

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO



Revista
de
Ciencias Jurídicas



J 3025
4 DIAS

No. 10

Diciembre de 1967

EL VALOR JURÍDICO DE LOS ACTOS PRENEGOCIALES EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Prof. PABLO CASAFONT ROMERO,
Titular Derecho Civil, Contratos
Facultad de Derecho

1. INTRODUCCION

La determinación de los efectos o consecuencias jurídicas que puedan derivar de aquellos actos o situaciones que se presentan en la fase preparatoria de los contratos, la posible eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad en el ámbito de los negocios jurídicos, y su fundamentación de acuerdo con las modernas elaboraciones de la Doctrina científica, así en el terreno civil como en el mercantil, constituyen la materia de este ensayo, dirigido a precisar, en la medida posible y ante la complejidad del tema, la diferenciación de una serie de figuras jurídicas que suelen confundirse, atendido su común origen en la voluntad y por ser ésta de complicada apreciación en sus movimientos e intensidad, como fenómenos que se producen en un plano psicológico-jurídico.

La materia no ofrece tan solo un interés teórico, como pudiera creerse con una superficial consideración de la misma y con apego a un criterio tradicional que mire o cifre en el contrato la única fuente de las obligaciones desde el punto de vista de la voluntad, pues superado tal criterio en las modernas concepciones jurídicas e incorporada una nueva tendencia en actuales y avanzadas legislaciones, conforme indicaré, reviste igualmente excepcional importancia práctica en la vida negocial en cuanto, mediante la realización de finalidades económico-sociales y sustentándose en principios de seguridad, de confianza y buena fe, deviene imperativo dotar de relevancia a dichas situaciones o figuras, con su consiguiente reconocimiento y sanción por el ordenamiento jurídico.

La responsabilidad por culpa en los tratos o negociaciones preliminares, la fuerza vinculante de la oferta contractual, la obligatoriedad de las promesas en sus distintas especies o variedades, particularmente el llamado contrato de "Opción", el instituto jurídico del "Precontrato" y, en general, la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad como fuentes de responsabilidad civil, son aspectos a considerar en este desarrollo, aunque sin la amplitud deseada por las limitaciones propias de un trabajo de esta índole, dirigido primordialmente a trazar, como señalé, un cuadro de las varias figuras prenegociales, en su posible y adecuada delimitación y en la diversidad de efectos jurídicos que puedan generar.

Se conexiona estrechamente el tema de referencia, con la problemática de las fuentes de las obligaciones, en lo que dice a la clasificación o enunciación que de las mismas se ha practicado tradicionalmente en los ordenamientos legales, cual ocurre en nuestro Código Civil con arreglo al artículo 632 que, siguiendo la fórmula pluralista clásica, enumera las causas productoras de obligación entre las que figura, desde el punto de vista de la voluntad, el contrato, ya que una nueva tendencia se dirige a ampliar la esfera de esos motivos generadores de obligaciones a otros supuestos distintos de aquél, en los que también se actúa la voluntad del hombre, como constitutivos de nuevos aspectos de responsabilidad civil, y sobre cuyo fundamento jurídico se han suscitado serias controversias jurídicas.

Bien puede afirmarse, con vista de la abundante literatura jurídica que en torno al asunto se ha producido modernamente, y ante las innovaciones legislativas que en el mismo sentido figuran ya en ordenamientos legales contemporáneos, que es una realidad innegable la intensificación, cada vez mayor, de una nueva tendencia favorable al reconocimiento del valor jurídico de aquellas situaciones o figuras preliminares de los negocios, al punto de haber logrado legitimidad en no pocas legislaciones actuales, de pronunciado adelanto técnico-jurídico.

El examen de la materia, referido a nuestro Derecho positivo, permitirá concluir sobre la insuficiencia y falta de sistematización de los Códigos civil y mercantil vigentes, en sus actuales regulaciones sobre la misma, y en la necesidad de una revisión de sus preceptos, con miras a estructurar una disciplina legal a tono con

las modernas tendencias, fruto de nuevas concepciones jurídicas dentro de un proceso de evolución motivado por necesidades y requerimientos de convivencia humana, que al reflejarse en la esfera de los negocios, trascienda al campo jurídico. Basta señalar, respecto al primero de dichos cuerpos legales, que promulgado como fue en el año 1888 y habiendo transcurrido al presente tan dilatado período sin experimentar reforma alguna sustancial en ésta como en otras áreas de su disciplina general, no traduce, como es obvio, las modernas orientaciones científicas, y si los criterios que inspiraron sus principios pudieron considerarse adecuados en su día, han perdido ya vigencia en gran medida; y por lo que hace al segundo y refiriéndome tan solo a uno de los aspectos de la materia en estudio, al de la disciplina de la oferta y la aceptación en los contratos, limitándose a considerarlas con ocasión de la compraventa mercantil, acusa con ello deficiente tecnicismo que precisa corregir, supuesto que su regulación debe ser emplazada dentro de los principios generales que gobiernan la contratación en esa rama del Derecho, por ser fenómenos que se dan en el proceso formativo de la mayoría de tipos contractuales.

2. GENERALIDADES. LAS NOCIONES DEL "NEGOCIO JURIDICO" Y DEL "CONTRATO" COMO ANTECEDENTES BASICOS PARA EL ULTERIOR DESARROLLO DEL TEMA

Como es finalidad de este desarrollo la de investigar acerca de la relevancia jurídica que puedan revestir los actos y situaciones que preceden a la conclusión o existencia de los contratos, es decir, de las posibles figuras que se ofrecen en el proceso de formación de un negocio jurídico, resultan convenientes, como preliminar necesario, algunas consideraciones generales sobre entidades con sustantividad propia y de reconocido carácter obligatorio, como son el "negocio jurídico" y su especie de mayor relieve, el "contrato", así como respecto a la declaración unilateral de voluntad que caracteriza, en la clasificación de los negocios jurídicos, los llamados "unilaterales", a efecto de distinguirlos de otras manifestaciones de voluntad de una sola persona, que no son negocios jurídicos, cual ocurre con las declaraciones contenidas en la "oferta" y la "aceptación" en el proceso de formación del contrato. Partiendo de esas ideas

fundamentales, procede el examen de las figuras afines con dichas entidades y que se producen con ocasión de las mismas, para precisar su significación jurídica.

La noción del "Negocio Jurídico" se ofrece amplia, con marcado carácter doctrinal, comprensiva del acto voluntario en cuanto se dirige, como un querer consciente, a la producción de efectos jurídicos, o más propiamente, al logro de un fin práctico-social que el orden jurídico considera merecedor de tutela, dotándolo de relevancia. El elemento volitivo y su dirección final o causativa, son esenciales en el mismo, en cuanto declaración encaminada a provocar consecuencias de derecho. Tal esencialidad se advierte de las definiciones que del negocio jurídico dan reputados expositores, como las que a continuación y entre otras, transcribo: para RUGGIERO el negocio jurídico es "una declaración de voluntad del particular, dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico", concepto que WINDSCHEID recoge en los términos siguientes: "Negocio jurídico es una declaración privada de voluntad que mira a producir efecto jurídico". CARIOTA FERRARA expresa que es "Manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico", y tanto BETTI como SANTORO PASARELLI, acentuando el aspecto objetivo de la declaración o manifestación, consignan, por su orden: "Es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo", y "Acto de una voluntad autorizada por el ordenamiento jurídico para perseguir un fin propio".

Atendida la suficiencia de la manifestación o declaración de voluntad o acto volitivo, en la producción por sí sola de efectos jurídicos, con sustantividad propia, o bien en concurrencia con las declaraciones de voluntad de otra u otras personas, se ha formulado por los tratadistas la conocida distinción de los negocios jurídicos "unilaterales" y "bilaterales", y aun los llamados "plurilaterales". El criterio de clasificación está referido a la formación o conclusión del negocio, según intervengan una, o dos o más partes, siendo oportuno advertir que los conceptos de unilateralidad y bilateralidad pueden darse igualmente en razón del contenido o efectos del negocio, es decir, de las obligaciones que procedan del mismo según resulte obligada tan solo una de las partes, o ambas reci-

procamente, como denotan los llamados contratos unilaterales y bilaterales, que lo son por sus efectos, mas no por su formación ya que todo contrato es, desde este último punto de vista, negocio jurídico bilateral.

Es lo cierto que en la doctrina del negocio jurídico, se hallan reconocidas las categorías, atendiendo a su formación, de los negocios unilaterales y bilaterales, conforme la suficiencia, cabe repetir, de una sola declaración de voluntad para la configuración de la entidad negocial, o que precise el concurso de dos o más declaraciones de voluntad coincidentes, para el nacimiento de la figura, distinción que interesa primordialmente en la determinación de la eficacia de declaraciones de voluntad que no pueden conceptuarse propiamente como negocios jurídicos, dada la especial naturaleza de éstos.

De los negocios unilaterales, con sustantividad jurídica propia como declaraciones de voluntad dirigidas a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, vale decir, a la producción de efectos jurídicos, son señalados en la doctrina moderna y expresamente reconocidos en algunas legislaciones, si bien por excepción, ciertas figuras o institutos como el testamento en el régimen sucesorio, la ocupación como forma de adquisición del dominio sobre bienes que carecen de dueño, la renuncia o derelicción que importa extinción de derechos por abandono o dejación de los mismos, determinadas promesas como la pública de recompensa considerada como una especie de la oferta al público, el acto de fundación, la estipulación a favor de tercero cuando éste adquiere directamente el derecho sin necesidad de su aceptación, la promesa abstracta de deuda con existencia autónoma, y en el terreno mercantil los títulos de crédito, en especial y en los llamados títulos valores, los al portador, en los que la obligación del emitente se fundamenta en su declaración unilateral de voluntad contenida en el documento, por razón exclusiva de su creación, como así lo reconoce, según observaré, nuestro Código de Comercio en vigor.⁷⁷

La existencia, pues, de negocios jurídicos unilaterales se acepta, aun cuando respecto a determinadas figuras resulte dudosa su calificación en cuanto puedan participar, si bien en forma muy atenuada de cierto carácter bilateral y si se razona a base de que no hay obligación sin el correlativo derecho cuya adquisición requiere el concurso de la voluntad de otra persona aceptándolo, que devendría titular del mismo. Lo que interesa dejar señalado,

es que en dicha categoría de negocios jurídicos unilaterales, la sola declaración de voluntad de una parte es bastante a producir efectos o consecuencias jurídicas, siempre y desde luego que se trate de manifestaciones de voluntad dirigidas a un fin práctico que el ordenamiento jurídico considera merecedor de tutela, para asignarles relevancia. La dirección de la voluntad en tal sentido, es de esencia en el negocio jurídico, por lo que resulta fundado negar ese carácter a las entidades cuasicontractuales, como la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido, entre otras, en las que si bien se dice de actos voluntarios como se ve del artículo 1043 de nuestro Código Civil, o puramente voluntarios al decir de otras legislaciones, falta en ellos aquella dirección del querer consciente que distingue o caracteriza el negocio jurídico, produciéndose los efectos en el cuasicontrato más bien por determinación o ministerio de la ley, vale decir, que en puro rigor, las obligaciones al mismo relativas devienen legales.

Siempre atendiendo al elemento de la voluntad en el negocio jurídico, como expresión o declaración de la misma dirigida a un fin práctico que el Derecho protege, se presenta el contrato, como la figura central, por excelencia, del negocio jurídico bilateral, sea del que se integra con dos declaraciones de voluntad coincidentes, que se combinan o fusionan. Esa conformidad de declaraciones de voluntad o conjunción de voluntades singulares como también se la considera, no es otra cosa que el acuerdo o consentimiento que constituye la base del contrato, su elemento esencial. La noción técnico-jurídica del contrato, en su moderno concepto, así lo denota, como aparece de la definición que del mismo se contiene en el artículo 1321 del Código civil italiano vigente, al decir que es "el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial".

Importa repetir que el contrato, como negocio jurídico bilateral, se integra de dos declaraciones de voluntad coincidentes, que son la "Oferta" y la "Aceptación". Como es mi propósito con este desarrollo precisar, en la medida posible según expresé, el valor jurídico de los actos precontractuales y deslindar estas figuras, se advierte ya la necesidad de distinguir las a los efectos de su relevancia jurídica, de aquellos negocios jurídicos con sustantividad propia como son los unilaterales, cuya caracterización he dejado señalada. En otros términos, cabe plantearse si las referidas declaraciones de voluntad, "oferta" y "aceptación" que integran el

contrato, pueden conceptuarse, aisladamente consideradas, como negocios jurídicos unilaterales, o más bien como partes de un solo negocio jurídico bilateral, del contrato, y si esto no obstante, pueden producir singularmente efectos o consecuencias de derecho. Lo propio cabe examinar respecto a las "promesas" de contrato, con el estudio de su particular naturaleza jurídica, y más aun, si antes de que en el proceso de generación o formación de un contrato se haya producido la "oferta" como declaración de voluntad del proponente, las negociaciones o tratos preliminares, las situaciones que la preceden, revisten alguna significación jurídica, es decir, si de ellas pueden derivar o no efectos de derecho.

El aspecto del valor o relevancia jurídica de los actos precontractuales, así como de los negocios jurídicos unilaterales con existencia autónoma en cuanto declaraciones de voluntad de una sola persona, plantea un problema de orden puramente legal que conviene puntualizar, en lo que dice al carácter de fuentes de obligaciones, frente a la entidad del contrato, considerado éste tradicionalmente y desde el punto de vista de la voluntad como la única causa productora de obligaciones, cual ocurre en presencia de los términos del artículo 632 de nuestro Código Civil. Es la cuestión, tan debatida en doctrina, de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones o, más concretamente, de la promesa unilateral como causa generadora de las mismas, fuera del contrato. En síntesis, se reduce el problema a decidir, en presencia de la consideración que hace la ley del contrato como fuente de obligaciones al lado de otras causas por ella señaladas, si desde el punto de vista de la voluntad, deben excluirse con tal carácter de motivos generadores de relaciones jurídicas o vínculos de derecho otras manifestaciones de voluntad, como las unilaterales, que obviamente no son contratos. En nuestro régimen jurídico es dable plantear la cuestión, en el terreno civil, y aun en el mercantil en cuanto el Código de Comercio hace remisión al Código Civil en la aplicación supletoria de normas o preceptos de éste en la disciplina general de la contratación, en virtud de lo estatuido por el precitado artículo 632 del último Cuerpo legal concerniente a las causas productoras de obligaciones. En efecto, en ese texto, que sigue la fórmula tradicional pluralista de clasificación de las fuentes de las obligaciones, se enuncian las causas de las mismas entre las que figura, en el aspecto de la voluntad, el contrato, lo que autorizaría a sostener, con estricta sujeción a sus términos o aplicación

literal de los mismos, que desde el mencionado punto de vista de la voluntad solo el contrato puede reputarse, legalmente, como causa o fuente generadora de obligaciones, negándoles en consecuencia esa virtualidad a otras declaraciones de voluntad no constitutivas de contrato, como son los negocios jurídicos unilaterales y las manifestaciones o actos que preceden a la conclusión de aquel, que se presentan en su fase preparatoria, con lo cual tanto los citados negocios jurídicos, como la "oferta" y la "aceptación" por sí solas, aisladamente consideradas sin que todavía se haya dado su conformidad o coincidencia, es decir, sin que aun se haya producido el acuerdo, resultarían irrelevantes jurídicamente. No ha sido extraña esta cuestión en otras legislaciones que, al igual que la nuestra, siguen el mismo sistema pluralista de enumeración de las fuentes de las obligaciones entre las que figura únicamente el contrato, desde el punto de vista de la voluntad, como en la española según el artículo 1089 del Código Civil con cuyo fundamento la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en algunos de sus fallos, sostuvo la tesis adversa al reconocimiento de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, para tener como tal solamente el contrato, si bien el criterio, con orientación progresista y en pronunciamientos más recientes, ha sido modificado en sentido favorable a la admisión de las declaraciones unilaterales de voluntad con eficacia jurídica. El aparente conflicto, como bien se ha dicho, más que resolverse debe superarse, y su solución radica en una correcta inteligencia del texto en función integradora que permita el reconocimiento, como lo propugna la mejor doctrina, de otras figuras o declaraciones de voluntad que, sin ser contratos, puedan generar consecuencias jurídicas, obligacionales, dada su especial naturaleza. Para ello precisa admitir, con buen criterio, que no es taxativa o excluyente la enumeración que de las fuentes o causas productoras de obligaciones practica el sobredicho artículo 632 de nuestro Código Civil, en cuanto señala el contrato con tal carácter, porque de aceptar lo contrario quedaría sin explicación satisfactoria el hecho de que en ese propio Cuerpo legal, virtualmente, resulten reconocidas por otras disposiciones del mismo conforme será puntualizado, declaraciones unilaterales de voluntad con sustantividad jurídica propia en cuanto productoras de consecuencias de derecho, sin decir del franco reconocimiento y expresa admisión por el nuevo Código de Comercio que nos rige, de figuras e institutos que encierran tan solo decla-

raciones de voluntad unilateral con eficacia jurídica por sí, como habré de señalar igualmente. El artículo 632 de nuestro Código Civil debe entenderse, pues, con buen sentido, en términos de que al decir del contrato como causa productora o fuente de obligación, no agota con ello todos los supuestos en los que, por voluntad declarada, puedan generarse obligaciones, por revestir un carácter meramente enunciativo la clasificación o enumeración que de esas fuentes en el mismo se practica y no, como ya dije, limitativo o excluyente. Aun sin ser utilizada la expresión "negocio jurídico", extraña a la terminología de nuestras ordenaciones civil y mercantil que siguen con las tradicionales denominaciones de "acto" y "contrato", es lo cierto que en esos Cuerpos legales se contiene el reconocimiento, en virtud de disposiciones aisladas, de figuras o declaraciones de voluntad con virtud de producir efectos o consecuencias jurídicas, sin ser propiamente contratos, configurándose de esa suerte algunas como verdaderos negocios jurídicos unilaterales. Comprendidas en esta categoría ya señalé ciertas entidades, las cuales resultan admitidas en nuestros Códigos Civil y Mercantil como el examen de determinados textos en las materias que regulan, así lo denota, lo que implica que si con sujeción al artículo 632 del primero de esos ordenamientos se considera el contrato como la única fuente de las obligaciones en el aspecto de la voluntad, se daría grave contradicción con aquellas otras disposiciones del mismo, y aun de la legislación mercantil, por las que resultan legalmente reconocidas figuras o entidades que, sin ser contratos, sino tan solo declaraciones unilaterales de voluntad, devienen aptas para producir efectos jurídicos.

En armonía con lo anterior, es de observar en el régimen sucesorio de nuestro Código Civil, el testamento, como acto de última voluntad dirigido a regular el destino de los bienes del testador o declarante para después de su muerte. En la doctrina del negocio jurídico el testamento reviste, sin género de duda, ese carácter, esencialmente unilateral por cuanto se forma o existe cuando se redacta, es decir, cuando se emite o declara la voluntad del testador, por más que su eficacia advenga a la muerte del mismo; antes de ésta, es un verdadero negocio unilateral, constando, como se integra, de una sola manifestación de voluntad. Al admitir el citado Código en su artículo 522, que la sucesión se defiende por la voluntad del hombre legalmente manifiesta, reconocido por el mismo el principio de libertad testamentaria, así como que la suce-

V. es unilateral

sión comprende los bienes, derechos y obligaciones del causante, todo autoriza para tener el testamento, en nuestro régimen legal, como genuino negocio jurídico unilateral, sea como una declaración unilateral de voluntad dirigida a producir consecuencias jurídicas. No precisa, por lo demás, para la existencia o formación del mismo, en su indicada categoría de negocio, la aceptación del heredero que vendría a asumir naturaleza de otro negocio jurídico unilateral y que no condiciona la formación del primero, si bien juega papel para su eficacia, es decir, para la realización de los fines o producción de los efectos, que es fenómeno distinto de la existencia jurídica del acto testamentario. Cabe igualmente considerar como negocios jurídicos unilaterales, según nuestra ordenación civil, la renuncia de un derecho o derelicción, en la que, con la sola declaración de voluntad del titular de hacer abandono o dejación del mismo, se produce el consiguiente efecto jurídico extintivo, aun tratándose, a mi juicio, de derechos de crédito en los que no precisa la voluntad del deudor para que, no obstante beneficiarse, tenga lugar la consecuencia liberatoria del mismo; la "ocupación" como actuación de voluntad que entraña una manifestación de ella, de carácter unilateral con la toma de posesión de un bien que carece de dueño para hacer surgir de la misma y a favor del ocupante, la propiedad, constituyendo de esa suerte un modo de adquirir el dominio como lo admite el artículo 484 del Código Civil, y al disponer igualmente el número 485 que "por la ocupación puede adquirirse el dominio de las cosas muebles que no pertenecen a nadie". Especial modalidad presenta el Código Civil patrio en punto a la constitución de la hipoteca al permitir, por el artículo 409 que "La hipoteca se constiuye en escritura pública por el dueño de un inmueble, para garantizar deuda propia o ajena", lo cual entraña que el acto se realiza o forma con la sola manifestación de voluntad del hipotecante, y al producirse los efectos jurídicos con la afectación del bien gravado que de la misma derivan, no es dudoso asignarle el carácter de negocio jurídico unilateral, pues es de añadir que la escritura pública que consigna el acto unilateral, es incluso susceptible de inscripción en el Registro Público, para que surta la plenitud de sus efectos, sin que precise que en ese proceso formativo del acto intervenga otra declaración de voluntad para que se configure. Cabe ver asimismo en el Código Civil el reconocimiento de una declaración unilateral de voluntad, con efectos jurídicos, en la que expresa la parte que no ha incum-

plido un contrato bilateral o con prestaciones recíprocas, ante el incumplimiento de la otra parte, para ejercitar la facultad, librada exclusivamente a su arbitrio, de obtener la resolución del contrato con sus efectos extintivos, conforme es autorizado por el artículo 692, así como en el derecho de elección en las obligaciones alternativas a que se contrae el artículo 654 Código ibidem, se da la eficacia, legalmente reconocida, de la manifestación unilateral de voluntad con relevancia jurídica, para elegir o determinar la prestación a cumplir.

En lo que concierne a nuestra legislación mercantil conforme al nuevo Código de Comercio que nos rige, sin aludir por ahora a la naturaleza que revisten con arreglo a sus preceptos la "oferta" y la "aceptación" como declaraciones unilaterales de voluntad en los contratos mercantiles, en parangón con los mismos fenómenos que se dan en el campo civil según comentaré, es innegable el reconocimiento legal de figuras o entidades de claros contornos que permiten configurarlas como propios y verdaderos negocios jurídicos unilaterales, sea como promesas unilaterales con virtualidad de fuentes de obligaciones, separadamente del contrato. Así se infiere de la disciplina del Código Mercantil en punto a los títulos-valores, principalmente de los calificados como "al portador", en presencia de un artículo que es fundamental en el aspecto que interesa, el 714 que estatuye: "En los títulos al portador la obligación no nace de un contrato, sino de la emisión del título. Si después de emitido y antes de ser puesto en circulación fuere robado o perdido, no por eso dejará de ser eficaz en manos de un tercero de buena fe. Del mismo modo la muerte o incapacidad del emisor no influye en la validez del título". Es de interés comentar en torno a esa disposición legal, de tan significado contenido como se advierte, que nuestro legislador, haciendo de lado la teoría contractualista para adoptar el sistema de la creación, tiene por nacida o existente la obligación que inserta o incorpora el título al portador, en el momento de su emisión entendiéndose por ésta, la manifestación o exteriorización de voluntad del emisor al suscribir el título, no el de su expedición o momento en que es puesto en circulación desapoderándose del mismo, ya que claramente consigna el texto que "si después de emitido" con lo que alude a dicha declaración o exteriorización, y "antes de ser puesto en circulación" refiriéndose con esto a que no haya sido expedido o remitido, "fuere robado o perdido, no por eso dejará de ser eficaz en manos

de un tercero de buena fe”, todo lo cual permite concluir que la obligación surge por la sola declaración de voluntad del emitente, aun en el supuesto de que el título o documento haya salido de su esfera de poder sin su voluntad, como serían los casos contemplados en la norma de robo, pérdida o extravío del mismo, en los que incluso la eficacia subsiste, y como igualmente confirma, al decir del precepto en comentario, que ni la muerte ni la incapacidad del emisor influyen en la validez del título. Se trata, en consecuencia, en los títulos al portador, del nacimiento de obligaciones por el solo efecto de su emisión o creación, es decir, de la declaración de voluntad del emitente como un verdadero negocio jurídico unilateral! No podría en rigor, afirmarse lo propio respecto a los demás títulos valores, por estar referida específicamente la disposición legal citada a los ‘al portador’, si bien en el concepto amplio de título-valor que se recoge en el artículo 667 del ídem Código, como “Documento indispensable para ejecutar (sic: ejercitar) el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna”, pueda verse in género, la admisión del principio de voluntad unilateral como fuente de obligaciones, en cuanto en algunos de ellos se contenga una promesa de pago abstracta, de índole no recepticia, con la salvedad, desde luego, de los nominativos o expedidos a favor de una persona cuyo nombre se expresa en el texto mismo del documento, siendo lo pertinente, en cada caso, apreciar el modo en que la respectiva obligación ha podido nacer o surgir en relación al acto de expresión de voluntad del emitente del título, para juzgar sobre la unilateralidad o bilateralidad en la configuración de la entidad negocial.

Evidenciado, como queda, que aparte del contrato son admitidas en nuestra legislación, tanto civil como mercantil, declaraciones de voluntad unilateral con virtualidad creadora de efectos jurídicos, sea con el carácter de fuentes de obligaciones, procede el examen de lo que es finalidad principal de este desarrollo, sea de la naturaleza vinculante o eficacia jurídica que puedan ostentar aquellos actos, situaciones o declaraciones de voluntad que preceden a la conclusión o perfección de un contrato, considerado éste, según se ha visto, como la figura central del negocio jurídico bilateral, cuya esencialidad radica en el acuerdo o coincidencia de declaraciones de voluntad de dos o más partes, entendido el concepto de “parte contractual” no como persona o sujeto contratante según la noción tradicional, sino como centro de intereses que debe

figurar de cada lado del contrato, parte y contraparte. Se concreta el siguiente análisis, en consecuencia, a la fase preliminar de un contrato, al proceso de su formación o generación.

3. DEL CONTRATO Y SU FASE PREPARATORIA

Representa el contrato ya formado o concluido, al decir de SANCHEZ ROMAN, “una existencia, una creación jurídica, a cuyo resultado no se llega de repente, por impulso instantáneo de una sola y automática fuerza, sino mediante el desarrollo gradual de todas las condiciones o elementos que la producen, en suma, de una verdadera generación”. En efecto, en la vida de un contrato pueden apreciarse las fases o momentos de su generación y perfección, comprendiéndose en la primera, que es la que fundamentalmente interesa aquí, los preliminares o período preparatorio. El contrato concluido, perfecto, como acuerdo o coincidencia de declaraciones de voluntad, está dotado, como es bien sabido, de fuerza vinculante; constituye, al preceptuar del artículo 1022 de nuestro Código Civil, una “ley para las partes contratantes”. Se ha observado justamente que siempre ha sido reconocida la necesidad de hacer jurídicamente obligatorio el cumplimiento de las promesas, y de ello el principio de obligatoriedad del contrato, admitido en todo tiempo y figurando como un dogma en todos los Códigos. El fundamento de esa fuerza vinculativa del contrato, no obstante la diversidad de teorías que han intentado explicar la razón filosófica de su obligatoriedad, radica en la voluntad, en su autonomía como poder reconocido a la persona por el orden jurídico para regular sus propios intereses en sus relaciones con los demás. Se acepta, pues, la autonomía de la voluntad como potencia creadora reconocida al particular por el Derecho para configurar sus propias creaciones jurídicas, no obstante que ese dogma haya sufrido en lo moderno profundas transformaciones al punto de afirmarse y con fundada razón de una crisis del principio, y de una decadencia del contrato, expresión esta última inadecuada desde que, en realidad, lo que ha tenido lugar es una rectificación en la concepción del contrato, una revisión del mismo en su modo de entenderlo y aplicarlo por la influencia de nuevas tendencias y la infiltración cada vez mayor de elementos éticos y sociales, en términos de que si bien sustentándose primordialmente en la voluntad, no del modo

radical que propugnaba el absolutismo del dogma de la autonomía, debe descansar, como con acierto se ha dicho, "en el equilibrio y conciliación de los principios de personalidad y comunidad, de libre autonomía y de interés social", para que continúe siendo aun dentro de su moderna fisonomía, como con verdad se ha expresado igualmente, "el instrumento más fecundo puesto al servicio de la convivencia social".

Si la obligatoriedad del contrato deriva de la voluntad de las partes, sancionada por el ordenamiento jurídico, cabría preguntar en qué medida esa misma voluntad es apta para explicar el fundamento, si ello es admisible, del carácter vinculante de las declaraciones unilaterales de voluntad o manifestaciones que se producen o tienen lugar antes de la conclusión del contrato, sea en su fase preparatoria, para decidir en suma si de la "oferta" y de la "aceptación" por sí solas pueden dimanar efectos jurídicos, si aún antes de la primera y en los llamados "tratos y negociaciones preliminares" puedan darse también consecuencias de derecho, y si a la promesa unilateral es dable asignar, en determinados supuestos, la virtualidad de fuente de obligaciones. De especial significación e interés en el particular, se ofrecen los siguientes comentarios del profesor HERNANDEZ GIL (Derecho de Obligaciones, pág. 246, N° 84, Ed. 1960), sobre la promesa unilateral como fuente de obligaciones: "Atribuirle fuerza vinculante constituye una conquista relativamente reciente, considerándola en el plano psicológico-jurídico como la máxima concesión a la voluntad en la producción de las obligaciones, por ser obra estrictamente de una sola voluntad, en términos de que la obligación en este caso es una auto-obligación que presupone el reconocimiento de un poder autónomo; envuelve una aparente contradicción, la atribución de fuerza vinculante a la promesa unilateral que no coincide, al menos en su desarrollo, con el apogeo del dogma de la autonomía de la voluntad, pues es un logro posterior que se abre paso en el período de rectificación y crisis de dicho dogma; que no es una sobreestimación de la voluntad y la tesis se ha instaurado, no sobre bases psicológicas de signo voluntarista, sino a virtud principalmente de consideraciones sociológicas y sistemáticas". Y concluye el ilustre tratadista español: "Ciertas declaraciones del individuo, concernientes a intereses tutelados por el Derecho, que adquieren una general exteriorización o que se dirigen a un concreto destinatario, como ocurre, respectivamente, con la promesa pública y la oferta de contrato, no pueden quedar

relegadas al puro arbitrio, sino que tales declaraciones, constitutivas de promesas de un obrar determinado, aparecen dotadas de una trascendencia social a impulsos de la actuación del emitente que, por propia iniciativa, suscita el interés y la confianza en los demás, que razones de seguridad jurídica y exigencias de la buena fe demandan que el destinatario concreto o eventual tenga derecho a convertirse en acreedor, lo cual solo es posible si sobre el promitente incide como deber el mantenimiento de la promesa que, por lo mismo, ha de reputarse irrevocable, al menos dentro de ciertos límites".

Importa destacar de las consideraciones transcritas, por el fondo de realidad que entrañan, la alusión que en las mismas se hace de circunstancias, factores o elementos con virtualidad, invocables juntamente con el principio de autonomía de la voluntad, para atribuir fuerza vinculante a la declaración unilateral, como son la confianza y el interés de los terceros que se suscitan mediante ella, las razones de seguridad jurídica y las exigencias de la buena fe que han adquirido, en el Derecho moderno y de modo prevalente en la esfera mercantil con la acentuada calificación de los llamados "intereses del tráfico", especial relieve jurídico, sin que su presencia pueda estimarse excluyente del valor originario y esencial que debe atribuirse al elemento volitivo, pues que se trata precisamente de declaraciones de voluntad. La eficacia, a mi entender, de la declaración unilateral de voluntad, el fundamento de la fuerza vinculante de la oferta y la caracterización de la promesa unilateral como fuente de obligación, deriva, en tesis de principio, de la conjugación de la voluntad que se declara en cuanto propósito o querer consciente del declarante, con aquellos elementos o factores del interés y la confianza de terceros que con ella se provocan o suscitan, amparados por el principio de seguridad jurídica e igualmente sustentados en requerimientos de la buena fe, interviniendo de consuno. Cabría por lo tanto concluir, que si la obligatoriedad del contrato descansa, con el reconocimiento por el orden jurídico, en la autonomía de la voluntad como potencia creadora traducida en el acuerdo de partes o coincidencia de declaraciones que dan lugar con el acto de su expresión a una común voluntad contractual de carácter unitario o voluntad contractual, en las declaraciones unilaterales debe verse la razón justificadora de su fuerza vinculante tanto en esa misma voluntad declarada en cuanto ejercicio de autonomía, como en el interés y la confianza

de los demás que por ella se suscitan, atendidas la seguridad jurídica y las exigencias de la buena fe, en función de una concurrencia de elementos, interno el uno, externos los otros, y a virtud siempre y desde luego, de la sanción por el ordenamiento jurídico dada la indispensable cooperación normativa en la producción de efectos de los actos jurídicos en general.

4. LOS TRATOS O NEGOCIACIONES PRELIMINARES

Situados en el plano o fase de preparación del contrato, considerado el proceso de generación o formación del mismo, se presentan, como tengo referido, situaciones y figuras sobre cuya eficacia o relevancia jurídica interesa juzgar. Una consideración a priori, que no incida en el fondo de la cuestión que se plantea, podría llevar, con aparente lógica, a excluir todo valor jurídico a los actos que preceden a la conclusión de un contrato, atendido el modo como éste debe concertarse a virtud del principio de libertad que debe presidir la contratación y que el Derecho garantiza, como se advierte de nuestro Código Civil en punto al consentimiento que "debe ser libre y claramente manifestado" conforme predica el artículo 1008.

Argumentando con base en dicho postulado de libertad contractual, podría negarse valor jurídico a todo acto, manifestación de voluntad o situación que preceda a la conclusión de un contrato, toda vez que la indicada libertad presupone una auto-decisión o facultad para celebrarlo o excluirlo, y cuyo ejercicio, en el supuesto de rechazarse, no podría legalmente generar consecuencias jurídicas. Con fundada razón se ha dicho que "el contrato no se impone, que debe ser fruto de determinaciones volitivas libremente adoptadas, en suma, que donde hay imposición no puede haber contrato". Sin embargo, no se faltaría, a mi juicio, a ese principio de libertad contractual el atribuir ciertos efectos jurídicos por resarcimiento de daños y con el fundamento que se dirá, a las declaraciones de voluntad o actos previos a la conclusión del contrato, sin que pueda aducirse en contrario que ello compelería a la celebración del mismo, ya que el concepto de libertad debe apreciarse igualmente con referencia a esos propios actos que se dirigen a la formación del contrato, en atención a su particular

naturaleza, como sucede, por ejemplo, con la oferta contractual cuando ésta, en su verdadero sentido, es expresión de una decisión de ánimo, de una voluntad seria y libre que reúne los requisitos esenciales para que pueda reputarse como una propuesta en firme en la cual se agota toda actividad del oferente, condicionada tan solo para la perfección del contrato, a su aceptación pura y simple por el destinatario, y como igualmente acontece con las promesas unilaterales con sustantividad propia que constituyen verdaderos negocios jurídicos unilaterales y, en tal virtud, fuente de obligaciones. La libertad contractual no se afecta, a mi entender, antes bien queda cumplida, si dándose respecto a los actos que se dirigen a la conclusión del contrato ellos se configuran con especial significado y seriedad. El anterior punto de vista se perfila mejor al considerar, como paso a hacerlo, la particular naturaleza que ostentan las situaciones o actos que se desarrollan en la etapa preliminar a la conclusión del contrato.

Una observación atenta del período preparatorio del contrato, permite, en efecto, diferenciar la fase meramente preliminar constituida por los "tratos, tanteos, negociaciones y conversaciones", de la "oferta contractual" que de ellos pueda surgir con rasgos característicos que le dan una fisonomía especial. No siempre la etapa preparatoria de un contrato se inicia con la propuesta u oferta en firme que directamente se formula mediante una declaración de voluntad recepticia, sea dirigida a un destinatario, pues suelen preceder a la misma y esto es lo frecuente, aquellos tratos preliminares o negociaciones entre las personas interesadas en un futuro convenio.

La "oferta de contrato" es calificada como "una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato", y más que un acto preparatorio del mismo, es una verdadera "declaración contractual", que ha de reunir, como indicaré, para que en rigor pueda conceptuarse como tal, determinados requisitos y elementos esenciales del contrato a que se dirige. Lo que de momento interesa señalar, previo al examen de la eficacia jurídica que pueda revestir dicha declaración de voluntad o propuesta, es la posibilidad de existencia en la fase de formación del contrato y aun antes de que se produzca la "oferta en firme", de los llamados **tratos preliminares**, respecto a los cuales debe considerarse si son también determinantes de efecto alguno jurídico. La cuestión, pues, se contrae a dos situaciones delimitadas,

ambas de carácter precontractual: la de los tratos, conversaciones o negociaciones preliminares que representan la verdadera iniciación de la fase de formación del contrato, y la de la oferta contractual, propuesta o policitud que pueda resultar de los primeros.

Con referencia a la etapa meramente inicial con los tratos preliminares previos a la oferta, es opinión dominante que de ella no nacen obligaciones, ni revisten carácter vinculante las declaraciones de voluntad que dentro de la misma se producen. En esa fase rige plenamente el principio de libertad que informa la celebración del contrato, la auto-decisión, negándosele a los actos que en ella se desarrollan valor jurídico, lo cual entraña que el disentimiento o el apartarse cualquiera de los interesados de tales negociaciones preliminares, no predetermina responsabilidad. Sin embargo, no debe resolverse con excesivo radicalismo la cuestión al punto de excluir todo género de responsabilidad o de consecuencias jurídicas en la dicha etapa inicial del contrato, anterior a la oferta, que llevaría a prescindir de otro aspecto que da fundamentación a una responsabilidad específica, pues la doctrina moderna se orienta en sentido de admitir, siquiera por vía de excepción, una tal responsabilidad, no de tipo contractual como es obvio, sino de naturaleza extracontractual por culpa in contrahendo. A tono con este punto de vista, escribe el profesor CASTAN (Derecho Civil Español, Común y Foral. Teoría General del Contrato, Tomo III, pág. 437): "Responsabilidad por los gastos o perjuicios que puedan producirse en la preparación del contrato: Si las conversaciones preliminares fracasan y el contrato no llega a concluirse, es preciso determinar a quién incumbirá pagar los gastos que en el curso de aquéllas se han efectuado o los perjuicios que se hayan producido, ya a alguno de los contratantes o ya a un tercero. Por regla general, la ruptura de los tratos no traerá consigo ninguna responsabilidad; mas si llegadas las conversaciones a un punto en que podía razonablemente esperarse la conclusión del contrato, una de las partes se vuelve atrás sin motivo justificado, está obligada a responder a la otra, por su arbitrario proceder, de los gastos que haya hecho y de las pérdidas patrimoniales que haya sufrido". Adopta la misma posición ENNECCERUS al decir (Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, pág. 229): "De la circunstancia del comienzo de los actos preparatorios de un contrato deriva una relación de confianza análoga a la contractual y que obliga a los interesados a observar la diligencia exigible en el tráfico,

imponiéndoles ciertos deberes de comunicación, de explicación y de conservación. Esta responsabilidad es totalmente independiente de que los actos preparatorios terminen o no en la conclusión del contrato. No requiere la violación dolosa del deber de diligencia, sino que basta la mera negligencia".

En el Código civil italiano vigente, bueno es añadir, resulta virtualmente admitida la responsabilidad precontractual en las aludidas negociaciones preliminares, al establecer el artículo 1337 que "Las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe", de donde se sigue que al imponer la ley a las partes un deber de observancia de la buena fe en la conducta que despliegan en las negociaciones o tratos preliminares y formación del contrato, sea antes de la conclusión del mismo, la transgresión de ese deber que entraña una falta, culpa o negligencia, aparea la consiguiente responsabilidad que dicho texto legal autoriza. Es mi parecer que en nuestro régimen jurídico, una responsabilidad semejante resulta admisibles, aunque de modo excepcional, con el fundamento que presta el artículo 1045 del Código Civil, que al decir de nuestra Jurisprudencia, sienta un principio general de responsabilidad por culpa aquiliana, de tal suerte que si los elementos que configuran esa responsabilidad de acuerdo con el texto aludido, se dan respecto a un acto o declaración de voluntad en las negociaciones preliminares o fase inicial de un contrato, aun antes de que se haya producido la oferta en firme —sean la culpa y el daño— no habría motivo para negarla, ya que por lo demás importaría la violación de aquel deber de observancia de la buena fe, de que se hace referencia en la legislación italiana. Guarda analogía con el aspecto de responsabilidad de que se trata, cuanto a su admisión con un fundamento por culpa extracontractual, lo que en punto a los esponsales o promesa recíproca de futuro matrimonio, a los que la ley no concede valor jurídico por el artículo 49 del Código Civil, enseña nuestro tratadista BRENES CORDOBA (Tratado de las Personas, pág. 127, N° 129): "Debido al mismo motivo de carecer los esponsales de valor civil, no es atendible el reclamo a título de indemnización por la simple falta de cumplimiento. Pero sí se admite, en principio, que la parte que hubiere sufrido pérdidas por gastos hechos en razón del concertado matrimonio, puede exigir judicialmente el reintegro de ellos con fundamento en el precepto legal de que todo aquel que ocasiona un daño a otro está obligado

a repararlo, lo cual se entiende, naturalmente, siempre que la persona que falta a lo pactado no tenga justa causa que disculpe su proceder”.

5. LA OFERTA DE CONTRATO

Queda visto que entre los “tratos y negociaciones preliminares” y la “Oferta contractual”, en la fase preparatoria de un contrato, puede hacerse un deslinde, que lleva ahora a considerar la última con los problemas que suscita y entre los cuales tiene especial relieve su fuerza vinculante o carácter obligatorio, para examinar luego lo tocante a las “Promesas” que, como figuras también precontractuales, presentan características y efectos diversos de la oferta contractual propiamente dicha. La propuesta o policitud, oferta o proposición, como se la llame, se presenta conforme ya indiqué, en el período de formación del negocio como la “declaración de voluntad de una de las partes dirigida a la otra para celebrar con ella un contrato”, es decir, como una declaración contractual más que como un acto meramente preparatorio.

