recomendable, extraer postulados que de modo terminante y absoluto pretendan regir los aspectos examinados. En función de lo anterior, se señalarán, más que conclusiones, algunos criterios guías que permitan obtener una idea general de los resultados del trabajo.

SOBRE EL TITULO PRIMERO:

1. Dentro de la Contratación Administrativa, en Costa Rica existe la posibilidad del reajuste de precios en los contratos de obra y de servicio y suministro para obra, como consecuencia inmediata de lo dispuesto por las leyes 5501 y 5518 y sus respectivos Reglamentos.

2. Dicha revisión de precios opera en determinadas hipótesis que la doctrina señala en la teoría de el hecho del príncipe, la cláusula de revisión de contrato, el caso fortuito, riesgo y ventura y el ius variandi

(35) La afirmación anterior resulta una premonición cuando hoy (abril 1985) se hace realidad con la adquisición de 250 vagonetas por el Gobierno Central sin el más mínimo respeto a la Contraloría Administrativa o a los casos de rigurosa excepción de la Ley No. 4374 (N. de R.)

3. En criterio de la Contraloría General de la República es ociosa la distinción entre el reajuste de precios motivados en la "teoría de la imprevisión" o en el "hecho del príncipe" dado que ambas se pueden derivar, con iguales efectos, de la redacción del numeral 239 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

4. A juicio del grupo, no sobra distinguir sobre lo anterior, pues en justicia sí se debe hacer la diferencia entre ambos supuestos, en punto a que según se aplique uno u otro, se excluye o incluye la posibilidad de indemnizar no solo el daño emergente sino también el lucro cesante, lo cual no puede en ningún sentido, dejarse de lado.

5. Es interesante observar el grado hasta el cual puede hacerse nugatoria la posibilidad de revisión de precios, que no solo se sujeta a requisitos que dependen de él: no estar en mora, inscribir su proyecto, etc; sino también, y lo que es más grave, a hechos que no dependen de él, como la oportuna elaboración de los índices de precios por el MEIC y las Cámaras Constructoras.

SOBRE EL TITULO SEGUNDO:

1. La regulación de la Ley 4374 y su Reglamento respectivo, permite en los supuestos de "estado de emergencia" que la administración, por medio de la Comisión Nacional de Emergencias", se exceptione de los trámites de Contratación Administrativa, a fin de solucionar, con celeridad y eficiencia, los conflictos acaecidos.

2. La facultad de sustraerse a lo dispuesto por la "ley de administración financiera" y el "Reglamento de la Contratación Administrativa" son potestades crecientes y exclusivas de la "Comisión Nacional de Emergencias", en cumplimiento exacto de su Plan Regulador y con el control posterior de auditoría de la Contraloría General de La República.

3. Las Administraciones Central y Descentralizada, en todas sus dependencias e instituciones, están obligadas a colaborar y coordinar con la "Comisión Nacional de Emergencias" para que, de acuerdo a sus competencias y posibilidades, concurren a la solución de la emergencia. Es la Comisión quien con anterioridad debe autorizar la actuación de tales entes.

4. De acuerdo a lo dispuesto por la Ley 4374 y el Reglamento de Emergencias Nacionales, la integración y composición de la Comisión, así como la remoción de sus miembros, queda prácticamente a disposición total y absoluta del Poder Ejecutivo, situación nada conveniente para garantizar la legalidad, moralidad y oportunidad de estas contrataciones de excepción.

5. En sus 15 años de vigencia, la Ley a servido como paliativo eficaz a delicadas situaciones, prestándose sin embargo a abusos por parte del Poder Ejecutivo en su aplicación en cuanto a fondo y forma, a problemas no contemplados por el espíritu de la ley o con procedimientos infieles a los preceptuados por la misma norma y su reglamento.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA:

1. **ÁRROYO SABORIO Ana Cecilia y Otros, *La Revisión de Precios en la Contratación Administrativa de Costa Rica*, seminario de graduación, Facultad de Derecho, U.C.R., San José, 1981.**
2. **BREWER CARIAS Allan-R. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia*; publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964**

3. GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*; Reimpresión, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1980.

REVISTAS

1. LOPEZ AGUDELO Eduardo; *Teoría de la Imprevisión-Reajuste de los Contratos Administrativos*, Revista Foro Caldense, Colegio de Abogados, Colombia, 1967.
2. ROMERO PEREZ Jorge Enrique; *Contribución al Estudio de la Selección del Contratista Público en Costa Rica*, Revista de Ciencias Jurídicas, Número 25-Facultad de Derecho, U.C.R., San José, Enero-Abril. 1975.
3. ROMERO PEREZ Jorge Enrique, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 48 Facultad de Derecho U.C.R., San José.
4. RODRIGUEZ ARCE Hermann. *La Contratación Administrativa y las Leyes de Emergencia*; Revista de la Contraloría General de la República, Número 20, año IX, San José, Costa Rica, 1975.

LEGISLACION:

1. **Constitución Política de la República de Costa Rica**. 7 de noviembre de 1949. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1980.
2. **Ley de Administración Financiera de la República**, No. 1279 de 2 de mayo de 1951.
3. Ley No.5901 de 20 de abril de 1976.
4. Ley No. 5501 de 7 de mayo de 1974.
5. Ley No. 5518 de 18 de abril de 1974.
6. Ley No. 6183 de 12 de diciembre de 1977
7. **Ley Nacional de Emergencia**, No. 4374, de 14 de agosto de 1969.
8. **Ley General de Administración Pública**, No. 6227, de 2 de mayo de 1978.
9. **Reglamento a las Leyes 5501 y 5518**, Decreto Ejecutivo No. 4428 MEIC de 14 de diciembre de 1974.
10. **Reglamento de Emergencias Nacionales**, Decreto Ejecutivo No. 4020-T de 13 de agosto de 1974.
11. **Reglamento de la Contratación Administrativa**. Decreto Ejecutivo No. 7576-H, de 23 de setiembre de 1977.
12. Decreto Ejecutivo No. 5 de 17 de enero de 1970.
13. Decreto Ejecutivo No. 1017-G de 2 de junio de 1970.
14. Decreto Ejecutivo No. 4716-P de 16 de abril de 1975.
15. Decreto Ejecutivo No. 4898-P de 4 de junio de 1975.
16. Decreto Ejecutivo No. 5438-P de 20 de noviembre de 1975.

RESOLUCIONES JUDICIALES

1. Sala de Casación No. 125 de 14:00 horas de 23 de noviembre de 1979 Ordinario por cobro de daños y perjuicios de G.H.C. contra el Estado

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

1. Oficio No. 6819 de 4 de setiembre de 1974
2. Oficio No. 909 de 27 de enero de 1981
3. Oficio No. 7306 de 9 de abril de 1981
4. Oficio No. 7820 de 1 de junio de 1981
5. Oficio No. 8883 de 4 de agosto de 1981
6. Oficio No. 489 de 14 de enero de 1982
7. Oficio No. 564 de 22 de enero de 1982
8. Oficio No. 771 de 28 de enero de 1982
9. Oficio No. 3459 de 26 de abril de 1983.

ANEXOS

1. Leyes 5501 y 5518
2. Ley No. 6183 (interpretación auténtica del Art. 1 de ley 5501)
3. Decreto Ejecutivo No. 4428-MEIC (Reglamento a leyes 5501 y 5518)
4. Ley Nacional de Emergencia No. 4374
5. Decreto No. 4020-T (Reglamento de Emergencias Nacionales)
6. Decreto No. 5 de 17 de enero de 1970
7. Decreto No. 1017-G de 2 de junio de 1970
8. Decreto No. 4716-P de 16 de abril de 1975
9. Decreto No. 4898-P de 4 de junio de 1975
10. Decreto No. 5438-P de 20 de noviembre de 1975

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

11. Oficio No. 6819 de 4 de setiembre 1974
12. Oficio No. 909 de 27 de enero de 1981
13. Oficio No. 7306 de 9 de abril de 1981
14. Oficio No. 7820 de 1 de junio de 1981
15. Oficio No. 8883 de 4 de agosto de 1981
16. Oficio No. 489 de 14 de enero de 1982
17. Oficio No. 564 de 22 de enero de 1982
18. Oficio No. 771 de 28 de enero de 1982
19. Oficio No. 3459 de 26 de abril de 1983.

LA ACTIVIDAD AGRICOLA Y EL DERECHO MERCANTIL

*Trabajo presentado al Profesor Carlos Gómez
Cátedra de Derecho Comercial I
por Maris Stella Fernández, Luis Daniel González, Javier Chaves,
Víctor Dobles y Luis Clarence Ibarra.
IV año 1985*

INTRODUCCION

El análisis de la sentencia 131 de la Sala de Casación, nos enfrenta al discutido problema de quien debe ser considerado un comerciante y quién no. Es nuestro criterio que la delimitación que sobre el tema hace nuestra legislación, así como parte de la misma doctrina, es parcial y por lo tanto requiere de complemento.

En efecto, el Código de Comercio costarricense hace ver que son comerciantes aquellos que realicen "actos de comercio"; (art. 5 inc. a) siendo este último concepto vacío y por consiguiente, también lo es la definición de comerciante. Debemos aclarar aquí que el mismo código también señala como comerciantes a las sociedades y a quienes realicen determinados actos, como los corredores jurados y otros. Obviamente el problema definitorio no está en ellos, sino en quienes se definen genéricamente por su participación en los llamados actos de comercio.

Por su parte también la doctrina estudiada es floja en definir a los comerciantes y basa su criterio, muchas veces, en razones de carácter histórico, que carece, en nuestro juicio, del rigor científico que buscamos como estudiantes del derecho.

Ante esta carencia de respuesta a lo que parece ser un problema sencillo, nos hemos inclinado por buscar nuestras propias definiciones sobre el tema, a fin de explicar, con lo que es nuestro parecer, quién debe ser considerado un comerciante. Nuestro punto de vista pretende responder a lo que consideramos una necesidad social, por tratarse de un concepto indispensable para la vida económica.

No se trata, sin embargo, de una simple posición caprichosa, sino del resultado de nuestra investigación, que nos ha permitido construir, con base en procedimientos lógicos, una concepción que supone comerciante a quien realiza una determinada función económica.

ca, con relevancia para el campo jurídico en la esfera del derecho comercial, según lo definiremos en el transcurso del informe que presentamos en las próximas páginas.

Por efectos de orden, hemos dividido este trabajo en dos secciones. En la primera, presentamos una recopilación de los datos seleccionados, referidos al comerciante como tal y a los actos de comercio. Con la explicación de ambos puntos se puede comenzar a obtener conclusiones sobre los criterios empleados en la definición de tan importante tema. En la segunda parte, nos referimos al desarrollo de nuestra propia posición frente al problema, en lo que pretende ser un aporte a nuestra ciencia.

Para la elaboración de la primera sección utilizamos el método del análisis bibliográfico y de entrevistas a distinguidos juristas. Debemos mencionar aquí que varios de ellos se negaron a opinar sobre el tema, por considerarlo controversial. Para la segunda sección, únicamente formulamos nuestras ideas, sin recurrir a otros estudios, por no haber encontrado aportes similares. (1)

Por último, queremos decir que con este trabajo esperamos poder contribuir con la evolución de las ideas del derecho en nuestra facultad, ya la discusión abierta de un tema tan controversial e importante para nuestro ordenamiento jurídico.