Contribuye a denotar el verdadero carácter que asume la oferta o propuesta, como declaración de voluntad contractual recepticia, es decir, dirigida a un destinatario para la celebración mediante la aceptación congruente de éste del respectivo contrato a que la misma se refiere, la indicación de los requisitos que debe reunir para diferenciarla de otras declaraciones de voluntad que puedan darse en la fase de preparación del contrato. Suelen emplearse con relación a esta materia, en efecto, las expresiones de “simple oferta”, “mera oferta” y “oferta en firme” que se prestan a confusión. No toda declaración de voluntad cognitiva, sea dirigida a conocimiento de un destinatario para la celebración de un contrato, puede ser tenida como verdadera oferta, ya que para esto precisa que se emita con la intención de obligarse el proponente, que sea concreta en sus términos de tal modo que contenga los elementos necesarios para que se concluya el contrato proyectado mediante la aceptación pura y que se dirija a persona determinada, si bien caben en la vida de los negocios las llamadas ofertas al público que no por hallarse dirigidas a una colectividad, pierden el carácter recepticio, con la salvedad de la promesa pública de recompensa y las promesas de pago abstractas en las cuales, como señalé, no

se dan propiamente ofertas sino que se configuran negocios jurídicos unilaterales o declaraciones unilaterales de voluntad como causas productoras de obligaciones o fuentes de las mismas, con propia sustantividad jurídica o naturaleza autónoma. Es oportuno advertir en este punto, que la otra declaración de voluntad, igualmente recepticia supuesto que debe dirigirse al proponente, es la del destinatario que acepta pura y simplemente la oferta y con lo cual se determina la conclusión del contrato, declaración que por su lado debe igualmente reunir los mismos requisitos de la policitud, vale decir, emitida con el propósito o decisión de obligarse, ser pura y simple como queda señalado, pues una aceptación modificativa es tenida como una contrapropuesta, y darse en tiempo hábil.

Si la oferta de contrato como queda expuesto, para reputarse como tal, debe reunir los requisitos apuntados, ello revela que la declaración de voluntad unilateral en la misma contenida, expresa una decisión o resolución firme de celebrar el contrato a que se dirige, con carácter dispositivo y no de mera enunciación de un propósito como acertadamente se ha dicho, lo cual permite diferenciarla, como “oferta en firme”, de aquellas otras declaraciones a que se contraen las llamadas “mera oferta” y “simple oferta” que quedarían relegadas, éstas, al ámbito de las negociaciones o tratos preliminares, previos a la verdadera oferta de que hice mención. Sin duda a esas manifestaciones de voluntad no constitutivas de verdadera oferta, sino de simples propósitos sin ánimo de obligarse contractualmente, como meros ofrecimientos o invitaciones a contratar, alude Brenes Córdoba en su “Tratado de las Obligaciones y Contratos”, pág. 326, N° 585, al comentar: “Tomando en cuenta la presunta voluntad de las partes y las circunstancias de hecho que en la especie concurren, se establecen las siguientes conclusiones, que son por todo extremo aceptables: si el ofrecimiento se encamina a explorar el ánimo de la persona respecto al negocio, si constituye una simple oferta, nada de esto, como es natural, será parte a obligar al policitante como si el contrato estuviera cerrado antes de saber la aceptación; pero si la oferta implica un **compromiso de carácter definitivo**, condicionado únicamente por la necesidad de la aceptación, es innecesario que ésta llegue al proponente para tener por formado el nexo de derecho, porque el contrato existe desde que el policitado acepta de manera inequívoca”.

6. LA OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA CONTRACTUAL

Partiendo del concepto de verdadera "oferta de contrato" u "oferta en firme" según queda explicado, con la concurrencia de los requisitos señalados, sea cuando el ofrecimiento, al decir de nuestro citado tratadista conforme los términos transcritos, se dirige, no a explorar el ánimo de la otra parte respecto al negocio, supuesto en el que se daría una "simple oferta" como él mismo la califica, sino cuando "envuelve un compromiso de carácter definitivo condicionado tan solo por la necesidad de la aceptación para el perfeccionamiento del contrato", procede el examen de su principal aspecto: el de la fuerza vinculante o carácter obligatorio de la misma, que constituye uno de los problemas más debatidos y diversamente resuelto en los Códigos, dependiente, en último término, de su revocabilidad o de su irrevocabilidad. Existen dos tendencias en el particular, radicalmente opuestas: la tradicional, sustentada exclusivamente en la voluntad del oferente de la que es consecuencia el principio de que "no obliga la proposición no aceptada", cuya razón descansa en la libertad de proponer y de retirar lo propuesto antes de ser aceptado, lo que entraña la exigencia de una voluntad perdurante del sujeto proponente en todo momento, desde que se emite la oferta hasta que se perfeccione el contrato, y que explica el que cuando llega a faltar esa voluntad por retractación del oferente o a virtud de motivos de Derecho como la muerte o incapacidad sobrevenidas del mismo, deviene claudicante la proposición; la otra dirección que constituye el punto de vista del Derecho moderno, propugna en cambio la obligatoriedad o fuerza vinculante de la oferta, en méritos a la intervención de un plazo o término de duración de la misma, bien fijado expresamente por el proponente o ya implícito derivado de circunstancias de hecho que la rodean, y que presupone renuncia al derecho de retractación, sin dejar de observar que aun dentro del primer sistema, la oferta puede asumir el carácter obligatorio a virtud de la determinación de un plazo por el proponente que se conceptúa, cabe repetir, como renuncia virtual a su facultad de revocar.

Interesa señalar el alcance o significación jurídica que pueda revestir dicha fuerza vinculante u obligatoriedad de la oferta, ya que no faltan quienes dicen de dos obligaciones derivadas de la misma, una que se contrae a su mantenimiento mientras esté

vigente el plazo lo que equivale al deber de respetarlo, y la otra que concierne al cumplimiento de la prestación o relación jurídica obligacional que con ella se provoca. Resulta superfluo indicar que la obligación a que se dirige la oferta, no puede estimarse como surgida de ésta, pues su causa o fuente productora no es otra que el contrato, cuando aquella es aceptada dando lugar, con el acuerdo o consentimiento a la conclusión de este último, convirtiéndose el proponente en parte contratante y constreñido, como tal, al cumplimiento de la obligación del mismo dimanante. Por lo tanto, la obligatoriedad de la oferta o su fuerza vinculante, debe considerarse en el sentido de que el proponente no pueda revocar, es decir, retirar o dejarla sin efecto durante el plazo respectivo, quedando obligado a respetarlo y a pasar por el contrato, de concluirse éste mediante la aceptación, así como en el aspecto de que una revocación injustificada por el oferente, o más propiamente un incumplimiento no justificado de su parte, le haría incurrir en una responsabilidad de resarcimiento de daños y perjuicios por culpa extracontractual, similar a la que se configura, si bien ésta por culpa contractual, por inejecución en los contratos con prestaciones recíprocas, que autoriza su resolución con daños y perjuicios en razón de un incumplimiento "voluntario e imputable", vale decir, "culposo", conforme deriva de los artículos 702 y 692 del Código Civil en los que se recoge el concepto de culpa contractual con sus consecuencias legales (Ver en el particular mi estudio sobre "La Acción Resolutoria y la Excepción de Contrato no Cumplido en la Legislación Costarricense", publicado en el N° 7 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, pág. 18, Presupuestos de la Resolución: a) Culpa en el Incumplimiento). Importa asimismo dejar señalada la irrelevancia de la muerte o incapacidad sobrevenidas del proponente, como motivos de claudicación de la oferta cuando, en virtud de plazo en la misma, reviste carácter obligatorio, y dejar sentado que no siendo vinculante la proposición sin término en el sistema tradicional, en razón de la facultad de revocarla por el oferente mientras no haya sobrevenido la aceptación, es de evidencia que el retiro o retractación no envuelve responsabilidad por tratarse del ejercicio de una facultad, como así resulta del artículo 1010 de nuestro Código Civil, contrariamente a la situación que se da en el orden mercantil con arreglo al nuevo Código de Comercio, como habré de puntualizar.

Se ha hecho referencia, a propósito de la fuerza vinculante de la oferta, a la circunstancia de que en el sistema tradicional, no obliga la proposición no aceptada cuando no contiene plazo, conforme quedó explicado, con facultad por lo mismo el oferente de revocarla sin responsabilidad, por tratarse del ejercicio de un derecho. Es la situación que deriva del citado artículo 1010 de nuestro Código Civil al disponer que **“El que hace una proposición puede retirarla mientras no haya sido aceptada por la otra parte”**, aludiendo, lógico es admitirlo, a la propuesta sin plazo, ya que de mediar éste, es obligado respetarlo. Se habla, pues, en este último supuesto, de la revocabilidad de la oferta o facultad de retiro de la proposición, como pregona el repetido texto legal, mientras no haya sido aceptada por la otra parte; mas, en puro rigor y en tesis de principio, lo indicado es decir mientras el contrato no haya sido concluído, habida cuenta de los diversos sistemas conocidos sobre perfección del contrato, pues si bien en el de la **“emisión o declaración”** que sigue nuestro Código al disponer por el artículo 1009 que **“Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato”** y en el que coinciden la aceptación con la conclusión al producirse el acuerdo o consentimiento, distinto es el momento de su perfección en los otros sistemas, como resultan ser, en el de la **“expedición”** aquel en que el aceptante remite o se desprende de su declaración de voluntad, en el de la **“recepción”** al recibir o llegar a poder del oferente dicha declaración del aceptante, y en el de la **“cognición”** cuando el proponente adquiere conocimiento de la declaración del aceptante o, más propiamente, cuando puede procurarse tal conocimiento por estar en la esfera de su poder hacerlo, sin dejar de señalar respecto a este último sistema, como lo reconocen la doctrina y algunas legislaciones, la presunción de conocimiento que entraña el hecho de la recepción, a intento de no dejar al arbitrio o al capricho del oferente la perfección del contrato, con no desplegar la actividad necesaria para procurarse un conocimiento de la aceptación que bien pudo tomar con mediana diligencia.

7. EL PLAZO IMPLICITO EN LA OFERTA DE CONTRATO

La admisión de un plazo tácito o implícito en toda oferta contractual que no contenga uno expresamente fijado por el proponente, constituye tesis que la moderna doctrina en la materia

recoge, y en cuyo abono concurren razones de seguridad jurídica, de la confianza e interés que en los terceros de buena fe suscita una declaración seria de voluntad como debe ser una propuesta u oferta en firme, que predetermina los llamados intereses del tráfico y que el orden jurídico tutela, dando incluso relevancia a la esencialidad misma de la declaración de voluntad que la policitación entraña, en ejercicio de la autonomía. La razón de esta nueva tendencia es obvia: se trata de proteger intereses, en el ámbito de los negocios, merecedores de ello por el ordenamiento jurídico, y de asignar el valor que corresponde a una declaración de voluntad que para ser conceptuada como **“oferta”** verdadera, propiamente dicha, debe reunir los requisitos que ya se indicaron, de darse en forma seria que acuse una intención o propósito decidido de obligarse, contentiva de los elementos esenciales del contrato a que se dirige para que, con la sola aceptación del destinatario, dicho contrato quede concluído. La tesis contraria, de revocabilidad permanente de la oferta, que podría hacerse extensiva a la aceptación como declaración también de voluntad de la otra parte en tanto el contrato no se haya concluído en los supuestos distintos al sistema de la emisión, equivaldría a consagrar, como con razón se ha dicho, el arrepentimiento en los contratos, y a que concretamente el oferente pueda desistir de modo impune de su propuesta, lo que es inadmisibles en buenos principios. Escribe Castán (Op. cit., pág. 435): **“La doctrina moderna, encarnada ya en el Código civil alemán y por influencia del mismo en algunos otros y varios sudamericanos, estima que la simple declaración de la voluntad de una persona produce para ésta un cierto vínculo obligatorio, en cuanto no puede ser revocada sino después de un cierto plazo, expreso o tácito. Toda oferta contiene —añade—, como dicen Colin y Capitant, un plazo implícito, a saber: el tiempo normalmente necesario para que el destinatario pueda examinar la proposición y dar a conocer su respuesta”**, y citando a DE BUEN, el mismo tratadista agrega: **“Nuestro Derecho parece estar inspirado en el sistema tradicional. No obstante, sostiene De Buen que, aún cuando no cabe duda que en el Derecho español el que hace una oferta puede retirarla mientras no sea aceptada, la regla general no es incompatible con el hecho de que, expresa o tácitamente, el que hace la propuesta se comprometa a mantenerla durante un cierto plazo, y quizá fuera legítimo deducir que el mero hecho de hacer una propuesta implica la voluntad de mantenerla**

el tiempo necesario, dadas las circunstancias, para que la persona a quien va dirigida manifieste su aceptación”, e invocando de igual modo el mismo autor, Códigos en los que se dispone que la oferta hecha a persona ausente sin fijación de plazo, obliga a quien la formuló a esperar la respuesta durante el tiempo preciso para recibirla en circunstancias normales, reproduce asimismo las fundadas consideraciones del profesor Alberto Blanco para quien “Toda oferta lleva consigo la concesión de un plazo para la aceptación, y la opinión general es la de entender que ese plazo dentro del cual debe producirse la aceptación, implícito en la oferta, debe ser lógico, corriente, normal, quizá acostumbrado en el lugar donde el contrato se verifique, adecuado, en fin, a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su importancia, por su complejidad o sencillez, por su valor económico, por una serie de circunstancias que solo dado el caso práctico pudieran determinarse, quedando a la libre apreciación de los tribunales para decidir, con vista de esas circunstancias, si la aceptación se produjo dentro del plazo en que debía producirse y si el oferente, por tanto, está obligado a mantener su oferta una vez que la aceptación la ha convertido, coincidiendo ambas, en el consentimiento contractual”.

Las atendibles razones apuntadas, que dan plena justificación a la existencia de un plazo en toda oferta, con la admisión del tácito o implícito en defecto del expreso señalado por el proponente, ha llevado sin duda a incorporar en algunas legislaciones modernas, en sustitución del aludido término implícito o sobreentendido y quizá por las dificultades que su determinación encierra, “plazos legales”, en circunstancias que permiten concluir que toda oferta de contrato en firme contiene un plazo, bien el expresamente establecido por el proponente, o en su defecto el señalado por la ley, cual ocurre en nuestra nueva legislación mercantil según se verá al examinar, como paso a hacerlo, los aspectos básicos de los presentes comentarios, a través de las regulaciones vigentes de nuestros Códigos Civil y de Comercio.

8. LA OFERTA CONTRACTUAL EN EL DERECHO PATRIO

Nuestro Código Civil de 1888 que sigue, como denota la época de su promulgación, la doctrina tradicional de libertad para proponer y retirar lo propuesto mientras no haya aceptación, con-

sagra en el ya citado artículo 1010 el principio de revocabilidad de la propuesta, al establecer que “El que hace una proposición puede retirarla mientras no haya sido aceptada por la otra parte”, si bien añade que “el contrato propuesto será válido si la persona a quien se hizo la proposición, la acepta puramente antes de tener noticia de que había sido retirada”.

No cabe duda que la disposición transcrita se refiere a la contratación entre ausentes, es decir, no reunidas las partes, que de serlo entre presentes y como es sabido, la aceptación ha de seguir inmediatamente a la oferta, dada la nota de coetaneidad en el conocimiento de las respectivas declaraciones de voluntad de las partes, de no mediar plazo, el que sería dable por fijación del proponente y que la haría vinculativa. El texto alude, pues, a la negociación entre ausentes, desde luego sin plazo establecido por el proponente, ya que de haberlo no podría retirar la oferta en virtud de la obligación así asumida de mantenerla durante la vigencia del mismo y que importaría renuncia implícita al derecho de retractación, configurándose el contrato si dentro de dicho término sobreviene la aceptación congruente o totalmente conforme con la policitud, siendo de agregar que si transcurre el plazo sin la adhesión del policitado, opera la caducidad de la oferta y huelga decir de su retiro, por ineficaz e intrascendente toda aceptación tardía o extemporánea.

Se advierte de lo expuesto que nuestro Código Civil adopta la tesis tradicional sobre revocabilidad de la oferta, sin plazo, mientras no haya aceptación, sea la de libertad de proponer y retirar lo propuesto, con la característica, propia del sistema, de la exigencia de una voluntad perdurante del oferente en tanto no se produzca la aceptación, desde que con sujeción al número 1014 del mismo Cuerpo legal y a sensu contrario, la muerte o incapacidad del sujeto proponente dejan inoperante o caduca la oferta si de tales hechos tuvo conocimiento el destinatario al tiempo de la aceptación. Se nota de ambas disposiciones legales —artículos 1010 y 1014 citados— la particularidad, que no se aviene con el verdadero fundamento del sistema de que, según el primero, no obstante haber sido retirada la proposición antes de la aceptación pura sin que de ello tuviera noticia la persona a quien se hizo, y de que, con arreglo al segundo, hubiere fallecido el proponente o se hubiere vuelto incapaz antes de la aceptación sin que el aceptante fuere sabedor de esos hechos, el contrato es tenido por exis-

tente y válido, lo que entraña que en esos supuestos de excepción, el nacimiento de la entidad contractual se hace depender en rigor —no obstante la claudicación de la oferta por su retiro o por la muerte o incapacidad sobrevinidas del sujeto proponente antes de la aceptación—, de la ignorancia de tales motivos por el aceptante, sea de su falta de conocimiento de los mismos, lo que equivale a tener por concluido un contrato sin el acuerdo o consentimiento, dado que al momento de la declaración de voluntad del peticitado, faltaba ya la correlativa declaración de voluntad del peticitante contenida en la oferta, al haber sido ésta retirada con anterioridad o al haber devenido claudicante por la muerte o incapacidad igualmente anteriores, todo lo cual hace pensar en situaciones realmente antijurídicas, permitidas, eso no obstante, por nuestra ordenación civil, lo que no es imperfección privativa de la misma, sino, a mi juicio, defecto del sistema acogido.

Tocante a la conclusión o formación del contrato, nuestro Código Civil como tengo referido, sigue el sistema de la “emisión”, sea el momento en que la aceptación se declara, con el artículo 1009 que preceptúa: “Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato, salvo los casos en que la ley exija alguna otra formalidad”, aludiendo con esto último a la categoría de los contratos solemnes como doctrina de excepción, sea a los que para su perfección precisan, además y como requisito esencial, la solemnidad prescrita por la ley sin cuya estricta observancia no hay contrato, siendo de advertir la prevalencia del consensualismo en el Derecho contractual moderno, que equivale a suficiencia del consentimiento para la perfección del contrato, como ámbito, el más apropiado, para apreciar los movimientos de la voluntad en la producción de efectos jurídicos. Nuestro Código de Comercio vigente, cabe anticipar, se adhiere a distinto sistema en lo que dice a la conclusión del contrato, como se verá con el examen de los textos pertinentes a la oferta en la compraventa mercantil.

Al viejo problema que en nuestro Derecho plantea la existencia de dos disposiciones en el Código Civil que notoriamente se contradicen, como con fundada razón apunta Brenes Córdoba en su “Tratado de Obligaciones y Contratos”, pág. 327 al decir de una antinomia entre las mismas sin posible conciliación, sean la del artículo 1010 que conforme se ha visto faculta a quien hace una proposición para retirarla mientras no haya sido aceptada, y la del 1013 que obliga al proponente a mantenerla en los tér-

minos que fija el artículo 1012, debe darse una solución que, a mi entender, no puede ser otra que la formal derogación de uno de los textos, dejando subsistente el que se estime más adecuado y conforme con la buena doctrina, lo que equivale a centrar el problema en la elección del sistema a seguir. Propone en el particular el repetido autor Brenes Córdoba (Op. cit., misma pág.) que: “En vista del conflicto en que aparecen los indicados preceptos legales, conviene atenerse a la regla del 1010, que es la correcta por estar en armonía con la buena doctrina, y desechar la del 1013, que se halla en condiciones opuestas”. La cuestión, sin embargo, es sumamente opinable, dirigida a calificar entre los sistemas en pugna, el que se avenga a la mejor doctrina para decidirse por uno, desechando el otro. Es oportuno consignar la circunstancia, que hace más delicado el problema, de que no obstante la general tendencia sobre admisión en el Derecho moderno de la fuerza vinculadora de las declaraciones unilaterales de voluntad, Códigos tan avanzados como el Civil italiano vigente de 1942, en punto a la propuesta de contrato mantienen el criterio tradicional de revocabilidad de la misma en el evento de no mediar plazo, sea de la no obligatoriedad de la oferta sin término. Así se advierte del artículo 1328 del indicado Cuerpo legal, al disponer que “La propuesta puede revocarse mientras el contrato no haya sido concluido”, señalando como momento de la perfección y con lo que sigue el sistema de la “cognición” conforme el número 1326, aquel “en que quien ha hecho la propuesta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte”, si bien sienta una presunción de conocimiento a tenor del artículo 1335 al reputar conocidas las declaraciones dirigidas a determinada persona en el momento en que lleguen a la dirección del destinatario, todo lo cual denota que en la legislación italiana con arreglo a los citados textos, la propuesta sin plazo puede revocarse por el oferente desde que se declare hasta que la aceptación de la misma por el destinatario sea conocida por aquel, o más propiamente, hasta que llegue a su dirección. Admite, sin embargo, el aludido Código italiano, la irrevocabilidad de la propuesta dirigida a concluir un contrato del que deriven obligaciones solamente para el proponente apenas llegue a conocimiento de la parte a la que está destinada, e incluso que el contrato quede concluido si el destinatario no rechaza la propuesta dentro del término requerido por la naturaleza del negocio o por los usos (artículo 1333), e igualmente se acepta en dicho ordenamiento la

eficacia de los "actos unilaterales" a los que son aplicables las normas que regulan los contratos en cuanto fueren compatibles, desde el momento en que lleguen a conocimiento de la persona a la que van destinados (artículos 1334 y 1324).

Puede apreciarse, con lo anterior, la diversidad de supuestos contemplados en la legislación italiana en los que, no obstante la revocabilidad de la propuesta u oferta sin plazo, se reconoce la eficacia de declaraciones unilaterales de voluntad, sin decir de otras figuras que separadamente se disciplinan en el Código como verdaderos negocios jurídicos unilaterales, entre ellos la estipulación a favor de un tercero quien adquiere el derecho contra el promitente por efecto de la estipulación, la promesa al público dirigida al cumplimiento de una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación o lleve a cabo una determinada acción, por la que queda vinculado el promitente tan pronto la promesa se hace pública, la promesa de pago y el reconocimiento de deuda, así como los títulos de crédito como categoría de promesas unilaterales de prestación, derivando la promesa de pago en ellos contenida de una declaración unilateral de voluntad con carácter irrevocable como incorporada al documento literal y autónomo.

Se confirma, como tengo dicho, la gravedad del problema de decidir sobre el sistema que se ajuste a la mejor doctrina, entre los dos mencionados de revocabilidad de la oferta sin plazo y de la irrevocabilidad u obligatoriedad de la misma. Entran en juego, a no dudarlo, diversidad de factores en la determinación de la "mejor doctrina". Si por ésta debe entenderse, con racional criterio, la que traduzca o refleje las necesidades e intereses de las relaciones de convivencia, desde que el Derecho objetivo es ordenación de la conducta humana, resulta lógico y natural que los requerimientos de la vida negocial en cuanto importan necesidades económico-sociales, deben ser especialmente considerados por el ordenamiento jurídico para asignarles, mediante un fenómeno de recepción, significado jurídico. La mejor doctrina, en tal sentido, no será otra que la que tomando en cuenta las realidades de la vida de relación, ampare los intereses a ellas relativos, y con arreglo a tal criterio y apreciando la estructura que reviste y la función que desempeña una "oferta contractual", cabe decidirse por su obligatoriedad, aunque en la misma no intervenga un plazo fijado por el proponente. Ya el mismo Brenes Córdoba en párrafo transcrito en estos comentarios, de su obra de Contratos, ha preci-

sado la característica de la verdadera "oferta" de contrato, diferenciándola de la simple oferta u ofrecimiento, como "un compromiso de carácter definitivo condicionado tan solo por la necesidad de la aceptación para tener por formado el nexo de derecho". En este concepto se encierra lo que es esencial en una oferta en firme, como declaración seria de voluntad del oferente dirigida a la otra parte para celebrar con ella un contrato, que reúna los requisitos indispensables de éste para que, con la sola aceptación pura y simple del destinatario, quede concluido, que acuse una intención de obligarse, una decisión o resolución firme con carácter dispositivo y no de mera enunciación de un propósito para llevar a cabo un negocio, sea en definitiva, un acto de autonomía privada con su reconocimiento por el orden jurídico. No tan solo por el lado de la expresión de voluntad como ejercicio de la autonomía o poder creador de relaciones jurídicas en función o actividad normativa reconocida al particular por el ordenamiento, debe reconocerse la fuerza vinculativa de la oferta de contrato, si que también en el aspecto trascendente de la manifestación de voluntad con relación a terceros destinatarios de la misma en cuanto en ellos se suscita la confianza y el interés como factores que el Derecho moderno toma en consideración especial para protegerlos, en mérito a las exigencias de la seguridad jurídica, de los llamados "intereses del tráfico" que tanta relevancia han adquirido en el terreno del Derecho Mercantil. Tales razones abonan la tesis de obligatoriedad de la propuesta sin plazo fijado por el oferente, que son las mismas ya aducidas en este trabajo en pro de la admisión de un plazo implícito en toda oferta contractual, plazo tácito que no es otro, cabe reiterar, que el tiempo normalmente necesario para que el destinatario pueda examinar la proposición y dar a conocer su respuesta o, lo que es lo mismo, el lógico, adecuado a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su importancia, su complejidad o sencillez, por su valor económico y una serie de circunstancias que derivarían del caso práctico en concreto para dejarlo a la prudente apreciación de los tribunales. Porque lo contrario, procede igualmente repetir, la revocabilidad de la oferta, no obstante la naturaleza de ésta que deriva de las apuntadas circunstancias, significa, cosa inadmisibles desde el punto de vista de la mejor doctrina y como ya indiqué con el respaldo de autorizadas opiniones de reputados escritores, dejar al arbitrio o al capricho del oferente la perfección del contrato, consagrando el arrepentimiento impune

en la formación del mismo. Si las razones expuestas justifican la admisión de un plazo implícito en la oferta, deben igualmente valer para que, acogiendo la tesis como más conforme con la mejor doctrina, se incorporen en los ordenamientos jurídicos y en sustitución del "tácito" por las dificultades que su determinación ofrece, "términos legales" o expresamente señalados por la Ley, en defecto de fijación por el oferente, durante los cuales sea obligatorio el mantenimiento de la propuesta, como así se ha establecido, en virtud de acertada innovación a mi juicio, en nuestra legislación mercantil, con arreglo al nuevo Código de Comercio, según paso a examinar.

Se contiene en el vigente Código Mercantil de 1964, una disciplina sobre la "oferta" y la "aceptación" de contrato conforme los artículos 442, 443 y 444 que, respecto a la primera —sea a la proposición—, guarda armonía con la moderna tendencia de asignar carácter vinculativo a la declaración unilateral de voluntad, como lo denota el segundo de esos textos relativo a la contratación entre ausentes a tenor del cual resulta obligatoria toda oferta con la determinación que se practica de plazos legales para la misma, en ausencia de fijación por el proponente. Acusa, sin embargo, dicha disciplina, como ya advertí al inicio de este estudio, la deficiencia de aparecer con ocasión de la compraventa, siendo así que los principios que informan la oferta como declaración de voluntad contractual, tanto como la aceptación con igual carácter, deben tener su emplazamiento en las normas generales de la contratación, por constituir partes integrantes de las diversas figuras o tipos contractuales.

Las dos conocidas modalidades "entre presentes" y "entre ausentes" de la oferta y la aceptación en el proceso generador del contrato, por razón de los factores de lugar y tiempo, se hallan expresamente contempladas en el citado ordenamiento legal con arreglo a las aludidas disposiciones que se conexionan con el aspecto de la determinación del momento en que el contrato, por la nota de conformidad entre una y otra que produce el resultado jurídico del consentimiento, debe tenerse por concluído. Así se observa que el artículo 442 se contrae a la negociación entre presentes, al consignar que "cuando las partes traten de viva voz, ya sea reunidas o por teléfono" y añadir que "el contrato de compraventa que de ahí resulte quedará perfecto desde que se convenga en cosa y precio y demás circunstancias de la negociación". Es oportuno señalar

aquí lo que en el particular se concreta a establecer el Código Civil por el artículo 1011, para extraer, de un examen comparativo de ambos textos, los elementos que permitan establecer una posición conforme con la moderna dirección técnico-jurídica de la materia. Sienta este último precepto del Código Civil, que "si las partes estuvieren presentes, la aceptación debe hacerse en el mismo acto de la propuesta, salvo que ellas acordaren otra cosa", con lo que considera que las partes están reunidas y que las respectivas declaraciones de voluntad son de inmediato conocimiento por ellas, sea de la oferta por el destinatario y de la aceptación por el oferente, lo que resulta adecuado y lógico, equivalente a que la aceptación debe seguir inmediatamente a la oferta, en el supuesto, claro es, de que la propuesta, aun dándose entre presentes, no contenga plazo ya que de existir éste la haría vinculativa a los fines de mantenerla durante su vigencia, y a lo cual alude el precitado artículo con la expresión final de "salvo que ellas (las partes) acordaren otra cosa". La regla transcrita del Código Civil respecto a la negociación entre presentes, de que "la aceptación debe hacerse en el mismo acto de la propuesta" y que equivale, como tengo dicho, a que la primera debe seguir inmediatamente a la segunda dadas las circunstancias en que son emitidas las correspondientes declaraciones de voluntad y que resulta fundada, no figura en el Código Mercantil según el aludido artículo 442 que se refiere a la negociación entre presentes y cuyo reconocimiento expreso habría sido conveniente para eliminar dudas sobre el carácter vinculativo o no de la propuesta en tales circunstancias, ante la posibilidad de invocar los motivos por los cuales es defendida la tesis del plazo implícito en toda oferta, de que he hecho reseña. Al emplear el artículo 442 de referencia, la expresión cuando las partes traten "de viva voz" debe entenderse que alude a la negociación entre presentes pues cabe de ello inferir lo que es fundamental en esa modalidad del negocio, sea que las partes estén en comunicación directa, no necesariamente reunidas en un mismo lugar, pues lo importante es que sus manifestaciones o declaraciones de voluntad sean por ellas conocidas de inmediato, lo cual se confirma con la circunstancia de que ese mismo artículo considere, con acertado criterio a mi juicio y dando solución a un discutido problema, como realizado entre presentes el negocio llevado a cabo por medio del teléfono, al decir que las partes que "traten de viva voz", ya sea reunidas o por teléfono, situaciones éstas en las que el conocimiento

de las declaraciones de voluntad, resulta inmediato como es obvio, cual ocurre con la comunicación telefónica, que es rápida y de audición instantánea. No se contiene en cambio, en el Código Civil una declaración legal análoga, cuya conveniencia es innegable para resolver, como he referido, una cuestión que ha motivado diversidad de opiniones en cuanto a conceptuar el contrato celebrado, entre presentes o entre ausentes, y deducir de ello las reglas de Derecho aplicables respecto al tiempo y lugar en que debe tenerse por realizada la perfección de aquel.

Especial consideración merece el contenido del artículo 443 del Código Mercantil que se contrae, al decir de la negociación “**por correspondencia**”, a la que se verifica entre ausentes, sea cuando las partes no están reunidas o, más propiamente, cuando no están en directa comunicación sin que por lo mismo sus declaraciones de voluntad sean de inmediato conocimiento por ellas, así la oferta como la aceptación. Aspecto fundamental de esa disposición y que interesa poner de relieve, es el del carácter obligatorio o fuerza vinculante que por ella se atribuye a toda oferta contractual entre ausentes, ya por razón del plazo fijado por el proponente o en su defecto del expresamente establecido por la norma. Se dispone, en efecto, por el inciso a) del artículo en comentario, que “Si el proponente fija un término de espera, estará **obligado** a mantener su oferta hasta ese día”, y con sujeción al inciso b) que “Si no fija fecha de espera, estará **obligado** a mantener su oferta cinco días si se trata de la misma plaza, diez días de otra plaza dentro del territorio nacional, y si es en el exterior un mes”, términos que se contarán —añade— desde el día en que el proponente deposite la oferta en las oficinas de correos. De lo anterior se colige que en nuestro régimen jurídico mercantil, toda oferta de contrato, entre ausentes, es obligatoria, reviste carácter vinculante.

En conexión con el texto anterior, el artículo 444 del mismo Cuerpo legal determina el momento de la conclusión del contrato entre ausentes, al preceptuar: “El contrato quedará perfecto desde el momento en que, dentro de los términos indicados en el artículo anterior, el proponente **reciba** comunicación de la otra parte aceptando pura y simplemente”. Sigue con ello nuestra legislación mercantil, como se advierte, respecto a la perfección del contrato entre ausentes, el sistema de la “recepción”, sea del hecho o circunstancia de llegar a poder del oferente la declaración de aceptación, con lo que difiere de la civil, que tiene por concluido el

contrato, adoptando el sistema de la “emisión o manifestación”, cuando la aceptación se declara, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1009 del Código Civil: “Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato”. Atendida esa dualidad de sistema, es mi parecer que el seguido en lo civil, desde el punto de vista jurídico y en puro rigor, es el que se ajusta a los buenos principios, sobre la base de considerar el consentimiento que es la esencia del contrato, el acuerdo de partes que representa y que se produce, como es de evidencia, en el momento mismo en que tiene lugar la coincidencia de las declaraciones de voluntad de las partes, siendo innegable tal conformidad cuando sobreviene una aceptación pura y simple, una declaración de voluntad del aceptante congruente con los términos de la propuesta. No deben tener por lo tanto, significación o relevancia hechos o circunstancias posteriores al momento en que mediante la concordancia de las declaraciones de voluntad de las partes se da el resultado jurídico del acuerdo o consentimiento, pues como atinadamente escribe Sánchez Román (Op. cit., pág. 244): “A esa fuerza originaria y fundamental del contrato que representa el acuerdo de voluntades o consentimiento desde el momento en que la aceptación se conforma con la proposición, nada realmente añade el conocimiento que de la aceptación haya de tener el proponente tiempo después de prestada, ya que la aceptación por sí sola contiene la idea de una intervención, de un dominio, de un apoderamiento por el aceptante, dentro de los términos de la proposición, de la voluntad del proponente, y de otro modo la aceptación no produciría resultado alguno, pues la causa única que puede producir el vínculo es la voluntad del aceptante, y no, ni nunca, por suerte alguna de razón, cabe que sea el mero conocimiento que de la aceptación tenga el proponente, ya que lo contrario equivale a consagrar como buena la teoría del arrepentimiento en los contratos, lo cual es absurdo, y en buenos principios de justicia, sobre todo en materia de contratación, nadie puede ir contra sus propios hechos”.

No se ofrecen suficientemente claros, antes bien, denotan contradicción, los términos del artículo 444 del Código de Comercio en cuanto se alude a la **aceptación modificativa**, sea a aquella declaración de voluntad del aceptante que al no darse pura y simplemente para que se concluya el contrato, contuviere modificaciones o condiciones como reza el texto, supuesto en que se la considera como una contrapropuesta o nueva oferta. El contrato,

consigna la disposición legal, “no se perfeccionará hasta tanto el proponente original no **acepte** los cambios y así lo haga saber”, lo que indica, a contrario, que no es la aceptación por el primitivo oferente de la contrapropuesta lo que perfecciona el contrato, por más que dicha aceptación sea pura y simple, sino cuando así lo haga saber, con lo que se contrae al conocimiento por el destinatario inicial convertido en proponente en razón de la aceptación modificativa, de la conformidad con ésta del proponente original —sistema de la cognición— y añade el texto para hacer mayormente compleja la cuestión, que “esa contestación de su parte” —se refiere a la del proponente original que aceptó la contraoferta— producirá el perfeccionamiento del contrato, cuando llegue a **poder** del posible comprador” —sistema de la recepción—. Todo lo cual acusa falta de unidad en la regulación dispuesta y que lleva a admitir, como más aconsejable, el sistema de la “emisión o manifestación”, con el cual quedaría resuelta llanamente, sin la complicada y contradictoria fórmula que utiliza el Código, la situación que se presenta con la aceptación modificativa reputada como contrapropuesta, teniendo por concluido el contrato en el momento en que el oferente original declare aceptarla pura y simplemente.

9. LAS PROMESAS. LOS CONTRATOS PRELIMINARES Y EL PRECONTRATO

Un concepto de la “promesa” que aspire a traducir su naturaleza y su concreta significación jurídica, en términos de diferenciarla netamente de otros fenómenos y entidades que se desenvuelven en el plano de la voluntad, es difícil lograrlo, pues ni en los Códigos se encuentra una regulación unitaria de la misma, ni los expositores que he podido consultar suministran de ella una definición que permita caracterizarla con diafanidad. En los ordenamientos legales —como sucede en nuestros Códigos Civil y Mercantil— se hace mención de las “promesas” aisladamente y con ocasión de algunos contratos, principalmente del de compraventa, y en el campo doctrinal se alude igualmente a las “promesas” al ser considerada la estructura de ciertas entidades jurídicas con las cuales se identifican. Así se advierte que en la moderna “Doctrina del Negocio Jurídico” y particularmente en la categoría de los negocios jurídicos unilaterales como declaraciones de voluntad con sustantividad propia, son configurados algunos como verdade-

ras “promesas”; que en el terreno del Derecho Mercantil y con referencia a los títulos de crédito, las manifestaciones de voluntad en ellos contenidas son consideradas como “promesas de pago” como ocurre con el “Pagaré” que según nuestro Código de la materia es una “promesa incondicional de pago de una cierta cantidad de dinero” (artículo 799); que aun fuera de las relaciones jurídicas patrimoniales, en las de tipo puramente familiar se dice igualmente de las “promesas” como es ejemplo la “promesa recíproca de matrimonio” o esponsales; que incluso, tratándose de la “oferta de contrato”, puede decirse de ella como “promesa unilateral no aceptada”, y que se llega, en suma, para no citar otros casos, a admitir en el ámbito de las promesas, las de “vínculo unilateral aceptada” y las de “vínculo bilateral o sinalagmáticas”, dándose en las últimas, como declaraciones recíprocas de voluntad obligatorias, un marcado aspecto contractual que permite conceptualizarlas como “precontratos”.

Se confirma, con lo anterior, la dificultad de obtener un concepto genérico de la “promesa”, con elementos y características propias que la determinen como una categoría de declaraciones de voluntad, sin que pueda estimarse que toda manifestación de voluntad que se dirija a producir efectos jurídicos, constituya una “promesa”. Lo que de seguro puede afirmarse es que las “promesas” son declaraciones de voluntad, unilaterales o bilaterales, dirigidas a la producción de efectos de Derecho, y lo cierto también que, como tengo referido, resultan admitidas tanto en la Doctrina como en los ordenamientos jurídicos positivos, por lo que, con finalidad práctica, es lo indicado examinar tales supuestos para una posible delimitación de esas figuras.

Apreciada la “promesa” con relación a los negocios jurídicos unilaterales, es dable aceptar que algunos de éstos, como declaraciones unilaterales de voluntad con sustantividad propia y fuente de obligaciones, constituyen verdaderas “promesas”, entre otras, la llamada “promesa pública de recompensa”, las “promesas de pago” contenidas en ciertos títulos-valores principalmente en los al portador, en los cuales el emitente contrae una obligación por su sola manifestación de voluntad, conforme la teoría de la creación. Se trata, en consecuencia, de promesas unilaterales con virtualidad de causa o fuente de obligaciones, sin que precise el concurso de otra voluntad.

Distinta es la situación que se presenta respecto a la “oferta de contrato” ya estudiada, como declaración de voluntad de una

de las partes dirigida a la otra para celebrar con ella un contrato. Si esa oferta o propuesta, al revestir carácter vinculante por haber fijado un plazo el proponente o por mediar uno legal, lo que entraña que por sí sola obliga, ¿sería dable conceptuarla como una "promesa" en cuanto declaración de naturaleza recepticia? Indudablemente se trata de un ofrecimiento serio, vinculativo, para celebrar un contrato y, en tal sentido, de "una promesa", mas por requerir la aceptación del destinatario ya que es una parte integrante del contrato, para que éste se perfeccione, no sería impropia su calificación de "**promesa no aceptada**".

Diversamente de la oferta de contrato tenida como "**promesa no aceptada**" y por ello antecedente de aquel, puede darse una "**promesa de contrato aceptada**" sin constituir de momento el contrato principal a que se dirige, aunque revista carácter contractual o más bien precontractual, como sucede con la "**opción**", que es una "promesa de vínculo unilateral aceptada", cuya naturaleza examinaré por aparte.

Finalmente puede concebirse la "**promesa de vínculo bilateral recíprocamente aceptada**", en la que se dan declaraciones mutuas de voluntad de carácter vinculativo para ambas partes, que si bien participa de la nota contractual por la coincidencia de voluntades, no es propiamente el contrato principal a que la misma se encamina y que los promitentes desean celebrar, manteniendo por lo tanto su carácter preparatorio que autoriza para considerarla como un convenio preliminar o precontrato.

Se infiere de lo expuesto la posible existencia de diversas especies o variedades de la "promesa", siendo elemento diferenciador el modo como la voluntad del destinatario de la misma se produce. Esto puede verse con mayor claridad con referencia a un determinado contrato, por ejemplo al de compraventa, y apreciar respecto al mismo las figuras preparatorias de la "**oferta de venta**", la "**promesa unilateral de venta aceptada**" y la "**promesa bilateral de compraventa recíprocamente aceptada**", sin que ninguna de ellas, desde luego, constituya el verdadero contrato que se proyecta. La primera, oferta o propuesta, es una "promesa unilateral de vender no aceptada": en ella la declaración de voluntad del promitente u oferente, es simplemente conocida por el destinatario quien no ha expresado su voluntad en orden a su aceptación, ya que de hacerlo y en forma congruente con la misma, daría lugar a la conclusión o nacimiento de la entidad contractual, conforme ya

se vio al examinar la oferta o propuesta como declaración unilateral, antecedente o parte integrante del contrato. La aceptación de la oferta, surte por lo tanto el efecto de configurar el contrato, al producirse, mediante la concurrencia de voluntades, el acuerdo o consentimiento, siendo de consiguiente la oferta por sí sola una "**promesa de vender no aceptada**", si bien conocida por el destinatario, sin que, huelga decirlo, tal conocimiento importe aceptación. En cambio, en la "**promesa unilateral de venta aceptada**", que es el caso de la "**opción de venta**", no puede afirmarse lo propio, que sea simplemente conocida por el destinatario, ya que de parte de éste existe también una expresión de voluntad en orden a aceptar dicha promesa, no para que se configure con ella el contrato principal que se proyecta, sino para que se produzcan los efectos propios de la promesa que serían, entre otros, la adquisición del derecho o facultad por el optante de decidir posteriormente sobre la conclusión del contrato definitivo a que se contrae la promesa, y para que ésta obligue al promitente. Tal aceptación por el destinatario, como declaración de voluntad, deviene como una adhesión o conformidad con la promesa, y no como una aceptación de naturaleza que permita afirmar que haya consentido en realizar el contrato principal de compraventa, es decir, de adquirir por un precio el dominio del bien a que se refiere la promesa. Habrá en tal supuesto un contrato preparatorio o precontrato, pero no un verdadero contrato de compraventa.

De igual modo cabe observar respecto a la última variedad de promesa señalada, la "**bilateral recíprocamente aceptada**" con relación a una compraventa, que por sí sola entraña un compromiso mutuo de celebrar un futuro contrato de compraventa que de momento los promitentes no quieren o no pueden verificar, vinculándose de esa suerte para la ulterior conclusión del contrato definitivo, y al darse en ella la nota de una conformidad de voluntades o acuerdo, que no es el consentimiento de dicho contrato principal, deviene, tal coincidencia de declaraciones de voluntad en la promesa recíproca, que importa aceptación por ambos promitentes, como un convenio preliminar o precontrato.

Las dos especies de promesas últimamente reseñadas, sean la "**unilateral aceptada**" y la "**bilateral recíprocamente aceptada**", son las que realmente integran la categoría de los llamados contratos preparatorios, previos o preliminares o, con técnica moderna, "**precontratos**". Es oportuno añadir, que dichas promesas, como

figuras prenegociales, al igual que la oferta o propuesta de contrato, no se circunscriben a la compraventa como con error estiman algunos, ello debido a la mayor frecuencia de ese tipo contractual en el ámbito de los negocios y lógicamente de la más acentuada intensidad de aquellas, equivocación en que incide nuestro Código de Comercio como ya señalé, al disciplinar la oferta contractual en la compraventa mercantil, pues bien pueden darse promesas respecto a otros tipos contractuales, como el arrendamiento o locación, el préstamo, el depósito e incluso en el de sociedad, o dicho de modo más concreto, que las promesas “unilateral aceptada” y “bilateral recíprocamente aceptada” como contratos preparatorios, pueden serlo, en cuanto vinculantes, para la celebración de futuros “contratos unilaterales reales” y de “contratos bilaterales consensuales”. La doctrina moderna, en efecto, acepta la posibilidad y el valor de las “promesas recíprocas” referidas a futuros contratos unilaterales reales, por más que respecto a éstos precise para su conclusión como requisito de esencia, la tradición o entrega de las cosas objeto de los mismos, como tal es la naturaleza del préstamo en lo civil según nuestro régimen jurídico, siendo por tanto válida la “promesa” de efectuar un préstamo, y admite igualmente la eficacia de las promesas recíprocas o contratos preliminares de “contratos principales consensuales”, como el caso de la promesa recíproca de compraventa, planteándose, sin embargo, el discutido problema de su asimilación o identificación con el contrato principal a que se dirigen, atendida su consensualidad y concurrencia de idénticos elementos, como es prueba de ello la existencia de las dos conocidas tendencias, radicalmente divergentes: la francesa que las equipara por darse en ellas los mismos elementos del contrato principal, como se advierte de la promesa recíproca de compraventa en la que se contienen tales requisitos de sustancia —consentimiento, cosa y precio— propios de la compraventa verdadera, con la fórmula que propugna de que “prometo vender y prometo comprar” equivale a “compro y vendo”, y la italiana que, con mejor sustento, al considerar el elemento volitivo que es esencial, las separa o distingue por cuanto, como con fundada razón aduce, si bien que han querido las partes es celebrar un convenio preparatorio con una promesa recíproca, no es autorizado reputarla como el contrato definitivo, por más que en ambas figuras se den los mismos elementos esenciales, por respeto a la voluntad de los contrayentes que es en materia contractual, la suprema ley.

Las diversas variedades de “promesas” como figuras prenegociales, se ofrecen reconocidas en nuestros ordenamientos jurídicos, aunque no en forma sistemática como ya observé respecto a la oferta de contrato con arreglo a las disposiciones pertinentes de los Códigos Civil y Mercantil, y sí en cambio a virtud de preceptos aislados. Independientemente de la “oferta contractual” ya estudiada, puede verse dicho reconocimiento legal de las otras promesas, la “unilateral aceptada” y la “bilateral recíprocamente aceptada”, con motivo de la compraventa civil, de conformidad con los artículos 1054 y 1055 del Código Civil que disponen, por su orden: “Tanto en el caso de “promesa de venta” como en el de “promesa recíproca de compraventa”, la propiedad se transmite desde el día de la venta y no desde el día de la promesa”, y “La “promesa de venta” y “la recíproca de compra-venta” cuyo cumplimiento no se hubiere demandado dentro de un mes contado desde que es exigible, caduca por el mismo hecho”.

Se contraen ambos textos de nuestro Código Civil, como se advierte, a la “promesa de venta” y a la “promesa recíproca de compraventa”, determinando que el efecto primordial de la compraventa —sea la transmisión del dominio de las cosas vendidas— no tiene lugar en el momento de las promesas sino en el de la conclusión del contrato principal a que las mismas se dirigen, sea de la verdadera “compraventa”. Con ello deja establecida la sustancial diferencia entre las promesas, principalmente entre la “recíproca de compraventa” y el futuro y verdadero contrato de “compraventa” a que la misma se dirige, lo que es de importancia por cuanto la primera, por envolver un acuerdo de partes respecto a cosa y precio al prometer una vender y la otra comprar quedando ambos promitentes obligados, sería dado a pensar que tal convenio, referido a los elementos reales del contrato —cosa y precio—, devendría en rigor como una venta perfecta con sujeción al artículo 1049 del mismo Código al preceptuar que “La venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio”, lo que no es así por la apuntada circunstancia del no transferimiento del dominio señalado por la ley en las promesas, que lleva a la consecuencia lógica, de la falta de nacimiento en las mismas, de las obligaciones recíprocas propias del verdadero contrato de compraventa.

Mas, si no es dudoso que nuestra ley practica un deslinde, como queda visto, entre las promesas de venta —incluso la bila-

teral aceptada o recíproca de compraventa— y el contrato principal de compraventa, atendido el efecto transmisor del dominio que opera con el último, cabría pensar si al aludir a la “promesa de venta” lo hace con referencia tan solo a la “promesa unilateral de venta aceptada” que según las explicaciones dadas configura la “opción” que encierra un acuerdo entre el promitente o persona que la concede y la otra parte, el optante, que adquiere la facultad de decidir sobre la conclusión del contrato principal de compraventa, o si también comprende la “oferta o propuesta de venta”, por ser ésta en rigor una promesa, sobre todo cuando al darse entre ausentes, reviste carácter vinculante por razón de un término o plazo, bien fijado por el proponente o, en su defecto, por la ley. Entiendo que con la expresión “promesa de venta” utilizada por el comentado artículo 1054 del Código Civil, se comprenden tanto la “promesa unilateral aceptada” u “opción” con su específica configuración ya señalada, como la “oferta o proposición de venta” obligatoria que, con la aceptación del destinatario que entraña la correlativa declaración de voluntad, da lugar, mediante el resultado del acuerdo o consentimiento, a la perfección de la compraventa.

10. EL PRECONTRATO

Con el examen y comentarios precedentes acerca de las “Promesas” y su especial configuración jurídica, se ha perfilado el concepto del “Precontrato” como un convenio preliminar o preparatorio por el cual se asume la obligación de celebrar otro contrato, sea como declaración de que se quiere un contrato futuro. Por su característica de contrato previo es, al decir de CASTAN (Op. cit., pág. 24): “Una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede celebrar como definitiva”.

La figura del “precontrato”, tan solo por su modalidad de ser preparatorio, difiere del contrato futuro que constituye su objeto o finalidad, porque se advierte, de su estructura que deriva de la definición transcrita y que responde a su verdadero concepto, que en rigor es un contrato, por darse en el mismo todos los elementos de éste, con el acuerdo de partes del que surge una obligación de hacer, consistente en la celebración del futuro contrato.

Son en efecto, señalados por la Doctrina como elementos del precontrato, los mismos requisitos de sustancia y forma exigidos para el contrato principal que por su medio las partes declaran querer, entre ellos y con el acuerdo que presupone la capacidad, el objeto con la prestación posible, lícita, determinada o determinable, y el plazo que igualmente es esencial en el mismo, supuesto que genera una obligación a término, ante la imposibilidad legal de asumir una obligación indefinidamente.

La utilidad del instituto jurídico de referencia, como contrato preliminar, es la misma que justifica la celebración y admisión de las promesas, por su carácter preparatorio, de modo prevalente la “bilateral o recíproca” en que las partes se vinculan para realizar un futuro contrato, el cual no concluyen de momento, ya por no desearlo o en razón de no poderlo hacer por falta de algún elemento o requisito que, aunque no esencial, resulte necesario conforme la voluntad de los interesados, para concertar definitivamente el contrato principal.

La posibilidad conceptual del precontrato no ofrece duda, dando lugar a su expreso reconocimiento, por la utilidad que presta, en algunas legislaciones modernas, como en la italiana vigente con arreglo al artículo 1351 del Código Civil al disponer: “El contrato preliminar será nulo si no se hiciere en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo”. No es aventurado decir de un reconocimiento virtual de la figura, en nuestro ordenamiento jurídico, atendida su naturaleza preparatoria, con la admisión en el mismo y por el precitado artículo 1054 del Código Civil, de las “promesas”, principalmente de la “recíproca de compraventa” que entraña un convenio preliminar, un acuerdo de carácter obligatorio o vinculante encaminado a la perfección de un contrato principal de compraventa, sea en rigor de un precontrato.

Ha sido cuestión debatida en la doctrina y la jurisprudencia extranjera que importa señalar, con referencia al contrato futuro que es objeto del precontrato, si para su definitiva conclusión precisa que las partes otorguen un nuevo consentimiento, punto que se conexiona con el aspecto de la ejecución forzosa por incumplimiento cuanto a la posibilidad, ante éste de que los tribunales puedan condenar a los efectos propios del contrato principal, a instancia de la parte no incumpliente del precontrato. En el particular, la construcción jurídica moderna que considera el precontrato como un “contrato base” en el que las partes han convenido de momento

en unas "bases contractuales" con cuyo ulterior y normal desarrollo quede concluido el contrato principal proyectado, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad de las mismas, se ofrece de todo punto fundada, pues si el contrato preliminar o precontrato ha de contener los elementos esenciales del principal que constituye su objeto, no se advierte la razón de que las partes tengan que expresar nuevamente su voluntad para la perfección del futuro contrato, siendo suficiente a esta finalidad desenvolver aquellas bases precontractuales, por cuyo incumplimiento, deviene lógico y admisible que el Juez pueda condenar a los resultados del contrato principal proyectado. Por lo mismo, juzgo acertada con relación a las "promesas de compraventa" que con carácter obligatorio contemplan los mencionados artículos 1054 y 1055 de nuestro Código Civil, al ser en rigor precontratos, la regla que se contiene en el número 1066 del mismo Cuerpo de leyes que equivale a admitir que por la vía judicial pueda suministrarse, ante el incumplimiento de dichas promesas, el resultado que hubiera proporcionado el contrato principal a que las mismas se dirigen, y por la cual "En la venta y en la promesa obligatoria de venta, si el dueño de la cosa se negare a llevar adelante el contrato, o no quisiere llenar las formalidades legales, tendrá derecho el acreedor por que el Juez, en nombre del renuente, formalice el convenio, otorgue la escritura y le haga entrega de la cosa".

Por lo demás, en el aspecto de la responsabilidad por el incumplimiento "voluntario e imputable", vale decir "culposo" de las promesas vinculantes, la que se produce respecto a la "oferta o propuesta de contrato", como ya se vio, ofrecería carácter extracontractual, en tanto que la motivada por las citadas promesas "unilateral" y "bilateral o recíproca" aceptadas, devendría de índole contractual, por no ser el precontrato otra cosa que "un contrato que tiene por objeto la celebración de un futuro contrato". Este punto de vista de responsabilidad lo admite nuestro tratadista Brenes Córdoba (Op. cit., pág. 370) con referencia a la "promesa de venta" al decir que "Si el dueño, violando la promesa, traspasara la propiedad a un tercero, el estipulante tendrá acción personal contra el prometiende para exigirle en ese caso el pago de daños y perjuicios", y así resulta aceptado por la jurisprudencia extranjera, conforme se indica en estos comentarios en la sección: "Legislación Comparada, Jurisprudencia nacional y extranjera sobre el valor jurídico de los Actos Prenegociales".

11. EL CONTRATO DE "OPCION"

El iniciar esta parte final del presente estudio con las palabras que enseguida se incluyen, motiva intensa satisfacción a quien tuviera la suerte de escuchar las doctas enseñanzas del inolvidable maestro, en cuyos comentarios dejara fijados conceptos que en lo sustancial se mantienen inalterados. Al referirse, en efecto, a la "Promesa de venta" en su "Tratado de Obligaciones y Contratos", pág. 369, N° 647, escribe nuestro civilista BRENES CORDOBA: "Se designa como "promesa de venta", el ofrecimiento que hace el vendedor al comprador de transmitirle la propiedad de una cosa mediante un precio determinado. Si la promesa es aceptada inmediatamente, la compraventa queda concluida, pudiendo cualquiera de los estipulantes exigir del otro el cumplimiento del contrato. Pero si el comprador se ha reservado el derecho de contestar en cierto plazo, el traslado del dominio no tiene lugar sino una vez que exprese su aceptación. Esta es la **promesa de venta** propiamente tal, que no implica **compromiso** sino **de parte del propietario**: constituye un simple **proyecto de futura venta**, una "**opción**" como suele decirse, por ser **optativo** para aquel a quien se hace la promesa, **aceptarla o no**", y en el N° 650, pág. 371, añade: "El tiempo que nuestra ley señala a la prescripción del **derecho para exigir el cumplimiento de la promesa de venta** o de la recíproca de compraventa, se reduce al espacio de un mes, a contar de la fecha en que una u otra cosa fuere exigible".

Importa destacar de los anteriores conceptos, aunque concernientes a la compraventa, el criterio y los elementos que en ellos se traslucen para la caracterización de la "promesa de venta" y su equiparación, como lo practica el autor, con la llamada "opción", así como la referencia al plazo que nuestra ley señala para la caducidad del derecho a exigir el cumplimiento de tal promesa con lo que remite a lo dispuesto por el artículo 1055 del Código Civil, para inferir de todo ello, confirmando el punto de vista ya expuesto en estos comentarios, que la "promesa de venta" a que se contraen tanto el citado texto legal como el número 1054 del mismo cuerpo de leyes, es primordialmente la "**Opción**" como figura prenegocial, convenio preparatorio o precontrato.

Se compendian, en efecto, en los términos del párrafo copiado de la obra citada, los elementos que distinguen la "**Opción**" al parificarla con la "**promesa de venta**", conforme queda visto. Así

resulta del comentario, al decir que la "promesa de venta" u "opción" es "un ofrecimiento", sea una declaración unilateral de voluntad recepticia o dirigida a la otra parte, de "transmitirle la propiedad de una cosa mediante un precio determinado", en la que, si el destinatario se "ha reservado el derecho de contestar en cierto plazo, el traslado del dominio tiene lugar una vez que exprese su aceptación". Se logra de tal modo resumir los rasgos distintivos de la "promesa de venta" u "opción", los que constituyen su esencialidad jurídica: el carácter preparatorio o preliminar que es su nota dominante, desde que por sí sola no opera el traslado del dominio de las cosas a que se refiere, sino cuando la parte a la que se hizo la promesa la acepta dando lugar con esto a la conclusión del contrato que es el que produce, como su efecto inmediato y principal, dicho transferimiento de la propiedad; el derecho que se reserva o adquiere la parte a quien se hace la promesa, para contestar en cierto plazo, concepto en el cual se encierran dos elementos característicos de la opción, sean la facultad que corresponde al destinatario de la promesa para decidir sobre la conclusión del contrato definitivo proyectado, mediante su aceptación, y el plazo dentro del cual dicha facultad puede hacerse valer, sin dejar de advertir que la adquisición por dicho destinatario del derecho o facultad, en virtud de su conformidad o adhesión, presupone una declaración de voluntad que, al conjugarse con la declaración de voluntad que igualmente importa la promesa, suministra la nota del acuerdo o convención que sin ser propiamente el consentimiento del contrato principal que se proyecta—supuesto que el destinatario goza de un plazo para decidir sobre este último— configura un convenio preliminar o precontrato, y siendo éste en rigor un contrato preparatorio, resulta autorizado calificar la "opción" como un contrato. Corrobora lo anterior lo que tengo indicado sobre la posible distinción entre la "oferta de contrato" como declaración unilateral de voluntad del proponente conocida tan solo por el destinatario de la misma y no aceptada aún por este; la "promesa bilateral recíprocamente aceptada" en la que ambos promitentes resultan obligados, cual ocurre con la "promesa recíproca de compraventa", y la promesa en examen de "vínculo unilateral aceptada", con carácter de convenio preparatorio que obliga únicamente al promitente y otorga el consiguiente derecho o facultad a la otra parte para decidir sobre el contrato definitivo, sea la "promesa de vínculo unilateral aceptada" o

"Contrato de Opción", del cual interesa examinar su concepto técnico-jurídico, sus elementos personales, reales y formales, así como las consecuencias o efectos del mismo dimanantes.

12. ASPECTO CONTRACTUAL DE LA "OPCION"

Es oportuno indicar el diverso significado de la palabra "opción" utilizada con frecuencia en el lenguaje de las leyes, no siempre y por lo mismo con referencia a la indicada figura contractual, pues en una acepción amplia alude a la "facultad de elegir" que puede darse en situaciones jurídicas distintas del mencionado aspecto contractual, a modo de un "derecho potestativo" en cuanto con éste, al decir de SANTORO PASSARELLI (Doctrinas Generales del Derecho Civil, pág. 71): "el titular puede querer con efectos respecto a la esfera jurídica del sujeto pasivo, que no puede y no debe hacer nada y solamente se somete a las consecuencias de la declaración de voluntad", como son ejemplo de ello, en nuestro Derecho positivo, la facultad que en presencia del artículo 692 del Código Civil deriva, ante el incumplimiento de un contrato bilateral o con prestaciones recíprocas, a favor de la parte no incumpliente de exigir de la otra el cumplimiento o ejecución forzosa de la obligación, o bien pedir la resolución del contrato, lo que constituye, como ha dicho la jurisprudencia de nuestros tribunales, un "derecho optativo" sea una "opción"; de igual modo cabe apreciar en el derecho de retraer cuando se haya pactado, sea en el retracto convencional o pacto de retroventa contemplado en el artículo 1094 del Código citado, una "opción" como facultad reservada por el vendedor para recuperar, durante un plazo y mediante su ejercicio, el bien vendido, o en caso de no hacerlo para que la enajenación quede irrevocable; asimismo el derecho de elección en las obligaciones alternativas, reconocido por el artículo 654 Código ibidem, constituye una "opción" o facultad, y de modo expreso, para no citar otros casos, el número 1079 del mismo Cuerpo legal en materia de compraventa y en punto al ejercicio de la acción quanti minoris, sienta que "cuando hay lugar a aumento de precio por aumento de medida, el comprador tiene "opción" o de pagar el suplemento del precio o de desistir de la venta".

En el aspecto contractual que aquí interesa, la "Opción" es, según OSSORIO Y GALLARDO (El Contrato de Opción, 2ª Ed., 1930, pág. 81): "Un contrato, por virtud del cual el propietario

de una cosa o derecho concede a otra persona, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad exclusiva de adquirirlo o de transferirlo a un tercero, obligándose a mantener mientras tanto lo ofrecido a su disposición en las condiciones pactadas". Con más precisión, a mi juicio, define Castán (Op. cit., pág. 43, N° 5) el contrato de "opción" como "El convenio por el cual una parte concede a la otra, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad, que se deja exclusivamente a su arbitrio, de decidir respecto a la celebración de un contrato principal".

Con el expreso reconocimiento legal de la figura en cuestión, asignándole carácter de convenio, el Código Civil italiano vigente, en su artículo 1331 declara que "Cuando las partes convinieran que una de ellas quede vinculada a su declaración y la otra tenga facultad de aceptarla o no, la declaración de la primera se considerará como propuesta irrevocable, a los efectos previstos por el artículo 1329. Si no se hubiese fijado un término para la aceptación éste podrá ser establecido por el juez".

Resulta indudable, con lo expuesto, el carácter contractual que reviste la "Opción" en el aspecto considerado de "promesa de vínculo unilateral aceptada", ya que entraña, como se ha visto, "un acuerdo de partes para constituir una relación jurídica patrimonial", cuya característica o rasgo distintivo es la de un convenio preparatorio, un precontrato, con adecuado emplazamiento en el campo de las promesas, no como simple oferta comunicada o mantenida, sino como un acuerdo de voluntades con ánimo de crear una relación jurídica. Por lo mismo se ofrece inadmisibile la tesis, sostenida por algunos, de que la "Opción" es un contrato de naturaleza independiente, con sustantividad jurídica propia, pues como advierte el aludido escritor Ossorio (Op. cit., pág. 39): "Inclínome al parecer contrario: el contrato de opción es preparatorio, porque sirve de introducción para celebrar otro definitivo. En esto tiene índole igual que todas las promesas, todas las ofertas y, en fin, todos los convenios previos a un concierto ulterior", añadiendo: "El contrato de opción existe para crear otro".

Se señala igualmente como característica del contrato en comentario, en lo que dice a sus efectos, la de unilateralidad del mismo en cuanto importa obligación a cargo solamente de una de las partes, del promitente o concedente, con el compromiso que asume de mantener su promesa durante el plazo respectivo, e incluso se afirma que tal obligación implica una limitación o restricción del poder

dispositivo del bien a que se contrae la opción, aspecto este último al cual habré de referirme y del que disiento, al tratar de la naturaleza jurídica del derecho o facultad que deriva de la promesa. Mas, con relación al indicado carácter unilateral del contrato, tal calificación no resulta rigurosamente exacta, pues si por lo general reviste esa modalidad, nada impide y esto es frecuente en la vida negocial, que la otra parte, sea el optante, para la adquisición de la facultad o derecho que concede la opción, asuma la obligación de pagar cierta cantidad de dinero o "prima" u otra prestación, dando lugar a la llamada "opción remunerada", supuesto en el cual es de evidencia que existen obligaciones recíprocas, sin que sea atendible aducir que ello no altera la esencia unilateral del contrato, pues a mi juicio, al producirse también obligación a cargo del optante de pagar la retribución convenida por el derecho que adquiere, y al asumir de esa suerte el contrato carácter bilateral, la circunstancia sería relevante a los fines, ante un incumplimiento de esa obligación, de poder exigir el promitente la ejecución forzosa o de ejercitar la acción resolutoria en su caso, con aplicación, en nuestro régimen jurídico, de la regla del artículo 692 del Código Civil.

Por lo que hace a la perfección o formación del contrato de "Opción", deviene de naturaleza consensual, atendida la suficiencia del acuerdo de partes o consentimiento para que quede concluído, sin que la desvirtúe la circunstancia de la necesidad del requisito escriturario tratándose de la inscripción de la promesa en el Registro de la Propiedad cuando se refiere a bienes inmuebles, pues aparte de que no constituye una solemnidad propiamente dicha, el aspecto de la publicidad registral tiene su especial finalidad o alcance, conforme igualmente indicaré al considerar la naturaleza jurídica del derecho o facultad que dimana de la opción a favor del beneficiario u optante.

Configurada la "Opción" como un precontrato o convenio preparatorio, es conveniente advertir que no debe entenderse, como con error se estima, esto debido a la frecuencia en la vida económica del contrato de compraventa que predetermina una mayor intensidad en la realización de las promesas al mismo relativas, que su ámbito se circunscribe a la promesa de venta u "opción de venta", pues al envolver la figura un concepto general, bien puede referirse a otros contratos como principales, fuera del de venta, cual ocurre con la opción de arrendamiento de igual modo muy

frecuente en el comercio jurídico, con la particularidad en el arriendo de cosas de que en su contenido y a modo de un pacto figure una opción de compra a favor del arrendatario del bien locado, así como puede darse la opción respecto a la permuta, préstamo, sociedad, hipoteca, etc.

La importancia y utilidad que reviste el contrato de opción en la esfera de los negocios, es la misma que justifica la conveniencia de los precontratos o contratos previos o preliminares en cuanto las partes interesadas en una negociación que de momento no quieren o no pueden concluir, convienen en vincularse para la ulterior celebración de la misma. Sin embargo, en ocasiones es aprovechada la opción como instrumento para consumir verdaderos abusos en el logro de inmoderados proventos, constituyendo un tráfico indebido, cual sucede en el caso de que una persona, sabedora del interés de otra en comprar un determinado bien o de realizar cierta negociación, se hace conceder del propietario una opción para explotarla en su beneficio, frustrando la realización normal del negocio entre las personas directamente interesadas en el mismo.

Puede referirse el contrato de opción a negocios propios de las actividades civil o mercantil, de donde sus especies de igual nombre. Se clasifica también atendiendo a la finalidad en la obtención por el optante del respectivo derecho o facultad, según sea la adquisición del bien para sí, que es la "opción directa", o con el propósito de disponer del bien en favor de terceras personas que es la especie conocida por "opción mediadora" en la que el optante actúa a modo de un intermediario, siendo él en todo caso el titular del derecho derivado del contrato. Este derecho, por lo demás, debe tener carácter **exclusivo**, lo que se explica en razón de la obligatoriedad de la promesa que ha de ser mantenida por el término fijado a favor de la persona a quien se concede, que de otro modo, pudiendo otorgarse el mismo derecho o facultad a distinta persona, es obvio que perdería su fuerza vinculante.

Especial significado ostenta la determinación de los alcances de la obligación que asume el promitente o concedente a virtud del "Contrato de Opción", en cuanto a su poder dispositivo, como propietario, del bien a que el mismo se refiere, frente al derecho o facultad del optante para su definitiva adquisición. Con la tesis de la "limitación del dominio" como consecuencia del otorgamiento de una opción, sostiene un sector apreciable de la doctrina, que el

promitente en calidad de propietario queda en imposibilidad de hacer uso de la facultad de disposición del bien durante el término de la misma, sea que no puede venderlo, hipotecarlo, ni de otro modo gravarlo o enajenarlo, puesto que con ello frustraría el derecho del optante. La cuestión se conexiona, a mi entender, con el aspecto de la naturaleza jurídica del derecho o facultad nacida de la opción a favor del beneficiario u optante, cuya consideración precisa para decidir, con base en ello, en qué medida o términos el dominio o propiedad del concedente sobre el bien a que se refiere la opción, pueda resultar limitado o restringido por la existencia de aquella facultad del optante. Se impone, por lo tanto, dicha consideración previa sobre la verdadera naturaleza jurídica del derecho o facultad derivada de la opción.

13. NATURALEZA JURIDICA DE LA FACULTAD QUE NACE DE LA "OPCION"

Es tradicional la conocida distinción entre el derecho real y el derecho personal, mas el fundamento de la diferenciación ha sido cuestión polémica. Es de estimar como más racional y fundado el criterio que mira en el derecho real un poder recayente de modo inmediato y directo sobre una cosa, y personal el derecho que se da en una relación jurídica que entraña el poder de una persona de exigir de otra una prestación, entendida ésta como conducta o comportamiento. La especial configuración que ostenta el derecho o facultad que nace de la opción, lleva a conceptuarlo como personal, en relación a la posición jurídica del promitente. Este mismo problema de la naturaleza jurídica del derecho, bueno es consignarlo, se presenta con ocasión del contrato de arrendamiento, en el que sí es dudosa su calificación. No son a mi juicio análogas las situaciones que se presentan, respecto al derecho o facultad que nace de la "opción" y de los que dimanar de un contrato de arrendamiento de cosas. En éste, el arrendatario o locatario es el titular de los derechos de uso y goce, si bien con carácter temporal, sobre la cosa arrendada, poderes que recaen de modo inmediato y directo sobre la misma, aunque, y esto es lo que motiva la duda en la calificación de su naturaleza, el arrendador por razón del contrato, asume la obligación para con el arrendatario de procurarle, durante la vigencia del mismo, el uso y disfrute debidos de lo arrendado. No puede decirse lo propio,

como es obvio, respecto a la facultad surgida de la opción como un poder del optante sobre la cosa misma objeto de la promesa en términos de situarlo en una relación directa con ella, que es lo característico del derecho real. La facultad del optante respecto al bien objeto de la promesa, a lo sumo podría ser tenida como una "expectativa" o situación de espera o pendencia para transformarse, mediante la aceptación en tiempo y al quedar concluído el contrato principal, en un derecho real, al adquirir el dominio de la cosa como efecto del contrato definitivo, no de la promesa u opción. En ésta no opera, por sí sola, el transferimiento de la propiedad, fenómeno que se produce únicamente cuando se perfecciona el contrato definitivo con la aceptación del optante. Referida la cuestión a la promesa de venta, tanto como a la recíproca de compraventa, se confirma el anterior punto de vista, con el fundamento legal que indicaré: la "opción de venta" es un contrato preparatorio de otro principal de compraventa, que vincula para la celebración de este último, vale decir una "promesa de venta"; sus efectos son distintos con relación al contrato de compraventa, ya que la traslación del dominio tiene lugar únicamente con la venta, no con la promesa u opción, como predica el artículo 1054 de nuestro Código Civil ya citado: "Tanto en el caso de promesa de venta como en el de promesa recíproca de compraventa, la propiedad se transmite desde el día de la venta y no desde el día de la promesa". Si como se advierte, el desplazamiento del dominio tiene lugar legalmente por razón de la venta y no de la promesa, cabría preguntarse, ¿cuál es el derecho real que por la opción se concede al optante? La facultad que éste adquiere, lo es para decidir sobre la conclusión del contrato principal a que se contrae la promesa, no un derecho recayente sobre la cosa a que se refiere la opción, que sigue siendo de propiedad del promitente, con el poder dispositivo de la misma y pudiendo por tanto, enajenarla, si bien faltaría con ello a la obligación asumida con la opción, que entrañaría una responsabilidad a su cargo de daños y perjuicios por incumplimiento, al frustrar el ejercicio de la facultad del optante. Se concluye, por todo lo anterior, que es personal y no real el derecho o facultad de dicho optante, ejercitable únicamente en dirección de exigir del promitente el cumplimiento de su obligación y no de persecución del bien mismo objeto de la promesa, criterio éste que confirma la ya invocada opinión del expositor Brenes Córdoba, quien al comentar acerca de la promesa de venta, expresa que "Si el dueño, violando la promesa,

traspasara la propiedad a un tercero, el estipulante no tendría acción contra este último para anular su compra y obtener la posesión, por carecer de derecho real sobre el objeto, pues el que tiene es nada más que personal contra el promitente, para exigirle en ese caso el pago de daños y perjuicios".

No sería aventurado decir —lo que denota mayormente el carácter personal de la facultad derivada de la opción— de la posibilidad de una promesa de venta otorgada por persona que no sea propietaria del bien objeto de la misma, sea de una "opción o promesa de venta de cosa ajena". El punto de vista cabe considerarlo en conexión con la posibilidad jurídica también, en el Derecho moderno conforme algunas legislaciones que siguen la nueva orientación, de la validez de la venta de cosa ajena, con el sistema de la 'compraventa consensual productora de obligaciones', a diferencia del "consensual traslativo de dominio o régimen consensual puro" (Sobre estas construcciones jurídicas ver mi estudio "El Pacto de Reserva de Dominio en la Compraventa", publicado en el N° 4 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, 1964, pág. 83).

Si con el primero de dichos sistemas —compraventa consensual productora de obligaciones— se diferencian netamente los momentos de "perfección del contrato" y el del fenómeno de la transmisión del dominio que opera con posterioridad, revistiendo el convenio carácter meramente obligacional en cuanto genera a cargo del vendedor la obligación de proporcionar al comprador el dominio del bien, lo que entraña la validez de la venta de cosa ajena supuesto en el cual el enajenante asume el compromiso de adquirir del dueño el bien para cumplir o en su defecto indemnizar daños y perjuicios, es lógico concluir que si ello ocurre respecto al contrato principal de compraventa, con cuanta mayor razón debe aceptarse la eficacia de una opción o promesa de venta —que no transmite por sí el dominio— de cosa ajena, respecto a la cual resultaría superfluo hablar de derecho real alguno del optante sobre la misma, supuesto que al carecer el promitente de la propiedad del bien a que se contrae la opción, ningún derecho real por razón de ésta ha podido conceder. Ni aun con relación al otro sistema —traslativo o consensual puro— conforme al cual organiza la compraventa nuestro Código Civil al decir el artículo 1049 que "la venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio" y que es el momento en que tiene lugar el transferimiento

del dominio como efecto inmediato y principal del contrato, dado el principio que caracteriza el sistema de "unidad de contrato y transmisión de propiedad", podría negarse validez a la "opción o promesa de venta de cosa ajena", porque si para restarle a ésta eficacia se invocara el artículo 1061 de dicho Código que sanciona con nulidad absoluta la "venta de cosa ajena" lo que hallaría justificación, dentro del sistema, por una inexistencia jurídica de la cosa vendida ante la imposibilidad, también jurídica de traspasar el dominio de lo que no pertenece al enajenante en el momento de celebrarse el contrato, ello no podría hacerse extensivo a la promesa de venta, respecto a la cual el artículo 1054 del propio Código, estableciendo la diferencia entre esa figura y el contrato principal de compraventa, declara que la propiedad se transmite desde el día de la venta, no de aquella, y al reconocer así la existencia de la promesa u opción sin el efecto transmisor del dominio, admite con ello virtualmente la validez de esa figura o convenio precontractual respecto a cosa ajena. Corrobora lo anterior lo que, en sus consideraciones respecto a la venta de cosa ajena tenida por absolutamente nula según nuestra legislación civil, apunta el repetido tratadista Brenes Córdoba tocante a la promesa de venta de cosa que pertenezca a otro, en pág. 377 de su obra citada, al decir que "La promesa de vender una cosa que pertenezca a otro pero que se tenga en mira adquirirla, no encierra vicio de nulidad, debiendo entenderse que el contrato está sujeto para su eficacia a una condición suspensiva", siendo igualmente oportuno añadir que en nuestro Derecho Mercantil, no cabe duda alguna sobre la validez de la promesa de venta de cosa ajena, al declarar expresamente el artículo 440 del nuevo Código de Comercio en vigor, que "**La promesa de venta de cosa ajena será válida.** Quien tal cosa ofreciere estará obligado a adquirirla y entregarla al comprador, bajo pena de abonar daños y perjuicios".

Por lo demás, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la promesa de venta u opción, referida a inmuebles, no puede asumir, a mi juicio, como acto formal con fines de publicidad para terceros, la virtud de convertir en derecho real el que ha nacido con carácter personal, porque no es racional ni admisible que de esa suerte logre modificarse la verdadera naturaleza de la relación jurídica, que no puede ser otra que la asumida con motivo del acto de su constitución. En nuestro sistema registral inmobiliario, cabe finalmente apuntar, no es susceptible de inscripción una pro-

mesa de venta u opción, a tenor de lo establecido por el artículo 459 del Código Civil, que alude como inscribibles a los títulos de dominio sobre inmuebles y a los en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y cualesquiera otros reales diversos del de hipoteca, y el que concede la opción, como queda visto, no ostenta ese carácter real, aun cuando, es mi parecer, resultaría conveniente por razones de seguridad e intereses del comercio jurídico, la permisión de inscribir la promesa de venta u opción referida a inmuebles, cual se autoriza en otras legislaciones, con igual razón por la que el precitado artículo 459 faculta la inscripción en el Registro de la Propiedad, de los títulos en que se consigna el arrendamiento de inmuebles.

Al dar por concluidos estos comentarios, espero que con los temas desarrollados se suscite algún interés, siquiera sea para intentar una revisión de nuestros ordenamientos legales —tan necesitados de ella— con fines de adaptar sus regulaciones a los avances de la doctrina y a las necesidades de la práctica, lo que sería bastante a compensar la dedicación que he puesto en los mismos.

LA TENTATIVA

Dr. GUILLERMO PADILLA CASTRO,
Catedrático Titular de Derecho Penal
Facultad de Derecho

- 1.—Generalidades. 2.—Fundamentos. 3.—La Tentativa y la Escuela Clásica.
- 4.—Los positivistas y la Tentativa. 5.—El Código Penal Francés y la tentativa.
- 6.—La tentativa y el atentado. 7.—La tentativa como figura autónoma.
- 8.—Requisitos que integran la tentativa. 9.—La tentativa y el delito frustrado.
- 10.—El delito imposible. 11.—La tentativa y el delito putativo. 12.—La tentativa y el desestimiento. 13.—Tentativa insuficientemente indicada. 14.—La tentativa y ciertas formas de delito. 15.—Punición de la tentativa.

En el *inter-criminis* o camino del delito, se desarrollan distintas fases, desde la inicial, constituida por el pensamiento criminoso hasta la última, que Carrara llama el delito agotado, considerándose como tal, por ejemplo, no solo el hecho de haberse consumado un robo sino en obtener el lucro al que se encaminaba la acción. Entre esos extremos los penalistas configuran tres etapas intermedias: los actos de preparación, los de ejecución y los de consumación.

Cuando la ejecución no se ha llevado a término o la consumación no se ha perfeccionado, estamos en presencia del fenómeno de la tentativa, que Levi⁽¹⁾ ha concretado en una fórmula casi matemática: tentativa = a consumación — resultado. Sin embargo, dice Manzini que ella es "inexacta porque en los delitos de pura conducta, al no existir un resultado que sea requisito esencial de ellos, no es el resultado lo que debe faltar para que se dé la tentativa: debe faltar una parte y generalmente la parte terminal, de la acción ejecutiva"⁽²⁾. Llama dicho autor delitos de pura conducta, a aquellos cuya ejecución implica consumación del acto, como la asociación para delinquir o la violación de domicilio. En la clasificación que hicimos de los delitos a estos los llamamos formales. También agrega, que si entendemos por resultado la ofensa al bien jurídico protegido, esta se ha realizado plenamente en la tentativa.

(1) Levi II Cod. Pen. illustrato, sotto la direzioni di U. Conti T. I, pág. 244, Milano, 1934.

(2) Manzini. Ob. cit., pág. 345.

Fundamentos de la tentativa. El Código penal español, define concretamente la tentativa y estima que existe "cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sean su propio y voluntario desestimiento" (art. 3º). En cambio el nuestro dice que "hay tentativa cuando la resolución de cometer un delito se manifiesta por actos exteriores que tengan relación directa con el mismo y este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". En general los códigos latino-americanos dan definiciones semejantes de la tentativa; algunos como el peruano no lo hacen y el cubano se refiere, en su lugar al delito imperfecto que, como veremos más adelante, no es un concepto muy técnico. Fue Romagnosi uno de los primeros penalistas que dio una definición concreta de la tentativa, diferenciándola además del delito frustrado que analizaremos después. Dijo que es "la ejecución incompleta de un delito"⁽³⁾.

Nuestro Código Penal parece acoger como fundamento de la tentativa, la resolución de cometer un acto delictuoso, si ella se manifiesta externamente y no se consuma por causas ajenas al agente. Escapó a la consideración del legislador el hecho de que los actos no solo deben exteriorizarse sino ser idóneos y efectivamente dirigidos a dañar determinado bien jurídico. Precisamente por esas dos últimas circunstancias, se ha considerado que no hay ninguna diferencia sustancial entre la tentativa y el delito consumado y por lo mismo en ambos casos, su fundamento es igual: "la manera con que el legislador ha creído conveniente configurar los tipos de delito concretándola en una u otra de las fases que normalmente atraviesa la actividad delictiva"⁽⁴⁾. Esa es la opinión manifestada por Antolisei.

La tentativa y la Escuela Clásica. Como siempre, es Carrara quien en su obra sobre la tentativa, expone el fundamento y la razón de su punibilidad. Dice: "¿Puede la ley ocuparse en las tentativas? ¿Dónde está la razón política de imputarlas a su autor? La ausencia de daño inmediato y de toda violación efectiva de derechos, podrían autorizar la duda acerca de la falta de razón

(3) Romagnosi. Genesi del Diritto Penale. Párr. 66-697.

(4) Antolisei. Ob. cit., pág. 348.

para castigar la tentativa, porque derivándose el fundamento político de la imputabilidad de ciertos actos del daño material que producen, si este daño cesa en el conato, también parece que debería cesar la imputación pero no es así. A la razón de penar derivada del daño inmediato que cesa en las tentativas, se sustituye la razón que nace del riesgo corrido: este hace las veces del daño"⁽⁵⁾. Ese elemento de peligro, lo completa Carrara con el otro que es esencial: la intención. Dice en cuanto a la concurrencia de ambos: "La autoridad no puede, sin tiranía, conminar imputabilidad política cuando uno de estos elementos falta. El magistrado no puede, sin abuso de poder, imputar civilmente un hecho cuando haya habido deficiencia del uno o del otro elemento, ni puede, sin imperdonable aberración suplir la deficiencia de uno de estos elementos con el otro"⁽⁶⁾.

Aunque Carrara cree que el daño inmediato es menor en la tentativa que en el delito consumado ya que la alarma que se produce no es tan intensa en un caso como en el otro, hay que notar que esa, que para muchos autores es una de las razones que fundamentan la tentativa, pierde mucho valor en el pensamiento carrariano, pues no le da su cabal importancia. Posteriormente haremos la crítica de la posición de los clásicos en cuanto a la tentativa. Su tendencia ha sido llamada objetiva.

Manzini considera que el fundamento de la punibilidad de la tentativa no puede ser únicamente ese, "el cual para ellos (se refiere a los clásicos) designa aquella contingencia de hecho en la cual el proyecto y la obra de un delincuente ha puesto en inminente peligro de actual violación el derecho que por la ley es protegido, pero sin posibilidades de ulteriores consecuencias materiales"⁽⁷⁾. También mira con escepticismo la idea de que la verdadera razón de la tentativa está en la alarma social que ha producido el hecho y que él llama hipotética. Para Manzini su único fundamento está en que constituye la violación voluntaria de un precepto penal. Todo lo demás no son sino cosas "abstrusas y paradógicas". Pero Antolisei considera que "la explicación de Manzini no puede considerarse satisfactoria ya que no hace más que desplazar el

(5) Carrara. Teoría de la Tentativa y la Complicidad (pág. 6), Trad. de Vicente Romero Girón. Madrid. F. Góngora y Cía., Editores, 1877.

(6) Carrara. Programa (Ob. cit.), T. I, pág. 278.

(7) Antolisei. Ob. cit., pág. 346.

problema. No nos dice la misma porque, mediante la simple tentativa, considera el Derecho violado el precepto"⁽⁸⁾.