TITULO I

LOS ACTOS DE COMERCIO Y EL COMERCIANTE

CAPITULO I

LOS ACTOS DE COMERCIO

Existen dos sistemas principales para la determinación de los actos de comercio: el sistema objetivo y el sistema subjetivo.

De conformidad con el sistema subjetivo, un acto será mercantil, cuando lo ejecute un comerciante. Así, la calidad mercantil del sujeto que lo realiza otorga a los actos el carácter comercial.

De acuerdo con el sistema objetivo, los actos son calificados de mercantiles en virtud de sus caracteres intrínsecos, cualquiera que sea el sujeto que los realice.

Hecha esta necesaria precisión corresponde que analicemos el origen y desarrollo histórico evolutivo de estos sistemas.

SECCION I

TEORIA SUBJETIVA

No obstante la existencia de relaciones comerciales más o menos intensas entre los pueblos, la antigüedad no conoció un derecho mercantil. Tanto el código de Hammurabi como los escasos documentos hallados relativos al derecho Griego, y aun los propios textos jurídicos romanos, revelan que, si bien ciertas actividades mercantiles fueron objeto de leyes especiales, faltó una disciplina jurídica general y sistemática de las relaciones comerciales. Esta disciplina se insinúa en la Edad Media, como resultado de la necesidad de someter a una regulación específica los litigios surgidos entre comerciantes a consecuencia del notable florecimiento de las ciudades italianas (Amalfi, Pisa, Florencia, Génova, etc.).

(1) Para efectos de publicación suprimimos el resumen de la sentencia No. 131 de la Sala de Casación de las 10 horas del 16 de noviembre de 1972.

El incremento de las actividades comerciales, la organización de ferias y mercados interestatales, la constitución de Ligas y Hermandades, la implantación del régimen de las corporaciones y la práctica reiterada de actos que dieron nacimiento a determinados usos y costumbres, trajeron consigo la necesidad de una reglamentación especial para las operaciones realizadas por los comerciantes. Consecuentemente, fueron instituidos jueces, también especiales, encargados de conocer en los litigios conocidos de los actos mercantiles, jueces que debían juzgar sumariamente, "según los buenos y antiguos usos, a verdad sabida y buena fé guardada", para suplir la insuficiencia del derecho privado y judicial común, apareció entonces, la legislación estatutaria y surgió la jurisdicción consular. En ese momento nació pues, el derecho comercial como rama jurídica distinta del derecho común.

Pero toda esa legislación, tanto en su aspecto sustancial como jurisdiccional, se aplicó, al principio, solo a la clase de los comerciantes, es decir, tuvo un carácter esencialmente profesional. La disciplina de los estatutos —y la competencia de los jueces— se extendía sólo a quienes formaban parte de las corporaciones mercantiles.

Así, en su origen, el derecho mercantil fue subjetivo y profesional, en cuanto regulaba, en sus primitivas manifestaciones, al comerciante en el ejercicio de su actividad. Kozolchyk expresa que "... la organización política de las ciudades italianas del medioevo, donde las corporaciones o gremios de los que ejercían profesionalmente la industria o el comercio, jugaban un papel económico primordial, determinó que el incipiente derecho mercantil de la época fuese predominantemente subjetivo". (2)

Fue un sistema predominante subjetivo, pero no subjetivo en su totalidad, "... porque los mismos tratadistas de la época insisten en que los tribunales de comercio, creados por los comerciantes, conocerán de los problemas de los comerciantes por causa de comercio, o sea, "mercaturae causam". En consecuencia no son todos los actos de los comerciantes los que son resueltos por estos tribunales, sino solamente aquellos actos que sean de comercio". (3) hallase, pues, en él un elemento objetivo de importancia.

SECCION II

TEORIA OBJETIVA

Poco a poco, debido a las exigencias del tráfico, esa concepción esencialmente subjetiva del derecho mercantil, fue concebida como el derecho profesional de los comerciantes, y los tribunales consulares comenzaron a entender en los asuntos en que intervenían personas que, por motivos circunstanciales, habían contraído vinculaciones con comerciantes.

Finalmente, las legislaciones atendieron más a la naturaleza objetivamente comercial de ciertos actos que a la calidad mercantil de las personas que los realizaban con posterioridad, a partir del código de comercio francés de 1807, el derecho mercantil adoptó un criterio predominantemente objetivo, para regular los actos de comercio sin consideración a la persona que los lleva a cabo, es decir, este código determinó una serie de actos que la ley considera mercantiles, prescindiendo de la calidad de los sujetos que los realizan.

Sobre esta base, los códigos inspirados en el francés suelen definir al comerciante como al individuo que, con suficiente capacidad, realiza habitual y profesionalmente, en nombre propio actos de comercio. Tal ocurre verbigracia, en los códigos italiano de 1882 (art. 8), mexicano de 1887 (art. 3) y argentino (art. 1), entre otros.

En otros términos; en los códigos de filiación francesa, la noción básica de la materia de comercio (y, como consecuencia del derecho mercantil) está dada por el concepto del ac-

(2) Kozolchyk, B. y Torrealba, O., Curso de Derecho Mercantil, Imprenta y Litografía Lehmann. San José. 1974. p. 32.

(3) Mora, F. Introducción al Estudio del Derecho Comercial. Editorial Juricentro. San José. pp. 84-85.

Actualmente es notoria la tendencia de la doctrina y de la legislación para configurar nuevamente al derecho mercantil como un derecho profesional y subjetivo, regulador de la profesión de los comerciante (empresarios)

Ahora bien, conviene señalar, como acertadamente sostiene Garriguez, que "Las expresiones —sistema subjetivo— y —sistema objetivo— tienen solo un valor relativo y sirven para designar el enfoque preferentemente personal o predominantemente real que sucesivamente ha tenido el derecho mercantil en la historia". (4)

Escribe al respecto Kozolchyk: "En la práctica no hay ni ha habido en ningún derecho ni en ninguna época, un sistema puro objetivo o puro subjetivo, sino que todos los sistemas de calificación de actos mercantiles, desde las disposiciones estatutarias hasta los códigos más modernos han sido siempre mixtos. De lo que si puede hablarse es de sistemas predominantemente subjetivos o predominantemente objetivos, según pongan en primera fila el concepto de acto de comercio subjetivo (Alemania) o el concepto de actos objetivos (España), aunque, repetimos, ambos sean mixtos como también lo son el derecho italiano, el derecho francés y el mexicano". (5)

En resumen: en un sistema subjetivo los actos derivan su mercantilidad del sujeto que los realiza, así, son objeto del derecho mercantil, solo aquellos actos que realizan los comerciantes. En un sistema objetivo, los actos derivan su mercantilidad de elementos objetivos del acto mismo, sin tomar en cuenta si la persona que los realiza es comerciante o no. Entonces: "¿qué es el derecho comercial en un sistema subjetivo? Es un conjunto de normas que regulan la actividad de ciertos sujetos llamados comerciantes. En un sistema objetivo, ¿qué es el derecho comercial? Es un conjunto de normas que regulan una cantidad de actos objetivamente considerados comerciales", sin consideraciones ajenas al sujeto que los realiza. (6).

Finalmente, ha de decirse que dentro de la constelación pluridimensional que integra el conjunto de los actos de comercio, no se ha logrado hallar un elemento común, definitivo de todos ellos, "... de ahí que la teoría del acto objetivo de comercio, esté prácticamente falseada por su base, desde que no ha sido capaz de dar una definición unitaria de lo que es un acto objetivo de comercio" (7)

A. DEFINICION DE ACTO DE COMERCIO:

Habíamos dicho ya que la teoría objetiva del acto de comercio se había visto imposibilitada de dar una definición unitaria de lo que es acto objetivo de comercio.

En efecto, la doctrina ha sido fecunda en definiciones del acto de comercio; también lo ha sido en la crítica a las definiciones formuladas. Puede afirmarse con seguridad que ninguna definición del acto de comercio es aceptada unánimemente.

En realidad, la noción de acto de comercio, por sus múltiples facetas, casi ilimitadas, parece haber escapado hasta ahora, a pesar de los arduos esfuerzos de los mercantilistas, a los límites estrechos y precisos de una definición, los autores en su mayoría, consideran inalcanzable, imposible, la formulación de una definición total del acto de comercio, por todas estas dificultades nuestro código de comercio tampoco define al acto de comercio.

Podría decirse, en una tentativa de aproximación definitoria, que por demás no pretende ser comprensiva de toda la realidad que constituye la esencia del acto de comercio, que acto de comercio es aquella expresión de la voluntad humana susceptible de producir efectos

(4) Garriguez: Curso de Derecho Mercantil. V. Ed. p. 127.

(5) Kozolchyk: Curso de Derecho Mercantil. Editorial Lehmann, San José, 1974, p. 32.

(6) Mora, F.: Introducción al Estudio del Derecho Comercial. Editorial Juricentro. San José, p. 87.

(7) Mora, F.: Introducción al Estudio del Derecho Comercial. Editorial Juricentro. San José. p. 88.

jurídicos dentro del ámbito de la realidad reservada a la regulación de la legislación mercantil

Consideramos que esta sería, en un primer nivel de acercamiento, una tentativa o esbozo de definición, susceptible de acercarse a lo que es acto de comercio dentro de la sistemática legislativa de nuestro código, como luego analizaremos.

Por de pronto, adelantamos que acto de comercio será tal en relación con cada y particular sistemática legislativa; de donde se sigue la imposibilidad de esbozar una definición universal y totalizadora de acto de comercio.

Así, por ejemplo, el código alemán de 1897, si bien exige, como los códigos de estirpe latina, el ejercicio profesional para la adquisición de la calidad de comerciante, especifica luego, cuales son los actos que constituyen una "profesión mercantil" (Handelsgewerbe, art. 1), es decir actos que son comerciales solo cuando son ejercidos como constitutivos de una profesión.

No hay pues, según este código, actos objetivos, sino profesionales, esto es, determinados en cuanto a su calidad por un factor subjetivo que actúa decisivamente en su definición.

Fuera de esta categoría de comerciantes profesionales, el derecho alemán, al igual que el suizo, admite una clase de comerciantes cuya calidad se determina por el hecho de su inscripción en el registro mercantil, con independencia del género de negocios realizados (V. Gr. explotación agrícola).

El código italiano, por su parte, ha abandonado la concepción de los actos objetivos de comercio para volver a una posición subjetiva, partiendo de la base de los actos profesionales del empresario, por lo que podríamos definir al derecho mercantil como aquel que se ocupa de los actos tanto de las organizaciones como de los empresarios.

En cuanto al Código mexicano la materia mercantil esta delimitada en razón de los actos de comercio, sin que estos constituyan su único contenido. Este código adopta un sistema mixto, aunque predominantemente objetivo. En efecto, algunos de los actos de comercio que regula derivan su mercantilidad de sus propias características, lo son en sí y por sí, sin importar la calidad de la persona que los lleve a cabo; otros actos, en cambio, tienen el carácter de mercantiles precisamente por la circunstancia de ser realizados por un comerciante, esto es, por la consideración de la calidad de la persona que los realiza. (8)

Ahora bien, por cuanto concierne a nuestra legislación patria, al tenor del artículo primero de nuestro código mercantil, podría desprenderse que en forma absoluta el contenido de nuestro derecho mercantil lo constituyen los actos de comercio, ahora bien, independientemente de la exactitud o no de la anterior afirmación, si puede sostenerse que la noción de acto de comercio es fundamental para nuestro derecho mercantil, estando como esta, la materia mercantil, delimitada, en el sistema de nuestro código, en razón de los actos de comercio (art. 1º del código de comercio).

1—No es posible obtener una definición general omnicomprensiva de la realidad en sí de acto de comercio, sino definiciones específicas de acto de comercio, propias a cada legislación en particular; pues acto de comercio será tal en relación con una determinada sistemática legislativa. En otras palabras, el sistema propio a cada código de comercio, infunde particulares características específico-diferenciadoras, y por ende, definitorias, al acto de comercio que regula.

2—Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de nuestro código de comercio, es posible elaborar una definición aproximada del contenido del acto de comercio, en nuestro sistema legislativo. Así, para nuestro sistema, y al tenor del art. 1º, acto de comercio es toda aquella expresión de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos dentro de

(8) Para un mayor estudio de la realidad del acto de comercio dentro del sistema del código de comercio mexicano, puede consultarse, entre otros, Mantilla Moline, R: *Derecho Mercantil*, XX Ed. Editorial Porrúa, México, 1980. pp. 51-76.

la esfera de la realidad reservada a la regulación de la legislación mercantil; ya sea porque los mismos estén regulados por la ley o bien porque sean comerciantes quienes los ejecuten u otros sujetos asimilables a ellos.

B. CRITERIOS DE DETERMINACION DE LOS ACTOS DE COMERCIO

Desde el punto de vista de la teoría de los actos objetivos si bien es cierto los actos jurídicos son comerciales por su naturaleza (actos cuyo fin es la compra-venta con ánimo de lucro, empresas diversas, operaciones de banco, de cambio y corretaje, operaciones en asuntos marítimos); o por su forma (sociedad anónima); en virtud de la teoría llamada de la adquisición, (obligación extracontractual que se produce con ocasión de la actividad mercantil), (9) no menos cierto es el hecho que no son estos los únicos criterios para determinar cuando nos hallamos frente a un acto de comercio. En efecto, la doctrina, haciendo uso de las listas de actos de comercio de ciertas legislaciones, ha establecido determinados criterios, en razón de los cuales se puede determinar si un acto es o no de comercio, ellos son: a) La especulación o persecución de lucro, b) La intermediación y c) La empresa.

a) La especulación o persecución de lucro:

Un primer criterio para establecer por vía de la analogía, si un acto es o no mercantil, es el criterio del lucro.

En efecto, los actos civiles, generalmente, no se encaminan, ni tienen por finalidad, la obtención de lucro, en tanto que los actos mercantiles, generalmente, sí tienen por finalidad la obtención de lucro.

Por tanto, el problema con este criterio de analogía, cifra en el orden de establecer cuando lo perseguido es efectivamente lucro, dado que la determinación de ello aborda y reside en la dimensión de lo interno, de lo psicológico; de modo tal que se hace sumamente difícil determinar cuando el motivo o la finalidad determinante del acto era realmente la obtención de lucro.

b) La intermediación:

El criterio de la intermediación no es sino otro que el criterio de la circulación, mediante el cual, por analogía, podemos determinar si un acto de comercio es tal, dado que en tanto que, generalmente, los actos civiles no son actos de intermediación, por lo contrario, los mercantiles sí lo son, siéndolo entre un mercado de la oferta y un mercado de la demanda. Por tanto, si el acto es un acto de intermediación en el cambio, es decir, entre un mercado de la oferta y un mercado de la demanda, presumimos, por analogía, que el acto es un acto de comercio. Según Mora, "Por eso el acto de producción agrícola no es un acto de comercio en términos generales, porque falta el mercado de la oferta, propio del cambio" (10)

El problema con este criterio de analogía es el hecho que no siempre el acto comercial consiste en un acto de intermediación; por ejemplo, la actividad de los auxiliares de comercio, son actos de comercio, y sin embargo no hay allí ninguna intermediación en el mercado de cambio.

c) Criterio de la empresa:

-
- (9) Para un estudio pormenorizado sobre los criterios de clasificación y determinación de los actos de comercio, véanse: Mora, F., pp. 93-102, Kozolchyk, pp. 42 a 46 y Mantilla Molina, pp. 51-76.
(10) Mora, F.: Introducción al estudio del derecho mercantil. p. 101.

Con la promulgación del código italiano de 1942, que considera la empresa como criterio fundamental de lo comercial, se ha considerado que cuando los actos son realizados por una empresa, por analogía, pueden ser tenidos por comerciales.

Para ser tenido el acto por comercial ha de ser masivamente realizado por la empresa, o bien ha de estar el establecimiento que lo realiza organizado empresarialmente. Podrá, entonces decirse, por analogía, que el acto es comercial.

No obstante, no toda actividad que tenga una "especie" de organización empresarial se puede definir como empresa mercantil. Debe cumplir con una serie de requisitos, (11) de donde es dable que actos civiles, sean realizados también por establecimientos civiles, que no obstante poseen toda la estructura organizativa de una empresa. Por tanto, resultaría que no siempre que un acto sea realizado con criterio empresarial estaríamos ante la presencia de un acto mercantil.

CAPITULO II

EL COMERCIANTE

SECCION I

CONCEPTO

A. VULGAR

El concepto vulgar o económico se funda en el dato social de la profesión como medio de vida de una persona. "Son comerciantes en este sentido las personas que hacen del comercio su profesión sea dirigiendo por ellas mismas una industria mercantil, sea colaborando en ellas como empleado" (12).

B. JURIDICO

El concepto jurídico se refiere específica y directamente a los efectos jurídicos de la actividad mercantil, siendo comerciante solamente quien personalmente adquiere derechos y obligaciones que se producen en la actividad mercantil.

C. CONCEPTO DE COMERCIANTE INDIVIDUAL EN LOS SISTEMAS LOCALES

a-*En España*: "Son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

2º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este código" (Art. 1 del C. de C.) Garríguez.

b- *En México*: "El artículo 3, Fracción I, del C. de C. mexicano, da la definición legal de comerciante individual, al decir que se reputan en derecho comerciantes a las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria". Rodríguez.

c- *En Costa Rica*: son comerciantes: "Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual" Art. 5. del C. de C.

(11) Ver Sección III Capítulo V Título II de este trabajo.

(12) Garríguez, Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa S.A. Mex., 1979, 288

SECCION II

ELEMENTOS:

A. CAPACIDAD JURIDICA

El artículo quinto de nuestro Código de Comercio dice: "Son comerciantes las personas con capacidad jurídica..." (13) Sin embargo, existen dos capacidades: una de ejercicio y otra de goce. Esta última se refiere a la capacidad general de la persona jurídica, "la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, que se extiende en nuestro ordenamiento, hasta trescientos días antes del nacimiento para todo aquello que beneficie al naciente (...)" en el fondo es esa capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

La capacidad de ejercicio en cambio, la hemos visto como la posibilidad de hecho en que se encuentra el individuo de proteger sus propios intereses" (14).

Al respecto nos dice Garríguez "Es comerciante en suma, quien ejerce una industria mercantil, sea personalmente, cuando la capacidad jurídica se une a la capacidad de obrar, sea por medio de otras personas cuando falta la capacidad de obrar". (15).

De la anterior posición doctrinal se apartan Kozolchyk y Torrealba, al decir que tanto la legislación española, mexicana, como la costarricense exigen una "capacidad legal" para ser comerciante y no para actuar como comerciante. Siendo así que, es la capacidad de ejercicio la que caracteriza al sujeto comerciante de las otras personas que, por el sólo hecho de serlo, poseen la capacidad de goce.

El artículo 7 del Código de nuestro Comercio dice: "Cuando un menor de edad o incapaz adquiera por cualquier título un negocio o empresa comercial, el juez civil del lugar, en información incoada por el representante legal, el Patronato (...), siguiendo los trámites correspondientes a los actos de jurisdicción voluntaria, lo autorizará para ejercer el comercio, bajo la custodia y dirección de su representante legal" (16). El subrayado es nuestro.

Consideramos que el legislador fue claro al no admitir como presupuesto necesario para adquirir la cualidad de comerciante, la capacidad de obrar; porque el menor o incapaz no necesita explotar por sí mismo una industria mercantil, sino que la ley permite que otra persona actuando en nombre de aquel, le sujete a los efectos jurídicos de su propio obrar. Por tanto cuando el legislador habla de capacidad jurídica, se refiere pues, a la capacidad de goce.

B. HABITUALIDAD

Otro de los elementos del concepto en estudio, es el que se refiere a la "habitualidad", o sea, a la repetición de actos. Sin embargo Garríguez nos habla que el concepto de profesión es más amplio pues incluye tres elementos: una explotación planificada, un propósito de lucro como medio de vida principal o único, y una exteriorización es decir, un darse a conocer públicamente.

C. EJERCICIO EN INTERES PROPIO

Es necesario a parte de esa habitualidad, que el comercio se realice por cuenta de quien lo efectúa. Se puede ser comerciante a través de los actos que otra persona realiza a nombre

(13) Código de Comercio de C.R., Ediciones El Porvenir S.A., San José, 1983, p. 5.

(14) Mora, Introducción al Derecho Comercial, Juricentro S.A. S.J., 1982, p. 155.

(15) Garríguez, op. cit., p. 265.

(16) Código de Comercio de C.R. Ed. Porvenir S. A. 1983, San José, p. 6-7

de uno, sin que por ello le sea atribuida la calidad de comerciante, a dicho representante, dado que los actos fueron realizados en nombre ajeno.

Ejercer el comercio en nombre propio quiere decir, adquirir derechos y obligaciones por consecuencia del ejercicio del comercio. Aunque, económicamente el representante ejerce el comercio, en el campo jurídico quien se reputa comerciante es el representado, ya que es la persona que adquiere los derechos y obligaciones jurídicas. (17)

D. ACTOS DE COMERCIO

Existen actos de comercio absolutos y actos de comercio relativos actos que son comerciales por el sujeto, por el objeto, o por su finalidad. Sin embargo, Torrealba nos dice que no es el objeto, la finalidad, o el acto lo que puede hacer de un sujeto un comerciante; sino que es, la manera profesional como se ejecuta el acto que califica a tal persona dentro del concepto jurídico de "comerciante".

SECCION III

PRUEBA, ADQUISICION Y PERDIDA DEL ESTADO DE COMERCIANTE

A. PRUEBA:

Dado la gran importancia jurídica de la calificación de comerciante, se reclama un medio externo y fácil de comprobación de este estado jurídico (por ej.: a la inscripción en un Registro Público de comerciantes dando a la inscripción carácter constitutivo). Sin embargo, es a veces difícil determinar cuándo una persona es comerciante dado la imprecisión de los conceptos de comercio y de acto de comercio.