Los positivistas y la tentativa. En dos partes de su obra se refiere a la tentativa Enrique Ferri, máximo exponente del positivismo. Cuando alude a los criterios de peligrosidad del delincuente y cuando concretamente aborda el problema técnico que ella suscita⁽⁹⁾. En el primer aspecto, Ferri afirma, con razón, que una cosa es el hecho peligroso y otra, muy distinta, el hombre peligroso. Cita el caso del delincuente que intenta matar con medios inidóneos, aunque está convencido de que sí tienen potencia ofensiva; cuando el acto se produce, es claro que no ofrece el menor riesgo, pero, en cambio, el hecho ha puesto en evidencia un ente que debe interesar a la justicia. Tanto en el delito que se intentó como en el consumado, eso es lo que se manifiesta: un delincuente que se ha revelado como peligroso para la sociedad, peligrosidad que no ha disminuido por la circunstancia fortuita de que el fin perseguido se produzca o no; lo que cuenta para los positivistas es la intención criminal que se ha puesto de relieve y no el acto delictuoso en sí. De aquí la fórmula concreta que presenta Ferri en el artículo 16 de su Proyecto de Código Penal, que dice: "Cuando la consumación del delito no ha tenido lugar por circunstancias accidentales, el Juez teniendo en cuenta las modalidades del hecho y la acción realizada, puede imponer la sanción establecida para el delito consumado". Completan ese artículo la aplicación de penas que son mayores o menores, de acuerdo con el criterio de la peligrosidad que hemos indicado pero luego inserta una disposición que, en mi sentir, contradice su posición doctrinaria ya que ordena al Juez disminuir la pena "cuando el delito no ha tenido efecto a causa de la inidoneidad de los medios o por imposibilidad del fin". En su afán de que el Proyecto se convirtiera en Ley, objetivo que no pudo conseguir el eminente positivista, tuvo que hacer esta y otras concesiones a sus adversarios, que resquebrajaron la unidad estructural de su obra. La tendencia del positivismo es la de poner de relieve la importancia del elemento subjetivo del delito.

(8) E. Ferri. Principios de Derecho Criminal (Ob. cit.), págs. 268 y 502 y ss.

(9) Legislación Soviética Moderna, pág. 265.

El Código penal francés y la tentativa. Si hacemos mención al Código penal francés es porque, en el criterio de autores como Pierre Bouzat, se adelantó, en más de un siglo, al proyecto de Ferri, "al castigar el crimen y el delito intentados con la misma pena que la infracción consumada"⁽¹⁰⁾, agregando dicho autor, que "en nuestros días, la mayor parte de los criminalistas, especialmente los positivistas, preocupados por el estado peligroso del delincuente aprueban el sistema severo de nuestro Código Penal, porque asegura al máximo la defensa de la sociedad". En realidad, no creemos que en tiempos de Napoleón, se tuviera la más mínima idea de lo que los positivistas entendieron después por peligrosidad; lo que inspiró al Código redactado entonces fue, lo que entre líneas deja ver Bouzat; fundamentalmente un criterio de severidad, como afirmación del principio autoritario que fue propio del imperio, atemperado después con el advenimiento de un régimen más liberal que estableció las circunstancias atenuantes.

El Código ruso de 1926 y la tentativa. El artículo 19 del Código penal soviético de 1926 establece que "la tentativa del delito, así como los actos preparatorios del mismo, consistentes en la busca y adquisición o adaptación de los instrumentos y de los medios para cometerlo y la creación de las condiciones para ese fin, serán perseguidos como delito consumado. El Tribunal, en ese caso, elijirá la medida de defensa social de carácter legal-correcional, valorando el grado de peligrosidad del autor de la tentativa o de los actos preparatorios, el de preparación del delito, la proximidad al momento consumativo y las causas que han impedido su consumación. En los casos de desistimiento voluntario del delito, el Tribunal establecerá la medida de defensa social, de acuerdo con los actos realizados"⁽¹¹⁾. Esa disposición, que significa el mayor avance obtenido en cuanto a la punición de la tentativa, fue atemperado por el actual Código soviético de 1960, que en su artículo 15 impone al Juez la obligación de atenuar la pena cuando el menor grado de la actividad criminal revela también poca peligrosidad del delincuente. Disposiciones semejantes se encuentran en el Código polonés, en su artículo 24. Las ideas de Ferri que no cuajaron en su patria, en cambio fueron acogidas en Rusia, con verdadero júbilo de éste, quien escribió: "El paso hacia adelante del legislador ruso

(10) Pierre Bouzat. Ob. cit., T. I, pág. 209.

(11) Legislación Soviética Moderna, pág. 265.

tiene una evidente importancia, no sólo porque señala e indica el triunfo de una doctrina que ha resistido a los hábitos y timideces mentales y a las polémicas a través de casi medio siglo, sino sobre todo porque inicia una experiencia práctica de justicia penal que estoy cierto ha de responder mejor a las exigencias de la defensa social contra la delincuencia, una vez que la justicia punitiva se haya liberado de las logomaquías y trabas y de las sorpresas de la imputabilidad moral que ha de demostrarse en el autor de un delito, antes de proveer a la defensa del peligro en él personificado"⁽¹²⁾.

La tentativa y el atentado. Francisco Carnelutti afirma que "la tentativa es la figura clásica que corresponde a la hipótesis de la divergencia cuantitativa entre la forma e intención. Pero no es la única; incluso teniendo en cuenta aquella subespecie de tal hipótesis, en que la forma se presenta por debajo de la intención o viceversa, creemos que junto a la tentativa, merece atención otra figura que nos parece resultar colocada siempre en su puesto de la teoría general del delito, y a la cual, empleando con mayor amplitud una palabra ya usada por la ley le daríamos el nombre de atentado"⁽¹³⁾. La diferencia entre el atentado y la tentativa estriba, según dicho autor, en que este se encuentra configurado como un delito en sí, mientras que la tentativa es una forma de delito secundario, previsto en relación con un delito principal. Siguiendo el pensamiento de Carnelutti y sin penetrar aún en la posibilidad de que la tentativa sea una forma de delito secundario, serían delitos de atentado, en nuestro Código Penal el hecho de "obrar o contribuir a obrar de cualquier modo contra la integridad del territorio de la nación o contra su soberanía", que es constitutivo del delito de traición y el que sanciona a quien "con fines políticos y con actos directos atentare contra la vida, la integridad personal o la libertad del Presidente de la República, de los Ministros de Estado o de cualquier otro miembro de los Poderes Públicos", que es una forma de delito político. Es evidente que ambos casos están tipificados en el Código y sancionados en una forma especial. Por lo mismo y porque suponen que el propósito que los mueve no ha podido cumplirse, en ellos no cabría la aplicación de las reglas de atenuación que son inherentes a las formas intentadas. Técnica-

(12) Enrique Ferri. Ob. cit., pág. 775.

(13) F. Carnelutti. Teoría General del Delito, pág. 159, Editorial Revista de Derecho Privado.

mente no apreciamos ninguna diferencia entre esos hechos y los de tentativa; en ambos casos se trata de un propósito incumplido. En cuanto al delito de traición, es lo mismo para el legislador que la traición se intente o se consuma; la pena es igual. En cuanto al atentado político la sanción se agrava si el delito contra la vida se consumare, forma clara de expresar que el atentado y la tentativa son la misma cosa para nuestra ley ya que no hay tentativa cuando el homicidio se consuma. La confusión en que incurre Carnelutti estriba, según nuestra modesta opinión, en que considera la tentativa como un delito de peligro y así lo afirma el ilustre autor, mientras que el atentado, según él, es un delito de peligro de daño sobre la persona tal y como la concibe nuestra ley que no contiene el delito frustrado.

La tentativa como figura autónoma. Para Antolisei, "el delito intentado es la resultante de la combinación de dos normas: una principal la norma incriminadora especial: por ejemplo, el artículo 624 en el hurto (nosotros diríamos el 266 de nuestro Código) y una secundaria (la norma extensiva o sea el artículo 56 (37 de nuestro Código) que dan origen a un nuevo título de delito que es y debe ser considerado autónomo aún cuando conserve el nomen iuris de la figura delictiva a que se refiere (hurto intentado, incendio intentado, etc.)"⁽¹⁴⁾.

Para dicho autor, quien comete una tentativa comete un delito en sí.

No vemos tampoco la trascendencia que tenga el configurar la tentativa como un delito propio, independiente de la figura principal ya que las reglas de punibilidad son generales para todos los casos en que el delincuente no consigue el propósito por causas ajenas a su voluntad.

Sustentando un criterio totalmente opuesto ya hemos visto como define Carnelutti su posición. Nos habla de que la tentativa es un delito secundario, previsto en relación a un delito principal.

No vemos la tentativa ni como un hecho principal y autónomo ni como un delito secundario; pensamos que es uno de los tantos procesos que tienen los hechos volitivos: nacen, se cumplen o se incumplen. Si se ha perseguido una finalidad dolosa y ella se ha obtenido, estamos en el caso de la consumación; de lo contrario, ante una forma intentada. Eso es todo.

(14) Antolisei. Ob. cit., pág. 345.

Que a esta forma intentada se le llame delito por sí mismo, como lo hace Manzini, eso es otra cosa. Pero dicho autor se cuida muy bien de admitir que "la tentativa por sí misma represente un delito sui generis, idéntico en todo caso", ya que "el delito intentado conserva, en el resto, las características de la incriminación típica a que se refiere"⁽¹⁵⁾. Es decir, una de las etapas en el perfeccionamiento del delito, que han hecho que algunos autores le llamen delito imperfecto, término que no nos agrada ya que es perfecto en sí, ha tenido su inicio en el propósito criminal y su culminación cuando este no se pudo llevar a cabo.

Requisitos que integran la tentativa. Aunque se considera que toda tentativa está integrada por el concurso de la intención criminal y de los actos ejecutivos que no se consuman por circunstancias ajenas a la voluntad del delincuente, esos elementos están implícitamente involucrados en los requisitos esenciales, que son dos: la univocidad de los actos y su idoneidad.

El primero que habló de univocidad de los actos fue Carrara quien afirma que "mientras el acto externo sea tal que pueda conducir tanto al delito como a una acción inocente no tendremos nada más que un acto preparatorio el cual no puede imputarse como conato"⁽¹⁶⁾. Posteriormente el autor del programa abandona su posición técnicamente correcta, ante la posibilidad de que se confundiera la esencia del acto con algo tan accesorio como la prueba de la intención.

El problema de determinar cuándo un acto va dirigido inequívocamente a la realización de un determinado fin, es uno de los más contradictorios y debatidos en el ámbito del Derecho Penal; Manzini, ha tratado de simplificarlo relacionándolo con la infracción del precepto penal, pero ya vimos que esa es una forma de evadir su solución ya que en ningún Código la norma que trata de diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos es clara y precisa y por lo mismo, parece que su determinación debe dejarse más bien al criterio amplio de los jueces; el punto es de suma importancia porque de su esclarecimiento depende que un hecho sea o no punible ya que el acto preparatorio no lo es sino excepcionalmente. Antolisei manifiesta a este respecto que "probablemente estaba en lo cierto el jurista alemán Geyer cuando juzgaba insoluble

(15) Manzini. Ob. cit., pág. 178, T. III.

(16) Carrara. Ob. cit., T. I, pág. 241.

el problema y lo parangonaba al de la cuadratura del círculo"⁽¹⁷⁾. Eusebio Gómez puntualiza que "la consideración de la tentativa desde un punto de vista subjetivo, evidencia la inutilidad de todo empeño tendiente a fijar normas para llegar a establecer la distinción entre los actos ejecutivos y los preparatorios"⁽¹⁸⁾.

La solución que da nuestro Código es la de que los actos exteriores, tengan relación con la resolución de cometer un delito y en ello estriba precisamente la dificultad, en esta relación estrecha entre la exteriorización del acto y la intención de cometerlo. Hay infinidad de actos que aparentemente pueden estar relacionados con el fin delictuoso y sin embargo no tienen ese propósito.

Recordemos el adagio de que las apariencias engañan. Ellas, agregaríamos nosotros, pueden conducir a que los jueces a menudo se equivoquen. Por eso, coincidimos con Antolisei en que "la univocidad se comprueba exclusivamente sobre la base de las características objetivas de la acción delictiva"⁽¹⁹⁾. Ella debe ser suficientemente clara y revelar en forma indubitable la voluntad del delincuente dirigida hacia la comisión del acto punible. Solo así se evitan posibles errores. Siendo muy exigentes en cuanto ese extremo.

El segundo factor integrante de la tentativa es la idoneidad de los actos. Nuestro Código lo ignora, revelando así una falla técnica imperdonable. En cambio el texto del artículo 54 del italiano expresa que "quien realiza actos idóneos dirigidos en forma no equívoca a cometer un delito, responde del delito intentado si la acción no se realiza o el hecho no se verifica", fórmula feliz y comprensiva no solo de la univocidad sino de la idoneidad. La determinación de lo que ésta significa, ha sido apreciada en distinta forma. Para unos en forma comprensiva de los distintos elementos materiales que se utilizan en la acción; para otros no solo de ellos, sino del cúmulo de circunstancias que la hagan posible. Lo que hace que algunos autores y entre ellos Antolisei, confundan el concepto de idoneidad con el de peligrosidad, considerando que "la tentativa en consecuencia es punible cuando se ha concretado en una acción peligrosa"⁽²⁰⁾. Decimos que hay confusión porque la peligrosidad existe solamente en forma subjetiva y se exterioriza en el momento del acto, creando así la situación de peligro. Anto-

(17) Antolisei. Ob. cit., pág. 351.

(18) Eusebio Gómez. Ob. cit., T. I, pág. 464.

(19) Antolisei. Ob. cit., pág. 354.

(20) Antolisei. Ob. cit., pág. 357.

lisei trasladada la peligrosidad del sujeto al medio empleado; para nosotros no hay peligro en que un hombre sereno y capaz de controlar sus actos dispare contra otro sin intención de herirlo ni matarlo, aunque lo hiera en forma leve. Ese caso está contemplado como una falta en el artículo 66 de nuestro Código de Policía. En cambio si existe peligro si quien empuña el revólver es un asesino.

Concretando y de acuerdo con la sistematización que ha hecho de la tentativa el distinguido profesor de la Universidad de Concepción, doctor Eduardo Novoa Monreal, hay que fijar cinco requisitos para que la tentativa se concrete: 1) un propósito delictivo exteriorizado en actividad material; 2) una actividad material apta para la realización del tipo proyectado por el sujeto activo; 3) una actividad material que sea fragmentable; 4) la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del sujeto activo; y 5) la no consumación del tipo a que tendía el propósito del sujeto. Es interesante una afirmación que hace dicho autor en cuanto al primer aspecto, en el sentido de que hay tentativas que no son dolosas ya que por "una descripción de conducta complementaria de los diversos tipos de la parte especial debe ser apreciada al igual que la tipicidad —de la que es integrante por extensión fuera de toda valoración jurídica—. Puede existir tentativa de hecho típico y antijurídico no culpable como ocurre con los actos de un inimputable o del que obra víctima de error de hecho esencial"⁽²¹⁾. Los otros aspectos son fácilmente explicables y a ellos nos hemos referido en extenso.

En la reunión de México en que se continuó la discusión sobre la oportunidad de recomendar un Código Penal Tipo para Latinoamérica, el profesor Paulo José da Costa Jr., propuso una fórmula, que hacemos nuestra, para definir el delito tentado como aquel que "iniciada la ejecución típica, a través de actos idóneos o inequívocos, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente"; tiene la ventaja de que incluye elementos de que carece el concepto actual de nuestro Código y que consideramos importantes.

La tentativa y el delito frustrado. El artículo 7º del Código Penal de 1924, establecía el llamado delito frustrado y lo diferenciaba de la tentativa en que en el primero "la acción o la comisión

(21) Eduardo Novoa Monreal. El Proceso de Generación del delito, tentativa y delito imposible. Pág. 22, Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 1963.

son completas en cuanto al sujetos; pero no objetivamente, o sea, cuando a pesar de haberse ejecutado todos los actos que en las condiciones ordinarias habrían de producir la consumación del daño, éste no se efectúa por causas o accidentales ajenas a la voluntad del agente⁽²²⁾. En cambio la tentativa, tipificada en el artículo 9º, implica simplemente una acción subjetiva y objetivamente incompleta sin que se ejecuten todos los actos necesarios para su consumación. La posición del Código de 1924 es la misma que siguen aún muchos Códigos de Latinoamérica y está conforme con los postulados de la Escuela Clásica, que, en este aspecto como en muchos otros, ha sido superada. Se basa estrictamente en los resultados materiales de la acción en forma que si un sujeto disparaba contra otro, y no lo hería, el caso se resolvía como de tentativa de homicidio y si le causaba una herida y la víctima se salvaba gracias a la intervención oportuna de un cirujano, se estaba ante un delito frustrado. Pero ese concepto es errado en cuanto a que determina dos formas distintas de forma intentada, cuando en el fondo no existe sino una: el hecho de que en un caso como en el otro la acción no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, ya sea porque la víctima no fue alcanzada por el proyectil o porque fue salvada por la oportuna intervención médica. El error en que persistieron los clásicos fue el de olvidar que tras la acción material hay un hombre que la ejecuta y que es más importante su peligrosidad que los resultados aleatorios del delito, que pueden materializarse o no. En lugar de la fórmula arcaica nuestro Código Penal en su artículo 40 dice que "la tentativa que no tuviere señalada pena especial, se sancionará con la ordinaria, disminuida de uno a dos tercios hábida cuenta del mayor o menor desarrollo de la acción y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad"; puede apreciarse en estas últimas la aparición de elementos que no son estrictamente de orden material sino que se derivan en gran parte de la personalidad del delincuente mismo. Más concreto habría sido nuestro Código si en lugar de referirse a las circunstancias, concepto un tanto impreciso, hubiera especificado que se trata de las relativas a la menor o mayor peligrosidad del agente, como lo hace con fino criterio el artículo 42 del mismo.

(22) Código Penal de la República de Costa Rica. Edición dirigida por el Lic. José Astúa Aguilar. San José, Costa Rica, Imprenta Trejos Hnos., 1924.

El delito imposible. El delito imposible, llamado también tentativa de imposible realización, está contemplado en dicho artículo 42 y dice: "Cuando por la ineficacia del medio empleado, o por la inexistencia del objeto, fuere imposible la realización del delito y el sujeto obró persuadido de la existencia del objeto o de la eficacia del medio, podrá disminuirse discrecionalmente la pena ordinaria y hasta eximirse de ella, según la peligrosidad revelada por el agente". Esta figura delictiva, ha sido objeto de profundas discrepancias; desde los que consideran su impunidad en razón de que el hecho no ha tenido el efecto dañoso que el delincuente se proponía, hasta los que lo penan fuertemente, como hacía nuestro Código de 1924 en su artículo 8º, al considerar que "en su caso se calificará de frustrado para los efectos penales, el delito de imposible realización, bien por inexistencia de su objeto, bien por ineficacia o impropiedad absoluta de los medios empleados, cuando apareciera evidente que el sujeto obró persuadido de la existencia de dicho objeto o de la eficacia de los medios empleados", criterio muy distinto del esbozado por su mismo autor don José Astúa Aguilar en el Proyecto de Código Penal de 1910⁽²³⁾ en donde sostiene una tesis diferente, al decir que "no se calificará de frustrado para los efectos penales, el delito de imposible realización, bien por inexistencia de su objeto, bien por ineficacia o impropiedad absolutas de los medios empleados; pero si se tratare de un reincidente, se imputará como tentativa". Como se ve el criterio del ilustre maestro era técnicamente defectuoso ya que si asimilaba el hecho a una tentativa, en el caso del reincidente, posiblemente en virtud de su peligrosidad, ella se ha revelado no solo en cuanto al mismo sino en todo caso en que se ha intentado cometer un delito, cuando quien lo hizo estaba persuadido de la idoneidad de los medios empleados.

El Código brasileño establece la impunidad de la tentativa imposible en el artículo 14 pero en el 76 aplica una medida de seguridad cuando el ejecutor del hecho se ha revelado como peligroso, medida que se concreta en libertad vigilada en el artículo 94.

En el artículo 42 de nuestro Código se establece que "si el delito fuere imposible, podrá disminuirse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado y hasta prescindirse de

(23) José Astúa Aguilar. Proyecto de Código Penal. Tipografía Nacional, San José, Costa Rica, pág. 10. Año 1910.

ella, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36 que dice: "Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente según la gravedad y modalidad del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente".

El Código venezolano ni siquiera se refiere a la tentativa imposible y al no mencionarla no la sanciona⁽²⁴⁾.

En cuanto a Francia que, como ya vimos, en el artículo 2º del Código Penal asimila la tentativa de crimen al delito consumado, no se refiere expresamente al delito imposible, lo que ha producido una gran confusión doctrinal. Desde Garraud quien sostiene que ante su mutismo "se trataría, pues, de la aplicación pura y simple de una teoría general, en virtud de la cual, la tentativa por medios insuficientes queda descartada por la ley como tentativa punible"⁽²⁵⁾, hasta H. Donnedieu de Vabres quien afirma que "desde el punto de vista de la defensa social, la represión de un delito imposible parece imperiosamente lógica. Este trato se impone además si uno se coloca desde el punto de vista de la justicia. El inculpado ha demostrado que es inmoral y peligroso para la sociedad; si, en definitiva su empeño criminal no ha dado resultado, es por efecto de circunstancias independientes de su voluntad"⁽²⁶⁾.

Entre las dos posiciones, ha surgido en Francia la intermedia que distingue la imposibilidad absoluta que se realiza cuando el objeto no existe o los medios son totalmente inapropiados y la imposibilidad relativa que se efectúa cuando el objeto sí existe pero no se encuentra donde el agente cree que está o cuando los medios son impotentes únicamente en razón de su uso inapropiado. Esa doctrina parece complacer a autores como Pierre Bouzat quien dice que "parece a primera vista, prácticamente satisfactoria, porque asegura mejor la defensa de la sociedad que la teoría objetiva, sin caer en las exageraciones de la teoría subjetiva, que conduciría a reprimir aún las infracciones putativas, es decir, aquellas que no han existido sino en la imaginación de su autor, como en el ejemplo del ladrón que se ha servido torpemente de instrumentos y no ha podido desfondar un cofre"⁽²⁷⁾.

(24) Tulio Chiosone. Anotaciones al Código Penal Venezolano. T. I, pág. 213, Caracas, Venezuela.

(25) Garraud. Traité Théorique et Pratique su Droit Penal Français. T. I, pág. 396.

(26) H. Donnedieu de Vabres. Traité Elementaire de Droit Criminel. Pág. 146.

(27) P. Bouzat. Traité de Droit Penal. Librairie Daloz, T. I, pág. 218.

Paralelamente a la diversidad de criterios doctrinales, la jurisprudencia francesa se ha inclinado primero por la teoría objetiva, considerando impune un caso de tentativa de imposible realización y en otros, pronunciándose en sentido distinto. Aunque cabe observar que la posición predominante en la actualidad es la última. Citemos, por ejemplo, la sentencia dictada por los tribunales de París con fecha 9 de abril de 1946 que consideró punible la tentativa de asesinato cometida sobre un cadáver.

Por último, la Ley de Vagos y Maleantes que fue promulgada en España, en su artículo 9º, párrafo 4º, dice que "los hechos que no constituyan delitos por inidoneidad del medio, inexistencia del objeto, no aceptación del mandato o desistimiento de la acción emprendida, podrán ser asimismo susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad aunque en razón a ellos fuese dictado auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria".

Hay límites muy bien definidos que diferencian la tentativa, de la tentativa imposible y quizás el más importante es que en la primera hay un riesgo sufrido por la posible víctima, mientras que en el segundo ese riesgo es inexistente, como por ejemplo, cuando el sujeto activo del hecho dispara contra una cama en la que cree que se encuentra recostado su enemigo y este se ha ausentado hace algún tiempo; lo mismo sucede en el caso de la inidoneidad del medio; en vez de dispararle ha tratado de envenenarlo con una sustancia que resultó ser azúcar en polvo en lugar de estricnina. En la tentativa, en cambio, la acción es idónea y el objeto existente. Tienen de semejante, que tanto en una forma como en la otra el delincuente ha revelado su peligrosidad ya que el hecho no se ha realizado por circunstancias que le son ajenas.

Se ha clasificado la idoneidad en absoluta y relativa, pero dice Manzini: "El concepto de inidoneidad, referible a una hipótesis concreta, no comparte tal distinción porque siendo necesario poner en relación el medio con el fin, en el caso individual toda inidoneidad absoluta se convierte en relativa y viceversa"⁽²⁸⁾. La acción puede ser inidónea en tratándose de la generalidad de las personas y ser, por excepción, idónea en cuanto a una determinada, por ejemplo, en el caso del hemofílico que ha recibido una lesión.

(28) Manzini. Ob. cit., T. III, pág. 195.

Además de la inidoneidad absoluta y relativa, se han propuesto otras clasificaciones como la abstracta y concreta, subjetiva y objetiva, intrínseca y extrínseca, general y parcial, inicial y sucesiva. A todos esos criterios, sustituye Manzini el suyo en que habla de insuficiencia, que denota solamente falta de fuerzas bastantes para conseguir la finalidad, mientras que la inidoneidad significa falta completa de potencia causal. Solo la inidoneidad produce el delito imposible.

En cuanto a la falta de objeto, se le ha clasificado en carencia del objeto material e inexistencia del bien jurídico, como cuando se intenta privar de la vida a un sujeto que ha fallecido momentos antes de que se perpetrara el atentado. Habría carencia de objeto material en el ejemplo que pusimos anteriormente de la persona contra quien se dispara y no está en el lecho en el que se suponía que dormía, porque hacía tiempo había desocupado la casa.

Juan Díaz Romero, considera que "hay delito imposible cuando la falta del objeto es habitual y anterior al comienzo de ejecución; hay tentativa cuando la falta es sucesiva o eventual"⁽²⁹⁾.

Ya hemos analizado las posiciones de las Escuelas Clásica y Positiva, que a propósito de la tentativa son idénticas en cuanto al delito imposible.

Debemos referirnos también a la de la Escuela Subjetiva Alemana, coincidente por otras razones con la positiva y basada primordialmente en que la ley se dirige exclusivamente a sancionar la voluntad criminal y ella aparece tanto en el delito consumado como en la tentativa, cuando ésta es imposible, lo que produjo como consecuencia que el Tribunal del Reich, sancione hechos ridículos como la tentativa de incesto sin que medie parentesco.

La solución en cuanto al problema que venimos analizando que mejor se acomoda a un criterio técnico y lógico es la que da el Código Penal brasileño, cuando establece que a la tentativa de imposible realización debe serle aplicada una medida de seguridad, en tanto que la tentativa pura y simple debe sancionarse con una pena. Es evidente que aunque no se haya producido ningún daño y hubo carencia total de peligro con el acto realizado, en la tentativa imposible se ha revelado un individuo peligroso, cuya conducta debe ser observada a fin de evitar males previsibles, que ella ha revelado.

(29) Juan Díaz Romero. El delito imposible y su punibilidad. Derecho Penal Contemporáneo. Seminario de Derecho Penal, Universidad Autónoma de México, pág. 90 N° 7.

La tentativa y el delito putativo. El estudio del delito putativo corresponde más bien a la teoría del error. Por eso nos limitamos únicamente a dar su noción en forma escueta; es el hecho cometido por una persona cuando actúa convencida de que realiza un delito y éste no lo es; por ejemplo, cuando una persona cree hurtar un objeto ajeno y éste le pertenece, estamos ante un delito putativo ya que uno de los elementos del hurto es el lucro y en este caso no puede haberlo. Pero eventualmente podría haber una tentativa de imposible realización por inexistencia del bien jurídico tutelado, en este caso la propiedad ya que nadie puede vulnerarla al tomar lo suyo. El límite que separa a ambos fenómenos es sumamente frágil pero nos inclinamos por considerar el caso mencionado como un simple error de hecho que en nuestro sentir está mucho más lejos de la tentativa que el delito imposible, pues acusa por parte de su autor mayor ignorancia o falta de sentido común.

La tentativa y el desistimiento. El artículo 39 de nuestro Código Penal establece que “la tentativa no es punible cuando el agente de modo espontáneo desiste de la ejecución del delito o imposibilita su consumación pero se penarán los actos ya realizados que constituyan una infracción por sí mismos”. Este artículo se relaciona estrechamente con el 47, que dice: “El desestimiento de un codelincuente lo libra de la responsabilidad del hecho punible consumado, cuando fue indudable que comunicó tal determinación a sus colaboradores en tiempo oportuno para obstaculizar o evitar con su apartamiento la ejecución del hecho”. Se diferencia en que, en el caso de la participación criminal el desistimiento debe haber producido resultados objetivos que hayan hecho posible el que la acción se obstaculice o evite; en el caso de la tentativa aunque eventualmente se ha podido evitar la acción, el desistimiento simple hace que la tentativa no sea punible; es evidente que debe haberse manifestado en forma palpable.

El objetivo que persigue la ley es el de estimular al eventual delincuente para que no cometa el hecho que se ha propuesto realizar, ofreciéndole de antemano la impunidad si desiste. Pero cuando el hecho está en vías de realización y el delincuente, en el último momento desiste, creemos que la situación puede variar fundamentalmente. Si una persona en el acto de disparar contra otra, vuelve ostensiblemente el revólver hacia arriba y dispara al aire, podemos estar ante un caso de desistimiento espontáneo o

bien, forzado por las circunstancias momentáneas, como por ejemplo, cuando creía estar solo y apareció un testigo y el cambio de su conducta se debió a ello. Por eso el Código ha consignado la fórmula de espontaneidad, con muy buen criterio, en lugar de la voluntariedad que es común a otros Códigos.

En el artículo 11 del Código Penal de 1924 se completaba la fórmula añadiendo que “en caso de duda la ley presume espontáneo desistimiento, a menos que se trate de un reincidente, caso en el cual regirá la presunción contraria”; en realidad el desistimiento tiene que surgir en forma clara y ser un resultado de los acontecimientos que configuran el hecho delictuoso. No puede ser impuesto por presunciones de valor muy relativo. En cuanto al hecho de impedir la consumación del delito, esta se hace más evidente por su naturaleza misma. Quien suministra un veneno y enseguida proporciona su antídoto, está demostrando en forma clara que no solo se ha arrepentido de su acto criminal sino que ha logrado que no se lleve a efecto. Pero si la persona ha sufrido alguna enfermedad como consecuencia de haber ingerido dicho veneno, de acuerdo con el párrafo final del artículo que analizamos, “se penarán los actos ya realizados que constituyan una infracción por sí mismos”. Aquí habría que sancionar las lesiones que han sido consecuencia de la intoxicación.

Tentativa insuficientemente indicada. Dice el artículo 38 de nuestro Código que “si no resulta indicado suficientemente el delito que se proponía ejecutar el agente, se presumirá que sus actos se dirigían a cometer el de menor gravedad entre aquellos a cuya perpetración, pudieran estar dirigidos”. No hemos encontrado ninguna disposición análoga en los Códigos modernos. La heredó el nuestro del artículo 10 del Código de 1924; no figura tampoco en el argentino de 1921 que le sirvió, en parte, de modelo. Explicando el artículo 25 del Proyecto de Código de 1910 (semejante al 10 del Código de 1924) don José Astúa Aguilar manifiesta que “las reglas que el Proyecto ofrece en este particular (se refiere a la temibilidad del delincuente) abren ya la vía para una saludable invasión de esta doctrina en nuestro derecho positivo, según lo expone el artículo 26, enriqueciendo además el tratado con los conceptos relativos al delito imposible y a la tentativa de dudosa clasificación”⁽³⁰⁾. En cuanto a este último punto no relacionamos

(30) José Astúa Aguilar. Proyecto Código Penal, 1910, pág. XLII.

muy bien el fenómeno de la tentativa dudosa con la peligrosidad del delincuente ya que, al contrario, ese artículo trata más bien de favorecer al delincuente en los casos de duda, otorgándole el premio de atribuirle la tentativa del delito que tenga menor punición.

Encontramos ese mismo benévolo concepto en el Proyecto del Código boliviano de 1943 en el artículo 29 al final, que dice: "Si el delito intentado no aparece claramente determinado, los actos ejecutados, si por sí mismos no constituyan ya un delito, se considerarán como tentativa del delito de menor gravedad de entre aquellos a cuya perpetración pudieran ir dirigidos dichos actos"⁽³¹⁾. Sobre la razón de esta medida la exposición de motivos del Proyecto no da explicación alguna. Tampoco hemos encontrado antecedentes en la legislación española; nada dice el respecto el ilustre comentarista del Código penal español de 1848, Pacheco, quien en las concordancias referentes a las formas tentadas cita el Código austriaco (artículo 40), el napolitano (artículos 67, 70 y 71) y el español de 1822⁽³²⁾. Nos parece que la forma técnica de resolver los casos dudosos consistiría en dejar su determinación al Juez ya que es quien puede conocer mejor los antecedentes del delincuente y las modalidades del hecho.

La tentativa y ciertas formas de delito. En primer lugar no es posible la tentativa en los hechos culposos; en ellos no se configura la intención dolosa y sin ella no hay ni delito ni tentativa. Tampoco en los delitos formales en donde la ejecución se realiza de una vez, aunque se da la posibilidad de quien injuria a otro por medio de una carta, y es interceptada por un tercero que la destruye. Pero este es uno de los tantos casos raros que se complacen en descubrir los que agudizan la imaginación en su búsqueda. En los delitos de omisión propia, la tentativa no es posible; sí lo es en los de comisión por omisión: por ejemplo, cuando se suministra una inyección vital para un enfermo con el propósito de eliminarlo, el acto puede evitarse por la acción de un tercero. La tentativa no cabe en materia de faltas ya que resultaría irrisoria la punición atenuada cuando se trata de hechos que se sancionan levemente.

(31) Proyecto Oficial de Código Penal por Manuel López Rey Arroyo. La Paz, 1943, pág. 11. Explicación del Proyecto, pág. LVI.

(32) El Código Penal concordado y comentado por don Joaquín Francisco Pacheco, pág. 87. 5ª Edición, 1881, Madrid, Imprenta Manuel Tello, 1881.

En cambio sí es posible en los delitos de peligro: una persona trata de envenenar un pozo del que se surte de agua un determinado vecindario y es sorprendido antes de que lleve a cabo su propósito.

Por último cabría citar aquellos delitos en que tentativa y consumación se confunden por mandato de la ley: el delito de asociación para delinquir (artículo 332 del Código Penal) y el de traición a la Patria (artículo 342 de la Constitución Política).

Así como aquellos en que los simples actos de preparación se elevan a la categoría de tentativa como en el caso de delitos contra el orden constitucional (artículo 359 del Código Penal).

Punición de la tentativa. Está considerada en los artículos 40 y 41 de nuestro Código; establece el primero que cuando la tentativa no tenga señalada pena especial (caso del artículo 345 del Código Penal) se sancionará con la ordinaria disminuida de uno a dos tercios, habida cuenta del mayor o menor desarrollo de la acción y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad. En este caso se sanciona con la rebaja de dos tercios la tentativa que no ha producido resultados y con un tercio solamente la que sí ha afectado a la víctima y que en otros Códigos configura el delito frustrado. O puede variar también la pena de acuerdo con elementos como la buena o mala conducta anterior al hecho.

El artículo 41 establece reglas de aplicación de la pena en materia de reincidencia estableciendo que cuando se trata de delitos de la misma especie en la correspondiente tentativa, se rebajará la pena solo en un tercio y que cuando se trata de más de una reincidencia aunque no sea específica, la tentativa debe estimarse como delito consumado.

Estos artículos no necesitan comentario. Se explican por sí mismos.

La circunstancia de haber recibido hace pocos días el Proyecto de Código Penal de Venezuela, redactado por los insignes penalistas don Luis Jiménez de Asúa y don José Agustín Méndez, nos privan del placer de comentar los aspectos relativos a la tentativa pero lo haremos en otra oportunidad, para completar este trabajo que servirá de guía a nuestros alumnos de la Facultad de Derecho.

CERTEZA, INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y JUSTICIA EN LA DECISIÓN JUDICIAL

GUIDO LORIA BENAVIDES,
Profesor Adjunto de la Cátedra
de Ejercicios Jurídicos

I.—INTRODUCCION

El presente ensayo versa sobre la sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia N° 83 de las 16 horas del 27 de setiembre de 1963⁽¹⁾.

Ante el Juzgado Civil de Golfito la actora estableció, a nombre de sus cuatro hijos, una demanda de investigación de paternidad contra su ex-concubino (el demandado).

Los hechos del juicio fueron sencillos y bien demostrados, a saber:

- a) Que la actora y demandado llevaron vida marital de 1954 a 1959, en forma de unión pública, singular y estable y en el lugar donde radicaban se les consideraba como marido y mujer;
- b) Que de dicha unión nacieron cuatro hijos, así: Edgar, el 5 de abril de 1956; Florencio, el 11 de mayo de 1957; Alejandro, el 1° de enero de 1959 y Ana el 24 de diciembre de 1959;
- c) Que ante el respectivo Registrador Auxiliar del Registro Civil, el demandado declaró personalmente como hijos suyos y de la actora a Edgar y a Ana;
- d) Que Florencio y Alejandro fueron inscritos en el Registro Civil como hijos, únicamente, de la actora;
- e) Que la actora había contraído matrimonio con un tercero el día 12 de agosto de 1948. Se separó de su legítimo esposo, de hecho, aproximadamente en 1953. Ante el mismo Juzgado de Golfito, la actora y su cónyuge se divorciaron por senten-

(1) Páginas 451-462 del Tomo I del segundo semestre de la Colección de Sentencias de dicha Sala.

cia firme de fecha 12 de agosto de 1958. La acción de divorcio fue establecida en noviembre de 1957, y en ella se adujo que la esposa estaba separada de hecho del marido, que llevaba vida marital con otro hombre y que no habían habido hijos dentro del matrimonio. La sentencia de divorcio tuvo por bien probadas esas alegaciones.

Tales los hechos sobre los que giró la discusión judicial, en la cual no se empeñó mayor cuestión sobre hechos sino sobre el derecho aplicable.

II.—DERECHO INVOCADO POR LAS PARTES

La acción se fundó en los artículos 118, 124 y 127 del Código Civil. El primero de esos artículos dispone que pueden ser reconocidos todos los hijos habidos fuera de matrimonio; el segundo, regula los casos en los que la investigación de paternidad es permitida; y el tercero señala los derechos que tiene el hijo reconocido espontáneamente o por sentencia judicial.

El demandado se excepcionó con base en dos artículos que, por la importancia que tuvieron en la litis, consideramos conveniente citar y transcribir íntegramente: los artículos 100 y 104 del Código Civil, que dicen:

"Artículo 100.—Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges legalmente separados, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento".

"Artículo 104.—La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por apoderado especialísimo, y muerto o declarado ausente el marido, por sus herederos".

La litis, pues, quedó circunscrita a determinar si los hechos tenidos por bien probados conllevan a la aplicación de los artículos 118, 124 y 127 del Código Civil para declarar con lugar la demanda o si, por el contrario, las disposiciones de los artículos 100 y 104 idem constituyen una barrera infranqueable que impide jurídica-

mente que la acción pueda acogerse en sentencia, aun y cuando se den todos los presupuestos de hecho que condicionan la aplicación de las normas en que se funda la demanda.

III.—DECISIONES JUDICIALES DE INSTANCIA

El señor Juez a-quo, Lic. don Carlos Alvarado Soto, por sentencia de las 9 horas del 7 de enero de 1962, declaró con lugar en todos sus extremos la demanda. Al dictar su resolución, el señor Juez fijó, con acierto, su atención en el análisis de los hechos y sus consecuencias, dando especial importancia al medio social en el que ocurrieron.

Dice el señor Juez:

"...Con tales declaraciones y pruebas testimoniales de posesión notoria de estado, en criterio de este Juzgado, no existe duda en cuanto a la paternidad de dichos menores... La unión estable e íntima de los progenitores duró de [1954] a 1959, lapso durante el cual nacieron los cuatro hijos cuya paternidad se reclama. En el medio social donde se desarrollaron las relaciones carnales íntimas de las partes, ellas fueron consideradas como marido y mujer... lo que da pie para tener por hijos del demandado a los nacidos durante esa especie de 'cuasi-matrimonio' como lo denominó el Superior en una de sus sentencias sobre investigación de paternidad. No podrían hacer variar de criterio los hechos demostrados del matrimonio de [la actora] con el [tercero]... porque [la actora] no vivía con su marido, según se desprende de la certificación del escrito de demanda de divorcio..."

Seguidamente el señor Juez tuvo por comprobado que en la especie se estaba en presencia de los presupuestos de hecho que determinan la subsunción del caso bajo el artículo 124 del Código Civil.

Por apelación interpuesta por el demandado, conoció en alzada la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, integrada por los señores Magistrados licenciados don Juan Jacobo Luis, don Antonio Jiménez Arana y don Fernando Coto Albán.

Por sentencia de las 8 horas y 15 minutos del 7 de junio de 1963, la Sala ad-quem confirmó la sentencia recurrida, con muy pequeñas variantes. En su decisión, el Tribunal de Alzada dedicó mayor atención al problema de la influencia que, sobre el juicio, podía tener la aplicación del artículo 100 del Código Civil. En un voto unánime, redactado por el licenciado Jacobo Luis, se dice:

"Dada la indubitable existencia de un juicio anterior de divorcio, seguido en el año 1957 en el mismo Juzgado de Golfito por el exmarido de la actora, ha quedado establecido de manera fehaciente en fallo firme que de la unión matrimonial... no hubo descendencia; que [la actora] desde tres o cuatro años antes de establecerse el relacionado juicio de divorcio no convivía con el que era su marido sino con el aquí demandado... y con quien procreó hijos. Estas circunstancias decisivas en el caso particular obligan poder afirmar a la Sala que no se dan los presupuestos restrictivos que informa la regla general contenida en el artículo 100 del Código Civil. Es decir, los reseñados antecedentes angulares mediatizados al través de una sentencia con carácter de cosa juzgada, opera a manera de una implícita impugnación de paternidad, oportunamente protestada por el ex-esposo de la actora por el cauce de la acción de divorcio que planteó, obtuvo e inscribió en el Registro Civil. En consecuencia, la presunción de legitimidad invocada por el demandado, atribuyéndole al ex-esposo de [la actora] la paternidad de los hijos procreados, queda lógica y jurídicamente neutralizada con vista en la entidad de la prueba preconstituida con mucha anterioridad de incoarse la presente demanda investigadora..."

"En el sub-lite que informamos, se presenta una situación de hecho que es diferente de la que sirve como supuesto a la norma jurídica contenida en el artículo 100 del Código; y al dejar de aplicarla por las razones expuestas, el Tribunal no está violando esa regla por falta de aplicación, pues lo que propiamente hace es fijar sus verdaderos alcances, inspirándose en las modernas doctrinas sobre la interpretación filosófica del derecho". (Las bastardillas son nuestras).

La Sala confirmó la sentencia de primera instancia, apoyándose expresamente en los artículos 121, 124 y 127 del Código Civil, entre otras normas.