B. ADQUISICION

La cualidad del comerciante sólo se puede adquirir de un modo originario. No puede transmitirse por sucesión (adquisición derivada). "Esto significa que el nuevo titular de una industria mercantil adquirida por acto inter vivos o mortis causa, se hace comerciante no por el simple hecho de la adquisición del negocio mercantil, sino por el hecho de ejercer o hacer ejercer en su nombre el comercio". (18).

C. PERDIDA:

Los motivos de pérdida de la cualidad de comerciante, pueden afectar a la persona en sí (motivos subjetivos) o a la industria misma (motivos objetivos).

1) Motivos subjetivos:

a- Si se pierde la capacidad de goce la cual está íntimamente ligada a la pérdida de la personalidad jurídica.

b- En caso de transmisión del negocio, deja de ser comerciante si abandona el ejercicio del comercio, siendo continuado por otra persona que no lo ejerce en nombre de aquél. "En los casos de enajenación, prenda o usufructo del estable-

(17) Garríguez, op. cit., p. 298.

(18) Garríguez, op. cit., 298.

cimiento, el elemento legal del ejercicio del comercio deja de existir en el transigente”.

2) Motivos objetivos:

El motivo principal de pérdida objetiva se refiere a la realización del objeto de la industria, no a la simple interrupción transitoria o suspensión. La quiebra no implica necesariamente ni la extinción de la cualidad de comerciante, ni la extinción de la industria mercantil.

TITULO II

LA ACTIVIDAD AGRICOLA Y EL DERECHO MERCANTIL

La actividad agrícola desde el inicio del Derecho Mercantil ha estado fuera de su regulación, y esta separación se ha mantenido hasta nuestros días. Los argumentos que se utilizan para justificar la permanencia en esta posición son de tipo histórico “que cada vez se justifica menos” (19), dado que el Derecho Comercial es uno de los derechos más flexibles y variables, puesto que debe cambiar con las necesidades de cada sociedad particular.

“Los criterios para atribuirle mercantilidad a los diversos actos o contratos varían no solo en país a país (...), sino también, en un mismo país de una época a otra. Lo que en un lugar es acto de comercio hoy, no lo fue ayer o no lo será mañana. Esto se debe a que el contenido del Derecho Mercantil está determinado por razones históricas y no lógicas.” (20)

El aporte principal de este trabajo es, pues, el análisis de la actividad agrícola para comprobar si actualmente se justifica o no que esa materia no sea absorbida por el Derecho Mercantil.

El estudio requiere importancia cuando hay que determinar si un sujeto, que reúne todos los requisitos para aplicarle el régimen de los comerciantes, se le puede calificar como tal, o se le pueden aplicar los efectos de los destinatarios de este derecho, si realiza una actividad agrícola.

Veamos el caso del empresario agrícola. Aún cuando se le pueda atribuir el calificativo de empresario por reunir su actividad “una organización de los factores de producción tendiente a la producción de bienes o servicios o tendiente al cambio mismo de los bienes y servicios” (21), tradicionalmente no se le podría aplicar el régimen del Derecho Mercantil, como es la normalidad cuando estamos frente a una empresa. (ya que el concepto de empresario presupone la existencia de una empresa).

CAPITULO I

HISTORIA

En Roma el Derecho Comercial no tuvo mucho desarrollo, pero desde esa época existía una separación de la actividad agrícola de la comercial. Este fenómeno se presentó respondiendo simplemente a una razón social:

(19) Mora, Fernando. Introducción al estudio del Derecho Comercial. Editorial Juricentro, 1982, San José, pág. 140.

(20) Kozolschyk, Boris, Torrealba Octavio, Curso de Derecho Mercantil, 1a. Reimpresión, Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 1983, pág. 29.

(21) Mora, Fernando, op. cit., pág. 121.

"Los romanos fueron un pueblo eminentemente agricultor, nacido en el agro, para el agro. Podemos recordar aquellos pasajes tan repetidos de los civiles dirigiéndose al campo donde estaba Tizio arando, sacándolo de ahí, y diciéndole: tú eres el dictador, porque aquí hay que solucionar el problema; o cuando Tizio solucionaba el problema en el gobierno suyo, en su dictadura, liaba sus petates y se largaba a su campo otra vez a cultivarlo. Era un pueblo eminentemente agricultor, y los ciudadanos romanos, los quirites, despreciaban el comercio y la industria. Esas cosas no eran actividades ni siquiera del plebeyo, sino de esclavos y extranjeros. De modo que, curiosamente, ese derecho honorario, empieza a resolver problemas que hoy llamaríamos de derecho comercial básicamente en relación con los extranjeros. En esa etapa los extranjeros que más ejercen el comercio son los italos, (que no son los latinos ni son los romanos) y los griegos. De modo que las primeras normas de derecho comercial empiezan a nacer en el derecho honorario y en el derecho de gentes, que regula las relaciones de extranjeros fundamentalmente". (22)

Posteriormente con la invasión de los bárbaros, todas las incipientes normas de derecho comercial que podía haber aportado el derecho Romano desaparecen.

"Junto con la vida y la actividad ciudadana el comercio prácticamente desapareció, aunque no del todo. Henri Pirenne en su interesante libro "Historia Económica de la Edad Media", insiste en que la vida urbana desapareció totalmente. Según él en los siglos VII y VIII ya no habían ciudadanos, era solo vida en el agro, el castillo, el señor feudal con todos sus siervos de la gleba a quienes el protegía de los otros señores feudales, que imponía todos los cánones, los impuestos, la justicia; él era el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, el depositario de todos los poderes públicos"...

..."En esta época, evidentemente, las pocas normas o las normas que existieran de derecho comercial, de lo que hoy sería derecho comercial desaparecen. Se vuelve a una economía consuntiva, se produce lo que es necesario consumir, no se consume más que lo que se produce, y no se produce más que para consumir, (economía consuntiva)." (23)

"Se vive en los siglos IX y X un período en el cual en Europa lo único que hay es vida agrícola, de subsistencia y una economía consuntiva, no existiendo el comercio, y es evidente que si no hay actividad económica, no hay derecho comercial ni diferenciando ni indiferenciado". (24)

Vemos pues que la actividad agrícola es de mera subsistencia, se cultiva para el consumo del propio feudo. Pero las necesidades de los señores feudales no se limitaban al abastecimiento alimenticio. Conjuntamente se demandaban otro tipo de servicios que no se daban en el mismo feudo (sastrerías, zapaterías, etc.) Estas actividades no las realizaban los siervos de la gleba, sino sujetos independientes, que se fueron localizando en los burgos. Ellos, como no vivían dentro del feudo, realizaban estas funciones para poder intercambiarlas por dinero, es decir, comerciaban. Poco a poco se fue desarrollando todo un gremio que no solo brindaba servicios, sino que fungían como intermediarios entre las personas que producían ciertos productos y aquellas que no los producían y los necesitaban. La actividad creció tanto, que fue imperativo empezar a establecer una serie de normas que regularan la actividad comercial, regulación que nunca llegó a abarcar la actividad agrícola porque ésta era de carácter consuntivo (para el consumo del propio feudo).

Con la evolución de las relaciones económicas en la sociedad, la aparición del principio de división del trabajo, y el resquebrajamiento del sistema feudal, la actividad agrícola también pasó a ser elemento determinante del comercio. Empezaron a existir sujetos que producían más de lo que consumían, y lo que hacían con el sobrante era comerciarlo.

Pero las normas comerciales se siguieron aplicando únicamente a los individuos que

(22) Mora, Fernando. op. cit., pág. 49.

(23) Mora, Fernando. op. cit., pág. 51.

(24) Mora, Fernando. op. cit., págs. 51, 52.

realizaban la labor de intermediarios entre los que producían y los que consumían. Es decir se les aplicaban a los comerciantes propiamente dichos

Con el tiempo hemos ido notando que el Derecho Mercantil se fue aplicando a sujetos que no eran comerciantes en el sentido estricto de la palabra, pero a pesar de esta aplicación, el fenómeno agrícola nunca ha sido absorbido por esta normativa.

El problema está precisamente aquí: ¿Se justifica actualmente la exclusión de la actividad agrícola del régimen del Derecho Mercantil?

Antes de responder hemos de analizar ciertos conceptos técnicos y ciertos criterios para determinar que es "agrícola" y que es "mercantil".

CAPITULO II

LA ACTIVIDAD MERCANTIL

La actividad *comercial* propiamente dicha es únicamente la función de intermediación entre productores y consumidores, pero la actividad mercantil no se agota en los actos de comercio (25) sino que existen otros actos, que llamaremos mercantiles, que están bajo la regulación del derecho mercantil.

Según Mora la actividad mercantil agrupa aquellas que se dedican a

- a) La producción de bienes y servicios.
- b) La interposición en el cambio (empresas estrictamente comerciales)
- c) Transporte acuático, terrestre o aéreo.
- d) La actividad bancaria y de seguros.
- e) Todas aquellas otras actividades auxiliares a las anteriores.

CAPITULO III

LA ACTIVIDAD AGRICOLA

Agrícola es una derivación del término agrario que proviene del latín *agrarius*, de *agar*, *agrí*, o sea relativo al campo.

Podemos concluir, entonces, que la actividad agrícola es toda aquella relativa al campo. Como es obvio, en primer lugar dentro de las actividades relativas al campo está la agricultura y la silvicultura (cultivo de bosques). Pero hay una serie de actividades que de alguna manera se consideran relacionadas con el campo, y aunque no se desarrollen propiamente en la tierra, son consideradas agrícolas. Es el caso de la avicultura y la ganadería. Al respecto dice Mora:

"El producto de la actividad agrícola nace del trabajo sobre el fundo sea directamente a través de la alimentación y crianza de los animales, por medio del producto del fundo o dentro del fundo agrícola". (26)

Por analogía podríamos decir que todas las actividades relacionadas con la cría de animales, también estarían dentro de la actividad agrícola tal es el caso de la avicultura (cría de aves de corral), la apicultura (cultivo de abejas) y la piscicultura (cría de peces) ya que este úl-

(25) Nótese que estamos utilizando el concepto comercial en sentido estricto: comercio como intermediación. Con esta posición nos vemos obligados a cambiar la nomenclatura de ciertos conceptos para una mejor sistematización de estos, sin que con ello se cambie el contenido sustancial. Advertimos que en todo este estudio utilizaremos el concepto "comercio" en sentido estricto, contraponiéndolo al concepto de producción.

(26) Mora, Fernando. Op. cit., pág. 139.

timo caso no se diferencia de la cría de otros animales, a no ser por el medio en que se desarrollan.

Parece ser que el elemento definitorio de la actividad agrícola es la consecución de *frutos* directamente del fundo. Por esto la actividad minera no puede ser agrícola a pesar de provenir del fundo, pues se trata de un producto, no de un fruto (posteriormente veremos más detalladamente esta diferencia).