IV.—SENTENCIA DE LA SALA DE CASACION

El demandado interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sala ad-quem. A tal efecto alegó:

"No puede la actora intentar acción de investigación de paternidad sin que previamente haya un pronunciamiento recaído en juicio ordinario que declare expresamente que quien aparece o debe aparecer como padre legítimo en el Registro del Estado Civil no lo es; es preciso, pues, que exista sentencia ejecutoria en un juicio de impugnación de paternidad incoado por el marido o por los herederos de éste, si es que ha fallecido, para poder establecer luego juicio de investigación de paternidad. Tal es la correcta doctrina que se desprende de los artículos 100 y 104 del Código Civil..."

El recurrente acusó "violación, mala interpretación y falta de aplicación de los artículos 100, 104 y 105 del Código Civil". Es de hacer notar que no se acusó la violación, por aplicación indebida, de los artículos 121, 124 y 127 del Código Civil, expresamente invocados en la sentencia cuya nulidad solicitaba, omisión que en muchas oportunidades ha dado pie a la Sala de Casación para declarar sin lugar un recurso⁽²⁾.

La Sala de Casación acogió el criterio del recurrente, y en una decisión unánime cuyo voto redactó el señor Magistrado Quirós Salazar, se dijo:

"De los hechos tenidos por probados y de las consideraciones jurídicas de fondo de la sentencia de primera instancia, ampliadas las últimas por la Sala de Grado, se nota que el fallo de mérito viene sustentado en una tesis que contraría las disposiciones contenidas en los artículos 100 y 104 del Código Civil, que el recurso que se examina reclama como infringidos, por no haber sido observados debidamente, pues se acoge una investigación de paternidad contra un tercero, de niños nacidos dentro de la vigencia de un matrimonio, sin que el marido haya impugnado su condición de padre de los mismos, dejando en esa forma quebrantadas las disposiciones de las normas citadas, por lo que cabe la anulación del fallo recurrido y el rechazo de la demanda en cuanto atribuye dicha paternidad al accionado sobre los menores Edgar... Alejandro... y Florencio que nacieron durante el lapso que duró el matrimonio de la actora con [el tercero]. Al fallar el negocio en cuanto al fondo, sí procede mantener el pronunciamiento que tiene como hija del demandado a la menor Ana... esta niña sí está fuera de los alcances de las disposiciones contenidas en los artículos 100 y 104 del Código Civil".

(2) Por ejemplo, en la S. C. N° 45 de las 14:15 de 5 de mayo de 1965 se dijo: "El fundamento legal que usa la Sala de mérito para apoyar su confirmatoria de la sentencia de primera instancia es el que se desprende del artículo 49 de la Ley Orgánica, conforme al cual 'ningún tribunal puede evocar el conocimiento de causas pendientes ante otro...' ARGUMENTO Y NORMA a los cuales no se refiere el recurso que se atiende, POR LO QUE EL MISMO VIENE A SER INFORMAL, pues si no se DESTRUYE DICHO SOPORTE que viene a ser principal en el asunto, los demás razonamientos y alegaciones son baldíos" (pág. 754, Tomo I, Primer Semestre (las mayúsculas son del autor). Más aún, la formalidad se considera de tal importancia que ha servido de base al Tribunal de Casación para rechazar de plano recursos. Por ejemplo, el auto de las 8:15 horas del 6 de marzo de 1965, en el que se dijo: "Como reiteradamente lo tiene establecido este Tribunal, en los recursos extraordinarios de casación contra sobreseimientos definitivos, es NECESARIO que la demanda de nulidad contenga EXPRESAMENTE LA VIOLACION DE LA LEY QUE SIRVIO DE BASE para dictar aquella resolución, sea el artículo 362 del Código de Procedimientos Penales, requisito que no cumple el recurrente, MOTIVO POR LO QUE EL RECURSO DEBE RECHAZARSE. Por tanto: Se rechaza de plano el recurso de que se ha hecho mérito", pág. 1466, Tomo II, primer semestre (las mayúsculas son del autor).

V.—ANÁLISIS DE LAS PREMISAS FUNDAMENTALES DE LAS DECISIONES JUDICIALES DE INSTANCIA Y DE CASACION

Tanto los Tribunales de Justicia como la Sala de Casación, partieron del concepto de la norma jurídica como un juicio hipotético, según el cual, dados ciertos hechos debe seguir determinada conclusión. Este tipo de juicio es representado generalmente, en lógica simbólica, así:

$$a \rightarrow x \quad (3)$$

$$a \supset x \quad (4)$$

$$Cax \quad (5)$$

A pesar de la aparente claridad de lo que se quiere significar por "norma legal", la expresión 'juicio hipotético' no está exenta de una gran ambigüedad, ya que en Lógica "juicio hipotético" puede significar: 1) implicación material; 2) implicación estricta; y 3) implicación formal, equivalencia o bicondicional⁽⁶⁾.

La ambigüedad de los juicios condicionales o hipotéticos, tiene origen en las llamadas "paradojas de la implicación", que a su vez nacen de las tablas de validez o matrices, cuyas bases fueron estudiadas y sentadas desde hace más de 2.000 años por Philo de Megara⁽⁷⁾.

Las soluciones propuestas para evitar esas paradojas (que omitimos citar en este ensayo por no ser un estudio de lógica), no han sido suficientes, excepto en cuanto a la implicación formal

(3) Simbología de David Hilbert y Wilhelm Ackermann y Alfred Tarski. Ver William y Martha Kneale, "The Development of Logic", Oxford at the Clarendon Press, 1962, pág. 521; Alfred Tarski "Introducción a la Lógica", traducción al castellano de T. R. Bachiller y J. R. Fuentes, Espasa Calpe, Argentina S. A., Buenos Aires, 1951, pág. 56.

(4) Simbología de Whitehead y Russell, "Principia Mathematica" Paperback Edition, Cambridge at the University Press, 1962, pág. 7. Ver William y Marta Kneale ib. sup.

(5) Simbología de Jan Lukasiewicz. Ver A. N. Prior, "Formal Logic", Oxford at the Clarendon Press, 2ª Edición, 1962, pág. 8.

(6) Eduardo García Maynez, "Lógica del Juicio Jurídico", Fondo de Cultura Económica, México, 1955, págs. 136 y ss.; A. N. Prior, op. cit., págs. 8-10, 18-21, 48, 49, 80-82 y 193-198; P. F. Strawson, "Introduction to Logical Theory", Methuen & Co. Ltd., Londres, primera reimpresión, 1960, págs. 33-40, 64-69, 82-95 y 217-223; Georg Henrik von Wright, "Logical Studies". Routledge & Kegan Paul, Londres, 1957, págs. 127-191.

(7) William y Martha Kneale, op. cit., págs. 129-130; P. H. Nidditch, "The Development of Mathematical Logic", Routledge & Kegan Paul, Londres, 1962; Alfredo Tarski, op. cit., pág. 44, nota 3.

o bicondicional, de la cual se ha logrado una tabla de verdad o matriz diferente⁽⁸⁾.

Los problemas de la definición de las normas legales como un juicio hipotético o condicional, no son objeto del presente ensayo, y simplemente nos limitamos a reseñar que, aparentemente, de tal concepto parten los tribunales en el caso en estudio.

En efecto, el señor Juez de primera instancia tuvo por demostrado que en la especie estaban demostrados los presupuestos de hecho que condicionaban la aplicación de las normas invocadas por la actora. La Sala de apelación va un poco más allá; tiene por demostrados esos mismos presupuestos y, además, tiene por demostrado que no se dan los supuestos que condicionan la aplicación del artículo 100 del Código Civil.

Por su parte la Sala de Casación únicamente tiene por demostrar que sí están demostrados los presupuestos de hecho

(8) Las tablas de verdad son las siguientes:

Implicación material

a	x	$a \rightarrow x$
V	V	V
I	V	V
V	I	I
I	I	V

Implicación formal o bicondic.

a	x	$a \equiv x$
V	V	V
I	V	I
V	I	I
I	I	V

En estas tablas, "a" es el antecedente o protasis, "x" es el consecuente o apodosis y " $a \rightarrow x$ " y " $a \equiv x$ ", la proposición. "V" significa "válido" o "cierto" e "I" "inválido" o "falso".

La tentativa de Ulrich Klug de llamar "implicación intensiva" a una proposición formulada como juicio hipotético en el cual se *invierte* la implicación material para afirmar que es en un juicio que únicamente es inválido cuando el antecedente es inválido, con lo que aparentemente trata de evitar las paradojas de la implicación, es falsamente ilusoria, pues trata de llegar a la conclusión de que "x" implica necesariamente "a", creando una tabla de verdad o matriz como esta:

a	x	$a \leftarrow x$
V	V	V
V	I	V
I	V	I
I	I	V

Lo anterior no es otra cosa que invertir los términos, y llamar consecuente lo que de otro modo sería antecedente y a la inversa. En otros términos, la implicación material no varía en su definición original, como lo expresan Whitehead y Russell, op. cit., pág. 16.

$$p \supset q = p/(q/q)$$

Sea "si p entonces q" o "p implica q", equivale a decir que "p" es incompatible con la negación de "q".

del artículo 100 citado, y con ello tiene suficiente para casar las sentencias de instancia y decidir que la demanda es sin lugar, excepto en cuanto a la menor Ana, nacida después de los 300 días de disuelto el matrimonio.

Por otra parte, la teoría que concibe a la norma legal como un juicio hipotético o condicional, es la que más se acerca a la teoría política, predominante, de la división tripartita de los poderes, en la que el Poder Judicial queda relegado a un simple aparato mecánico de aplicación de normas, como lo expresara el Barón de la Brede et de Montesquieu:

"Plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe... Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi... Les juges de la nation ne sont que la bouche, qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur"⁽⁹⁾.

Basta la lectura del artículo 194 de la Constitución Política de Costa Rica, en relación al artículo 11 *ibidem*, para sentir la influencia del pensamiento político citado⁽¹⁰⁾.

Sin embargo, la "teoría política" ha estado bastante alejada de la realidad de las necesidades sociales. Pareciera que se echa en olvido que a los hombres organizados políticamente en Estado se les prohíbe hacerse justicia por mano propia o, en los términos del artículo 41 de la Constitución Política costarricense, que:

"Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse *justicia* pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". (Las bastardillas son del autor).

Así, los ciudadanos tienen derecho a que se les haga "**justicia**" conforme a las leyes y no **injusticia** conforme a las leyes. Por eso el tribunal superior del Poder Judicial se llama Corte Suprema de

(9) "Esprit des lois", citado por François Géný, "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", Tomo I, 2ª Edición, pág. 76, 1919. Cf. Prof. Edwin W. Patterson, "Jurisprudence", Brooklin, 1953, pág. 566; Luis Recasens, "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho", México, 1956, pág. 184.

(10) Artículo 11 de la Constitución Política: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes... "Artículo 194 *ibidem*: "Juráis a Dios y prometéis a la Patria observar y defender la Constitución y las leyes..."

JUSTICIA. Esta función estatal de resolver conflictos de intereses entre sus ciudadanos por medio del Poder Judicial, a veces queda superada por un fetichismo legal, como si las normas legales fueran un fin en sí mismas y no un medio para hacer justicia. Por ejemplo, en la sentencia de la Sala de Casación de 10:45 horas del 7 de junio de 1947, considerando VII, se dijo:

"... el recurso de casación es un recurso que se da en primer término en beneficio de la ley y en el cual el interés de las partes ocupa lugar secundario".

El considerando transcrito anteriormente, en forma parcial, refleja, sin lugar a dudas, la "mejor" doctrina y teoría procesal sobre las funciones de la Sala de Casación, como institución que corresponde a la estructura del Estado moldeada por la Revolución Francesa⁽¹¹⁾.

Pero esa doctrina de la función del Poder Judicial, fraguada en un mundo de conceptos ideales, apriorista, olvida uno de los problemas fundamentales de la administración de justicia, a saber: la adecuación de la norma preestablecida al caso concreto.

Desde Aristóteles al problema citado quedó planteado —y resuelto— en los siguientes términos:

"Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aun. La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esa diferencia es que la ley necesariamente es *siempre general*, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible de hacerlo bien, la ley se limita a los casos ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es por esto menos buena; la falta no está por entero [en la ley ni en el legislador] sino en la naturaleza misma de las cosas, porque ésta es, precisamente, la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera

(11) Decreto orgánico de 16-24 de agosto de 1790 y sus reformas. Dice Géný: "Sous ce rapport, notre attention doit s'arrêter, principalement et avant tout, aux institutions positives, organisées par les dispositions légales, que je résumais tout à l'heure. On a vu que ces institutions se ramènent essentiellement à deux: d'une part, le référé législatif... limitant le domaine de l'interprétation judiciaire...; d'autre part, le rôle régulateur du Tribunal de cassation, combiné avec la règle qui n'admet sa censure que pour méconnaissance formelle de la loi", (p. cit., pág. 85, T. 1).

general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la hubiera hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata... Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido... Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos, la cual, como es sabido, se amolda y se acomoda a la forma de la piedra que mide y no queda rígida, pues de este modo el decreto especial se acomoda a los diversos negocios que se presentan"⁽¹²⁾.

Más de dos mil años después de Aristóteles, el jurista francés Portalis, al iniciarse la era de la codificación moderna, presentaba el Código civil francés con un discurso en el que decía:

"Les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaire de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts son si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout... Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat... Une foule de choses son donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du Droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et aut jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application... Car, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie, elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes... Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois, que eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen... Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans les plus grand nombre des cas, est moins, l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes, qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence

(12) *Moral, a Nicomaco*. En términos generales se ha seguido la traducción de Patricio de Azcárate, 4ª Edición, Colección Austral, Buenos Aires, 1952, págs. 178-179. Se han introducido algunas variantes de acuerdo al texto original y la versión al castellano conforme a la edición bilingüe de María Araujo y Julián Marias, Instituto de Estudios Filológicos, Madrid, 1960, págs. 86 y 87, y la versión al inglés de J. A. K. Thompson, the Penguin Classics, reimpresión de 1961, pág. 167.

que de lois. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires, qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux, qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir..."⁽¹³⁾.

Veintidós siglos después de Aristóteles, Portalis volvía a plantear el mismo problema y le daba la misma solución. Sin embargo, de la misma manera como las palabras de Aristóteles fueron acalladas por la aparente perfección del Derecho romano después de Justiniano, así también las palabras de Portalis quedaron perdidas en la acogida triunfal con la que el Código napoleónico fue aceptado, ya que, como bien dice el profesor René David:

"...les codes devaient être la ratio scripta de l'univers et, grâce à la conquête et au prestige napoléoniens, il a pu paraître que cet idéal n'était pas loin d'avoir été réalisé"⁽¹⁴⁾.

Luego, la Escuela Exegética, dentro del mismo molde de los glosadores y los posglosadores, sentó sus reales, apoyada idológicamente en el empirismo positivista de Auguste Comte y capitalizando a su favor el descubrimiento de Neptuno por Lavarrier, descubrimiento el cual se interpretó como la confirmación de que los acontecimientos físicos se ajustaban estrictamente a determinadas leyes. Luego, si la razón humana era capaz de descubrir las leyes inmutables del Universo, ¿por qué, entonces, no podía también descubrir las leyes que regulan el destino de los hombres?⁽¹⁵⁾

(13) Citado por F. Gény, op. cit., Tomo I, págs. 98-100. Cfr. Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, págs. 187-194.

(14) *Le droit français*. París, 1960, Tomo I, págs. 12-13.

(15) Cfr. Oliver W. Holmes, en su discurso *The Path of the Law*: The fallacy to which I refer is the notion that the only force at work in the development of the law is logic... The postulate of which we think about the universe is that there is a fixed quantitative relation between every phenomenon and its antecedents and consequents... The condition of our thinking about the universe is that it is capable of being thought about rationally, or, in other words, that every part of it, is effect and cause in the same sense in which those parts are with which we are more familiar... The danger of which I speak is not the admission that the principles governing other phenomena also govern the law, but the notion that a given system... can be worked out, like mathematics from some general axioms of conduct... This mode of thinking is entirely natural. The training of lawyers is a training in logic. The processes of analogy, discrimination and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter the longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man". Reproducido por Max Lerner, *The Mind and Faith of Justice Holmes*, The Modern Library, New York, 1954, págs. 79-80.

Tal modo de pensar, consciente o inconscientemente, sigue haciéndose sentir hasta nuestros días, en el campo jurídico, aun en contra de los muchos esfuerzos para refrenar esa tendencia y liberar a los jueces, funcionarios públicos y abogados, del lastre de cargar con un pesado saco de falsa seguridad, como, por ejemplo, las obras de Ihering, Gény, Kantorowicz, Ehrlich, Del Vecchio, Kunlenbeck, Stammler, Radbruch, Heck, Rümelin, Cossio, Recasens Siches y tantos otros.

IV.—COMENTARIOS SOBRE LA DECISION DE LA SALA DE CASACION

La decisión de la Sala de Casación, deja una extraña sensación: intuitivamente se percibe —por lo menos así ocurre en el presente autor— que la resolución fue **injusta**, aun y cuando se aceptara que es ajustada a derecho (lo que como veremos luego, parece que tampoco lo es).

Llama especialmente la atención que la Sala de Casación no hiciera uso de un instrumento a su mano para no incurrir en lo que sentimos como injusticia: ese instrumento no es otro que el rechazo del recurso, por informal, como antes se dijo, por no haber indicado el recurrente los artículos utilizados como base por la Sala Primera Civil en la resolución impugnada (ver supra, pág. 87, nota 2).

La primera crítica a la citada resolución la hace la propia Sala Primera Civil, en un caso posterior, que, por extraña coincidencia, presentaba los mismos elementos básicos de hecho, solo que en este caso el demandado **no** se opuso a la demanda, y por el contrario la contestó afirmativamente.

No obstante, el señor Juez de primera instancia, licenciado don Edgar Cordero Arias, declaró **SIN LUGAR** en todos los extremos la demanda, citando en su apoyo, entre otras, la resolución de la Sala de Casación objeto del presente ensayo.

Conociendo del negocio por apelación interpuesta por la actora, la Sala Primera Civil revocó la sentencia recurrida, y en un voto unánime redactado por el señor Magistrado licenciado don Fernando Coto Albán, dijo:

"Que el señor Juez Tercero Civil fundamenta su fallo en importantes citas de doctrina y jurisprudencia, para inclinarse por la tesis de que la demanda de investigación resulta improcedente porque los menores... nacieron cuando la actora aun se hallaba unida en matrimonio con...

[el tercero], a quien tiene como padre de aquellos de acuerdo con la máxima "pater is est quem nuptiae demonstrant", que el Código Civil recoge en su artículo 100, todo lo cual lleva a la conclusión, según se afirma en la sentencia, de que no es posible atribuir otra paternidad a los menores mientras la que se deriva de esa presunción legal, o sea, en tanto no se produzca una impugnación que les permita investigar quien es su verdadero progenitor. Pero ni el señor Juez ni esta Sala pueden dejar de advertir que ese fallo es notoriamente injusto y que al amparo del artículo 100 se está consagrando un absurdo jurídico, tan absurdo que por ese medio se atribuye a unos hijos una paternidad que es evidentemente falsa, fundamentada en una disposición que la jurisprudencia viene interpretando superficialmente, con una lógica de carácter matemático que no ve más allá del sentido literal del precepto y que al aplicarse así lleva a resultados que el legislador no pudo querer cuando incorporó al Código Civil ese principio del Derecho Romano".

Nótese de los párrafos en bastardilla, que lo son por este autor, dos puntos de gran importancia: el énfasis de administrar **justicia** y el principio de que el Código no es un concepto matemático que regula **todas** las situaciones jurídicas. Obsérvese como, en otros términos, se plantea el mismo problema que Aristóteles planteara en su "Ética, a Nicomaco". Sigue diciendo la Sala:

"Los jueces deben obediencia a las leyes y son impotentes ante la ley injusta, pues no tienen el poder de dejar de aplicarla al considerar que su aplicación no producirá los efectos buenos que el legislador se propuso al emitirla. Pero sí pueden los Jueces desentrañar el sentido de la norma, no sirviéndose simplemente de la lógica tradicional sino tratando de ir más hacia el fondo del problema, para averiguar cuáles son los supuestos de la ley y si esos supuestos son precisamente los del caso concreto a la vista; porque la norma jurídica, aunque se formula en términos generales, siempre responde a un juicio de valor que se hace teniendo presente un cierto tipo de casos, es decir, de casos puramente ideales que surgen en su imaginación; y ese tipo de casos es el que se propone solucionar cuando dicta una de esas reglas jurídicas, mediante las cuales pretende alcanzar un resultado que presume justo. Ahora bien, si los hechos del caso concreto coinciden con los que sirven de supuesto y justificación a la norma jurídica, el Juez no tendrá otra alternativa que la de aplicarla, pues no puede ponerse en rebeldía con el derecho positivo, so pena de incurrir en responsabilidades. Pero si los hechos difieren de la situación abstracta que previó el legislador, entonces el Juez sí tiene potestad para dejar de aplicar esa norma cuando el resultado de su aplicación sea injusto, lo cual lo llevará a la búsqueda de otra regla para resolver problema, si la hubiera, que de lo contrario aplicará otra por analogía o fallará el pleito con arreglo a los principios generales de derecho, en falta de ley aplicable. La Filosofía del Derecho viene en auxilio del jurista para ayudarle a resolver estos deli-

cados problemas de la interpretación y aplicación de las leyes; y en esa Filosofía se inspira esta Sala para enunciar las ideas que han quedado expuestas, debiéndose advertir que toda esa doctrina interpretativa ha sido objeto de una elaboración cuidadosa y paulatina, que empezó a cobrar mayor auge a partir de fines del siglo pasado, con la contribución de grandes jurisconsultos y profesores, y también de ilustres jueces, entre ellos Holmes, Brandeis y Cardozo, de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica (sic) quienes ya vislumbraron cuál debía ser la esencia de la interpretación judicial de las leyes, hasta llegar a nuestros días, entre otros con Carlos Cossio, Eduardo García Maynez y Luis Recasens Siches, especialmente el último, quien dedica una monografía al estudio y exposición integral de esa doctrina, dirigiéndose especialmente a los Jueces, para quienes explica el propósito de esa obra en los siguientes términos: 'El Juez tenía clara conciencia de lo que debía hacer y lo hacía, pero no lograba encontrar las razones teóricamente justificadas para apoyar su decisión, y entonces trataba de disfrazar esta decisión con sutilezas dialécticas, para darle una falsa apariencia de haber sido deducida por inferencia de los textos vigentes. Lo que espero aportar con este libro, sigue diciendo el autor, es la aclaración que permita a los jueces valientes, cuando se enfrentan con tales problemas, seguir haciendo lo que ya solían hacer —no siempre en Costa Rica, advierte la Sala— pero hacerlo a la luz del día, sin subterfugios ni encubrimientos, fundándolo justificadamente sobre razones pertenecientes esencialmente a la índole del Derecho positivo. Y con ello a los jueces timoratos, que no se atrevían a obedecer exigencias de justicia cuando éstas parecían tropezar con textos establecidos, se les ofrecerá facilidades para vencer esos temores que sentían, y consiguientemente, para cumplir con su deber. Permítaseme —agrega luego— que nada de lo que voy a sugerir en las páginas ulteriores de este libro se opone al principio de la obediencia que los juristas, en tanto que tales juristas, deben al orden jurídico positivo. En modo alguno voy a tratar de poner al juez por encima del Derecho positivo. No se trata de emancipar al jurista de su deber de fidelidad al Derecho positivo. Se trata de otra cosa. Se trata de mostrar cuál es la esencia necesaria de la función del juzgador, y de mostrar cuál es, de acuerdo con esa esencia, el ámbito y la índole de sus facultades' ('Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho', Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1956, pág. 29). Pues bien, en tanto los integrantes de esta Sala no conozcan una mejor doctrina, sus decisiones habrán de inspirarse en esas corrientes filosóficas que a su juicio solucionan de una manera satisfactoria ese grave problema de la interpretación de las leyes, pues ponen en mano de los jueces un instrumento valioso para resolverlo, apartándose del llamado 'fetichismo legalista' y de la lógica matemática que con asaz frecuencia lleva a lo absurdo.

III.—Que es oportuno advertir, volviendo de nuevo al problema planteado en este juicio, que una de las dos sentencias de Casación que el señor Juez cita en su fallo (la de las 16 horas del 27 de setiembre de

1963) se produjo en un caso que esta Sala resolvió aplicando esa tesis jurídica-filosófica. Al fallar ese asunto el Tribunal puso de relieve que los cónyuges vivían separados desde años atrás, y que durante todo ese tiempo la mujer hizo vida maridable con otro varón; que posteriormente se planteó el juicio de divorcio, y que allí se tuvo por cierto que no había habido descendencia del matrimonio. **TODO ELLO CON LA IDEA DE SEÑALAR QUE SE TRATABA DE UN CASO ESPECIAL** en que no existía unidad familiar y en que la sentencia de divorcio operaba a manera de una implícita impugnación de paternidad, 'oportunamente protestada por el ex-esposo de la actora por el cauce de la acción de divorcio que planteó'. Con base en esos antecedentes, y poniendo énfasis en que 'en el sub-lite se presenta una situación de hecho que es diferente a la que sirve de supuesto a la norma jurídica contenida en el artículo 100 del Código Civil' y que 'al dejar de aplicarla por las razones expuestas, el Tribunal no está violando esa regla por falta de aplicación, pues lo que propiamente hace es fijar sus verdaderos alcances, inspirándose en las modernas doctrinas sobre la interpretación filosófica del derecho', la Sala se inclinó por acoger la demanda de investigación de paternidad *creyendo que así desechaba lo absurdo*, que resolvía el caso con *justicia* y que no violaba la regla del artículo 100. El asunto llegó a Casación y ese Tribunal, sin entrar a examinar la tesis de interpretación en que se inspiraba el fallo, declaró con lugar el recurso, *aplicando literalmente* esa norma jurídica. No expusieron los señores Magistrados de Casación ninguna mejor doctrina de interpretación de las leyes, y en su sentencia, con su extremo laconismo, simplemente resuelve que violaron los artículos 100 y 104 del Código Civil porque los hijos nacieron durante la vigencia del matrimonio, sin que el padre 'legal' (el marido de la madre) impugnara la paternidad de los mismos. *Esta Sala persiste en la misma tesis que motivó ese fallo*, y considera que en el presente caso también median razones que la obligan a resolver como entonces lo hizo, pues si la regla del artículo 100 del Código Civil está inspirada en la necesidad de proteger al hijo y de reforzar la solidez de la familia constituida bajo la forma de un matrimonio (ver Planiol y Ripert, Tratado de Derecho Civil, tomo II, págs. 605 y 611, Edición de La Habana), de ello se desprende que la ley está *suponiendo la existencia de una familia o de un matrimonio que necesite esa protección, y de un hijo que requiera de ella*; pero si los cónyuges se han separado tiempo antes, desapareciendo así toda necesidad de amparar una solidez que ya no existe, entonces desde ese momento se *excluye uno de los supuestos de la norma*, quedando tan sólo la protección del hijo. Pero aquí cabe preguntar si al desaparecer uno de los supuestos de la ley, ¿bastará el otro para aplicar esa regla jurídica? No necesariamente, pues el problema debe resolverse conforme a las circunstancias de cada caso, es decir, determinando si se justifica atribuir al hijo una paternidad legal, o si la protección más bien consiste en hacer posible que el hijo tenga como padre al verdadero, para que cobre realidad el principio de que todos los hijos tienen derecho a saber quiénes son

sus padres. La Sala considera que la solución que se impone en el presente caso es la que se indica en segundo término, pues se protege de mejor manera a los dos hijos de la actora atribuyéndoles la paternidad 'natural' que les corresponde, ésto es, la del [demandado], quien los reconoce como suyos y les da amparo, que teniendo ficticiamente como padre al que en verdad fue esposo de la madre, pero que nunca ha pretendido ser el progenitor de ellos ni ha cumplido las consiguientes obligaciones; y así a todo lo dicho se agrega que también concurre otro elemento de carácter singular, que le da al problema una fisonomía especial que no encaja dentro de la norma del artículo 100, pues la actora y su esposo declararon en el juicio de divorcio que los hijos del matrimonio son otros, sin hacer ninguna alusión a los dos menores que la actora procreó cuando aún existía ese matrimonio; y si en esas condiciones se produjo una sentencia judicial que sólo tiene como hijos comunes a los cuatro menores que los cónyuges indicaron en el referido juicio de divorcio; entonces por este otro camino se llega también al mismo resultado, pues no existe pugna de paternidad ni posibilidad de que se produzca; y porque tampoco existe interés actual en que el marido de la madre promueva una demanda para desconocer una paternidad que ninguna persona le está atribuyendo".

En los términos expuestos se pronunció la Sala Primera Civil en su resolución N° 227 de las 10:15 horas de 22 de mayo de 1964, resolución la cual fue reproducida parcialmente en el Boletín Informativo N° 105, setiembre, 1964, págs. 14-17. (Las bastardillas y mayúsculas son del autor). En este segundo fallo de la Sala Primera Civil, sobre un mismo punto, se pueden apreciar, fácilmente, su técnica para resolver el caso, que podríamos sintetizar así:

- 1) La solución al caso es **injusta**, si se aplica ciegamente el artículo 100 del Código Civil;
- 2) La aplicación de una norma está condicionada a que se den los supuestos de hecho en que la misma se inspira, sea, que la estructura de la norma es un juicio hipotético o condicional;
- 3) El Juez debe obediencia a la ley, cuando y sólo cuando se dan esos supuestos que condicionan la aplicación de la norma, sin ningún otro elemento extraño, lo que equivale a decir que si la norma está expresada así

$$(a + b + c) \rightarrow x$$

y sólo se da "b", o "a" y "c" o cualquier otra combinación en la que se da uno o más supuestos de hecho de la norma, pero no su totalidad, la norma no es aplicable.

En realidad este punto que marcamos con 3), significa, en Lógica Formal, que la norma es un "bicondicional" o implicación formal (supra, pág. 88, nota 6). En nuestra opinión la tesis es correcta, y encaja bien dentro de la Lógica Formal, si es que se desea seguir utilizando ese tipo de lógica en la explicación de la estructura del derecho. Tiene la ventaja de que el operador bicondicional si implica deducibilidad, y en nada interfiere con la interpretación judicial de la ley en los casos que se presentan en un altísimo porcentaje en los tribunales, pues realmente son raros, los casos judiciales en los que, dándose todos y cada uno de los supuestos de la norma jurídica, y nada más, se empeeñe cuestión judicial, excepto que la declaración judicial sea necesaria para compeler al prestatario a cumplir su obligación.

Con todo, existe otro argumento que, inexplicablemente, no fue contemplado en ninguna de las decisiones comentadas, y que en nuestra opinión crea una fuerte duda en cuanto a la legalidad de la decisión de la Sala de Casación sosteniendo que los artículos 100 y 104 del Código Civil habían sido violados, al permitirse la investigación de paternidad durante la vigencia de un matrimonio conforme al Registro Civil. Sin decirlo en forma expresa, la Sala de Casación acoge la tesis sostenida en Costa Rica por don Alberto Brenes Córdoba, según la cual

"la presunción de legitimidad de los hijos nacidos dentro del período legal, es absoluta, iuris et de iure..."⁽¹⁶⁾

Con el mayor respeto para tan distinguido tratadista, como para los señores Magistrados que acogieron esa tesis, consideramos totalmente equivocada la afirmación de don Alberto, por la sencilla razón de que si fuera cierto que el artículo 100 del Código Civil constituye una presunción absoluta, iuris et de iure, ¿para qué, entonces, existen los artículos 112, 113 y 114 del Código Civil?

Dichos artículos constituyen el Capítulo II, del Título V del Código Civil, de la "PRUEBA DE LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO", y el artículo 112 es bien claro cuando dice:

"La filiación de los hijos habidos en matrimonio se prueba por las actas de nacimiento, inscritas en el Registro Civil. En defecto de ellas, o si fueren incompletas o falsas, se PROBARA LA FILIACION POR LA POSESION NOTORIA DE ESTADO o por cualquier medio ordinario de

(16) Tratado de las Personas, San José, 1933, pág. 186.

prueba. Sin embargo, la testimonial SOLO se admitirá cuando haya principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o indicios que arrojen los hechos constantes desde luego sean bastante graves para determinar su admisión...

Cabe advertir que el anterior texto transcrito no fue modificado, excepto en cuanto la terminología de "hijos legítimos" sustituida por la de "hijos de matrimonio", cuando fuera reformado.

Es evidente que el propio Código Civil EXIGE que cuando las actas del Registro Civil no existan o sean incompletas o sean falsas, al hijo de matrimonio le corresponde demostrar su filiación, y lógicamente no puede decirse que el artículo 100 sea una presunción absoluta, pues, si así fuera, el hijo no tendría que demostrar nada más que sus padres eran casados.

Para demostrar que el artículo 100 no es una presunción absoluta, además del argumento antes expuesto, bastaría con someter los mismos hechos del caso en comentario para comprobar que no hay tal presunción absoluta, como exponemos a continuación.

Dijo la Sala de Casación que se quebrantaron los artículos 100 y 104 del Código, "...pues se acoge una investigación de paternidad contra un tercero, de niños nacidos dentro de la vigencia de un matrimonio, sin que el marido haya impugnado su condición de padre de los mismos..."

Cabe preguntarse, ¿quién es el padre de esos niños? ¿Lo es acaso el marido de su madre que como tal figura en el Registro Civil? Supongamos que esos niños soliciten alimentos del ex-marido de su madre, ¿COMO PRUEBAN SU FILIACION? Las actas del Registro Civil indican que el primero es hijo del concubino de su madre y de ésta, y el segundo y el tercero aparecen únicamente como hijos de ésta. Luego, necesariamente, habrá que aceptarse que, cuando menos, las actas son incompletas o falsas, pero definitivamente no pueden admitirse como prueba de la paternidad del ex-marido, y para cualquier acción de esos niños contra aquel, tendrán que probar su filiación, y para ello necesitan, nada menos, que demostrar SU POSESION NOTORIA DE ESTADO, que el artículo 113 indica en los siguientes términos:

"La posesión notoria de estado del hijo de matrimonio consiste en que sus padres lo hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente o presentándolo con ese carácter a sus deudos y amigos, y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos".

¿Pueden, acaso, los niños del caso en comentario, probar esa posesión notoria de estado, cuando, por el contrario, se ha tenido por demostrado hasta la saciedad que la madre vivía separada de su ex-marido, y que los hijos gozaban de posesión notoria de estado en punto al concubino de su madre, el demandado, y no en relación al marido de su madre?

¿Cuál es, en consecuencia, la situación de esos menores, a quienes se les dijo que no podían intentar demanda de investigación de paternidad por cuanto se quebrantaba el artículo 100? Pura y simplemente, que por resolución judicial, quedaron legalmente sin padre, puesto que, por una parte, se les dice que no pueden investigar la paternidad porque se los impide el artículo 100, pero, si trataran de vindicar su estado como hijos de matrimonio, se van a encontrar con que los artículos 112 y 113 les impiden, también, ejercer esa acción.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

EMBARGO DE SALARIO Y DESPIDO DEL EMPLEADO BANCARIO

Un Intento de Sistematización de Principios para el Derecho Costarricense

Prof. Dr. CARLOS CARRO ZUÑIGA,
Titular Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO: I. Algunas notas introductorias y necesarias sobre el tema. El despido causal y el sistema "numerus apertus" del artículo 81 del Código de Trabajo. II. Acerca de la posibilidad de que en el artículo 81, en todo caso, exista una seriación "taxativa" de causales. Especial referencia al problema de las justas causas de despido de estipulación contractual y de disposición reglamentaria de empresa. III. Entidad de la causa justificativa del despido conforme a la misma norma 81. La "falta grave" y su apreciación. IV. Embargo y "falta grave". Consideraciones generales. V. Embargo y "falta grave". Consideraciones jurídicas en particular sobre los más importantes elementos que deben influir en la apreciación judicial: 1) Intereses patronales que necesitan tutela jurídica. Requerimientos impuestos por las funciones bancarias: A) Exigencias generales por la índole institucional y pública de los bancos y clase de actividades a que se dedican; y B) Exigencias particulares en razón del cargo que se ocupe. 2) Condiciones y merecimientos personales del empleado: A) De carácter profesional; y B) De naturaleza extraprofesional. 3) Circunstancias relacionadas con la obligación crediticia, el embargo y el despido.

I.—ALGUNAS NOTAS INTRODUCTORIAS Y NECESARIAS SOBRE EL TEMA. - EL DESPIDO CAUSAL Y EL SISTEMA "NUMERUS APERTUS" DEL ARTICULO 81 DEL CODIGO DE TRABAJO

En doctrina y jurisprudencia se define el despido, en sentido lato, como la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador⁽¹⁾ (1 bis). Se apunta, asimismo, que esta

(1) En forma semejante, Alonso Olea, *El despido*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, págs. 9 y ss. y 18 y ss. Vid. también Carro Igeldo, "El despido justo", Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1957, págs. 29 y ss.
Sin embargo, anotamos que parte de la doctrina estima que el despido comprende también la extinción del contrato por voluntad unilateral del trabajador, v. gr., Pérez Botija, que

acción patronal ha de estar apoyada en una causa⁽²⁾ que el empleador, llegado el caso, debe alegar y acreditar si su decisión es impugnada y objeto de debate o revisión ante la instancia competente, bajo pena de que el despido devenga en injustificado y que la ausencia de causa —o la causa insuficiente— revierta desfavorablemente sobre esa decisión, bien privándola de su eficacia normal en el sentido subrayado por Alonso Olea, esto es, mediante revocación o declaración de nulidad, situación extraña a nuestro derecho positivo laboral⁽³⁾; o bien vinculándola a una consecuencia anormal o sanción⁽⁴⁾, por regla de principio, de carácter económico⁽⁵⁾.

El despido causado, entonces, asume las características de una sanción disciplinaria —entre otras vertientes de estudio que

considera esta figura jurídica como "denuncia o cesación del contrato por voluntad de una de las partes", cfr. "Curso de derecho del trabajo", Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1960, 6ª edic., pág. 283. Con todo, en el *Manual de derecho de trabajo* escrito en colaboración con Bayón Chacón parece no defender su posición; Conf. dicha obra, D. Marcial Pons, Madrid, 1966, Vol. II, pág. 594. Lanfranchi identifica el despido, igualmente, como un acto extintivo que proviene indistintamente del empleador o del trabajador: "declaración unilateral de voluntad que, comunicada a la otra parte, extingue la relación de trabajo". Vid. "El despido en el Derecho del trabajo", Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1949, pág. 36.

En general, sobre el serio problema terminológico y de concepto que existe en la materia relativa a la terminación del contrato de trabajo, véase la importante monografía de Luis Enrique de la Villa, "La extinción del contrato de trabajo", Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1960, en especial su Introducción, págs. 21 y ss. Entre otros aspectos de interés señala cómo el "recesso", figura del derecho italiano, es un término normalmente traducido por rescisión, separación, desistimiento, denuncia, o bien de modo descriptivo, por dimisión y despido, renuncia o dimisión. O sea, que una vacilante terminología se ve agravada, según el pensar con el que coincidimos, "por las traducciones incorrectas y versátiles de las diversas expresiones extranjeras, fundamentalmente de las italianas".

(1) bis). Importa advertir que no es nuestro propósito —ni podría serlo dado el objeto de la investigación— proponer, con todo rigor, una definición del despido en base a ese binomio "doctrina-jurisprudencia". Casi que la verdadera intención que nos guía es la de situar el despido, *a priori* y por ineludibles exigencias sistemáticas, en determinado lugar dentro de al temática general de extinción del contrato de trabajo.

(2) Nos referimos, naturalmente, al despido causal, porque también existe el que se ejercita sin justa causa, a veces llamado "despido arbitrario", y que tan caro es a la legislación costarricense.

(3) Vid. la nota 5.

(4) Alonso Olea, opus cit. págs. 103 y 104.

(5) Oportuno resulta aclarar que en nuestro ordenamiento jurídico —a diferencia de otros más severos— no hay más limitación a la libertad empresarial de despedir que la exigencia de justa causa y, en defecto de ella, la obligación de pagar la indemnización sustitutiva de preaviso (si éste no fue otorgado) y el auxilio de cesantía, en los contratos por tiempo indeterminado (Arts. 28 y 29 del Código de Trabajo). Y cuando se trata de contratos a plazo fijo y por obra determinada —caso de que el despido injustificado se efectúe antes del advenimiento del término o finalización de la obra— la obligación de pagar la indemnización fija y los daños y perjuicios que prescribe el artículo 31 *ibídem*. Estos últimos fijados, en su tope máximo, por jurisprudencia ya reiterada, en el equivalente a seis meses de salario.

Aquella libertad se encuentra expresamente garantizada en el inciso d) del artículo 85 *eiusdem*.

admite— que obligadamente nos conduce al planteo, siquiera sea sumario, de un problema en concreto suscitado por las así llamadas justas causas de despido.

En algunas legislaciones (la italiana por ejemplo) se establecen fórmulas de tipo general —a veces una sola— y se deja en libertad a la jurisprudencia para ir definiendo en cada caso si existe o no motivo justificativo de ruptura⁽⁶⁾. En otras —y entre ellas la nuestra⁽⁷⁾— la ley lista los motivos de despido disciplinario.

En efecto, el artículo 81 del Código de Trabajo de Costa Rica, especifica cuáles situaciones de hecho integran el concepto de justa causa y enmarca once causas justas concretas que facultan al empleador para dar por finalizado el contrato de trabajo sin responsabilidad alguna de su parte. Contiene, además, una duodécima de corte general y amplio en el último inciso: "... 1) CUANDO EL TRABAJADOR INCURRA EN CUALQUIER OTRA FALTA GRAVE A LAS OBLIGACIONES QUE LE IMPONGA EL CONTRATO".

Estrechamente vinculado con lo que viene dicho, la doctrina juslaboralista, en lo que ya casi alcanza la categoría de tradición, suele cuestionarse si la lista de justas causas que ofrecen diferentes legislaciones es meramente enunciativa, *ad exemplum*, o si por el contrario, las causas que se relacionan poseen naturaleza limitativa, aspecto que, como se comprende —y con acierto observa Carro Igelmo— "lleva anexas unas consecuencias dogmáticas y otras de interés práctico que no es posible desconocer"⁽⁸⁾.