CAPITULO IV

EL CRITERIO DE LA FUNCION

Como hemos visto la actividad agrícola quedó fuera de la regulación del Derecho Mercantil porque ésta era primordialmente consuntiva, no se comerciaba con ella. Pero desde que esta dejó de ser tal, o sea actividad de mera subsistencia, hasta ahora han pasado muchos años. Entonces, ¿por qué es que se ha mantenido aún fuera de la regulación mercantil?

Ningún tratadista de Derecho Comercial se refiere al asunto, pero la lógica nos hace concluir que esta separación de los campos se ha mantenido por un criterio de la función que cada una de estas actividades representa en el sistema económico.

Una cosa es producir y otra bien distinta es comerciar (27), y en un inicio el Derecho Mercantil regulaba solamente a los comerciantes en sentido estricto, por tanto los productores, que eran en su mayoría los que realizaban una actividad agrícola, no se veían afectados por esta normativa.

La función de producción se puede definir como "dar origen a una cosa sacándola de sí con actividad a la acción vital". En economía política es "la parte de la actividad humana que tiene por objeto la creación de los valores, en oposición a su distribución y consumo". (28).

"Son medios directos de producción la TIERRA (suelo cultivado, ríos y arroyos, bosques, minas), el CAPITAL (mercancías, máquinas, invenciones, edificios, ganados, numerario) y el TRABAJO (manual o intelectual)." (29)

La actividad comercial, *en sentido estricto*, o meramente económico, se refiere a la función de intermediación que realizan unos sujetos entre los que producen y los que consumen. El comercio es el canal de comunicación entre estos dos momentos en la vida de un bien: el ser producido y el ser consumido.

Mientras estas dos funciones se mantengan separadas, no hay ningún problema: Las normas de Derecho Comercial se aplicarán solo a los que realicen la segunda actividad.

El problema que se presenta actualmente, es que el número de casos en que esas dos funciones son realizadas por la misma persona es cada vez mayor, y se cae en el error de querer excluirlo de la regulación comercial, —argumentando simplistamente—, con el criterio de la tradición histórica, razonamiento que en donde menos cabe es en el Derecho Mercantil.

Entonces, ¿Cómo hacer para saber si un sujeto debe estar regulado o no por las normas del Derecho en estudio? Para poder resolver este problema tenemos que ir por partes. Refirámonos por el momento simplemente al agricultor individual, para analizar posteriormente el caso de los empresarios agrícolas.

(27) El término "producción" abarca tanto la actividad agrícola como la industrial que se diferencia de la comercial en sentido estricto.

(28) Diccionario Salvat Enciclopédico Popular Ilustrado. Tomo VII. Salvat y C. S. en C., Editores pág. 1009.

(29) Diccionario Salvat, Tomo VII, pág. 1009. Op. cit.

SECCION I

EL AGRICULTOR INDIVIDUAL

El agricultor es el individuo que saca los frutos de un fundo y que los vende sin necesidad de ninguna elaboración más que la indispensable para poder colocar ese fruto. Identifiquemos al agricultor con aquel sujeto que saca su producción de fuentes naturales, o como decíamos anteriormente, de la tierra. El agricultor es el que produce frutos. (Siguiendo la definición de Brenes Córdoba, diríamos que es el que produce frutos industriales). (30)

—Es conveniente en este momento recordar la distinción que Brenes Córdoba hace entre lo que es un fruto y lo que es un producto:

“Todo lo que una cosa da de sí y rinde alguna utilidad, se denomina producto. Los productos que dan las cosas a intervalos regulares sin disminución o modificación esencial de su propia sustancia, reciben el nombre de frutos. Entre los productos y frutos existe la misma diferencia que entre el género y la especie: todo fruto es producto pero no todo producto es fruto, en el sentido legal”. (31)

“El fruto es una derivación de la cosa, de la cual puede separarse sin que ésta sufra menoscabo en la sustancia que la constituye, quedando apta para futuros rendimientos de la misma especie.” (32)

“Producto, al contrario, es parte integrante de la cosa: a medida que se separa, disminuye la materia que la compone, de modo que el aprovechamiento total da por resultado la desaparición, como individualidad, de la cosa de donde se originan los productos.” (33)

Para justificar por qué el que realiza una actividad agrícola está fuera de la regulación del Derecho Mercantil, Fernando Mora acude al siguiente razonamiento:

“Hemos dicho que la empresa agrícola está fuera de las consideraciones del derecho comercial, porque no constituye una intermediación entre un mercado de la oferta y un mercado de la demanda. Esto porque no se parte de un mercado de la oferta, sino del fundo. (34)

Nosotros no compartimos este criterio para deslindar el campo agrícola del comercial. Es lógico que el productor agrícola tenga necesidad de adquirir ciertos bienes o materia prima para poder sacar los frutos. Pero el realizar esas compras no lo convierte en comerciante. Lo que diferencia la actividad netamente agrícola de la comercial no es que se parte de un fundo y no de una oferta. Esto es una falacia, pues el agricultor siempre se ve compelido a comprar ciertos materiales para su producción. En otras palabras, se parte de un mercado de oferta de ciertos bienes, los transforma —por medio absolutamente naturales—, y los vende.

La diferencia, pues no puede estar en ese criterio, sino en el concepto mismo de producir y comerciar. El que comercia no transforma de ninguna manera el producto, no lo afecta. (Esto lo decimos de manera genérica, porque en economía se considera transformación al simple traslado del bien de un lugar a otro, o a la labor que realiza el comerciante al

(30) Los frutos suelen clasificarse en tres grupos: Naturales: que son los que espontáneamente produce la naturaleza, verbigracia, los pastos naturales, las resinas y gomas que fluyen de los árboles... Industriales: los que produce la tierra merced de su cultivo, cual ocurre con los cereales. Civiles: las sumas de dinero o prestaciones debidas... Brenes Córdoba.

(31) Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de los bienes, Ed. Juricentro, V Edición 1981, San José, Costa Rica. Pág. 38.

(32) Brenes Córdoba, op. cit., pág. 38.

(33) Brenes Córdoba, op. cit. pág. 38.

(34) Mora, op. cit., pág. 139.

poner a la disposición del consumidor la mercadería al detalle). En cambio el productor individual, como su nombre lo dice, produce (Sea agricultor o industrial)

Por tanto, es lógico que las normas de derecho comercial se le apliquen solo a aquellos sujetos que realizan una labor de intermediación, y los que producen queden fuera de este régimen.

SECCION II

EL PRODUCTOR INDUSTRIAL INDIVIDUAL

Analicemos ahora el caso del productor industrial individual. Es obvio que este sujeto también produce aunque por medios diferentes. El productor industrial es un individuo que le agrega un valor a los frutos o a bienes no terminados, por medio del proceso de transformación que realiza sobre los mismos.

Además de la conceptualización que hace Brenes Córdoba, podemos decir que un producto, en sentido estricto, es aquel que ha sido elaborado y transformado de su condición original. El productor industrial es el que realiza específicamente su trabajo sobre productos.

Entonces siguiendo la misma línea de razonamiento, y aplicando por analogía todo lo que hemos dicho del productor agrícola, o agricultor individual, debemos concluir que al productor industrial individual tampoco se le puede aplicar el régimen del Derecho Comercial, porque su función se queda simplemente en la de producir. El industrial es empresario comercial.

SECCION III

EL CANAL DE COMERCIALIZACION DE UN BIEN

Podemos esquematizar las funciones antes analizadas de la siguiente manera:

- 1- Etapa de producción de frutos (agricultores)
- 2- Etapa de transformación de frutos o bienes no terminados.
(Productores industriales).
- 3- Etapa de comercialización de los frutos o productos (comerciantes)

La primera y segunda etapa están dentro del proceso de producción de los bienes terminados.

Cuando para poder vender el fruto, el agricultor debe realizar necesariamente un proceso, relativamente precario de elaboración, industrialización o transformación, esto no debe considerarse como parte de la segunda etapa, es decir industrial. Por ejemplo el hecho de envasar la miel, en algún recipiente es parte de la elaboración imprescindible que debe realizar un agricultor para poder vender su producto.

Mientras las tres funciones enumeradas estén desempeñadas por personas diferentes no existe problema. Este se presenta cuando dos o más de estas actividades son ejercidas, a la vez, por una misma persona. Más concretamente el problema está cuando un mismo sujeto realiza la función productora, —en cualquiera de sus dos manifestaciones—, y la función comercial.

Analicemos el siguiente caso: Si los frutos de un agricultor pueden ser puestos al detalle a disposición del consumidor, sin necesidad de ninguna elaboración más —es decir, produce bienes terminados o de consumo final— y efectivamente el sujeto realiza esta función, se le puede aplicar perfectamente el régimen del derecho comercial (si además cumple con todos los demás requisitos exigidos por el código) Sería agricultor en relación con su función

de cultivación del fundo y comerciante al vender esos productos.

Para saber cuando el agricultor está realizando función comercial o no, debemos acudir al criterio de la cuantía: Si el agricultor vende a los mayoristas habitualmente, su actividad será exclusivamente agrícola. Este tipo de venta es una actividad conexas a la agrícola:

“Se considera actividad conexas la que el agricultor o la empresa realiza con el fin de vender su producto”. (35) En este caso la actividad de vender es connatural a la de producir.

Pero otro es el caso sí este agricultor, —además—, vende a un número significativo de consumidores directos, o les vende exclusivamente a ellos, pues aquí evidentemente está ejerciendo el comercio. Recordemos una práctica generalizada en el comercio, que incluso podría tomarse como uso normativo: Siempre que se vende “al por mayor”, se cotiza el bien más barato, pues hay que tomar en consideración el valor agregado que le sumará el intermediario por su labor distributiva. O visto desde otro punto de vista: Los productores siempre venden más caro cuando lo hacen al detalle, porque ellos están retribuyéndose la función de comerciante que ellos mismos están realizando. Es decir, por la labor de intermediación se le da al bien un valor agregado en el proceso de comercialización de un bien.

En estos casos, como son comerciantes, además de agricultores, se les debe aplicar el régimen del derecho mercantil.

Lo mismo se podría decir de un productor industrial individual, si realizara actividades similares.

Estos criterios son los que deberían utilizarse para no acudir a argumentaciones relativamente simples, como lo son los de tipo histórico: Esto es así, porque siempre ha sido así.

Podríamos decir que lo anterior, aún cuando sea innovativo, es un desarrollo de la tradicional tesis de separar la materia agrícola de la mercantil. A nuestro juicio esto es aplicable cuando se trata de productores individuales o de empresas pequeñas de incipiente organización. Pero a la hora de analizar las empresas productoras otro debe ser el criterio que se utilice.

CAPITULO V

EL CRITERIO DE LA ORGANIZACION EMPRESARIAL

¿Se le puede aplicar a la empresa netamente agrícola el régimen del Derecho Comercial? Haciendo eco de la teoría tradicional diríamos que no, porque la actividad agrícola está fuera del ámbito del derecho mercantil.

Pero no nos apresuremos a contestar, y hagamos el siguiente análisis. Antes que nada nos plantearemos la siguiente interrogante: ¿Por qué a las empresas netamente industriales, es decir aquellas que se dedican exclusivamente a producir sus productos —y venden su producción como actividad meramente conexas de su función productora—, sí se les aplica el régimen del derecho comercial? ¿Por qué a las empresas agrícolas, simplemente por realizar este tipo de producción, se les descarta —a priori— de esta regulación, si están realizando también una función productora?

Contestemos la primera pregunta. Pero para esto haremos primero un breve análisis de lo que es la empresa.

(35) Mora, op. cit., pág. 139.

SECCION I

LA EMPRESA

"Los autores saben y reconocen que la empresa es la unidad básica de la economía y, que seguir hablando de actos objetivos de comercio o de actos subjetivos de comercio no tiene sentido, por cuanto lo que interesa al derecho comercial es regular el fenómeno económico, y este tiene como célula básica la empresa y esta es la que hay que regular". (36) Es por esta razón que entramos a analizar este concepto.

Parece entonces concluirse que si a una determinada actividad se le puede calificar de empresa, es porque también se le puede aplicar el régimen del derecho mercantil, ya que es su célula. (37)

"La empresa es la organización de los factores de la producción tendiente a la producción tendiente a la producción de bienes o de servicios o tendiente al cambio mismo de bienes y servicios. Con lo primero queda comprendida toda la actividad industrial, con lo segundo queda comprendida toda la actividad comercial en sentido estricto." (38) (Queda evidente que la actividad agrícola, aparentemente, no está comprendida dentro de esta definición) Puede concluirse, entonces, que las empresas industriales, a pesar de tener una función de producción, quedan incluidas en el ámbito del derecho mercantil, obedeciendo a un criterio de organización.

Tratemos de contestar ahora la segunda incógnita:

¿Por qué las empresas agrícolas, simplemente por realizar este tipo de producción, se les descarta, a priori, de la regulación mercantil, si está realizando una función productora al igual que las empresas industriales?

Para esto debemos analizar que se entiende por empresa agraria.

SECCION II

LA EMPRESA AGRARIA

Oscar Salas y Rodrigo Barahona en su libro de Derecho Agrario la conceptualizan de la siguiente manera: "...la noción de empresa procede del Derecho Mercantil, que a su vez lo toma de la Economía y adquiere, en el Derecho Agrario, particulares características. El concepto vulgar de empresa le da una connotación mercantil o industrial y de organización de importancia.

Así el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como 'casa o sociedad mercantil o industrial para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia'. Esto último no es cierto de la empresa agraria, puesto que no persigue fines mercantiles ni industriales (...), y puede ser grande, mediana o pequeña. En sentido agrario son empresarios tanto los latifundistas que directamente ponen su tierra en producción (es decir, sin transferir el goce y disfrute de su tierra a otros que la exploten también directamente), como los arrendatarios y ocupantes precarios que dirigen o reali-

(36) Mora, op. cit. pág. 113.

(37) Reiteramos que este estudio plantea una reconceptualización, o por decirlo mejor, una variación en la terminología habitualmente utilizada. Sabemos que existen las "empresas artesanales" y las "empresas agrícolas" que tradicionalmente están excluidas del D. Mercantil, pero somos de la opinión de que esta exclusión se justifica por el criterio de la función (Ver Capítulo IV de este título), y que siempre que a una actividad se pueda calificar de empresa. Se le debe aplicar esta normativa.

(38) Mora, op. cit. pág. 121.

zan por sí mismos una actividad agraria productiva, con o sin el auxilio de familiares o trabajadores asalariados o jornaleros' (39)

"Se entiende por empresa el organismo económico y social que aglutina factores humanos (el jefe de la empresa y el personal) y factores materiales (los que integran la hacienda o explotación) para llevar a cabo una actividad dirigida a la producción de bienes o servicios." (40)

Esta definición es demasiado amplia, pues tanto los grandes productores como el pequeño agricultor serían empresarios. Todos ellos realizan una organización de los factores tendiente a la producción de bienes. Un concepto tan vago de empresario no tiene utilidad práctica. Para delimitarlo un poco haremos un análisis de los factores de producción.

Los principales factores de producción son tierra (41), mano de obra y capital (para efectos de nuestro análisis no incluiremos ni la capacidad empresarial, ni el empresario).

Con relación al factor mano de obra, se dice que es necesario un mínimo de hetero organización del trabajo para que exista una empresa. Debe haber un mínimo de trabajo ajeno organizado pues la sola organización del propio trabajo de quien podría ser el empresario no basta. Es por esto que el concepto dado de empresa agraria es demasiado general.

Después de este análisis y si excluimos a los agricultores individuales de la noción de empresa, podríamos decir que todos los demás empresarios agrícolas pueden estar regidos por el Derecho Mercantil, pues cumplen con todas las condiciones necesarias que este derecho establece, máxime si consideramos "que las empresas pueden no ser ninguna cosa grandiosa (cualquier pulpería es una empresa)". (42)

SECCION III

ADECUACION DE LA EMPRESA AGRARIA A LOS REQUISITOS DE LA EMPRESA MERCANTIL (NO COMERCIAL) (43)

Hemos dicho que la empresa es la célula del derecho comercial. El concepto empresa lleva implícito un fuerte carácter de organización de la actividad: Entonces si a una actividad se le puede catalogar como empresa, y reúne otros requisitos exigidos, no se encuentra justificación para que no sea regida por el derecho común de las empresas.

A continuación haremos un análisis para comprobar que la empresa agrícola cumple con todas las condiciones y requisitos como cualquier otra empresa regulada por el Derecho Mercantil. Nótese como las definiciones calzan perfectamente con este tipo de empresa.

Para que exista una empresa es indispensable que la actividad reúna dos requisitos: uno objetivo y otro teleológico.

A. ELEMENTO OBJETIVO: LA ORGANIZACION DE LOS FACTORES DE PRODUCCION

Habíamos dicho que los factores de producción son tierra, mano de obra y capital.

Analicémoslos por este orden. El factor tierra: Es precisamente en la empresa agrícola en donde se da una mayor organización de este factor, más que en cualquier otra empresa.

La mano de obra se organiza por medio de la distribución del trabajo de los jornaleros.

(39) Salas Marrero, Oscar —Barahona Israel Rodrigo. *Derecho Agrario*, UCR, 1980, pág. 23, 24.

(40) Salas, op. cit., pág. 24.

(41) Aunque algunos autores de Derecho no lo incluyan.

(42) Mora, op. cit., pág. 122.

(43) Recordamos que estamos considerando el término comercial en el sentido estricto de intermediación.

La organización del factor capital se hace presente en las disposiciones encaminadas a un mejor aprovechamiento de los recursos económicos, así como el de todo el stock de capital (instrumentos como las palas, picos, azadones, baldes, etc., o bien maquinaria pesada como tractores, trailers o bien instalaciones de cualquier tipo)

B. ELEMENTOS TELEOLOGICOS: LA PRODUCCION DE BIENES Y SERVICIOS PARA EL CAMBIO

Una empresa agrícola tiene como finalidad producir frutos de la tierra, con un excedente del propio consumo para intercambiar.

Es por esto que no compartimos la tesis de Salas y Barahona de considerar como empresa aún a aquellas actividades organizadas que son para el consumo propio. (44)

La mera organización de una hacienda agrícola en la cual se cultiva el fundo nada más que para el consumo de sus propietarios, —aún cuando cumpla con el requisito de la organización de los factores de producción, y aún cuando cumpla con parte de la finalidad de la empresa, (como lo es la producción de bienes y servicios),— no se le puede considerar como empresa en el técnico sentido de la palabra, pues le falta la segunda condición del elemento teleológico, que interesa tanto al Derecho como a la economía: La organización para el mercado. (La primera condición del elemento teleológico es la producción de bienes y servicios.

C. OTROS REQUISITOS

Hemos establecido cuando una actividad se puede considerar como empresa. Pero hemos de dejar claro que, aún cuando esta sea el sujeto principal del derecho comercial, no por ello quiere decir que toda empresa cumpla con las condiciones que exige este cuerpo de normas para regularla. Además de ser una actividad con características de empresa se requiere que esta sea ejercida con profesionalidad, que ejerza una actividad económica y, para algunos autores, que persiga el lucro.

Todos estos requisitos también son cumplidos por la empresa agrícola.

1. Profesionalidad:

Al hablar de este requisito Fernando Mora dice que la actividad productiva está conducida “a una profunda división del trabajo y especialización del trabajo, que van luego a implicar una producción en masa”. (45)

Y continúa diciendo: “Pues bien, esta producción masiva origina por definición una repetición constante y habitual de ciertos actos, y esto es lo que significa profesionalidad. La empresa es entonces, una entidad profesional, ya que en ella se da una repetición masiva y habitual de determinados actos”. (46)

“Al derecho comercial le interesa la organización de los factores de producción que tienen una producción masiva durable en el tiempo y con habitualidad”. (47) Basta un superficial análisis de la actividad agrícola para percatarse de que todos estos requisitos encuentran un buen cumplimiento en la empresa agraria.

(44) Salas, op. cit., pág. 24.

(45) Mora, op. cit., pág. 126.

(46) Mora, op. cit., pág. 126.

(47) Mora, op. cit., pág. 126.

“La empresa conlleva el ejercicio profesional de una actividad no la realización de uno o varios actos aislados, no coordinados, sino de una actividad. Esto nos da la idea de una realización de un fin determinado, por lo que debe haber una funcionalidad en los actos de la empresa, es decir, todos deben asumir una determinada función dentro de la organización de la empresa, tendiente a la obtención, a la consecución de determinados fines.

Actividad económica, entonces, es la realización de una serie coordinada de actos que en conjunto se refieren a un fenómeno económico, representado por la producción de bienes o servicios y, en consecuencia, estos bienes o servicios, deben tener una significación económica. El subrayado es nuestro. No se trata de la organización de los factores de la producción para la producción de cualquier bien o servicio, sino de bienes o servicios que tienen una significación económica”. (48) No sería empresa la organización de los estudiantes para la realización de un trabajo de investigación, o con fines meramente benéficos, o la fabricación de agua de mar a orillas del mar.

Este requisito también se cumple en la empresa agrícola. Obsérvese bien que la definición transcrita de actividad económica, bien puede abarcar la actividad agrícola.

3. El lucro:

Generalmente se ha dicho que para que exista una empresa es necesario que existe el lucro, y una de las argumentaciones que se dan para excluir la actividad agrícola de la regulación mercantil es que esta, no persigue el lucro.

Esta afirmación no tiene sentido. Lucro es el provecho o utilidad que se saca de una cosa.

La actividad agrícola no es una actividad de beneficencia, por tanto persigue el lucro, y si esto no fuera así, no se explica la existencia de grandes empresas agrícolas.

Pero por otro lado, existe otra tendencia que pone en tela de juicio la esencialidad de este requisito, al comprobar la existencia de verdaderas empresas gubernamentales que son tales pero que no persiguen el lucro pues lo que buscan es mantener su activo y pasivo en equilibrio con el fin de brindar el servicio más barato a los administrados.