(6) La siguiente es la fórmula que utiliza el artículo 2119 del Código Civil italiano: "... *Qualora si verificò una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*". Cit. A. Olea, ob. cit. pág. 105, nota 3. Vid., *infra* nota 14, el nuevo concepto de "motivo justificado" que introdujo en el derecho italiano la Ley de 15 de julio de 1966. Orillando los motivos justos tipificados en los estatutos profesionales, en cierta manera en la legislación argentina acontece algo similar —aunque no idéntico— con la "injuria". Sin desconocer que el legislador argentino ha tipificado otras causales, en no muy elevado número, dicho sea entre paréntesis, lo cierto es que la "injuria", en su más amplia significación —comprensiva a la vez de la figura delictiva y de cualesquiera otras faltas de entidad capaz de justificar el despido—, es la que en esencia ha facilitado a los tribunales de ese país amasar una abundante y no menos valiosa jurisprudencia. Conferencia dicha recientemente (5 set/67 en nuestra Facultad de Derecho por el Prof. de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Dr. Héctor Genoud. Vid. Stefanelli, "La injuria como causal de rescisión del contrato de trabajo", Librería Jurídica Valerio Abeledo Editor. Buenos Aires, 1955, págs. 55 y ss. Cfr., además, Nápoli, "Caracteres típicos de la injuria laboral", en Rev. "Derecho del Trabajo", 1950, t. X, pág. 113.

(7) Y también la española, aunque quizá en forma más conservadora en lo que respecta al quantum enumerativo. Conf. art. 77 texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo.

(8) Loc. cit., pág. 52.

La divergencia de criterio en los autores es notable, a extremo que no es infrecuente, y menos peregrina, la posibilidad de que el estudioso constate que tratadistas que comentan un mismo ordenamiento legal, sustenten posiciones radicalmente opuestas sobre el particular. Así, verbigracia, un importante sector de la doctrina española se inclina por conceder a las causas de despido que regula el artículo 77 del texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo⁽⁹⁾, el carácter de taxativas, *numerus clausus* (Benítez de Lugo, Hernáinz Márquez, Pérez González y Alger, García Oviedo y Gallart Folck, entre otros). Al paso que Hinojosa Ferrer, Bayón Chacón y autores de la talla del malogrado profesor Pérez Botija —al que recordamos con profundo dolor y sincero afecto quienes fuimos sus discípulos y en él encontramos al auténtico Maestro— juntamente con laboristas de otros países, Krotoschin, Barassi, Kaskel y Dersch, etc., coinciden en que “la vida laboral es excesivamente compleja y dinámica para admitir moldes rígidos que limiten su expansión⁽¹⁰⁾”.

El antedicho artículo 81 de nuestro Código⁽¹¹⁾ obviamente recoge el sistema de *numerus apertus* y su bien concebida redacción —así calificada para estos exclusivos efectos— ha evitado en nuestro ambiente la duda y discusión que han propiciado otras legislaciones. Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que alguna consideración analítica arribara al convencimiento de que más bien pareciera lograr una feliz conjugación de las dos corrientes de pensamiento: pudiera pensarse, en verdad, que en su texto cabe

(9) En relación, a partir de diciembre de 1956, con el importante Decreto sobre despidos en esa fecha promulgado.

(10) Carro Igelmo, ob. cit., págs. 53, 54 y ss.

(11) Cuyo texto literal es el siguiente:

“Artículo 81.—Son causas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:

- a) Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono;
- b) Cuando el trabajador comete alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpen las labores;
- c) Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;
- d) Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas,

considerar tasada —y no ejemplar— la enumeración de las primeras once justas causas, vale decir, las comprendidas en los incisos del a) al k)⁽¹²⁾. Y que la enmarcada en el supra transcrito inciso 1) —en tanto prevé el amplio concepto “cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato”— se equipara a la formulación genérica empleada en otras latitudes.

Sin dejar de ver algunas valiosas derivaciones prácticas e interesantísimas sugerencias técnicas que podrían apuntarse a esta postura en un posible estudio respecto de la naturaleza jurídica del despido en nuestra legislación, insistimos en que el numeral 81 consagra la “teoría enunciativa”. Para ello nos basta, de momento, hacer una sola afirmación —disculpable y justificada por los demarcados propósitos de este trabajo, cuya unidad formal podría verse afectada si se abundara en otras razones—, cual es la de que dicho artículo impide la seriación taxativa porque, en último término, difícilmente se podría señalar una sola de las primeras once causales, que no constituya una falta grave ajus-

herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo;

- e) Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71;
- f) Cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren;
- g) Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes-calendario (*Reformado por ley Nº 25 de 17 de noviembre de 1944*);
- h) Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste o su representante en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;
- i) Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 72;
- j) Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado;
- k) Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoriada; y
- l) Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes”.

(12) Vid. esas justas causas en nota 11.

table en el inciso 1)⁽¹³⁾. Merced a esto, precisamente, nuestros tribunales han podido elaborar una jurisprudencia sólida en principios y rica en matices en lo que atañe a significación y alcances de lo que realmente debe entenderse, a tenor de lo dispuesto por esa norma, por "falta grave", campo en el que han gozado de una holgada libertad estimativa equiparable, si se quiere, a la de los tribunales italianos con el ya señalado artículo 2119 de su Código Civil, que habla de la "... causa que no consienta la continuación, ni aun provisional, de la relación"⁽¹⁴⁾. Y ciertamente, incluso, que no debamos sorprendernos ante un reiterado uso de un giro gramatical semejante del Tribunal Superior de Trabajo en infinidad de sus sentencias, lo que no es, por otra parte, simple coincidencia de palabras, sino, antes bien, identidad de posición y enfoque sobre la medular esencia de la cuestión (14 bis).

II.—ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE QUE EN EL ARTICULO 81, EN TODO CASO, EXISTA UNA SERIACION "TAXATIVA" DE CAUSALES. - ESPECIAL REFERENCIA AL PROBLEMA DE LAS JUSTAS CAUSAS DE DESPIDO DE ESTIPULACION CONTRACTUAL Y DE DISPOSICION REGLAMENTARIA DE EMPRESA

Ahora bien, en busca de una vía que nos conduzca más derechamente al tema de nuestro interés, conveniente es preguntarnos lo que en apariencia constituye un contrasentido frente a la conclusión anterior: ¿Tiene el artículo 81 algún espíritu restrictivo, no obstante que sanciona la tesis de **enumeración meramente ejemplar**?

(13) Luego de argumentar así en otro estudio y en el borrador de éste, notamos nuestra coincidencia con Caldera al comentar la legislación venezolana. Conf. "Derecho del Trabajo", Librería "El Ateneo", Editorial, 1960, págs. 362 y 363.

(14) Vid. nota N^o 6.

Es importante considerar que la ley italiana sobre "el despido individual" de muy reciente promulgación (15 de julio de 1966) —que no es aplicable a las "pequeñas empresas", sea las que tienen menos de treinta y cinco trabajadores, entre otras exclusiones—, y que ha venido a introducir una serie de innovaciones notables en relación con el régimen jurídico anterior, proporciona el siguiente concepto de motivo justificado: "*el motivo justificado consiste en una grave inexecución de las obligaciones del trabajador, o en razones dependientes de la producción, de la organización del trabajo y del funcionamiento regular del mismo*". Por modo que, igualmente, es de extraordinaria amplitud, como lo expresara en su conferencia de 19 set./67, en nuestro Colegio de Abogados, el Prof. Gino Giugni: "Esta definición, pese a su carácter aparentemente analítico, es, de hecho, demasiado genérica y remite implícitamente a la discreción del juez".

(14 bis). Infra nota 45. Ordinariamente la Sala de Casación también ocupa esa expresión.

En primer término, vaya por delante una afirmación que por simple y elementalmente llena debiera de ser omitida: el más ligero examen de sus disposiciones nos permite argüir que de plano rechaza la más refinada y extrema concepción que, por vía de hipótesis, pudiera idearse del despido disciplinario como "**pura sanción**" y que, en tanto tal, únicamente es aplicable en base a conductas previamente definidas por la ley, si, lícito nos fuera, trasladar al Derecho del Trabajo, con todo su rigor, el principio penal **nullum crimen nulla poena sine lege**.

Empero, por otro lado, resulta manifiestamente claro que el artículo 81 es una especie de **columna vertebral** de las diversas instituciones jurídicas que en nuestro derecho tienden a garantizar la estabilidad en el empleo⁽¹⁵⁾, y de cuya exégesis emerge el indubitable propósito de que la **extinción** del contrato de trabajo se produzca con absoluta normalidad y no a consecuencia de imposiciones libérrimas y arbitrarias de uno de los sujetos del nexo obligacional.

Situadas así las cosas, no queda alternativa posible que no sea la de aceptar que desde este **nuevo plano** el artículo 81 contiene una **enumeración limitativa** de "justas causas". Si razonable parece que al celebrar matrimonio no puedan "**convenirse**" los motivos de divorcio, y si prohibida casi está la extinción de determinadas relaciones jurídicas arrendaticias, en lo tocante a ruptura del contrato de trabajo —para referirnos a sólo este particular—, de igual suerte debe mediar regulación heteronómica del derecho. Sin que ello signifique un cambio del criterio sustentado en nuestra cátedra y en algún otro lugar⁽¹⁶⁾, no ponemos en tela de juicio que la ausencia de normas de **derecho necesario** daría entrada, irremisiblemente, a lo calificado con todo acierto como un verdadero, aunque aparentemente invisible, estado de naturaleza en el campo

(15) Vid. entre los más recientes y condensados estudios en torno al "*principio de estabilidad*": Euquerio Guerrero, "La estabilidad en el empleo en el derecho mexicano", en Rev. "Derecho del Trabajo", T. XXVII, 1967, págs. 5 y ss.; Gómez Chiarelli, "La nueva ley brasileña sobre estabilidad", ibidem, págs. 49 y ss.; y Máximo Daniel Monzón, "Despido injustificado del empleado bancario", idem, págs. 97 y ss.

Además, las sobresalientes notas y comunicaciones de destacados especialistas al I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, en "Revista de Política Social", N^o 70, 1966, págs. 15 y ss.

(16) En nuestra monografía *Los factores condicionantes del jus variandi*, publicación auspiciada por el Colegio de Abogados, Imprenta Las Américas, 1964, págs. 18 y ss. y 38 y ss., y en especial en nuestras lecciones hemos hecho incapié en la imprescindible necesidad de que en el Derecho del Trabajo coexistan el "*jus cogens*" y el "*jus dispositivum*".

jurídico, donde prevalecería la ley del más fuerte⁽¹⁷⁾. Que la libertad de contratación degenera en dictadura contractual, es **peligro** quizá tanto más **inminente** en orden a la **extinción**, cuanto que a otros aspectos de la relación de empleo⁽¹⁸⁾.

Partiendo, en su consecuencia, de este abreviado conjunto de ideas es dable ver en el texto 81, insistimos, una fuerte dosis del sistema **numerus clausus** en el sentido de que no es **jurídicamente** admisible pactar en el contrato individual, ni incorporar a los reglamentos internos de trabajo, causales de despido que no se amolden con **justeza y precisión** a los preceptos de ese artículo⁽¹⁹⁾. Observado, pues, a través de este especial prisma no se incurre en contradicción con lo expresado supra⁽²⁰⁾, ni se comete herejía

(17) Conf. Pérez Botija, Prólogo a la obra de Carro Igelmo cit. págs. 13 y ss.

(18) Ampliando la aclaración de la nota 16, nos interesa destacar que también señalamos que no es posible ni recomendable suprimir totalmente del ordenamiento laboral la autonomía de la voluntad, al par que hemos indicado la importancia de aplicar con rigor y método el principio de irrenunciabilidad.

El dogma de la autonomía de la voluntad, concebido en los términos más crudos por el artículo 1022 del Código Civil al prescribir que "Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes", no ha sido erradicado por el Código de Trabajo pese a los términos categóricos del principio de irrenunciabilidad de su artículo 11. Antes al contrario, ha sido sancionado, con las rectificaciones del caso, por varias normas, por ej., el párrafo primero del artículo 19: "El contrato de trabajo *obliga* tanto a lo que *se expresa en él*, como a las consecuencias que del mismo se deriven según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley". Cfr. art. 86 ídem, infra nota 21.

En "Los factores condicionantes"... , pág. 43, nota 131, citamos algunos de los perjuicios que provocaría una supresión completa de la libertad de contratar: se señalan como inconvenientes, entre otros, el crear la desconfianza en las relaciones obrero-patronales, lesionar seriamente la seguridad pública, ocasionar perjuicios económicos a los dadores de trabajo, con el consiguiente desaliento para la producción e impedir a los trabajadores obtener regímenes de trabajo más favorables y con perspectivas de mejores remuneraciones. Vid. Daniel Vergara del Carril. *El orden público en el Derecho laboral*, en Rev. "Derecho del Trabajo", octubre de 1960, pág. 497.

Decisiva es también la afirmación de Gottschalk "Sería absurdo caracterizar el Derecho del Trabajo como un derecho imperativo en el sentido de eliminar totalmente la voluntad privada. Si el Derecho del Trabajo se propone proteger la personalidad humana, resulta imposible suprimir la libre manifestación de una de las supremas cualidades de esa personalidad: su voluntad. De ahí que existan normas imperativas que no excluyen la voluntad privada sino que se proponen garantizar su libre formación y manifestación". Cfr. "Norma pública e privada no derecho de trabalho", San Pablo, 1944, pág. 192, cit., por Vergara del Carril, loc. cit. pág. 500 y por Deveali en la misma revista, 1957, pág. 352 y ss.

(19) Dado el incipiente estado de la contratación colectiva en Costa Rica, deliberadamente marginamos el problema de esa índole de pactos en los convenios colectivos. Así y todo, quizá quepa en forma oportuna la acotación de que en los convenios colectivos británicos y norteamericanos —y en otros casos por mera costumbre—, se impone la regla de solicitar, o el menos el intento de obtener, la conformidad del respectivo sindicato para despedir al trabajador, y en caso de que dé su aprobación, el despido es sin indemnización. Ref. Bayón Chacón y Pérez Botija, ob. cit., Vol. II, pág. 600.

(20) Nótese que primero concluimos en la *tesis enunciativa* ocupando el enfoque tradicional de la doctrina. Y que nuestra segunda postura, contraria a golpe de primera vista, pero que en el fondo no lo es, arranca de un planteamiento *distinto* del mismo problema.

jurídica contra la supuesta, más que real, irrestricta libertad de que disponen las partes para **terminar** el contrato con arreglo a lo que **literalmente** mandan los incisos a), en cierto modo; y b) y c) del artículo 86 del mismo cuerpo legal⁽²¹⁾.

III.—ENTIDAD DE LA CAUSA JUSTIFICATIVA DEL DESPIDO CONFORME A LA MISMA NORMA 81. - LA "FALTA GRAVE" Y SU APRECIACION

La aseveración de que es jurídicamente insustentable la idea de pactar motivos de despido en la relación jurídica individual o incorporarlos al reglamento interno de empresa, a menos que encajen sin rozamientos en las definiciones del artículo 81⁽²²⁾, impone la necesidad de hacer ciertas aclaraciones que terminarán por situarnos frente al tema central de nuestro estudio.

Si se quisiera ver en el despido disciplinario individual y causado del artículo 81, una **resolución** del contrato a semejanza de la que reconocen las obligaciones recíprocas del Derecho común⁽²³⁾ (23 bis), la **justa causa** tendría que equivaler a "un incumplimiento contractual, culpable y grave" del trabajador⁽²⁴⁾.

Si se estimara por mera eventualidad que algunas de esas causales son extracontractuales o "extralaborales" y, por ende, que el despido no es exclusivamente un acto **resolutorio** por incum-

(21) "Artículo 86.—El contrato de trabajo terminará sin responsabilidad para ninguna de las partes por las siguientes causas:

a) Por el advenimiento del plazo en los contratos a plazo fijo, salvo el caso de prórroga, y por la conclusión de la obra en los contratos para obra determinada;

b) Por las causas expresamente estipuladas en él; y

c) Por mutuo consentimiento".

(22) En relación a ella escribe Caldera: "Que no pueden estipularse otras causas de despido que las fijadas por la ley, lo ha establecido nuestra jurisprudencia, pues lo contrario *sería abrir una ancha puerta a todo género de abusos*". Se ha decidido que "violaría *expresas disposiciones de orden público*" establecer causales de despido "que no hallen cabida" dentro de las previsiones legales". Op. cit., pág. 366.

(23) Pensamiento que solamente admitiríamos con determinadas reservas.

(23 bis). Cfr. art. 692 del Código Civil.

(24) Así, Alonso Olea, ob. cit., pág. 147.

Cfr. ideas de Santoro Passarelli, "Nociones de derecho del trabajo", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, págs. 209 y ss.

Manuel Alonso García es un ferviente partidario de esa corriente. "El despido —escribe— entraña evidentemente, un acto de resolución del contrato de trabajo. Su naturaleza consiste, pues, en dicho acto de resolución, tanto si la decisión que da lugar al despido es causal, como si el acto resolutorio no es causal, en cuyo supuesto habremos de estimar que se trata de una resolución en la cual quien incumple el contrato es el empresario". "Derecho del trabajo", José María Bosch, Editor, Barcelona, 1960, T. II, pág. 624.

plimiento, preciso sería, entonces, conectarlo con la doctrina del "despido-sanción" y fundarlo en falta GRAVE del trabajador⁽²⁵⁾.

Si menester fuera, finalmente, aludir a otras posiciones científicas relacionadas a su naturaleza jurídica, por imperativo insoslayable tendría que convenirse, de idéntica forma, que la causa de despido, en tanto "justa", debe ser de entidad notable y suficiente, capaz de generar en equitativo equilibrio y correspondencia, el serio acto potestativo de desvinculación unilateral del empleador. En otros términos expresado, debe configurarse por medio de un hecho, acto o conducta especialmente trascendente; identificarse con lo que podríamos llamar un "motivo importante", aunque no en la amplia noción del derecho alemán⁽²⁶⁾; en suma, para utilizar la terminología más familiar a nuestras leyes y jurisprudencia, constituir "FALTA GRAVE".

Precisar las conductas que adquieren la categoría de "falta grave", es cuestión que depende de las circunstancias y particularidades de hecho que en cada especie concurren, y evaluarlas es labor que queda librada a la discreción de los tribunales⁽²⁷⁾. Y verdad que no podía menos de ser así en consideración a los insospechados y vastos alcances de esa causal, género de pozo sin fondo donde se resuelven todas las situaciones posibles (como diría Ramírez Gronda)⁽²⁸⁾, susceptible de brindar un incommensurable terreno a la soberanía de los jueces.

En nuestra jurisprudencia ambos datos son de fácil constatación. El Tribunal Superior de Trabajo —sirvan las referencias a modo ejemplificarizante— ha calificado como faltas graves desde lo que en alguna oportunidad llamara "sutilezas que no pueden tener cabida en las relaciones obrero-patronales"⁽²⁹⁾; como "abrir y cerrar un candado"⁽³⁰⁾; el hecho de "comer golosinas", si el em-

(25) Conf. Bayón Chacón y Pérez Botija, *Manual...*, Vol. II, pág. 598.

(26) Cfr. Hueck y Nipperdey, "Compendio de derecho del trabajo", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 191 y ss.

(27) De esta guisa, p. ej., el Tribunal Superior de Trabajo juzgó que la enfermedad culpable no excusa las ausencias al trabajo y las catalogó como motivo de despido: "La gastritis alcohólica no justifica las ausencias, porque se originan en una causa buscada y producida por voluntad y decisión del trabajador y no en forma natural". Sentencia Nº 2219 de 10:30 hs. de 11 de diciembre de 1964.

(28) "El contrato de trabajo", en el "Tratado de derecho del trabajo" dirigido por Mario L. Deveali, La Ley S. A. Editora e Impresora, Buenos Aires, 1964, T. I, pág. 586.

(29) Sentencia Nº 1499 de 15:20 hs. de 22 de noviembre de 1956.

(30) Misma Sentencia citada en la nota inmediata anterior.

pleador ha "llamado la atención al empleado con anterioridad por esa irregularidad y... éste persiste en su conducta"⁽³¹⁾; y la negativa del trabajador, luego de un tiempo de estar prestando sus servicios, "a suscribir un contrato escrito de trabajo, sin tener motivo justo para ello"⁽³²⁾. Hasta las más delicadas y serias como la "amenaza de dar muerte al representante de la empresa patronal"⁽³³⁾, pasando por una zona de modalidad intermedia ascendente constituida por casos varios: de "vulgaridad y grosería"⁽³⁴⁾; falta de respeto y consideración al representante del empleador, a quien se dijo "en alta voz que él (el capataz) no era más que un "lenguón" y un "jetón"⁽³⁵⁾, (35 bis); de negligencia inexcusable del "trabajador que, debiendo hacerlo, no mantiene el nivel de aceite lubricante en una planta"⁽³⁶⁾; de imprudencia temeraria e indisciplina en el "chofer que laborara en estado de embriaguez"⁽³⁷⁾ y en el "cobrador que, sin estar autorizado, se pusiera a guiar el autobús"⁽³⁸⁾; y, por último, la dañina merma de eficiencia al "producir menos de lo normal, y no en forma casual o incidental sino como "modus vivendi", lo mismo que disminuir la producción con el propósito deliberado de perjudicar los intereses del patrono"⁽³⁹⁾.

Indudablemente, son muchos los factores objetivos y subjetivos que juegan un rol importante en la calificación de la "falta grave". Con frecuencia tiene que atenderse: el tipo de contrato de

(31) Sentencia Nº 816 de 16:10 hs. de 8 de julio de 1957.

(32) Sentencia Nº 984 de 14:30 hs. de 11 de junio de 1963.

Naturalmente que la justificación del despido desaparece cuando el empleado tiene motivos atendibles para negarse a firmar el contrato escrito, como podría serlo en el evento de que no fuera fiel reflejo de la "realidad laboral" que ha venido subsistiendo. En este sentido también se ha pronunciado el Tribunal: Cfr. Sentencia Nº 207 de 16:45 hs. de 14 de febrero de 1956.

(33) Sentencia Nº 1321 de 15:35 hs. de 8 de octubre de 1957.

(34) Vid. Sentencia Nº 214 de 16:00 hs. de 19 de febrero de 1957.

(35) Sentencia Nº 1519 de 15:35 hs. de 1º de diciembre de 1958.

(35 bis). Aquellos términos en jerga de ciertos grupos sociales de nuestro país, se usan como una imputación, voluntariamente ofensiva, que equivale a murmurador; dado a los embustes, a la maledicencia; chismoso.

(36) Sentencia Nº 343 de 16:00 hs. de 2 de abril de 1956.

(37) Sentencia Nº 1720 de 16:15 hs. de 17 de diciembre de 1957.

(38) Sentencia Nº 344 de 16:05 hs. de 2 de abril de 1956.

(39) Sentencia Nº 1090 de 15:40 hs. de 25 de agosto de 1958.

En esta sentencia el Tribunal agregó estas otras interesantes observaciones, luego reiteradas en otros fallos: "... y para formar juicio sobre la falta de rendimiento, debe ser ésta apreciada tanto objetiva como subjetivamente, es decir, a través de un lapso suficiente de tiempo, para fijar, en lo posible, el propósito intencional de dicha disminución, y en comparación con los servicios prestados por otros trabajadores en igualdad de condiciones, y más aun, de acuerdo con las tareas realizadas por el mismo trabajador..."

trabajo⁽⁴⁰⁾; la índole del cargo⁽⁴¹⁾; la jerarquía y el deber de lealtad del empleado⁽⁴²⁾; la especialidad laboral⁽⁴³⁾ y el uso de ciertas clases de materias primas⁽⁴⁴⁾; el grado de confianza⁽⁴⁵⁾, orden y moralidad⁽⁴⁶⁾, y las razones de disciplina⁽⁴⁷⁾ y obediencia⁽⁴⁸⁾ que demanden las funciones; el acatamiento a disposiciones legales inherentes a éstas⁽⁴⁹⁾; el riesgo en potencia —no necesariamente

(40) El derecho y jurisprudencia costarricense estiman contratos de trabajo de caracteres muy especiales, los que vinculan la Guardia Civil al Estado (Cfr. art. 579 del Código de Trabajo y sus reglamentos).

Dicho esto y tomada en cuenta que sea la trascendencia que tiene la vigilancia pública, el Tribunal Superior de Trabajo tuvo buen criterio al calificar como "falta grave" el abandono que un Sargento de Radio-Patrulla hizo de la unidad motorizada que le fue confiada, para dedicarse a ingerir licor. Véase que en la especie se separó de la regla general establecida por el inciso i) del art. 81 en relación con el inciso a) del art. 72, ambos del Código de Trabajo, según la cual el abandono de trabajo requiere previo apercibimiento, al menos por una vez, para que sea motivo de destitución justificada.

Cfr. la Sentencia N° 1669 de 15:05 hs. de 9 de diciembre de 1957.

(41) Faltas hay —y en tal sentido lo ha manifestado nuestra Sala de Casación—, que tienen distinta valoración según se cometan en un cargo público o en uno privado:

"... Es oportuno repetir lo que esta Sala ha declarado en otros fallos: que por las repercusiones que tienen en la vida económica y social, la conducta negligente o imprudente de un empleado de una institución pública, que ponga en peligro su estabilidad económica o le reste la confianza pública, reviste mayor gravedad que la de un empleado de una empresa privada". Sentencia N° 18 de 10:00 hs. de 9 de marzo de 1964.

(42) El Tribunal Superior de Trabajo consideró desleal —y en cuya consecuencia causa justa de despido— la conducta de un alto trabajador de la empresa que intervino en forma descolante en la circulación de un memorial firmado por sus subalternos, en el que se imputaban graves cargos al Gerente de la misma. Sentencia N° 1298 de 15:25 hs. de 31 de julio de 1964.

(43) "II.—Si bien es cierto que la inasistencia voluntaria al trabajo constituye un acto de indisciplina, que puede justificar el despido, no lo es menos que para que ello sea así se requiere que la ausencia sea reiterada en períodos breves, o bien que relacionada con la especialidad laboral, constituya una falta grave a ese deber, cuando es injustificada, pues de lo contrario, tratándose de inasistencias aisladas en períodos distintos y sin que medien circunstancias especiales, el despido no tiene justificación aún cuando no se haya dado el aviso oportuno...". Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo N° 976 de 16:20 hs. de 14 de agosto de 1956.

"I.—La ausencia al trabajo de un solo día no constituye causal de despido, supuesto que el artículo 81, inciso g) del Código de la materia requiere al efecto que el trabajador "deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario". No obstante eso, la ausencia a un día puede conceptuarse como falta grave a las obligaciones que el contrato impone al trabajador, cuando, la clase de labores a ejecutar y demás circunstancias que concurren en el caso concreto así lo ameriten y por ahí cabe estimar que tal ausencia sí es motivo justo de despido de conformidad con lo dispuesto por el inciso l) del artículo 81 antes citado". Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo N° 975 de 16:15 hs. de 14 de agosto de 1956.

(44) Violar la prohibición de fumar en un centro de trabajo donde existen sustancias inflamables, configura una falta en extremo grave:

"... Sin entrar a considerar otras faltas cometidas por el actor, el solo hecho de que éste fumara dentro de una fábrica de fósforos con grave peligro de una conflagración y de la seguridad de sus compañeros, es motivo suficientemente justificado para que se

efectivo— que pueda llegar a lesionar el prestigio, la seriedad o la solvencia moral de la empresa, para no citar el económico⁽⁵⁰⁾; la antigüedad en la prestación de los servicios, los antecedentes disciplinarios del empleado⁽⁵¹⁾, etcétera.

Sin perjuicio de perfilar infra algunos más al abordar el problema del embargo de salario, por ahora podemos sintetizar con el Tribunal Supremo de España diciendo que, en general, "para la adecuada calificación de los actos especificados legalmente como

le despidiera...". Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo N° 319 de 15:25 hs. de 25 de marzo de 1957.

(45) "... La confianza, se ha dicho y vale repetirlo, es en gran parte elemento subjetivo y un puesto de esa naturaleza implica de parte del trabajador, una obligación especial, consistente en la observancia dentro y fuera del servicio, de una disciplina rigurosa que suele ser más severa de la que es suficiente observar en otras actividades. En cuanto a esta modalidad especial que entraña la esencia de la relación laboral, es evidente, que hasta con que el patrono pierda la confianza que tiene en su trabajador, para que el vínculo contractual no se pueda mantener. Así, pues, la pérdida de la confianza, no puede desde luego ser calificada en una forma unilateral por el patrono pues ha de existir motivo QUE SIN CONSTITUIR NECESARIAMENTE UNA FALTA DEL TRABAJADOR, DE LAS SANCIONADAS POR EL CODIGO DE TRABAJO, Y SIN QUE HAYA CAUSADO PERJUICIO AL PATRONO, si sea de tal naturaleza que pueda originar una situación de incertidumbre y de duda, que dadas las circunstancias especiales en que la relación de trabajo se desarrolla, ... haga imposible o difícil continuar la armonía indispensable para el mantenimiento de la relación obrero-patronal..." Sentencia N° 657 de 16:55 hs. de 17 de abril de 1963 del Tribunal Superior de Trabajo.

(46) El Tribunal de Servicio Civil en Sentencia de 17:45 hs. de 12 de diciembre de 1955, confirmada por la del Tribunal Superior de Trabajo N° 65 de 10:30 hs. de 11 de enero de 1956, declaró procedente la destitución de un funcionario público por haber resultado comprometido en la exhibición de una película pornográfica.

(47) El propio Tribunal Superior tiene repetidamente dicho, "... que tratándose de guardias civiles, éstos, en razón al cargo que ocupan, deben someterse a las reglas de disciplina que les impone su servicio y no acatándolas, su destitución tiene que aceptarse como justificada...". Sentencias N° 1352 de 15:30 hs. de 27 de octubre de 1958 y N° 1353 de 15:35 hs. de 27 de octubre de 1958.

(48) Cfr. del mismo Tribunal, Sentencia N° 1401 de 15:40 hs. de 21 de octubre de 1957. En interesante contraste con las citas de la nota 47, asimismo nuestros tribunales han dicho que la obediencia debida por los empleados públicos no es ciega ni incondicional: Vid. Sentencias de la Sala de Casación de las 16:30 hs. de 9 de setiembre de 1953 y del Tribunal Superior N° 1356 de 15:50 hs. de 27 de octubre de 1958.

(49) El trabajador que contraviene disposiciones legales que no puede desconocer en virtud de sus ocupaciones, incurre en una causal justa de despido (bachero de Obras Públicas que talaba árboles a orillas de un río): Tribunal Superior, Sentencia N° 916 de 16:25 hs. de 31 de mayo de 1963.

(50) Al "riesgo en potencia" aludió la Sala de Casación, entre otras Sentencias, en la N° 18 de las 10 hs. de 9 de marzo de 1964.

En ese litigio consideró que constituía "falta grave" el hecho de que el Gerente de la Sucursal de una institución bancaria, autorizara sobregiros sin garantías o con garantías insuficientes de los clientes. Expresó: "... si bien no sufrió el Banco pérdidas, posiblemente por la honorabilidad y solvencia de sus clientes, que se aprestaron en algunos casos a cubrir los sobregiros, y en otros a reforzar las garantías que los inspectores que practicaron la investigación les exigieron, lo cierto es, que mientras esos sobregiros se mantuvieron en las condiciones irregulares, que se han dicho, hubo un peligro potencial para los intereses de la entidad patronal, que no debe ocurrir en el negocio bancario, y de ahí que la conducta, no dolosa, como se ha explicado, sino imprudente del actor como Gerente de la Sucursal...

→ falta grave.

circunstancias infractoras de la normal relación laboral, capaces de justificar sanciones unilaterales hasta su extinción por el despido, han de analizarse aquéllas en su realidad, momento y efectos, con observación del trabajo a que afecten y de la personalidad a quien se imputen; en concreto, tendrán que verse humanamente individualizados los hechos para lograr consecuencias bien adaptadas a su propia naturaleza y correcta estimación⁽⁵²⁾.

IV.—EMBARGO Y “FALTA GRAVE”. - CONSIDERACIONES GENERALES

Los principios rectores que hemos dejado establecidos bajo los epígrafes precedentes son de utilidad básica para un cabal tratamiento técnico del embargo de salarios, hecho que, por regla, prevén las instituciones bancarias como falta sancionable con el despido en los reglamentos internos de trabajo.

De manera que para comenzar a enlazarlos específicamente con esta falta, vale reiterar que dentro del ordenamiento jurídico laboral vigente, el artículo 81 del Código de Trabajo prescribe cuáles son —y las enumera taxativamente⁽⁵³⁾— las únicas causales por las que el empleador puede poner fin a una relación de empleo mediante despido, sin que el acto importe responsabilidad de su parte en orden al pago de las indemnizaciones respectivas.

En virtud de las motivaciones dadas y atendiendo el carácter de orden público que tiene el nombrado Código⁽⁵⁴⁾, en principio resulta legalmente inaceptable el que se creen nuevas causas de despido justificado en los contratos de trabajo o en los reglamentos internos. Si en el reglamento se prevé una causal de despido no contemplada en los incisos del a) al k) inclusive del artículo 81,

ha podido calificarse en el fallo recurrido, como falta grave, de acuerdo con el inciso l) del Artículo 81 del Código de Trabajo . . .”

(51) Ruprecht enuncia también estos dos últimos elementos, *Contrato de Trabajo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, pág. 409.

Krotoschin menciona —aparte de la antigüedad y el comportamiento— las funciones del trabajador, la jerarquía que ocupa en la empresa y el perjuicio causado. Vid. *Tratado práctico de derecho del trabajo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1965, T. I, pág. 548.

(52) En forma más amplia sobre diversas circunstancias aplicadas en la jurisprudencia argentina para la calificación de la “injuria”, consúltese a los autores Krotoschin y Ratti. “*Código de trabajo, anotado*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1963, pág. 114, nota 3.

(53) Sentencia de 21 de setiembre de 1945, Rodríguez Navarro, “*Doctrina Laboral del Tribunal Supremo*”, T. II, pág. 781.

(54) Explicamos supra N° II cuál es la inteligencia que damos a aquella expresión.

(55) Cfr. su artículo 14.

para que tenga valor legal, conforme dijimos, ineludiblemente tiene que encuadrar de modo claro y definitivo dentro de las previsiones del inciso l) que en forma genérica admite cualquier otra “falta grave” a las obligaciones que imponga el contrato de trabajo. De esta suerte, invocada que sea una causal de las no previstas en los primeros once incisos del 81, debe el juzgador obligadamente estimar las circunstancias particulares del caso —porque no puede hacer otra cosa—, a fin de decidir si el motivo de despido reglamentado (o pactado) constituye en realidad una “falta grave” en los términos del precitado inciso l) del artículo 81. Y tanto más por el solo hecho de que ese motivo, por estar consignado en el reglamento interior de trabajo, rige de modo general para todos los empleados de la empresa o institución. Y la razón es obvia⁽⁵⁵⁾, supuesto que admitir otra tesis importa autorizar al empleador para que a su libre arbitrio —y al margen de la ley— valore y estime como causas de despido nimiedades que acaso ameritarían una amonestación. Es también necesario valuar las circunstancias particulares de cada caso, porque una causal genéricamente contemplada en un reglamento puede ser muy grave en una situación concreta, menos grave en otra e incluso en una tercera puede ser una falta intrascendente. Son muchas las faltas cuya entidad depende menos de la fría definición del reglamento (o del contrato) cuanto de las circunstancias de hecho en que se configura.

Estas ideas son consecuentes con las exteriorizadas por el Tribunal Superior de Trabajo en reiteradas oportunidades: “no todas las faltas que un trabajador cometa producen la rescisión del contrato de trabajo, por ser ésta una sanción severa, que sólo se aplica a aquellas faltas que tienen carácter grave, según vienen reconociendo tanto la doctrina como la ley”⁽⁵⁶⁾. Idéntico criterio sustentó el Tribunal Superior refiriéndose ya no a los motivos de despido justificado, sino a los motivos por los cuales el empleado

(55) De las muchas enumeradas páginas atrás.

(56) Sentencia de 16:15 hs. de 3 de abril de 1950. Oportuna resulta la cita de una docta resolución del Tribunal Supremo de España:

“En la sagrada misión de juzgar, que lleva aneja la de interpretar y aclarar casos dudosos, los Tribunales han de proceder con previsión y cuidado para no abrogar con ampliaciones de criterio los preceptos del Derecho constituido, que deben aplicar, cual es su misión, tal como lo ha querido el legislador, y este principio ha de tenerse en cuenta muy especialmente en la legislación protectora del obrero, a fin de que el juzgador no amplie, con perjuicio de aquél, las reglas impuestas con analogías que de ellas no se deriven con evidencia”. S. 4-3-927, en Rodríguez Navarro: “*Doctrina Laboral del Tribunal Supremo*”, Tomo II, pág. 305.

puede dar por finalizada la relación laboral con responsabilidad para el empleador, que es la contrapartida del problema jurídico que examinamos, porque si se exige una "falta grave" para que opere la destitución, para evitar abusos de parte de los trabajadores se exige también que sólo una "falta grave" del empleador les da margen para que unilateralmente puedan dar por terminado el contrato con derecho a las indemnizaciones legales. En efecto, dijo el Tribunal: "... Tanto la causal de falta de pago en la fecha convenida, como todas las demás contempladas en el artículo 83 del Código de Trabajo, para su aplicación deben ser calificadas por el Juzgador con criterio prudencial, teniendo en consideración las relaciones que median entre trabajadores y patronos, es decir, interpretarse en forma amplia en el sentido que el legislador quiso determinar sus alcances en relación con las exigencias sociales y no en forma restringida siguiendo la letra de la ley..."⁽⁵⁷⁾.

En consonancia con la tónica expuesta de apreciar la "gravidad de la falta", el Tribunal Superior de Trabajo repetidamente se ha pronunciado en forma específica en relación con el embargo de sueldo, acogiendo, precisamente, los puntos de vista anteriores. Manifestó en una ocasión:

"III.—La obligación de levantar el embargo recaído en el sueldo de un empleado bancario, que consignan los reglamentos interiores de trabajo de algunas de esas instituciones, de ser inculpada, hace incurrir al trabajador en una falta, cuya gravedad debe ser calificada por las circunstancias concurrentes en cada caso, para determinar si puede autorizar la destitución del empleado sin responsabilidad patronal. Entre las circunstancias que concurren a tener por grave dicha falta está, según lo ha establecido la jurisprudencia de este Tribunal, la repetición de embargos no justificados, siguiendo al respecto el criterio de la legislación argentina, cuya ley número doce mil seiscientos treinta y siete establece que el embargo de los empleados bancarios cuando fuere reiterado, excluye para tal efecto los embargos que obedezcan a deudas de alimentos, servicios médicos, provisión de farmacias y otros por el estilo (Sentencia de 16 hs. y 10 minutos de 2 de abril de 1954)..."⁽⁵⁸⁾

Por modo y manera que no constituyen motivo de despido, por sí solos, el embargo de salario y el hecho de no "levantarlo" en el término perentorio que acostumbran dar los Bancos. Y no

(57) Sentencia de 15:50 hs. de 26 de noviembre de 1956.

(58) Sentencia N° 848 de 25 de mayo de 1962, en la que ratificó conceptos de la dictada a las 16:10 hs. de 2 de abril de 1954.

podrían serlo nunca, como hechos puros y simples, tanto porque el embargo puede incluso hasta ser injustificado, como porque pueden existir circunstancias de fuerza mayor o fuera de la voluntad del empleado que le impidan "levantarlo" oportunamente, o bien —¿por qué no decirlo?— porque tomando en cuenta los merecimientos personales del trabajador, su honradez, competencia, honrabilidad, condiciones del puesto y otras circunstancias, resulte inadmisibles, jurídicamente hablando, esa causal.

En el mismo sentido se ha inclinado la jurisprudencia argentina. Efectivamente, la Cámara Comercial de la Capital puntualizó los siguientes aspectos de interés:

"La circunstancia de tener embargo sobre el sueldo no es causal de despido, por cuanto no es de las que autoriza el artículo 160 del Código de Comercio; ni tampoco puede ser considerada como injuria o peligro para los intereses del principal, si el empleado no manejaba dinero de éste. Dado el carácter de orden público de la ley 11729 y teniendo en cuenta los principios de carácter social que presidieron su sanción, no es posible permitir que los patronos modifiquen por reglamentos el régimen impuesto por la misma, creando otras causales de despido"⁽⁵⁹⁾.

V.—Embargo y "falta grave". - Consideraciones jurídicas en particular sobre los más importantes elementos que deben influir en la apreciación judicial: 1) Intereses patronales que necesitan tutela jurídica. - Requerimientos impuestos por las funciones bancarias: A) Exigencias generales por la índole institucional y pública de los bancos y clase de actividades a que se dedican; y B) Exigencias particulares en razón del cargo que se ocupe. 2) Condiciones y merecimientos personales del empleado: A) De carácter profesional; y B) De naturaleza extraprofesional. 3) Circunstancias relacionadas con la obligación crediticia, el embargo y el despido.

Calificar si un empleado incurre en "falta grave" a sus obligaciones como funcionario de un banco al no "levantar" el embargo que pesa sobre su salario en plazo que al efecto se le conceda, y concomitantemente si la actuación del ente al despedirlo enmarca dentro de los límites jurídicos de sus potestades patronales, adquiere ribetes harto difíciles cuya fuente principal se halla en la

(59) Sentencia de 2 de noviembre de 1942, en Rev. "Derecho del Trabajo", Tomo III, pág. 80. Vid. jurisprudencia contraria en nota 67.

superlativa riqueza, en variedad y cantidad, de las "circunstancias" de hecho que pueden incidir en cada caso, con frecuencia reducidas a su mínima y más delicada expresión⁽⁶⁰⁾. Y ciertamente que la inteligente integración de todas —o las fundamentales— en una unidad, es lo que permite decidir con propiedad sobre la existencia o inexistencia de la "falta grave"⁽⁶¹⁾.

Sin pretensión de abarcarlas todas, a nuestro entender las "circunstancias" pueden sistematizarse en tres grandes grupos que a su vez admiten varias subdivisiones. En un primer rubro agruparemos las que se relacionan con los "intereses patronales que necesitan tutela jurídica". En otro comprenderemos las "condiciones y merecimientos personales del empleado". Y en el último las "circunstancias relacionadas con la obligación crediticia, el embargo y el despido". En este mismo orden desarrollaremos nuestras ideas.

- 1) —Intereses patronales que necesitan tutela jurídica. Requerimientos impuestos por las funciones bancarias: A) Exigencias generales por la índole institucional y pública de los bancos y clase de actividades a que se dedican; y B) Exigencias particulares en razón del cargo que se ocupe.

Como se dice en el epígrafe, en el fondo se resumen aquí los requerimientos impuestos al empleado por la naturaleza misma de las funciones bancarias. Se trata de lo que nos atrevemos a designar sin refinamientos terminológicos, como "exigencias" de tipo "general" y de carácter "particular". Las primeras, que emanan de la condición institucional y pública de nuestros bancos y de la clase de actividad a que se dedican; y las segundas, que se originan en el puesto en concreto que ocupe el empleado.

(60) Una sustanciosa síntesis de ellas en Juan D. Pozzo, "Manual teórico práctico de derecho del trabajo", Ediar S. A., Editores, Buenos Aires, 1961. Tomo I, págs. 475 y ss.:

... para establecer si el embargo de sueldo del empleado puede justificar el despido, debe atenderse a la naturaleza de los negocios del principal, conducta, antigüedad, monto del sueldo, funciones del empleado y cuantía de la deuda que motiva el embargo. A lo que podría agregarse el origen de la deuda y hasta el examen de las causas que determinaron al empleado a contraerla, porque indudablemente no puede juzgarse con la misma medida un embargo cuando es una deuda originada por enfermedad o por gastos de alimentación, vestido, educación de los hijos, etc., que aquella que obedeció a gastos suntuarios o de esparcimiento que no guardan proporción con la posición económica del deudor.

También debe tenerse en cuenta la función desempeñada por el empleado, especialmente si está relacionada con el manejo de fondos de la empresa o ligada a intereses económicos de la misma o cuando por su empleo se identifique íntimamente con la empresa, de tal modo que su desprestigio pueda incidir en el crédito y consideración de que goza aquella...

(61) Raramente, si bien no imposible, se configura esa "falta grave" en base a hechos aislados y simples.

A) "Las exigencias generales" vienen a ser deberes especialísimos y de aplicación a todos los empleados bancarios que, aunque no hayan sido expresamente incluidos en los contratos ni en el reglamento, se estiman incorporados a la relación de trabajo en forma tácita en virtud de la naturaleza estatal y pública de nuestros bancos⁽⁶²⁾ y el mecanismo operativo del párrafo primero del artículo 19 del Código de Trabajo⁽⁶³⁾. De la especialidad de estas obligaciones surge una especie de consecuencia dual entrelazada. Respecto de la entidad patronal, el empleado debe observar una conducta señaladamente ejemplar en todas sus actuaciones⁽⁶⁴⁾. Y de otra parte, como derivación de la anterior, sus faltas deben ser juzgadas por los tribunales con mayor severidad, desde luego atendiendo la trascendencia de los actos infractores en relación con aquella naturaleza pública del ente.

La Sala de Casación tiene una clara trayectoria en este sentido, quizás tan definidamente marcada que en algunos casos concretos de despidos por embargo hemos notado cierta tendencia a no considerar otros elementos sobresalientes en la apreciación de la "falta grave". Sin embargo, únicamente nos interesa destacar por su claridad y objetividad, los siguientes conceptos que expresan la directiva de su doctrina jurisprudencial: "...hay que tomar en cuenta, como ya lo dijo esta Sala en caso similar al presente, que las irregularidades cometidas dentro de sus funciones por empleados de instituciones públicas, que tengan relación con los servicios que éstas cumplen, NO SE PUEDEN MEDIR CON EL CRITERIO APLICABLE A LAS EMPRESAS DE CARACTER PRIVADO, porque la confianza y la fe pública en que descansan aquéllas, hacen que esas irregularidades puedan ser graves a juicio de los directores de las instituciones, y por lo mismo encuadrables en el inciso 1) del artículo 81..."⁽⁶⁵⁾

Esta cualificada categoría de obligaciones del empleado resulta determinada también por el negocio bancario en sí, sea la seguridad económica, seriedad, buena fama y demás requisitos nece-

(62) No nos ocuparemos de los que por excepción muy calificada son privados. Con todo, muchos de los principios que estudiamos no variarían por ese solo motivo.

(63) "Artículo 19.—El contrato de trabajo obliga tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriven según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley..."

(64) Vid. infra texto y nota 67.

(65) Sentencia N° 50 de 15:30 hs. de 19 de julio de 1957. La misma Sala reitera estos conceptos, entre otras, en la Sentencia N° 18 de 10 hs. de 9 de marzo de 1964 y en examen de despido por embargo en la N° 97 de 15:15 hs. de 8 de setiembre de 1964.

sarios a su desarrollo normal⁽⁶⁶⁾. Luego entonces, podemos concluir con un tribunal argentino que el empleado bancario "por la importancia de los negocios de su principal, debe mantener insospechadas e inalterables cualidades de moralidad y confianza que éste indudablemente ha tenido en mira al contratar sus servicios, ya que constituyen un elemento esencial para el éxito de sus operaciones"⁽⁶⁷⁾.

→ B) "Las exigencias particulares", las cuales deben sopesarse juntamente con las anteriores, encuentran su origen principal en el cargo que el empleado ocupe. No admite discusión que adquiere caracteres de mayor gravedad el embargo de sueldo del cajero y del que en otra forma esté en contacto con fondos de la institución⁽⁶⁸⁾, que el del mecanógrafo o simple mandadero que no tienen contacto directo ni indirecto con los caudales del banco⁽⁶⁹⁾. Sin embargo, nos apresuramos a aclarar que el manejo directo de dinero no es un hecho definitorio por excelencia. El embargo de sueldo del funcionario que solo autorice créditos, como el de aquel que tiene atribuciones relevantes en la política o administración de la institución, indudablemente son más graves que la falta del cajero, ya que éstos están obligados a adoptar más rígidas reglas de conducta y honorabilidad en sus puestos y en sus vidas privada y familiar. Innecesario sería agregar que a más alto grado de jerarquía y que a medida que acrece la importancia de las funciones, mayor es la responsabilidad que contrae el subordinado hacia

(66) Conf. Guillermo Cabanellas, "Contrato de trabajo", Parte General, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, Vol. III, pág. 363.

(67) Cámara Paz Letrada de Córdoba, Sentencia de 4 de octubre de 1940. En Rev. "Derecho del Trabajo", 1941, Tomo I, págs. 137 y ss.

En este fallo la nombrada Cámara fijó una tesis opuesta a la admitida en fecha posterior por la Cámara Comercial de la Capital en Sentencia de 2 de noviembre de 1942 (Vid. supra texto y nota 59), ya que prescribió: "La prohibición de tener embargo sobre el sueldo, consignado en el reglamento interno de un instituto bancario, no es contraria al orden público y por tanto la violación de la misma por parte del empleado que al ingresar en el Banco conoció dicho reglamento y se comprometió a cumplirlo, constituye una injuria que justifica su despido". Vid. comentarios de la Redacción de la citada Revista a esta resolución, págs. 137 y 138.

(68) Cfr. Guillermo Cabanellas, "El contrato . . .", Vol. III, cit., pág. 363.

(69) La Sala 1ª de la Cámara de Apelaciones de Trabajo de la Capital (Buenos Aires), sustentó un bien fundado criterio en resolución de 25 de noviembre de 1947:

"Los reiterados embargos no constituyen justa causa de despido cuando se trata de un empleado que NO MANEJABA FONDOS y que se desempeñó siempre correcta y eficazmente, no mereciendo jamás observación alguna". En Rev. "Derecho de Trabajo", 1948, Tomo VIII, pág. 212.

La reiteración de embargos en el empleado bancario, no obstante, está prevista como justa causa de despido en la legislación argentina: art. 3 Ley 12637 e inciso f) art. 8º Decreto Nº 89624 que la reglamenta. Opus cit., 1941, Tomo I, págs. 85 y ss.

la institución y mayor el rigorismo con que deben apreciarse las infracciones al cumplimiento de los deberes que le atañen⁽⁷⁰⁾.

La "confianza" que debe presidir el desenvolvimiento de esta especie de relación laboral⁽⁷¹⁾, es otro elemento que alcanza relieve en la evaluación de los actos de indisciplina del empleado bancario que importen trasgresión a tan importante obligación de su parte. Y ni que decir tiene si la falta que se imputa es precisamente la de embargo de sueldo. Nuestra jurisprudencia bajo ciertas condiciones estima en general la "pérdida de confianza" como "falta grave"⁽⁷²⁾ y cuando se trata de despido por embargo es uno de los aspectos en los que más repara, a extremo de que la Sala de Casación, en punto de vista que no compartimos enteramente, parece haber calificado a todos los empleados de banco como **servidores de confianza**⁽⁷³⁾.

En el tema que venimos desarrollando en torno a los "intereses patronales que necesitan tutela jurídica", bien cabría un párrafo final sobre "Exigencias reglamentarias" en el que se tocaría el problema específico de la obligación de "levantar" el embargo en un lapso determinado, so pena de despido, que se establece en los reglamentos internos de trabajo de los bancos. No obstante, por razones de sistemática preferimos abordar esta cuestión páginas adelante⁽⁷⁴⁾.

(70) Conf. fallo de 22 de febrero de 1949 de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones de Trabajo de la Capital (Buenos Aires), En Rev. "Derecho del Trabajo", 1950, Tomo X, pág. 45.

(71) Sin mayores explicaciones damos por descontado que de conformidad con el artículo 578 del Código de Trabajo existe relación laboral entre los bancos y sus empleados, a pesar de ser éstos servidores públicos. El texto, pues, ha orillado las corrientes científicas más generalizadas que rechazan esa naturaleza jurídica. El antedicho artículo expresa literalmente:

"Trabajador del Estado o de sus Instituciones es toda persona que preste a aquél o a éstas un servicio material, intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento que le fuere expedido por autoridad o funcionario competente, o por el hecho de figurar en las listas de presupuesto o en el pago por planilla. Cualquiera de estas últimas circunstancias sustituye, para todos los efectos legales, al contrato escrito de trabajo".

(72) Vid. amplitud de criterio en Sentencia ref. en nota 45.

(73) "... es conveniente agregar, que la referida disposición reglamentaria tiene en realidad que ser de estricto cumplimiento, si se repara en que los empleados de Banco son servidores de CONFIANZA, cuya situación económica no debe estar sujeta a condiciones apremiantes, tanto por el riesgo que ello implicaría para la institución, como por el propio prestigio de que debe estar rodeada la misma..." Cfr. Sentencia Nº 97 de 15:15 hs, de 8 de setiembre de 1964.

(74) Infra 3) "Circunstancias relacionadas con la obligación crediticia, el embargo y el despido".

2)—**Condiciones y merecimientos personales del empleado:** A) De carácter profesional; y B) De naturaleza extraprofesional.

Las condiciones y merecimientos personales del empleado participan significativamente, influyendo negativa o positivamente. Por así decirlo, como “**circunstancias agravantes**” y como “**circunstancias atenuantes**”. La conducta desordenada del empleado bancario⁽⁷⁵⁾ repercute desfavorablemente y puede conducir —casi diríamos conduce— a que el embargo sea valorado **ipso jure** “**falta grave**”⁽⁷⁶⁾; mientras que una intachable y proba actuación dentro y fuera del empleo fehacientemente demostrada, puede no sólo llegar a atenuar la falta sino también a enervar toda posibilidad de que se la califique de “**grave**”, particularmente si otros factores coadyuvantes intervienen simultáneamente⁽⁷⁷⁾.

Tan escuetas afirmaciones bastan a los efectos de resaltar la importancia de estos nuevos elementos valorativos —cuyo estudio en línea general en modo alguno podemos dejar de tratar— y nos permiten, del propio modo, insistir en lo que tanto hemos repetido: que es prácticamente imposible tratar de generalizar fórmulas estrictas de solución en materia tan huidiza y delicada, en la que hasta el sencillo detalle de hecho es capaz de actuar con influencia señalada en la estimativa judicial⁽⁷⁸⁾.

(75) Atinente a ese tema vid. Pérez Benito, “*La conducta desordenada del empleado bancario*”, en Rev. “*Derecho del Trabajo*”, 1944, Tomo IV, págs. 193 y ss. (Nota a fallo).

(76) La jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo se ha orientado en esa dirección, en oportunidades infiriendo la conducta desordenada de los repetidos embargos injustificados: “... En la especie, son tan numerosos y frecuentes los embargos decretados en bienes del actor, que revelan una CONDUCTA DESORDENADA DE SU PARTE y justifican el despido que se produjo cuando no pudo levantar el último embargo en el término que se concedió al efecto”. Sentencia N° 848 de 25 de mayo de 1962. En esta misma Sentencia —según se ve del texto transcrito a que se refiere la nota 58— el Tribunal excluye los embargos justificados acogiendo normas del derecho argentino. Cfr. además jurisprudencia y derecho argentinos cit. en nota 69.

(77) La regla no es invariable, desde luego.

(78) Esa dificultad, por lo demás, se presenta igualmente con otras faltas, y se identifica con el problema general ya examinado de apreciar “vez a vez” lo que constituye “falta grave”. La Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Trabajo a las 16:05 hs. de 28 de octubre de 1955 es clara al respecto:

“... Cabe decir que, para determinar si una falta constituye o no causal de justo despido, no es necesario que se establezca en la ley en forma pormenorizada cada una de las que facultan esa decisión, sino que basta con que determine causas amplias que permitan comprender en ellas los diversos casos particulares, como lo hace nuestra legislación laboral, donde a la par de los motivos justos de despido, expresados en forma detallada en el artículo 81 del Código de la materia, establece, en el inciso 1) de ese precepto, una causa especial, cual es la de que el trabajador incurra en una falta grave a las obligaciones que le impone su contrato de trabajo, cuya amplitud permite incluir en ella muchos otros conceptos no previstos especialmente por el legislador”.

Estas “**circunstancias**” personales del empleado las analizaremos de acuerdo con una clasificación bipartita, en subgrupos que denominaremos “**profesional**” y “**extraprofesional**”.

A) “**De carácter profesional**” son aquellas condiciones y merecimientos personales del empleado, relacionados en alguna suerte de forma más o menos directa con el ejercicio de su profesión u oficio y el cargo o cargos desempeñados en la institución.

La **antigüedad** ininterrumpida de servicios es, naturalmente, un primer elemento a considerar⁽⁷⁹⁾. Procede razonablemente admitir que el grado de estima, consideración y gratitud del empleador hacia el trabajador, debe estar sustancialmente influido por el tiempo que ha sido beneficiario de sus servicios.

La **consideración**, asistencia y protección —como deberes jurídicos—⁽⁸⁰⁾, y el **agradecimiento** —como deber moral y ético— a nuestro entender constituyen obligaciones patronales que varían en intensidad según el empleado tenga unos pocos meses de trabajo a sus órdenes o una larga y respetable antigüedad de años.

Un enfoque superficial puede guiar a la equívoca idea de que el tiempo de trabajo nada tiene que ver con la ponderación de la falta. Pero es de claridad meridiana que una falta leve en un trabajador con poca antigüedad puede calificarse como sinto-

(79) La jurisprudencia extranjera, particularmente la argentina, se distingue por considerar a menudo aquel elemento en la apreciación de cualquier falta invocada como justa en el despido, no exclusivamente en el caso del embargo. Remitimos a la Revista “*Derecho del Trabajo*”, que dirige Mario L. Deveali, referencias concretas en sus Repertorios. Vid. págs. 215 y ss., Nos. 20 y ss. del Repertorio de los años 1941-1955. Sobresale el siguiente extracto de la Sentencia de 4 de junio de 1941, dictada por la Sala II de la Cámara Paz Letrada de la Capital:

“El despido, por la gravedad de las consecuencias que trae aparejadas tanto para el principal como para el empleado u obrero, no puede ser, para que se lo califique de justificado, sino la sanción correlativa, directa e inmediata, a una falta muy grave; esto tanto más, cuando las causas que se invocan para justificarlo no encuadran concretamente en ninguno de los supuestos contemplados expresamente por la ley.

No constituye justa causa de despido el hecho del empleado que hizo figurar en una planilla tres operaciones de venta que no había efectuado, cuando se trata de un empleado que ha trabajado correctamente durante casi 9 años y que no percibía comisión sobre las ventas realizadas, lo que hace suponer que las omisiones inculpadas no fuesen voluntarias, y sin que se probara que ellas causaron perjuicio a los intereses de la empresa”.

(80) Sobre su concepto y fundamentos, Pérez Botija, “*Curso...*”, págs. 190, 191, 192 y notas; y “*Manual*”, escrito con Bayón Chacón, Vol. I, págs. 409 y ss. Este último se separa de Pérez Botija y busca un fundamento jurídico en el Derecho de obligaciones.

La Declaración III N° 4 del Fuero del Trabajo (España), refiriéndose a las relaciones entre empleadores y empleados, dispone: “... El contenido primordial de dichas relaciones será, tanto la prestación del trabajo y su remuneración, como el recíproco deber de lealtad, la asistencia y protección en los empresarios y la fidelidad y subordinación en el personal”.

El derecho positivo costarricense carece de una declaración general semejante. Vid. notas 82 y 83. *Art 89 inc c-h F l e h ?*

máticamente grave⁽⁸¹⁾. ¿Entonces, sería acaso buena norma que la institución bancaria —valga la hipótesis como argumento— estuviera autorizada sin cortapisas para lanzar al olvido la lealtad y colaboración recibidas con motivo de una prolongada y estimable antigüedad, por medio de la que incluso el empleado ha podido hacer carrera administrativa especializada, y tal vez, por la misma, hasta dificultársele encontrar cargo equivalente, siendo así que habría de acudir en busca de colocación precisamente a otro banco que le exigiría atestados y referencias de anteriores empleadores?

Estimamos oportuno recordar que el contrato de trabajo no es un nexo exclusivamente económico-patrimonial, sino un negocio jurídico que especialmente supone trascendentales vinculaciones personales⁽⁸²⁾, morales y espirituales que superan en mucho la vieja concepción del trabajo como simple fuerza instrumental, para elevarlo a la condición de objeto éticamente valioso⁽⁸³⁾; que es un vínculo obligacional que importa una actividad esencialmente personal y humana que exige un trato acorde con esa naturaleza⁽⁸⁴⁾.

La antigüedad, pues, en la medida misma que permita su extensión es un elemento de juicio valioso —aunque no decisivo por sí solo— en la calificación de la falta. La directriz la imprime inclusive el derecho positivo⁽⁸⁵⁾, al condicionar sinnúmero de derechos laborales y afines al tiempo de servicio, como sucede con el preaviso y su indemnización sustitutiva, el auxilio de cesantía⁽⁸⁶⁾, el régimen jubilatorio y de retiro, etc.⁽⁸⁷⁾. Sin contar que no en

(81) Cabanellas, "Contrato . . .", cit., pág. 316.

(82) Nuestra jurisprudencia siempre ha puesto énfasis en el contenido ético del contrato de trabajo. Son profusas las sentencias de la Sala de Casación y del Tribunal Superior de Trabajo en relación a ese particular. De éste podemos transcribir las siguientes manifestaciones contenidas en la Sentencia N° 343 de 16 hs. de 2 de abril de 1956: "El Derecho del Trabajo no puede tutelar los intereses de aquellos . . . que por su conducta alteren el normal desarrollo de una relación que implica para las partes UN GRADO DE CONSIDERACION PERSONAL, que se traduce en deberes recíprocos, cuyo respeto por ambos contratantes constituye la base de la tutela jurídica de sus intereses".

(83) El artículo 56 de la Constitución Política enérgicamente rechaza cualquier estimación del trabajo como simple mercancía. Cfr. también inciso c) art. 69 del Código de Trabajo.

(84) Cfr. Carlos L. Argimón, "Relaciones del trabajo y colaboración en la empresa", G. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1954, págs. 209 y ss.; Pérez Botija, "Contenido ético del contrato de trabajo", en su "Curso . . ." págs. 180 y ss.; y "Humanismo en la relación laboral", Discurso correspondiente a la apertura del curso académico 1953-1954, Universidad de Madrid, Estados, Artes Gráficas, 1953. Didaoui, "Teoría general de las obligaciones en el derecho del trabajo", México, 1945, págs. 25, 26, 48, 368 y ss. Vid. notas 82 y 83.

(85) Y del propio modo la jurisprudencia. Infra nota 79.

(86) Artículos 28 y 29 del Código de Trabajo. Conf. art. 31 ibídem.

(87) Vid. en forma más amplia otras derivaciones de la "antigüedad", en Deveali, "Lineamiento de Derecho del Trabajo", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, págs. 257 y ss.

vano algunas legislaciones en los supuestos de despido por "disminución o falta de trabajo", imperativa y terminantemente ordenan al empleador proceder por orden de antigüedad e iniciar la cesantía con el personal menos antiguo⁽⁸⁸⁾.

A pesar de lo reseñado debemos tener presente que en ocasiones una larga antigüedad —lo que puede valer también para las restantes buenas condiciones profesionales y extraprofesionales del empleado— no es digna de tomarse en cuenta. O lo que es más significativo, que no sólo no sea atenuante sino por el contrario agravante de una situación. En punto a una falta de disciplina notablemente seria, cabe decir con el Tribunal Central de Trabajo de España, que "no puede ser atenuada por la circunstancia de los años que lleva el trabajador al servicio de la empresa; pues, si es cierto que la larga existencia de una relación de trabajo debe llevar al empresario a guardar consideración al trabajador, también es evidente que no le impide hacer uso de facultades que le competen y que éste no puede impedir con su propio criterio, obligándole también su dilatada prestación de servicio a un más exacto cumplimiento de la disciplina y a la colaboración en la buena marcha de la empresa"⁽⁸⁹⁾.

Por otro lado, la responsabilidad, competencia, seriedad, dedicación al trabajo; y el respeto, la disciplina y en general los demás antecedentes del empleado, deben asimismo examinarse⁽⁹⁰⁾. Ya para juzgar con equidad la gravedad de la falta; ya con el fin de establecer en qué medida el empleador se ha ceñido o apartado de la "buena fe probada", entendida ésta en su significación objetiva de cumplimiento honesto y escrupuloso de los deberes contractuales, que obliga a las partes a una conducta recíproca de lealtad y a proscribir toda idea de engaño, mala intención y sorpresa, no sólo en la negociación, formación y ejecución, sino también y de manera muy especial en la EXTINCION del contrato de trabajo⁽⁹¹⁾.

(88) V. gr. el controvertido Decreto-Ley argentino 33.302/45.

(89) Sentencia de 22 de noviembre de 1954, ref. Carro Igelmo, loc. cit., pág. 130. Conf. los comentarios de Guillermo Cabanellas, "Contrato . . .", cit., pág. 316.

(90) Así jurisprudencia notas 69 y 79.

(91) Cfr. párrafo primero art. 19, Código de Trabajo en nota 63.

Máximo Daniel Monzón, "La fidelidad y la buena fe en el contrato de trabajo", en Rev. "Derecho del Trabajo", 1949, Tomo X, págs. 343 y ss.; Messineo, "Doctrina General del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, Tomo I, pág. 5 y posterior desarrollo, especialmente págs. 10 y ss., y Tomo II, págs. 206 y 207. Otros alcances de la buena fe, en "Los factores condicionantes . . .", cit., págs. 31 y ss.

B) “De naturaleza extraprofesional”: Encasillamos aquí las condiciones y cualidades personales no vinculadas tan directa o inmediatamente como las anteriores al ejercicio de la profesión o puesto bancario que se ocupe, pero que eventualmente pueden ser —y de hecho lo son en determinadas circunstancias de modo, momento y lugar— tanto o más importantes que las profesionales para el desempeño de las funciones bancarias con absoluta garantía para los intereses del empleador (o para decidir si existe grave peligro para ellos); y tanto o más importantes que aquéllas para fijar el alcance de la falta cometida⁽⁹²⁾ (92 bis).

Nos estamos refiriendo a los hábitos, costumbres, carácter, formación moral, educación, honradez, honorabilidad, tipo de amistades, y en general a todo lo que pueda incluirse en la amplia expresión “vida privada y familiar” del empleado bancario, que

(92) Ocioso es aclarar que el principio aparte de que no es absoluto, es reversible.

(92 bis). Aunque no se refieren al embargo en concreto, las siguientes conclusiones del Tribunal Superior de Trabajo ilustran cómo conductas “extraprofesionales”, pueden influir y aun constituir “falta grave”. El interesante fallo es de 15:45 hs. de 12 de marzo de 1963:

“Al establecer la ley (Artículo 71 del Código de Trabajo) que el trabajador debe observar buenas costumbres durante las horas de trabajo, es indudable que esa obligación, de naturaleza social, se instituyó en consideración a la comunidad, más que en consideraciones a las partes, pues siendo el contrato de trabajo una cuestión económica, la moralidad nada tendrá que ver con la misma, de ahí que sean normas de decoro social las que sanciona la ley en los casos en que el trabajador falta a esa obligación. Ahora bien, en el caso concreto quedó evidenciado que el actor cometió adulterio con la esposa de un compañero de labores que habitaba dentro de la finca donde ambos prestaban servicios de peones, y que además de eso se llevó a vivir con él a la dicha señora en forma marital junto con uno de los hijos de ésta con su esposo. En esas condiciones resulta obvio que tal hecho produce consecuencias en relación al vínculo contractual que redundan en causal de justo despido, sin que importe para medir la gravedad de su falta el que ella tuviera lugar en las horas de trabajo o fuera de ellas, se interrumpieran o no las labores, pues basta que se rompiera el orden que debe reinar en todo centro de trabajo para que se constituya en causal de justo despido; y es claro, que el hecho cometido por el accionante, aunque en un principio no produjera consecuencias que alteraran la disciplina en el centro de trabajo, ni la convivencia y armonía entre ambos protagonistas del suceso narrado, ello no quiere decir, en forma alguna, que tal acción cometida por el actor deje de ser ofensiva para el compañero burlado en su honor, y contraria a la moral y las buenas costumbres dentro de una sociedad que se rige por los principios de la moral cristiana, así como tampoco pueda afirmarse que con el andar del tiempo lo que ahora, según el juzgador de instancia fue interpretado como suceso sin importancia por el ofendido por tener tanto éste como el ofensor un concepto avanzado y moderno de la lealtad conyugal, el día de mañana se traduzca en un acto de violencia por la ofensa grave que el actor hizo a su compañero de labores, ofensa que, pese a los principios de moral y avance social que sustenta el juzgador de instancia al fundamentar su fallo para restarle importancia, siempre ha de quedar en potencia dentro del sujeto agraviado, y como tal puesta en cualquier momento y por cualquier motivo a desencadenar en actos graves que, muy bien se pueden eliminar o al menos evitar en gran parte, con la separación del trabajador culpable del lugar en que el ofendido presta sus servicios. Por consiguiente estima este Tribunal que la falta cometida por el actor en daño de uno de sus compañeros facultó a su patrono para despedirlo sin responsabilidad de su parte, a tenor de lo dispuesto en los incisos a), b), c) y 1) del artículo 81 del Código de Trabajo”.

directa o indirectamente, en beneficio o en perjuicio, es susceptible de repercutir en el ejercicio de su profesión o cargo y atenuar o agravar la calificación de la falta.

El orden, la honestidad, rectitud e integridad de un empleado, unidos a un sobrio, metódico y austero régimen de vida del que estén ausentes el desmedido uso del crédito y los moralmente reprobables hábitos del juego y la bebida, definen sendos panoramas de hecho y de derechos opuestos por antonomasia a los que pueden resultar si el funcionario es de conducta desordenada, entendiéndose por actos que entrañan conducta desordenada los puntualizados por el Decreto argentino 89624, que aquí interesan para dar mayor claridad a nuestras ideas: “Los que puedan desacreditar moralmente al empleado, provocar dudas sobre su honorabilidad, la frecuentación de casas de juego o hipódromos, el abuso habitual de bebidas alcohólicas, el trato corriente con personas de vida irregular y, en general, las costumbres disolutas”⁽⁹³⁾.

3) —Circunstancias relacionadas con la obligación crediticia, el embargo y el despido.

Aun en un desarrollo de matices genéricos como el nuestro, no es factible alcanzar una visión integral sin aludir al menos en forma igualmente genérica a algunos de los rasgos fundamentales relacionados con la constitución de crédito o adquisición de la deuda, el incumplimiento de la obligación que genera el embargo y el despido ejercitado por el empleador⁽⁹⁴⁾. En estas tres diferentes fases suelen surgir “circunstancias” que unas veces por sí solas y otras aunadas con las pertenecientes a grupos ya estudiados, son capaces de asumir características acentuadamente importantes en el examen de la falta.

A) Entre las “circunstancias” relacionadas con la obligación crediticia⁽⁹⁵⁾, “el origen” de la deuda merece atención delicada. Es de equidad, por ejemplo, saber distinguir cuándo la obligación

(93) Benito Pérez, loc. cit. en nota 75.

(94) Trataremos de apuntar *exclusivamente*, como queda dicho, algunos de los aspectos más trascendentes. Independientemente de que es materialmente imposible cubrirlos todos, tampoco nos mueve el afán de enunciar el mayor número. Nuestro propósito se modesto en el *quantum*, pero no ocultaremos que es pretencioso en lo que concierne al señalamiento de directivas que *faciliten* determinar la justa dimensión de aquellos hechos a los cuales no nos refiramos.

(95) Bajo ese apartado y conforme a las aclaraciones de la nota inmediata anterior, veremos únicamente cómo pueden influir las causas que llevan al empleado a contraer la deuda y la cuantía de ésta. En las primeras incluiremos el problema particular del otorgamiento de fianza a familiares, hecho muy generalizado en nuestro país.

que da nacimiento al embargo ha sido contraída por **razones atendibles**: Asistencia médica y farmacéutica, alimentos, vivienda, sucesos imprevistos y fuera de la voluntad del empleado, como accidentes, incendio, etc.⁽⁹⁶⁾. Y cuándo por motivos **inatendibles, éticamente criticables o peligrosos** para el empleador: Respectivamente, v. gr., “gastos suntuarios o de esparcimiento”⁽⁹⁷⁾, negligencia en el manejo de la hacienda particular que conduce a un ejercicio abusivo de crédito y vicios graves como el juego y el de ingerir bebidas alcohólicas. El primer caso enmarca en supuestos de conducta realmente normales. El segundo no.

También puede interesar distinguir si la obligación origen del embargo fue adquirida **directamente y en provecho personal** o en virtud de **fianza otorgada por el empleado**. Verdad es que conforme al Derecho común la fianza —sobre todo la solidaria— obliga al otorgante en los mismos términos que al deudor, y que en principio pareciera que no hay argumentos aceptables para separarse de esta regla en lo laboral cuando de apreciar la “**falta grave**” se trate. Empero no lo es menos que por ello no dejan ser dignas de tomar en cuenta las **situaciones de excepción**.

La fianza conferida al padre, al hermano u otro pariente cercano, generalmente asume caracteres de actitud humanamente comprensible dentro del marco normal de las relaciones familiares. Por consiguiente, siempre que conlleve clara manifestación de ser un gesto de confianza familiar, es desaconsejable presumir, en el otorgamiento de ella, conducta irregular del empleado. Especialmente si se estima que en no escasas oportunidades la fianza se convierte en un acto social y moralmente obligatorio⁽⁹⁸⁾. Además, si cierto es que el empleado no debe ignorar las responsabilidades que adquiere, también es cierto que nadie —salvo en casos excepcionales— accede a constituirse en garante de una obligación con la finalidad clara y preconcebida de que tendrá que pagarla, ya que desde un ángulo estrictamente subjetivo, la fianza, valga la repetición, es un acto de confianza y se otorga porque se confía en que el directamente obligado cumplirá.

Como la fianza, otras realidades cercanas y semejantes tienen entrada al terreno de la reflexión del juzgador. Todas nuestras

(96) Basándose en legislación y jurisprudencia extranjeras, el Tribunal Superior de Trabajo ha mencionado “*motivos justificados*” de ese tipo. Vid. el texto a que se refieren las citas de la nota 58.

(97) Juan D. Pozzo, “*Manual . . .*”, Tomo I, págs. 475 y ss. Ref. not 60.

(98) No solamente por aquel vínculo de parentesco, sino hasta por razones de amistad íntima.

consideraciones casi que han venido gravitando sobre el **embargo definitivo** que recae sobre el sueldo por la falta de pago de una suma de dinero recibida por el empleado a “**préstamo**” o en “**arrendamiento**”, obligación que de ordinario se consigna en título ejecutivo y que consiguientemente es de naturaleza indudable.

Mas se debe tener presente también que una variada gama de disposiciones legales facultan para que el embargo irrumpa con gran libertad y en cualquier momento —tal vez en el menos esperado— y que asimismo la **naturaleza de su causa o de los móviles que intervienen en él**, pueden obligar a discernir sobre “**circunstancias**” quizás no tenidas en mente. En efecto, ora porque el embargo sea injusto o porque obedezca a mala fe de un tercero que se pretende acreedor, o que siéndolo embarga maliciosamente el salario y no otros bienes disponibles; ora porque la obligación esté siendo objeto de discusión judicial; o bien porque medien otras “**circunstancias**” excusables que impidan del todo entrever malos atributos del empleado, en éstas o análogas condiciones, repetimos, necesario es establecer diferencias de calificación en los alcances del embargo como falta. De ahí precisamente que el **embargo definitivo antedicho, pueda diferir sustancialmente del embargo preventivo que se decreta en un juicio ordinario o del que provenga de responsabilidad civil por un accidente de tránsito, entre otros**.

“**La cuantía**” de la deuda ordinariamente permite hacer juicios calificativos de interés.

Motivos de vecindad exigen medirla en conexidad con el **origen del crédito y el monto del salario**. Es un elemento que agrava la falta del empleado si asciende a suma que traspone los límites comunes trazados por la moderación y el buen sentido. Y se torna decisiva cuando aparte de elevada y proveniente de conducta dudosa del empleado, no guarda la debida proporción con la retribución que recibe éste⁽⁹⁹⁾. A la inversa, no se la puede señalar como un hecho peligroso a los intereses de la institución,

(99) Esa tesis fue acogida por la Sala de Casación en Sentencia N° 97 de 15:15 hs. de 8 de setiembre de 1964: “*. . . el actor no debió haber contraído una deuda que resultaba elevada para sus posibilidades de pago, como fue el préstamo fiduciario de diez mil colones que obtuvo del señor . . . , si se toma en cuenta que el salario recibido por aquél en los últimos seis años, fue de mil doscientos treinta y dos colones por mes; y menos aún si se repara en que su situación económica era bastante comprometida, por tener a su cargo numerosas deudas y obligaciones . . .*”

caso de ser moderada⁽¹⁰⁰⁾ y suscrita en condiciones de ser satisfecha por el empleado con sus ingresos normales⁽¹⁰¹⁾.

B) En las “circunstancias relacionadas con el embargo” pueden incluirse con absoluta propiedad las reseñadas anteriormente a propósito de la amplitud del derecho que existe para solicitar el embargo y en las consecuentes actuaciones maliciosas a que da lugar en ocasiones el ejercicio de esa facultad jurídica. De manera que ahora nos limitaremos simplemente a indicar otra veta de incontables y ricas perspectivas de hecho.

a) Si importante es el análisis de los motivos que llevan al empleado a contraer la deuda, por idéntica importancia creemos que el juez no debe descuidar el estudio de las “causas que lo llevan a incumplir la prestación” y de suyo provocar el embargo sobre el sueldo, sean o no tales causas exculporias de responsabilidad de acuerdo con las normas legales respectivas que rijan la obligación.

Si la imposibilidad de cumplimiento es debida a suceso que extingue la obligación con efectos liberatorios completos para el empleado (deudor) de conformidad con el derecho positivo aplicable⁽¹⁰²⁾, difícilmente el embargo podría dar pie para que se configure la “falta grave”. Las razones son muchas —quizás como hipótesis puedan imaginarse—, pero tan obvias que justifican su omisión. Y si el incumplimiento es culpable, la causa o causas aunque no sean extintivas de responsabilidad pueden ciertamente

(100) Cfr. fallo de 2 de noviembre de 1942 de la Cámara Comercial de la Capital, en Rev. “Derecho del Trabajo”, 1943, tomo III, pág. 80.

(101) Pese a su indiscutible base jurídica y al hecho de constituir clara contrapartida de la tesis que sustentó en la Sentencia Nº 97 de 15:15 hs. de 8 de setiembre de 1964 (Vid nota 99), esa segunda postura no la ha admitido la Sala de Casación.

El Tribunal Superior de Trabajo con el fino acierto que a veces parece ser patrimonio exclusivo de los jueces especializados en la materia, sí ha declarado de recibo este criterio en reiteradas resoluciones.

(102) P. ej. regla general del art. 702 del Código Civil (fuerza mayor, caso fortuito, hecho del acreedor). Cfr. en relación, arts. 703 y ss., 699, 830, 831, 832, 833, 834, 1071, 1155, 1268 y 1048, párrafo 5º, todos del propio Código Civil.

Cfr. Manresa y Navarro, “Comentarios al código civil español”, Reus, 3ª ed., tomo VIII, págs. 346 y ss.; Castán Tobeñas, “Derecho civil español, común y foral”, Reus, Madrid, 1958, tomo III págs. 304 y ss.; Karl Larenz, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, págs. 147 y ss.; Mário J. Bendersky, “Incumplimiento de contrato”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1963, págs. 71 y ss.; y en derecho costarricense, Umaña Soto, “Del caso fortuito y la fuerza mayor”, tesis para optar al grado de Licenciatura discutida en 1966, págs. 32 y ss. y 40 a 49. Y del Seminario de Obligaciones de la Facultad de Derecho, dirigido por el autor de este ensayo, “El incumplimiento de obligaciones contractuales”, 1964, págs. 24 y ss., 46 a 75 y 76 a 85.

requerir análisis en el plano laboral. Si el empleado incumple por tener su economía personal en desorden y harto comprometida, son grandes las posibilidades de que incurra en “falta grave” de no “levantar” el embargo en tiempo⁽¹⁰³⁾, así como sería una importante “circunstancia” atenuante si se ha visto comprometido a hacer fuertes y extraordinarios desembolsos a causa de una enfermedad.

b) Las “causas que impiden al empleado levantar el embargo” —que no siempre se identifican con las que originan la imposibilidad de cumplimiento de la obligación—, comúnmente se presentan claramente reveladoras en punto a la conducta seria o despreocupada del empleado frente a lo que en principio constituye una infracción al reglamento interior de trabajo. Pueden también revelar indicios manifiestos que faciliten juzgar la conducta del empleador al efectivizar el despido. Dicho en términos más claros, permiten el enfrentamiento —como el reexamen de ambas caras de una moneda— de dos conductas ante un mismo hecho: La injusta del empleador que ordena atropelladamente la destitución del empleado honesto, responsable y ejemplar, que no se ha hecho acreedor a sanción disciplinaria ninguna en una larga antigüedad y que no participa en el tráfico de dinero, sin parar mientes en el congajoso problema económico transitorio que lo afecta y le obstaculiza “levantar” el embargo. Y la irregular del funcionario de dudosa integridad que, sin tener una limpia trayectoria al servicio de la institución bancaria, hace procedente y justificado el despido por sus costumbres disolutas y hábitos indeseables que sitúan en entredicho el buen nombre y la seguridad de los fondos del banco⁽¹⁰⁴⁾.

c) Debemos observar que en el estudio de los motivos que imposibilitan el “levantamiento” del embargo, deben tenerse presente en no extraños casos, tanto el plazo que da el banco para ese objetivo, como la diligencia que despliegue el empleado para “levantarlo” dentro del lapso que se le señale. Es interesante adicionar que no ha escapado a la suspicacia del Tribunal Superior de Trabajo, la valorización de estas “circunstancias” aparentemente de detalle: “. . . En la especie —dijo el Tribunal— el actor HIZO LAS GESTIONES NECESARIAS PARA LEVANTAR EL EMBARGO QUE HABIA RECAIDO EN SU SALARIO, SI BIEN

(103) Vid. en este sentido, Sentencia de la Sala de Casación, cit. nota 99.

(104) Huelga decir que en ese supuesto el despido es justificado con prescindencia del embargo.

DESPUES DE VENCIDO EL ANGUSTIOSO TERMINO QUE SE LE CONCEDIO AL EFECTO, y por otra parte, no resulta evidente que la posición de aquél fuera de gran responsabilidad, en lo que respecta al manejo de dinero... Atendiendo a todas las consideraciones expuestas... el hecho examinado no constituye causal de despido...⁽¹⁰⁵⁾ (105 bis).

El plazo establecido por el banco y la diligencia del empleado para "levantar" el embargo, pueden prestarse en su interpretación conjunta, para lograr finas y acertadas conclusiones. Así, el plazo —que normalmente es corto habida cuenta de justificadas razones⁽¹⁰⁶⁾—, debe ser objeto de inteligente aplicación por parte de la institución empleadora, de acuerdo con los resultados que pueda esperar del empleado basándose en las condiciones personales de éste (profesionales y extraprofesionales). En consecuencia, rima con la más estricta razón que deba aplicarlo con flexibilidad —y si es del caso hasta conceder prórroga— si se trata de empleado de cualidades y atestados magníficos, ya que de sus ejecutorias el banco no puede esperar otra respuesta que no sea la del empleado digno y ejemplar: Que será suficientemente diligente y responsable para rematar con buen éxito, en más o menos tiempo, las gestiones indispensables para "levantar" el embargo. En cambio, el banco no se excedería en sus facultades reglamentarias de aplicar el plazo con rigor y perentoriamente, al funcionario que carece de esas condiciones y cuyo expediente esté manchado con abundante y variada escala de faltas, ya que de antemano está en posibilidad de presumir que, cualquiera sea la extensión del término, no se ocupará mayormente de "levantar" el embargo, sin dejar de ver que también se justificaría esa rígida aplicación por el peligro que corren sus intereses.

d) El subtema de las "circunstancias relacionadas con el embargo" no puede tocar a su fin sin antes cuestionarnos el caso de que no sea uno, sino varios, los embargos recaídos en la remuneración del empleado bancario.

(105) Sentencia de 15:10 hs. de 11 de enero de 1956.

(105 bis). En cuanto a términos para "levantar" el embargo, vid. nota 106.

(106) Antes de 1954 el Reglamento Interior de Trabajo del Banco Nacional de Costa Rica señalaba un plazo de 24 horas, actualmente lo fija en 48 horas (art. 9º inciso f); el del Banco Central de Costa Rica, habla de 6 días (art. 333 inciso f); el del Banco Anglo Costarricense establecía 3 días y con motivo de reforma del artículo 8º inciso 1), parece que desapareció del todo la tipicidad de la falta que estudiamos; y el del Banco de Costa Rica, igualmente parece no tener previsión expresa de la falta.

En tal eventualidad puede suceder que los embargos incidan en el salario simultáneamente o en un corto tiempo, o bien que concurren en períodos más o menos prolongados. En los dos primeros casos hay motivos fundados para pensar en una falta más seria que en el último⁽¹⁰⁷⁾. Pero como quiera que sea, los tres imponen la regla presuntiva —en tanto y en cuanto llevan insita la reiteración— de que existe conducta desordenada en el empleado⁽¹⁰⁸⁾. No obstante, por tratarse de una presunción *juris tantum*, esa regla, que agrava la situación del empleado en la calificación de la falta, puede destruirse con probanzas en contrario⁽¹⁰⁹⁾, así como también puede terminar de verse favorecida la posición del empleado —bajo determinadas condiciones— con la excepción de prescripción⁽¹¹⁰⁾ (110 bis).