Se dice entonces que el lucro es un elemento natural pero no necesario de la empresa.

Sea cual sea la tesis que se adopte, podemos comprobar que la empresa agrícola cumple con todos los requisitos y elementos necesarios para ser regulada por el derecho mercantil.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES PRELIMINARES

¿Cuál es entonces la razón para que el derecho mercantil no regule a la empresa agrícola? La única respuesta que cabe es que como este derecho no cubrió, en un inicio, el fenómeno agrícola por ser puramente consuntivo, se ha dejado siempre fuera de su regulación atendiendo simplemente a razones históricas.

Esto actualmente no tiene sentido. El Derecho Mercantil es un derecho cambiante, y si la injerencia de la actividad agrícola dentro de la vida comercial ha cambiado —y desde hace mucho tiempo—, no se justifica que la valoración jurídica de esta actividad no cambie

(48) Mora, op. cit., pág. 135.

también acudiendo simplistamente a argumentaciones históricas que en este momento no tienen vigencia.

No es que pretendemos que la actividad agrícola sea regulada enteramente por el derecho mercantil, pues se observa que son materias diferentes: tanto la meramente agrícola como la meramente industrial son de índole productiva, no comercial, (en el sentido de intermediación entre la producción de bienes terminados y el consumo directo de los mismos).

No se justifica que se restrinja la regulación del Derecho Comercial a una empresa que reúne las mismas condiciones que la empresa industrial en cuanto a organización y función en el sistema económico, simple y sencillamente porque realiza una actividad que históricamente, sin cuestionarse más, ha estado fuera de su ámbito.

Se nos puede argumentar que esta concepción no está diferenciando bien lo que es la producción de lo que es el comercio, y que con ella pretendemos regular la primera actividad con la normativa de la segunda. Pero hemos de recordar que el derecho que queremos aplicar, desde hace mucho tiempo dejó de ser normativa exclusiva para los comerciantes, en sentido estricto. De ahí que ya no se habla tanto de derecho Comercial sino de Derecho Mercantil que es más general.

La palabra mercantil proviene de mercado. Por tanto se puede concluir que es un derecho que regula las relaciones de mercado, en las cuales son necesarias unas exigencias diferentes a las otras relaciones porque el tráfico jurídico, la cantidad, los intereses que están en juego, y la rapidez con que se realizan estas transacciones demandan una buena dosis de confianza, la cual debe ser tutelada para proteger la seguridad jurídica.

Y es obvio que actualmente la actividad agrícola participa en ese mercado, y en tal magnitud, que no se explica como anteriormente no se ha introducido dentro del ámbito del derecho mercantil.

Anteriormente habíamos dicho que la actividad tanto del agricultor como la del industrial no estaba dentro del ámbito del derecho comercial porque se trataba de actividades que tenían una función de producción no de mercadeo. Pero esta separación de funciones solo se aplica para individuos particulares o empresas incipientes. No se justifica el hecho de que ciertas empresas queden fuera del derecho mercantil simplemente porque realicen una actividad productiva. El criterio que debe prevalecer en estos casos no es el de la función, sino el de la organización.

En conclusión, para determinar si estamos frente a un sujeto del Derecho Mercantil, debemos aplicar primero el criterio de la organización empresarial y posteriormente del de la función realizada en el sistema económico.

CONCLUSIONES

1. Nuestra legislación mercantil en consideración a todo lo anterior, practica un sistema de derecho mixto, que considera sujetos del derecho comercial tanto por lo que señale la legislación, como por el tipo de acciones que realiza.

2. No es posible dar una definición universal única de actos de comercio pues estos siempre serán tales, en relación a una determinada comunidad y ordenamiento jurídico.

3. Al faltar una definición sobre lo que es un acto de comercio y definirse al comerciante en función de esto, basta el criterio de nuestros jueces para definir quien es y quien no es un comerciante, con lo cual le estamos dando a nuestros tribunales, funciones integrativa. El juez debe de interpretar e integrar la ley.

4. Considerando lo anterior sugerimos una definición aproximada del contenido del acto de comercio, en nuestro sistema legislativo, al tenor del art. 1. del Código de Comercio:

Acto de comercio será toda aquella expresión de la voluntad susceptible de producir efectos jurídicos dentro de la esfera de la realidad reservada a la regulación de la legislación

mercantil; ya sea porque los mismos están regulados por la ley, o bien porque sean comerciantes quienes los ejecuten (o sujetos asimilables a ellos)

5. Existe una relación dialéctica entre el concepto de comerciante y de actos de comercio. Poco a poco con la evolución histórica ambos conceptos han ido determinando el contenido del otro recíprocamente. Por eso, a estas alturas de la evolución del derecho mercantil, es imposible definir estos dos términos sin tener que recurrir a su correlativo. Por esta misma razón es que se puede decir que no existe un sistema, ni objetivo ni subjetivo, totalmente puros.

6. El derecho comercial se caracteriza precisamente por ser una rama que evoluciona con gran rapidez, por lo cual no parece serio defender ninguna tesis dentro de este campo por razones históricas, ya que la característica es precisamente su poco apego a los argumentos históricos.

7. Al tenor de lo anterior y para una mejor sistematización del Derecho Mercantil proponemos que se readecúe la terminología utilizada para describir los conceptos, sin que por ello se tergiverse el contenido sustancial de cada uno.

8. Por ello proponemos que el término comercial se utilice siempre en sentido estricto, es decir en el sentido económico, cual es el de describir el fenómeno de intermediación.

Para enunciar todas las otras circunstancias que el derecho en estudio abarca, y que no sean de intermediación, proponemos que se utilice el término "mercantil", ya que la característica que los une a todos ellos para ser titulados por la misma normativa, no es otra que el hecho de ser situaciones que se dan en las relaciones de mercado.

9. Proponemos, además, que el término empresa en sentido legal se utilice solo para aquellas actividades que además de cumplir con los elementos objetivos y teleológicos, satisfagan el requisito de profesionalidad y habitualidad en la realización de una actividad económica. Con esto lograremos una correspondencia biunívoca entre las empresas y la legislación mercantil.

Con esto no queremos obviar la existencia de ciertas actividades que pueden cumplir con algunos requisitos de la organización empresarial pero que no cumplen con otros elementos. A este tipo de actividades no se les aplicaría el régimen de Derecho Mercantil.

10. No compartimos la exclusión de la actividad agrícola, ni la inclusión de la industrial dentro del Derecho Mercantil, por consideraciones apriorísticas de carácter marcadamente histórico; sino hasta después de un estudio de la función que estas actividades desempeñan en las relaciones económicas, en cada caso concreto.

11. Los criterios para determinar la aplicación de esta normativa especial a determinados sujetos son, por su orden, el formal y el material. Este último se manifiesta, a su vez, en el criterio de organización (de tipo empresarial) y el de la función (comercio vs producción).

12. El criterio formal es el de la calificación de comerciantes a algunos sujetos por el simple hecho de cumplir con un requisito formal, por ejemplo inscripción de una sociedad en el registro (art. 5).

13. El criterio de organización es el que confiere la calidad de comerciantes a aquellos individuos que realizan su actividad económica, habitual y profesionalmente, con base en una organización de tipo empresarial.

14. El criterio de la función económica es aquel que califica como comerciante al sujeto que, como parte importante de su actividad, está la de intermediación de bienes y servicios en las relaciones de mercado, en contra posición de aquellos que solamente producen.

15. Solo si la actividad de un sujeto no encuadra dentro de ninguno de los criterios anteriores, se justificará su exclusión de la regulación mercantil.

16. No aceptar los criterios económicos que defendemos, sería, dejar sin protección a quienes contratan con un agricultor "no comerciante" (en el caso de la sentencia estudiada). Ello, en un país como Costa Rica, es especialmente grave, ya que nuestra actividad se desarrolla primordialmente en el agro de donde se deduce que es probable que con ese crite

no se dejaría por fuera a mucha gente que debería ser sujeto del derecho comercial directamente, en razón de la importancia económica de la actividad que realizan.

17. Con base en los dos puntos anteriores, es evidente que el derecho mercantil debe cambiar para aceptar nuevos criterios, que sirvan para definir mejor la realidad a la que puede ser aplicada el derecho. En esto nos apegamos a la definición dada por el gran autor: "El derecho es vida humana objetivada". Así que, ¿qué importancia tienen razones históricas, si nuestra vida de hoy requiere de nuevos criterios para poder cumplir con la función social del derecho?

BIBLIOGRAFIA

1. Brenes Córdoba Alberto Tratado de los bienes. Ed. Juricentro V Edición. 1981 San José, C. R.
2. Diccionario Salvat Enciclopédico popular ilustrado. Tomo VII Salvat y C, S., editores.
3. Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S. A. Tomo 1. México 1979.
4. Kozolschyk, Boris, Torrealba Octavio. Curso de Derecho Mercantil. 1ra. reimpresión Editorial Juricentro. San José, 1983.
5. Montilla Medina R. Derecho Mercantil XX. Editorial Porrúa, México 1980.
6. Mora, Fernando Introducción al Estudio del Derecho Comercial, Editorial Juricentro, 1982, San José, C. R.
7. Salas Marrero, Oscar; Barahona Israel, Rodrigo. Derecho Agrario U. C. R. 1980.

INDICE GENERAL

1. SUSCRIPTORES DE HONOR	I
2.- RECONOCIMIENTO.	II
3.- CARTA DEL DIRECTOR DE LA REVISTA JUDICIAL	III
4.- AGRADECIMIENTO.	IV
5.- PRESENTACION	V
6.- PROBLEMAS SOCIOJURIDICOS DE LA COSTA RICA ACTUAL	VI
7.- LOS PARTIDOS TOTALITARIOS Y LA DEMOCRACIA COSTARRICENSE	1
Lic. Eduardo Ortiz Ortíz	
1.- Los datos del problema.	1
2.- La interpretación corriente: La democracia mecánica.	1
3.- La Democracia Humanista: Igualdad y Libertad	2
4.- El caso del partido único.	3
5.- El caso de la propiedad privada	4
8.- CATEDRA INVITADA	7
9.- LA CLAUSULA EXPRESA DE RESOLUCION DE PLANO	9
<i>Dr. Diego Baudrit</i>	
1.- La jurisprudencia.	9
2.- La doctrina	11
3.- La Ley Mercantil.	11
10.- RESCICION CONVENCIONAL.	13
Trabajo presentado al Profesor Diego Baudrit	
Cátedra de Derecho contractual IV año 1984	
<i>Por Eduardo Ramírez Castro</i>	
Introducción	13
Hechos	13
Pretensiones.	14
Procedimiento	14
Recurso de Casación	15
Fallo de Casación	15
Comentario	15
1.- La aplicación de la Rescisión Convencional de los contratos.	16
1.1 Irretroactividad de los efectos de la rescisión convencional	16
1.2 Rescisión unilateral	16
1.3 Rescisión forzosa.	17
1.4 Rescisión Judicial	18
2.- Dominio de aplicación de la rescisión convencional	18
3.- Las condiciones de la rescisión convencional.	18
4.- Rescisión por nulidad.	19
4.1 Características de la rescisión por nulidad.	19
5.- Naturaleza Jurídica de la situación planteada	20
Bibliografía	20
11.- EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PRIORIDAD	21
Trabajo presentado al Profesor Diego Baudrit	
Cátedra de Derecho Contactual IV año 1984	
<i>Por Anabel González C.</i>	
Introducción	21
Capítulo I: Nociones preliminares: el derecho de prioridad	22
1 Concepto.	22

2.	¿Es una prioridad con relación a terceros exclusivamente o también con respecto al propio dueño del local arrendado?	22
3.	¿Es un efecto contractual o una obligación legal?	22
4.	Fundamento	23
5.	Responsabilidad del propietario si frustra el derecho de prioridad de su ex-inquilino	23
Capítulo II: Condiciones previas al ejercicio del derecho de prioridad		24
1.	Desocupación del local	24
2.	Construcción de la nueva edificación	24
3.	Comunicación formal de la terminación del nuevo edificio	25
Capítulo III: Ejercicio del derecho de prioridad.		26
1.	Plazo.	26
2.	Aceptación de la oferta del propietario	26
A.	Propietario y ex-inquilino acuerdan entre sí el nuevo precio del arrendamiento	26
B.	Propietario y ex-inquilino no logran acordar entre sí el nuevo precio del arrendamiento: fijación judicial del alquiler	27
3.	¿Qué sucede mientras se tramitan las diligencias judiciales para la fijación del precio?	28
Consideraciones finales.		29
Bibliografía		30

12.- ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONTRATO DE CUOTA LITIS.

Trabajo presentado al Lic. Diego Baudrit
Cátedra de Derecho contractual IV año 1984
Por Víctor F. Bulgarelli C.

Introducción		31
A.	Nociones Generales	31
1.	Concepto.	32
2.	Naturaleza jurídica	32
3.	Contenido del contrato.	33
B.	Contenido del contrato.	33
1.	Sujetos	33
2.	Objeto.	34
3.	Tiempo de la celebración	35
4.	Formas de estipulación.	36
C.	Efectos del contrato.	37
1.	Obligaciones de las partes	37
2.	Incumplimiento de las obligaciones.	38
D.	Discusión sobre la moralidad del contrato	39
1.	Se rechaza el pacto	39
2.	Se acepta el pacto	39
Conclusión.		40
Bibliografía		40

TRABAJOS DE INVESTIGACION. 41

13.- REGIMEN DE CADAVERES 43

Trabajo presentado al Profesor Víctor Pérez Vargas
Cátedra de Derecho Privado II año 1984
Por Silvia Elena Calvo Solano

Introducción		43
Capítulo I: Tratamiento del cadáver en la historia		44
A.	Notas históricas sobre su consideración en la Medicina Legal	45
B.	Concepto de cadáver	46
Capítulo II: Procedimientos Post-Morten		46
A.	Identificación del cadáver	47

B	Autopsia	47
C	Certificación de defunción	48
D	Cementerio y procedimientos de entierro	48
	D-1 Inhumaciones	49
	D-2 Exhumaciones	51
E	Incineración de cadáveres	52
F	Cadáveres no reclamados.	52
G	Derecho Canónico	52
H	Transporte internacional de Cadáveres	53
Capítulo III		
	Disposición del cadáver.	54
A.	Disposición del cadáver.	54
B.	Trasplante	55
Capítulo IV		
	De algunas categorías penales.	57
A.	Profanación de cadáveres: Necromania y Comercio de Organos para trasplantes	57
B.	Necrofilia.	58
	Conclusiones	58
	Anexo.	62
	Bibliografía	67
14.-	DONACION DE ORGANOS Y DISPOSICION DEL CADAVER A LA LUZ DE LA LEGISLACION COSTARRICENSE	71
	Trabajo presentado al Profesor Mario Carazo Z.	
	Cátedra de Derecho Privado II. II año 1984	
	<i>Por Ewald Acuña Blanco</i>	
	Introducción	71
	Capítulo I: Aspectos Doctrinales.	72
	1. Antecedentes	72
	2. Doctrina	73
	Capítulo II: Análisis de la Legislación Costarricense	74
	1. Ley No. 6948 Aspectos Generales.	74
	2. Ley 6948. Aspectos Específicos	75
	Conclusiones	76
	Bibliografía	77
15.-	COPROPIEDAD	79
	Trabajo presentado al Profesor Marco Carazo	
	Cátedra de Derecho Privado II. II año 1984	
	<i>Por Alexander Godínez Vargas</i>	
	Introducción	79
	Título Primero: Copropiedad	80
	1. Derecho de propiedad	80
	2. Copropiedad.	80
	A. Diferencias con la comunidad de bienes y con la sociedad	80
	B. Origen de la copropiedad	81
	C. Formas de copropiedad	81
	Título Segundo: Copropiedad Romana.	82
	1. Uso y Disfrute	82
	2. Cargas y Gastos.	82
	3. Administración	82
	4. Disposición y alteración	83
	5. Extinción.	84
	Título Tercero: Propiedad Horizontal	85
	1 Derechos sobre el piso	86
	2 Derechos sobre las partes comunes	87
	3 Asamblea de copropietarios	87

4.	Obligaciones de los ocupantes	87
5.	Extinción.	88
	Título Cuarto: Copropiedad Pro Diviso.	88
	Conclusión.	90
	Bibliografía	91
16.-	LA PROTECCION POSESORIA EN EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.	93
	Trabajo presentado al Profesor Orlando Aguirre	
	Curso de Derechos Reales II - III Año 1982	
	<i>Por Francisco Chacón González</i>	
	Introducción	93
I-	Los interdictos en Roma.	93
	A. Los interdictos en general	93
	B. La obra nueva en Roma	95
II-	Los interdictos posesorios en el derecho moderno	96
	A. La posesión	96
	B. Posesión ¿Hecho o Derecho?	97
	C. Fundamento de la Protección Posesoria	98
	D. El interdicto como protección posesoria	98
III-	Diferentes tipos de interdictos	100
	A. Interdicto de amparo de la posesión e interdicto de restitución.	100
	B. Interdicto de reposición de mojones	103
	C. Interdicto de obra ruinosa o de derribo	103
	D. Interdicto de obra nueva.	104
IV-	Carácter posesorio del interdicto de obra nueva.	106
	Conclusiones	108
	Bibliografía	108
17.-	COMPENSACION—CONFUSION—REMISION.	111
	Trabajo presentado a la Profesora Dinia Rojas	
	Cátedra de obligaciones III año 1984	
	<i>Por Fernando Cubero, Víctor Rodríguez Rescia</i>	
	Introducción	111
	Capítulo I: Compensación	112
1.1	Concepto.	112
1.2	Clases	113
	A Facultativa.	113
1.3	Requisitos	114
	A. Reciprocidad de créditos.	114
	B. Homogeneidad del objeto	114
	C. Existencia y exigibilidad de los créditos	115
4.	Requisitos de forma.	115
5.	Casos que excluyen la compensación.	115
	Capítulo II: Remisión	116
2.1	Concepto.	116
2.2	Requisitos	117
2.3	Naturaleza	118
2.4	Clases	118
	A. Legal o extrajudicial.	118
	B. Expresa o tácita	119
2.5	Efectos	119
	Capítulo III: Confusión.	120
3.1	Concepto.	120
3.2	Diferencias con la Compensación	120
3.3	Causas.	120
3.4	Efectos	122
	Conclusiones	122
	Bibliografía	123

18.- ESTUDIO SOBRE LAS LEYES DE EMERGENCIA (LEYES 5501, 5518 Y 4374 Y SUS ALCANCES EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA COSTARRICENSE).	125
Trabajo presentado al Profesor Rafael González B.	
Cátedra de Derecho Administrativo III - IV año 1984	
<i>Por Víctor F. Bulgarelli C., Carlos O. Loaiza M., Humberto Piedra H., Carlos Ed. Quesada H.</i>	
Introducción	125
Título I: Regimen jurídico de las Leyes 5501 y 5518 y su Reglamento	126
Capítulo I: Fundamento del Reajuste de precios en contratación administrativa	126
I Reseña Histórica	126
II Técnicas para la revisión de los contratos administrativos	128
A. Riesgo, ventura y fuerza mayor	128
B. Ius Variandi	128
C. Cláusula de revisión de precios	129
D. Hecho del príncipe (Factum Principis)	129
E. Teoría de la imprevisión o riesgo imprevisible	130
Capítulo II: Problemática del reajuste de precios de los contratos Administrativos de obra en el derecho costarricense	132
I Leyes 5501 y 5518	132
II Reglamento a las Leyes No. 5501 y 5518 y Disposiciones conexas	134
Título II: Ley Nacional de Emergencia No. 4374-1969: Alcances de sus disposiciones en relación con los procedimientos de la contratación administrativa	135
Capítulo I: Fundamento de su creación	135
I El Artículo 180 de la Constitución Política	135
II Antecedentes Históricos de la Ley	136
Capítulo II: Alcances de la Ley	136
I Disposiciones concretas	137
II Aplicación práctica	139
Conclusiones	141
Sobre el título primero:	141
Sobre el título segundo:	142
Bibliografía	142
19.- LA ACTIVIDAD AGRICOLA Y EL DERECHO MERCANTIL	145
Trabajo presentado al Profesor Carlos Gómez	
Cátedra de Derecho Comercial I - IV año 1985	
<i>Por Maris Stella Fernández, Luis Daniel González, Javier Chaves, Víctor Dobles y Luis Clarence Ibarra</i>	
Introducción	145
Título I: Los actos de Comercio y el comerciante	146
Capítulo I: Los actos de comercio	146
I Teoría Subjetiva	146
II Teoría objetiva	147
A. Definición de Acto de Comercio	148
B. Criterios de determinación de los actos de comercio	150
Capítulo II: El Comerciante	151
I Concepto	151
A. Vulgar	151
B. Jurídico	151
C. Concepto de comerciante individual en los sistemas locales	151
II Elementos	152
A. Capacidad Jurídica	152
B. Habitualidad	
C. Ejercicio en Interés propio	152
D. Actos de Comercio	153
III Prueba, adquisición y pérdida del estado de comerciante	153
A. Prueba	153

B.	Adquisición	153
C.	Pérdida	153
Título II: La actividad agrícola y el derecho mercantil		154
Capítulo I: Historia.		154
Capítulo II: La actividad mercantil		156
Capítulo III: La actividad agrícola		156
Capítulo IV: El criterio de la función		157
I	El agricultor individual	158
II	El productor industrial individual	159
III	El canal de comercialización de un bien	159
Capítulo V: El criterio de la organización empresarial		160
I	La Empresa	161
II	La Empresa Agraria	161
III	Adecuación de la empresa agraria a los requisitos de la empresa mercantil (No comercial)	162
A.	Elemento objetivo: La organización de los factores de producción . . .	162
B.	Elementos teleológicos: La producción de bienes y servicios para el cambio	163
C.	Otros requisitos.	163
Capítulo VI: Conclusiones preliminares		164
Conclusiones		165
Bibliografía		167