C) "Circunstancias relacionadas con el despido" son todas las que hemos analizado hasta aquí, ya que de forma mediata o inmediata, en una u otra situación, participan calificando ese acto

(107) La posibilidad contraria también se puede dar fácilmente.

(108) En este mismo sentido jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo. Vid. ref. en nota 76.

(109) No sólo destruir la presunción, sino hasta impedir del todo que los reiterados embargos constituyan justa causa de despido. Cfr. ref. de jurisprudencia y legislación argentinas en nota 69.

Vid. además en nota 110, las serenas y juiciosas consideraciones del Tribunal Superior de Trabajo contenidas en su sentencia N° 2375 de 15:25 hs. de 2 de noviembre de 1965. Revoc. Sala de Casación desafortunadamente y en rudo golpe para los principios del Derecho del Trabajo costarricense.

(110) Así, Tribunal Superior de Trabajo en Sentencia de 15:25 hs. de 2 de noviembre de 1965. En esta resolución el Tribunal logró una acabada y perfecta síntesis de muchas ideas que hemos expuesto:

"... como en autos se ha tenido por probado que el actor se distinguió en todos los puestos que desempeñó en el Banco como un funcionario competente, honrado y plenamente dedicado al trabajo, si en el puesto que desempeñaba no tenía que manejar dinero, si no se ha atribuido al actor ninguna irregularidad o desorden en su vida privada, si los cuatro últimos embargos se originaron en la misma obligación que el actor suscribió como fiador, si no se comprobó que los tres embargos anteriores o por lo menos alguno de ellos se produjera dentro del trimestre anterior al primero de los últimos cuatro para poder tener al actor como reincidente (ya que la jurisprudencia ha estimado que no puede mantenerse indefinidamente viva una infracción para configurar reincidencia con otra y fijándole límites ha tomado el de tres meses señalado para la prescripción por el artículo 607 del Código de la materia), y si se carece del informe correspondiente al previo estudio del caso que contempla la disposición reglamentaria que regula el caso, no estima el Tribunal que la falta, que sí existe, revista la gravedad suficiente para autorizar un despido con justa causa, ya que debe tenerse presente que esa disposición reglamentaria es norma de excepción, que no tiene vigencia en la gran mayoría de los contratos de trabajo, por lo cual su aplicación ha de ser de carácter restrictivo..."

(110 bis). Cfr. Deveali, "Sobre la concomitancia entre la justa causa y el despido" (nota a fallo), en Rev. "Derecho del Trabajo", 1943, Tomo III, pág. 416.

jurídico como justificado o injustificado. O, lo que es igual, interviene definiendo la existencia o inexistencia de la "falta grave" en la que el empleador hace descansar su decisión de destituir al empleado.

En este estado las cosas, entonces, obligado es aclarar que el subtítulo lo hemos reservado "ex-profeso" para exponer nuestras ideas y consideraciones —de hecho y de derecho— sobre un aspecto íntimamente ligado al acto del despido, vinculación y cercanía con el despido que se dan inclusive en función del tiempo. Se trata, ya lo hemos dicho, de trazar algunas directrices en torno a la tipicidad reglamentaria del embargo como falta sancionable.

Para nosotros la potestad reglamentaria⁽¹¹¹⁾ del empleador es axiomática, lo mismo cuando el legislador le impone a éste la obligación de tener en el centro de trabajo un reglamento⁽¹¹²⁾ que norme distintas cuestiones de las relaciones obrero-patronales y de la producción⁽¹¹³⁾, que cuando deja a su discreción imponerle⁽¹¹⁴⁾ o simplemente guarda silencio⁽¹¹⁵⁾. Tampoco discutimos el derecho del empleador a insertar en el reglamento las disposiciones

(111) Cfr. Maravall Casesnoves, "Evolución del poder reglamentario en la empresa", en Rev. "Cuadernos de Política Social", 1949, Nº 3, págs. 9 y ss.; H. Gazín, "La nature juridique des réglemens de travail", 1913; Pérez Botija, "Modalidades de la potestad reglamentaria", en "Revista de Derecho Privado", 1936, págs. 9 y ss. y cit. nota 113.

(112) V. gr. legislaciones española y mejicana. Los países de aquella tendencia corrientemente condicionan la obligatoriedad de tener un reglamento interno de trabajo al número de empleados de la empresa.

(113) Pérez Botija señaló hace pocos años que la génesis y fundamentos de los reglamentos pueden ser situados en un triple género de fenómenos:

A)—FENOMENOS TECNICOS:

- a) Tránsito de la Empresa artesana a la Empresa capitalista.
- b) Proceso de creciente industrialización.
- c) Proceso creciente de mecanización y estandarización del trabajo.

B)—FENOMENOS JURIDICOS:

- d) Colectivización del contrato de trabajo.
- e) Autolimitación del poder de mando del empresario.
- f) Objetivización, impersonalización y homogeneización, al par que homologación de ese poder.

C)—FENOMENOS INSTITUCIONALES:

- g) Estructuración social de la Empresa.
- h) Creciente reafirmación de la Empresa como institución.
- i) Posibilidad de usar algunas Empresas pilotos como experiencia de reformas sociales.

Vid. "Revista de Derecho del Trabajo", enero-febrero 1961, págs. 13 y 14. Lecciones en Seminario a su cargo en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid, curso 1960-61.

(114) En este sentido, nuestro derecho positivo, que prescribe únicamente ciertas pautas a las que debe someterse el contenido del reglamento, y otras que regulan el procedimiento de homologación estatal. Cfr. arts. 66 y ss. del Código de Trabajo; arts. 29 incisos d) y e), y 31 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social; y en general

tendientes a regular el ejercicio de sus potestades disciplinarias⁽¹¹⁶⁾, que desde luego comprende el señalamiento escalonado de sanciones aplicables según la entidad de la falta. Finalmente, no reanudaremos materia por la que ya hemos transitado, como es la de la eficacia normativa de los reglamentos en lo que concierne a la creación de causas justificativas de despido⁽¹¹⁷⁾ (117 bis).

Lo que fundamentalmente nos interesa es puntualizar, que de la definición reglamentaria de la falta⁽¹¹⁸⁾ pueden brotar factores imponderables y definitivos para una sana y conveniente calificación de parte de los tribunales.

Siendo ésta una importantísima observación, procuraremos desarrollarla con vista del texto reglamentario de alguno de los bancos con el propósito de explicar nuestras ideas con la máxima claridad⁽¹¹⁹⁾.

Son dos los supuestos primordiales que se nos ocurren. **Primero:** Que la definición de la falta que proporcione el reglamento sea escueta y rígidamente terminante, en el sentido de establecer una relación inmediata de causa a efecto entre el embargo ("falta grave") y el despido (sanción), sin más condicionamiento que el de conceder un término de gracia para "levantarlo" antes de prescindir de los servicios del empleado⁽¹²⁰⁾. Y **segundo:** Que la definición sea amplia y flexible y que por lo mismo exija, en la configuración de

Decreto Ejecutivo (Reglamento) Nº 4 de 26 de abril de 1966. Vid. otras ref. a nuestro ordenamiento jurídico en Castro Bolaños, "La potestad disciplinaria del empleador", 1964, págs. 40 y ss. (Tesis para optar el grado de Licenciatura).

(115) En tal evento el reglamento se dictaría con fundamento en las facultades de dirección, mando y disciplina del empleador. Y de todas maneras ajustadas al orden público, moral y buenas costumbres, y sin que pueda infringir lo legislado en materia laboral.

(116) Así, inciso e) art. 68 del Código de Trabajo: El reglamento... "además contendrá: ... Las disposiciones disciplinarias y formas de aplicarlas..."

(117) Supra apartados Nos. 2 y 4.

(117) bis). Cfr. Deveali, "Eficacia de los reglamentos internos a los efectos de la justa causa de despido" (nota a fallo), en Rev. "Derecho del Trabajo", 1941, Tomo I, pág. 137.

(118) Nuestra expresión "definición de la falta" no la empleamos necesariamente como *definición positiva*, como el Código Penal puede definir descriptivamente un delito. La empleamos también como *definición negativa, implícita o potencial*, en cuanto que lo que está definido positivamente es un deber o una prohibición para el empleado, y que la falta surge cuando el empleado inobserva el deber o la prohibición. De este modo, pues, fácilmente se comprenderá por qué entendemos que hay *definición de falta* en las prohibiciones trascritas en las notas 120 y 121.

(119) Sin duda es el del Banco Nacional de Costa Rica el que mejor se presta a nuestras finalidades.

(120) Parcialmente nos sirve de ilustración —antes de la reforma que sufrió— el inciso f) del artículo 9º del Reglamento Interior de Trabajo del Banco Nacional de Costa Rica. *Dicho inciso establecía la siguiente prohibición para los empleados:*

"Contraer deudas u obligaciones que no puedan satisfacer con su sueldo o ingresos normales. Si, eventualmente, por cualquier causa llegare a dictarse contra algún empleado

la “**falta grave**”, el anticipado cumplimiento de condiciones y requisitos varios —algunos de ellos a cargo del empleador—, sin cuya concurrencia copulativa, por regla general, el embargo no es causa de despido justificado⁽¹²¹⁾.

El primero de los supuestos realmente no plantea alternativas de interés. La relación **causa-efecto** traducida en términos draconianos a la fórmula “**embargo-despido**”, por más que se encuentre consagrada en el reglamento no tiene validez y las destituciones que se realicen atendiendo nada más que al rigor gramatical de la definición, naturalmente, son injustificadas. Sin embargo, no obsta lo anterior para que el banco pueda también destituir justificadamente, pero en este caso el fundamento de su decisión hay que buscarlo no en la disposición del reglamento, sino en el hecho de que el embargo esté rodeado de especiales “**circunstancias**” —de las muchas que hemos visto— que lo transformen en “**falta grave**”, hecho que presta justificación al despido aun cuando el reglamento sea omiso o la institución del todo no tenga reglamento⁽¹²²⁾.

El segundo supuesto sí trae consigo facetas que, según el contenido y alcances de la **definición**, pueden abrir brecha para dar paso a sugerencias de extraordinario valor teórico y práctico, incluso de posible aplicación extensiva a otro tipo de faltas (graves o no y distintas del embargo) definidas en el reglamento.

Si se atiende por breves instantes el supra transcrito inciso f) del artículo 9 del Reglamento Interior de Trabajo del Banco Nacional de Costa Rica⁽¹²³⁾, es dable confirmar en parte ese aserto. De él pueden extraerse algunas consecuencias de indiscutible valía para pesar la trasgresión del empleado cuyo sueldo es embargado y a la vez para delinear la actitud patronal que encierra el despido.

embargo judicial sobre su sueldo o cualquiera otra retribución que reciba del Banco, deberá ser levantado éste por el empleado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación que se le haga por el funcionario de la Institución a quien corresponda”.

(121) El texto reformado del inciso f) del artículo 99 del Reglamento Interior de Trabajo del Banco Nacional de Costa Rica, nos da un palmario ejemplo:

“Artículo 99—Es prohibido a los empleados:

... f) Contraer deudas u obligaciones que no puedan satisfacer con su sueldo o ingresos normales, sin perjuicio de las operaciones efectuadas con Instituciones de crédito establecidas. Si eventualmente llegare a dictarse contra algún empleado embargo judicial sobre su sueldo o cualquier otra retribución que reciba del Banco, **POR REGLA GENERAL Y PREVIO ESTUDIO DEL CASO**, deberá ser levantado éste por el empleado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación que se le haga por el funcionario de la institución a quien corresponda, **SALVO QUE POR LA INDOLE DE LAS FUNCIONES QUE DESEMPEÑA EL EMPLEADO, LA FALTA NO PUEDA CALIFICARSE DE GRAVE PARA EFECTOS DE TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO**”.

(122) Argumentaciones jurídicas complementarias, en apartes Nos. 2 y 4.

(123) En nota 121.

Su amplitud conceptual, nos facilitará hacer dos o tres observaciones que concretarán nuestro pensamiento.

De su texto imperativo y categórico se advierte que la obligación de “**levantar**” el embargo “**POR REGLA GENERAL Y PREVIO ESTUDIO DEL CASO**” —como reza la norma—, existe tan sólo cuando en razón del puesto que se desempeña, la **falta** pueda ser calificada **grave**. Esta y no otra parece ser la recta inteligencia del mencionado inciso, puesto que inmediatamente después de establecer el deber de “**levantar**” el embargo “**por regla general y previo estudio del caso**”, señala una excepción que califica de manera directa ese deber: “... salvo que por la **índole de las funciones que desempeña el empleado, la falta NO PUEDA CALIFICARSE DE GRAVE para efectos de terminación del contrato de trabajo**”⁽¹²⁴⁾.

De manera que, en primer lugar, el nódulo de la cuestión ante un hipotético despido, no consistirá en un breve examen de si el Reglamento contempla el embargo como causa de despido y si en realidad al empleado se le embargó el salario, para tenerlo por destituido justificadamente. Todo lo contrario, reflexionando con detenimiento se verá que existe algo más profundamente importante que eso, y es precisar si hubo “**falta grave**” de conformidad con el inciso f) precitado y las “**circunstancias**” dadas en la especie, o si más bien la entidad patronal actuó intempestivamente o violó lo estatuido por su propio Reglamento, porque en el caso —ya lo hemos dicho con reiteración contumaz— no se enjuicia la conducta de una sola de las partes, sino la de ambas.

Establecido definitivamente que la conducta de la entidad bancaria debe pasar también por el matiz estimativo del juzgador, en segundo término es importante reparar en lo siguiente: Que en el inciso de mérito existe un **principio autolimitador del poder sancionador del Banco**, en extremo descollante y peculiar que en forma ineludible debe ser incluido en esa grandiosa trama de “**circunstancias**” que permiten a aquél decidir y sentenciar.

(124) Con todo, debemos entender que el calificativo “*grave*” a que alude la norma, no tiene como única fuente “la índole de las funciones”. Con relativo detalle hemos indicado los distintos géneros de “*circunstancias*” que influyen en ello. Caso contrario, tendríamos que admitir que por grave que fuera la falta en base a otros elementos de juicio, el Banco no podría despedir si la falta no es grave de acuerdo con las específicas funciones del empleado.

Nos referimos a la “**exigencia**” impuesta por el Reglamento a la propia institución empleadora, de efectuar un “**PREVIO ESTUDIO DEL CASO**” cuando el embargo puede revestir caracteres de gravedad. Y ciertamente que al estatuir “**PREVIO**”, está señalando que el estudio tiene que ser hecho antes de la prevención que se dirige al empleado para que “**levante**” el embargo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, y con más razón antes del despido.

Hablamos de “**exigencia**”, porque el Reglamento establece, no en forma discrecional ni dubitativa, sino **imperativamente**, que el “... embargo judicial ... por regla general y **PREVIO ESTUDIO DEL CASO, DEBERA ser levantado por el empleado...**” Esto es, que tal deber del empleado —el cual sólo existe “por regla general”—, nace a la vida jurídica después de una **OBLIGACION QUE CON ANTERIORIDAD DEBE CUMPLIR EL BANCO.**

Ahora bien, si el “**previo estudio**” es una **OBLIGACION** del Banco, atendidas que sean la naturaleza y función del Reglamento y la bilateralidad del contrato que une a las partes, ese mismo “**previo estudio**” es, correlativa y simultáneamente un **DERECHO** subjetivo del empleado, una típica garantía laboral. Nuestra interpretación al inciso f), que no es extraña a la técnica jurídica, pues ninguna novedad es que una obligación engendre un derecho⁽¹²⁵⁾, tiene respaldo también en razones de conveniencia que hacen esa

(125) En García Maynez, “*Lógica del juicio jurídico*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, págs. 55 y ss., puede verse, aunque en un plano diferente al nuestro, un paralelismo que corrobora lo arriba dicho:

“... Citaremos, en primer término, el caso de los preceptos que imponen un deber jurídico. Tales preceptos conceden implícitamente al obligado el derecho de observar la conducta ordenada y, por tanto, determinan la existencia de otra norma, que atribuye al mismo sujeto **LA FACULTAD DE HACER LO QUE DEBE.** Los preceptos de esta especie son imperativo-atributivos en un doble sentido, ya que no sólo **CONDICIONAN LA EXISTENCIA DEL DERECHO DEL PRETENSOR FRENTE AL OBLIGADO, SINO LA DE LA FACULTAD QUE ESTE ULTIMO TIENE DE CUMPLIR SU PROPIA OBLIGACION.**”

“La ley que, en determinadas circunstancias, ordena al contribuyente a cubrir tal o cual impuesto, **IMPLICITAMENTE LE DA EL DERECHO DE HACER EL PAGO.** La norma explícita es en este caso fundante de otra implícita, que autoriza al obligado por la primera a hacer lo que la misma manda.

“**EL DEBER DE HACER (O DE OMITIR) ALGO, LOGICAMENTE CONDICIONA EL DERECHO DE OBSERVAR LA CONDUCTA OBLIGATORIA.** Si el que tiene una obligación no tuviese la facultad de hacer lo prescrito, **SE LE ORDENARIA Y PROHIBIRIA, A LA VEZ, EL MISMO ACTO, LO QUE ES CONTRADICTORIO.** El derecho al cumplimiento del propio deber (derecho del obligado) es, por ende, una facultad fundada en una obligación. Y, a la inversa: la de hacer (o no hacer) algo, es fundada del derecho al cumplimiento. Pero como toda obligación jurídica deriva de una norma, podemos decir **QUE LA QUE IMPONE UN DEBER NECESARIAMENTE IMPLICA LA EXISTENCIA DE OTRA, QUE CONCEDE AL OBLIGADO EL DERECHO DE HACER LO QUE SE LE ORDENA...**”

norma reglamentaria más ágil y adaptable a las necesidades recíprocas de la entidad bancaria y sus empleados: Es de utilidad para el Banco, porque con un personal tan numeroso como el que tiene —(en su mayor parte desconocido en las más altas esferas jerárquicas, si incluimos el de sus muchas sucursales y agencias desperdigadas por todo el país)— el hacer un “**previo estudio**” le permite conocer a fondo la realidad específica de cada caso y, en mejores condiciones, ordenar el despido cuando efectivamente hay “**falta grave**”, con lo cual evita posibles sentencias condenatorias y errores que dañen la institución —hijos inevitables de la ligereza al despedir— como sería el deshacerse de empleados de competencia reconocida y de difícil sustitución. Y es de utilidad para el empleado, porque lo pone a cubierto de los peligros que siempre acompañan al anonimato y le da seguridad de que en el expediente correrán agregadas las “**circunstancias**” de su situación concreta y personal.

Este cuadro compacto de ideas en orden a la **OBLIGACION** de la entidad empleadora y el **DERECHO** del empleado (ambos de rango primario y esencial), nos proporciona apoyo para afirmar con propiedad —y quizás sea ésta una de las más importantes conclusiones que nosotros podamos desprender del inciso f)— que la **inobservancia a la OBLIGACION de hacer el “previo estudio”, automáticamente convierte el despido en injustificado**⁽¹²⁶⁾. Y entendemos que de aquella **OBLIGACION** y de esta consecuencia, el Banco no queda relevado sino en una excepción: Cuando el embargo adquiera características tan graves y manifiestas, que la única solución atendible y razonable sea el despido sin dilaciones. La salvedad se explica por sí sola: Si el embargo es **ostensiblemente grave**, absurdo es que el Banco, con sus intereses en inminente peligro, pierda tiempo en investigaciones “**previas**” sobre algo que conoce a cabalidad. Y por lo que concierne al empleado, afortunado es —y gracias daría a su buena estrella— si no se efectúa el “**previo estudio**”, ya que de seguro aflorarían “**circunstancias**” complementarias del mismo género agravante de las iniciales, que

(126) En el Tribunal Superior de Trabajo hemos notado un *cierto indicio* de dar entrada a esa tesis. Cfr. Sentencia ref. en nota 110. La Sala de Casación en el único juicio —al menos conocido por nosotros— en el que se le formuló como una de las argumentaciones de fondo ese enfoque jurídico, lo consideró de tan nimia importancia que no se refirió siquiera ligeramente a él en la Sentencia. Interesante, sin duda, hubiera sido el punto de vista de esta Sala.

desde un principio hacen del embargo una causa justificada de despido.

Reafirma nuestra posición, el hecho de que el Reglamento no es mero artefacto de lujo que el empleador debe exhibir en dos sitios visibles de su establecimiento⁽¹²⁷⁾, así como tampoco es un estatuto que recoge obligaciones, prohibiciones y sanciones exclusivamente para el empleado. Su naturaleza y efectos son otros. Baste recordar que entre sus varios fines estrictamente jurídicos se encuentra el de limitar el poder de mando y disposición del patrono⁽¹²⁸⁾, lo que hace posible juntamente con otros de sus objetivos, que realice, como ha afirmado alguna doctrina, "un estado de Derecho en el conjunto de las relaciones laborales de cada taller o empresa"⁽¹²⁹⁾. De suerte que si el Reglamento exige también al empleador respeto por sus normas, éste y no el empleado, debe soportar las consecuencias legales que sobrevengan por su infracción, como tuvo que soportar los riesgos de su imprudencia el demandante de la vieja sentencia del Juez musulmán⁽¹³⁰⁾.

Por otro lado, los beneficios superiores a los mínimos legales que se consignan en los reglamentos —como acontece con los que se incorporan al contrato de trabajo por otros cauces— no pueden ser irrespetados por el empleador. De forma que si el Reglamento del Banco prevé un tipo de sanción específica y las condiciones bajo las cuales debe ser aplicada, aunque la ley no las contemple a causa de su generalidad, deben ser respetadas con celo por la institución en tanto constituyan una ventaja para los empleados, y con mayor razón si es tan importante como el beneficio del inciso f) del artículo 9º.

(127) La permanente publicidad del reglamento de empresa en dos sitios visibles, está ordenada por el artículo 67 del Código de Trabajo.

(128) De ahí que indicáramos supra que el inciso f) en estudio contiene un principio auto-limitador al poder sancionador del Banco.

(129) Bayón Chacón y Pérez Botija, "Manual . . .", Vol. I, pág. 221. Cfr. de este último "El estado de derecho y el derecho del trabajo", Discurso de recepción pública leído el 4 de junio de 1958, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

(130) La recoge Jones en su *Law of Bailment* y nosotros tomamos la ref. de Alonso Olea, loc. cit. pág. 26, nota 25:

"Un hombre que tenía una enfermedad en los ojos acudió a la consulta del veterinario y éste le aplicó una medicina que usaba para sus *pacientes ordinarios*; el hombre perdió la vista y demandó reclamando una indemnización por daños y perjuicios, pero el Juez dijo: "Carece de derecho a la indemnización, porque si el demandante no hubiera sido un asno nunca hubiera utilizado los servicios de un veterinario".

APUNTES PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO COMUNITARIO CENTROAMERICANO

Prof. JOSE MIGUEL ALFARO RODRIGUEZ,
Cátedra de Derecho Comunitario
Facultad de Derecho

PREAMBULO

El Istmo Centroamericano se ha debatido, a partir de su Independencia del Gobierno Español, entre dos fuertes corrientes que han configurado su devenir: la vocación a la unidad y el espíritu localista.

La primera alimenta todos los impulsos de unidad frustrados a su vez por las consecuencias de una estructura colonial separatista. El segundo trata de afirmar el espíritu nacional de pequeñas entidades geo-políticas que tratan de ganar su asiento en el concierto de las naciones en el difícil clima decimonónico ante la presencia envolvente de las grandes potencias.

Así durante la colonia Centroamérica se desarrolló muy lentamente frenada por una política de compartimientos estancos que trató de mantener aislados a los distintos núcleos de población en la Capitanía General de Guatemala. A esto se agrega el deseo de afirmar la hegemonía guatemalteca. En forma sistemática se obstaculizó el comercio entre las parcelas centroamericanas. Ayudó la configuración geográfica que no se vio neutralizada por una agresiva política de fomento de obras de infraestructura que actúen como vasos comunicantes. Así, Rodrigo Facio en su obra "La Federación Centroamericana" afirma: "El caso es paradójico: existió en Centroamérica centralización política y administrativa, pero dedicada sólo a aislar las provincias. Es decir, toda la actividad, la original y la transmitida desde España, de la Audiencia y la Capitanía General de Guatemala, se redujo a un constante entorpecimiento para que la población centroamericana se desarrollara como un todo"*.

* ESAPAC, San José, 1965.

Así las cosas, al sobrevenir la Independencia irrumpen las mencionadas corrientes históricas y se entraban en lucha a cuyo ritmo han surgido y fracasado diversos intentos de unión desde 1821 hasta el inicio del Programa de Integración Económica Centroamericana. Algunos de ellos fueron de inspiración política o jurídica otros de corte militar pero, a riesgo de ser simplista, se puede afirmar que las dos causas fundamentales del reiterado fracaso de los susodichos proyectos fueron: la falta del necesario sustrato sociológico, sea la necesaria red de interrelación social sobre la cual debió asentarse la unión y; la carencia de estructuras idóneas para realizar el ideal unionista a través de cauces normativos adecuados a la peculiar fisonomía centroamericana.

El Programa de Integración Económica Centroamericana, que nace de la histórica resolución 9 (IV) de CEPAL en 1951, está creando esa creciente red de interrelación y dando vida a estructuras que, por medio de un naciente orden jurídico, van institucionalizando el proceso y encauzándolo hacia su meta: la integración de las economías para el desarrollo económico-social del pueblo centroamericano.

Nos interesa detenernos brevemente en el examen de este naciente fenómeno jurídico. Para ello recordemos algunas ideas fundamentales que ayudarán a iluminar el tema.

El Derecho es un instrumento que el hombre emplea para asegurar la convivencia armónica con sus semejantes y alcanzar así las metas que, en comunidad, se propone realizar.

A lo largo de la historia, el hombre ha ideado distintas formas de organización social. Estas nos llevan desde la familia hasta el Estado Moderno que es la forma de ordenamiento comunitario que hoy vivimos, cuya misión es actuar como gerente del bien común. Es interesante anotar que a medida que las aspiraciones del hombre van haciéndose más amplias y complejas la organización social tiende también a ampliarse y complicarse.

El siglo XX, especialmente en su segunda mitad, ha planteado y plantea una serie de retos nuevos al hombre organizado en comunidad. La actividad del hombre, a raíz del explosivo desarrollo tecnológico, ha rebasado las estrechas fronteras nacionales y en un mundo que se encoge plantea metas cuya realización necesariamente incrementa los vínculos que unen a la comunidad internacional. Esto es especialmente dramático y cierto en el caso del centenar de naciones subdesarrolladas que ante la creciente afir-

mación de naciones-continente van adquiriendo conciencia de su falta de viabilidad económica. El Estado Moderno no puede, por sí mismo, alcanzar aquello que es su razón de ser: el bien común. Ante este fenómeno inicia un proceso de cooperación internacional que deviene de integración paulatina y de creciente traslación de facultades soberanas que ejercita en forma coincidente con otros entes soberanos para poder así realizar el referido propósito: alcanzar el bien común.

Centroamérica impulsa este proceso a partir de la mencionada resolución 9(IV) CEPAL. Nace aquí una poderosa corriente económica que, transcurriendo por cauces institucionales y orientada por un ordenamiento jurídico propio, impele al Istmo hacia un desarrollo económico acelerado para elevar el nivel de vida de sus pueblos.

Este fenómeno decisivo para Centroamérica plantea un serio reto para todo hombre centroamericano en general y al jurista en particular. A éste compete crear las normas que impulsen el proceso y lo hagan coronar con éxito su meta desarrollista. Esto implica la protección y el fortalecimiento de una escala de valores que sitúa al hombre centroamericano como autor, centro y fin de todo el proceso económico-social del Istmo; implica la creación de instituciones idóneas para vertebrar ese proceso; e implica, en fin, la formulación de postulados jurídicos que regulen esa nueva modalidad de organización que es la comunitaria.

El reto es tanto más impresionante cuanto conlleva una revisión profunda de instituciones, estructuras y conceptos jurídicos que a través de una mentalidad profesional formalista y dogmática hemos llegado a creer esenciales al fenómeno jurídico, cuando bien pudiera ocurrir que sean accesorias o meros vehículos para la realización de determinados valores jurídicos. *Mutatis mutandi* estamos ante un fenómeno similar al ocurrido con el advenimiento del Estado Nacional y la desaparición del régimen feudal. Este cambio de estructuras plantea una revolución institucional. Al jurista de las postrimerías del período feudal se planteó la disyuntiva: o se adhería a las estructuras feudales y no daba respuesta adecuada a una creciente urgencia histórica, o creaba nuevos moldes sobre los cuales verter los contenidos que la norma jurídica ha de llevar para reglar eficazmente un proceso de convivencia.

Hoy, pues, se plantea la revisión de los moldes sobre los cuales el desarrollo jurídico del Estado Moderno ha vertido los

conceptos básicos de lo jurídico: ¿Es el Estado el único centro universal de imputación normativa? ¿Es la soberanía una facultad absoluta del Estado, o más bien, un conjunto de atribuciones o competencias para obtener el bien común? ¿Es la división clásica de poderes la única forma de hacer efectivo un sistema de frenos y contrapesos para evitar el abuso del poder? Finalmente, ¿tiene el Estado hoy, sobre todo el estado subdesarrollado, la capacidad para resolver sólo los problemas que el bien común de su población plantea?

¿Implica esto una actitud iconoclasta del jurista? De ninguna manera, para realizar hoy los fines esenciales de lo jurídico es necesario dotar al derecho de nuevas formas, más eficaces, pero no por ello menos jurídicas que las actuales.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO COMUNITARIO CENTROAMERICANO

Se ha dicho, ya como lugar común, que el proceso de integración económica de Centroamérica es un fenómeno histórico irreversible. Este, diría como jurista y parafraseando al Maestro, se hará con nosotros o contra nosotros. Es el jurista quien debe alzar la bandera de la juridicidad del proceso; de su adecuación a los valores cuya incorporación asegure la realización de los altos fines de desarrollo humanístico que el Programa de Integración se ha propuesto. Esto hace que **el jurista deba abocarse al estudio del proceso para desentrañar los principios jurídicos que lo rigen y que van naciendo de su propia evolución.**

Pero en Centroamérica no basta con el estudio y producción de aquellos que asesoran en lo jurídico a las instituciones del programa. Su ya fecunda labor debe ser ampliada y profundizada por juristas que, desde todos los ámbitos de la vida profesional van a informar, vitalizar, impulsar y encauzar el Programa de Integración Económica. Es necesario que nuestros juristas renueven sus mentalidades para ser cada día más, en palabras del doctor Carlos Manuel Castillo, Secretario General de la SIECA, los abogados del **"sí se puede"**.

Para ello se debe estimular la realización de programas de estudios postgraduados que pongan al jurista veterano en contacto con la marcha del Programa.

Vale destacar al respecto la fecunda labor que, en Centroamérica, está desarrollando el Instituto Interamericano de Estudios

Jurídicos Internacionales con la colaboración del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado y el INTAL. Las Sesiones Académicas para el Estudio de la Problemática Jurídica e Institucional de la Integración Centroamericana que bajo el auspicio de estos se están desarrollando (la primera en San Salvador en 1966, la segunda este año en San José) van proporcionando a los abogados el enfoque especializado para adentrarse en el estudio jurídico del Mercado Común. Las Facultades de Derecho han apoyado con entusiasmo esta iniciativa y las que han proporcionado sus instalaciones como sede de las Sesiones han desempeñado un papel decisivo en el éxito del Programa. Ya se ven los frutos de estas sesiones en los distintos programas y actividades tanto de investigación como de enseñanza que están proliferando a todo lo largo del Istmo.

Todo lo anterior no basta, es necesario dotar a las nuevas generaciones de juristas a los cuales va a tocar aplicar y desarrollar este nuevo derecho que está gestándose.

Algunos objetan el establecimiento de una cátedra de Derecho Comunitario Centroamericano por prematura y carente de la sistematización definida y definitiva que lo situará entre las ramas adultas y autónomas de lo jurídico. Este derecho nuevo será forjado por los juristas que tengan adecuada formación —valga la redundancia.

Por eso es que una cátedra de Derecho Comunitario Centroamericano será necesariamente una cátedra de trinchera. Deberá combinar la investigación y la enseñanza para ir formando mentalidades, más que transmitiendo conceptos; mentalidades creadoras del nuevo derecho. Claras y firmes en las notas esenciales de lo jurídico que permiten una convivencia armónica de seres humanos dentro del más absoluto respeto a su dignidad; pero, al mismo tiempo fecundas en la producción de nuevas soluciones que adecúen aquellas notas esenciales a las exigencias del Programa de Integración Económica.

No podrá ser una cátedra de corte exegético que se limite a extraer de los monumentos jurídicos sus contenidos. Tendrá que adoptar la postura del jurista de los tiempos de transición, similar a la del pretor peregrino que se valió de su edicto para dar vida a un nuevo derecho más acorde a la realidad que le tocó vivir.

La cátedra habrá de ser, por necesidad, interdisciplinaria. Los problemas que al jurista plantea la integración obligan a éste

a entrar en contacto con otras disciplinas que le permitan conocer mejor la realidad centroamericana en momentos en que se adentra en una integración con fines desarrollistas.

Debe seguir muy de cerca la actividad de las instituciones y órganos del programa para analizar la repercusión jurídica de la misma. Debe plantearse el problema de la recepción del derecho nuevo en el ordenamiento interno de cada país y el estudio comparado de las distintas instituciones jurídicas vigentes en cada nación. Finalmente, no puede omitir el estudio de otros procesos de integración que nos permitan analizar experiencias y aprovecharlas en la medida en que se adecúen a la fisonomía del Istmo.

El profesor deberá tener la humildad necesaria para reconocerse como uno más entre sus alumnos que los guía por esa extraordinaria aventura del conocimiento que es la investigación y meditación sobre nuevos fenómenos pre-jurídicos y jurídicos que ciertamente van configurando una nueva Centroamérica.

En resumen, la cátedra será dinámica y flexible, eminentemente proselitista y formativa aún más que informativa.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, en cumplimiento de repetidos acuerdos de las Mesas Redondas de Facultades de Derecho en Centroamérica y para dotar a sus alumnos de la formación básica que la Integración Económica demanda de los juristas, inició un Seminario sobre la Integración Centroamericana que ha funcionado ininterrumpidamente desde 1965.

El Seminario ha brindado oportunidad a los estudiantes no sólo para estudiar las fuentes del Derecho de Integración sino, además, para entrevistar a diversas personas autorizadas para, por medio de ellas enfocar la dinámica del proceso. Inicialmente se concretó al examen de los instrumentos básicos, hoy ya está estudiando instituciones y aspectos concretos de la vida del Mercado Común.

En agosto de este año de 1967 se inauguró con un curso semestral la cátedra de Derecho Comunitario Centroamericano. Como texto emplea el "Ensayo de Sistematización sobre la Problemática Jurídica e Institucional de la Integración Latinoamericana" publicado por el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales en junio próximo pasado. Se imparte a nivel de último curso. Los estudiantes del mismo constituyen el mismo grupo que inició el Seminario en 1965 y, por ello, este año la Facultad de Derecho produce la primera promoción de abogados

que haya cursado un Seminario y aprobado una cátedra de Derecho Comunitario Centroamericano.

Para el profesor ha sido de sumo interés observar la actitud constructiva que se ha ido desarrollando en los participantes. Existe un interés creciente en la materia y una gradual toma de conciencia sobre los problemas jurídicos de la integración y la participación que el jurista debe tener para resolverlos.

El Curso que se imparte actualmente se ha planeado de la siguiente manera:

- 1)—Una introducción de tipo general que trata de ubicar el Programa de Integración Económica Centroamericana en el contexto histórico del Istmo y, dentro de aquel, la misión del abogado;
- 2)—Un desarrollo de los aspectos económicos y, en general, sociales, que informan el proceso para permitir al estudiante entenderlo;
- 3)—Un examen somero de las instituciones del Programa y, más en detalle, de los órganos del Tratado General para estudiarlos en su evolución; y
- 4)—Un análisis de los aspectos jurídicos del proceso.

Al través del Curso se hace referencias a los problemas internos del país y la incidencia recíproca que existe con los diversos aspectos del Programa de Integración; y en todo momento se trata de evaluarlo con miras a la finalidad desarrollista del mismo.

Quiero dejar expresa constancia de que la cátedra se debe a la iniciativa y al estímulo del Decano Lic. Carlos José Gutiérrez y a la asistencia brindada por el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales y su Secretario General, Dr. Francisco V. García Amador.

Creo útil esbozar brevemente algunos de los temas básicos que suscita el análisis jurídico del Programa con la esperanza de contribuir en algo a la labor de todos aquellos que integran ese grupo creciente de juristas que están elaborando y construyendo sobre estos temas.

NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO DE INTEGRACION CENTROAMERICANA

El primer problema que golpea nuestra formación jurídica es el siguiente: ¿Qué clase de naturaleza jurídica tiene el Proceso de Integración Económica Centroamericana, si es que tiene alguna?

Existe en Centroamérica un proceso de integración gradual de las economías de sus naciones. Para impulsar este proceso los Estados Centroamericanos han creado un sistema que, para efectos de simplificar este esbozo, debe centrarse en el Tratado General (Managua 1960). El Tratado fundamentalmente estipula lo siguiente: fija las metas del Programa así:

"Con el objeto de reafirmar su propósito de unificar las economías de los cuatro países e impulsar en forma conjunta el desarrollo de Centroamérica a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes". (Preámbulo del Tratado General de Integración Económica Centroamericana).

"El Gobierno de la República de Costa Rica CONVENCIDO de que la Integración Económica entre los países centroamericanos constituye el medio más eficaz para impulsar el desarrollo futuro de la región y de cada uno de ellos, y para elevar el bienestar de sus pueblos". (Instrumento de adhesión de Costa Rica al Tratado General, San José, 23 de julio de 1962).

Establece los postulados básicos que han de informar el proceso. Así, por ejemplo, establece las bases del libre comercio, tipifica la competencia desleal y los subsidios a la exportación, entre otros. Además incorpora normas básicas establecidas en otros instrumentos sobre los cuales prevalece sin afectar, por ello, su vigencia (artículo 27).

Crea los órganos encargados de administrar todo el sistema, fijando además sus atribuciones y competencias. Nacen así: el Consejo Económico "para dirigir la Integración de las Economías Centroamericanas y coordinar la política, en materia económica de los estados contratantes" (artículo 20); el Consejo Ejecutivo "con el objeto de aplicar y administrar el presente Tratado, así como de realizar todas las gestiones y trabajos que tengan por objeto llevar a la práctica la unión económica de Centroamérica" (artículo 21); y para actuar como Secretaría de ambos y velar por el cumplimiento de los instrumentos y convenios correspondientes, de las resoluciones de los Consejos y en general realizar las tareas que estos le encomienden se crea la Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (SIECA) (artículos 23 y 24).

En el ejercicio de sus funciones los órganos han impulsado el proceso dándole su fisonomía propia y desarrollando un sistema que nace del Tratado General y se desenvuelve con creciente vitalidad.

Algunas resoluciones amplían el sistema normativo por la vía de suscripción de nuevos Tratados, por ejemplo resolución N° 10 CEC que recomienda la suscripción del Protocolo que contiene el Código Aduanero Uniforme Centroamericano o la resolución N° 12 CEC que recomienda la suscripción del Protocolo al Convenio Centroamericano sobre Equiparación de Gravámenes a la Importación denominado "Protocolo de Guatemala".

Otras lo amplían por vía de resolución que entra en vigencia directamente con la sola notificación de la SIECA y pasados ocho días de la misma (resolución N° 24 CE). Ejemplo de lo anterior es la resolución N° 71 CE que literalmente agrega un inciso al artículo 6° del Tratado General al establecer:

"Que un Estado miembro del Tratado General debe dejar de cobrar los impuestos que hubiera establecido en caso de que cese en su propio territorio la producción del artículo gravado y se continúe elaborando, sin embargo, en otro u otros países del área. El Estado deberá suspender el impuesto de acuerdo con sus procedimientos legales y mediante la sola notificación en ese sentido del Consejo Ejecutivo".

El Consejo Ejecutivo, en ejercicio de sus funciones ejerce también competencias de carácter reglamentario. Por ejemplo, resolución N° 1, párrafo d): "Que a efecto de facilitar la determinación del origen de las mercancías objeto de libre comercio, y de acuerdo con sus respectivas normas legales, cada Estado disponga en forma obligatoria que los artículos manufacturados en su territorio ostenten claramente una leyenda que diga: 'Producto Centroamericano hecho en...' (país de origen)."

Y, finalmente, tal vez su producción más abundante se refiere a resoluciones que aplican las normas del Tratado o dirimen conflictos (resolución N° 60): "Que no procede el otorgamiento de franquicias a la importancia de yeso procedente de fuera de Centroamérica, conforme lo dispone el artículo 9° del Tratado General de Integración Económica Centroamericana".

Resolución N° 59: "Declarar que no existe motivo para dudar del origen centroamericano de la varilla de hierro de 1/4" producida por la planta..., y en consecuencia debe restablecerse el libre comercio de dicho producto".

Las resoluciones de estos órganos tienen pretensión de validez y de obligatoriedad, confieren derechos y atribuyen obligaciones.

Incluso es interesante notar que los sujetos implicados por la norma son empresas o personas jurídicas individuales. Así por ejemplo, cualquier empresario tiene la iniciativa para pedir que una determinada rama industrial sea declarada industria de integración (artículo 9º del Convenio sobre el Régimen de Industrias Centroamericanas de Integración). La resolución N° 36 CE, fija la lista de precios máximos al crédito para el consumidor de llantas y neumáticos producidos por . . . , y determina los descuentos que los distribuidores deberán otorgar en las ventas de contado, así como el descuento que la empresa da a los distribuidores para ventas a menos de noventa días.

Estos pocos ejemplos ilustrativos ponen de relieve una actividad jurídica de los órganos que es necesario analizar.

¿Qué naturaleza jurídica tienen? Son fuentes productoras de normas, o más precisamente, fuentes formales de normas. Ahora bien, toda norma jurídica deriva su validez de otra anterior que le sirve de fundamento. Al inicio de la cadena de normas se encuentra una de carácter fundamental de la cual deriva la validez de todo el orden jurídico. Así, en un Estado la norma fundamental, la Constitución, es la fuente de validez de todo su ordenamiento jurídico.

En el Programa de Integración Económica Centroamericana podemos ubicar la norma fundamental en el Tratado General y las normas sustantivas que este incorpora. Como quedó expuesto antes este documento contiene las disposiciones de fondo que determinan las metas y contenidos del ordenamiento jurídico a desarrollarse y la estructura institucional que lo hará desenvolverse.

Nace con el Tratado un ente nuevo en el Istmo que encarna parte del Programa de Integración Económica Centroamericana y que ha de examinarse a fin de ver si tiene existencia jurídica *per se*, como sujeto de derechos. La actividad de los órganos, especialmente la del Consejo Ejecutivo, como queda visto, crea derechos y obligaciones, es decir normas jurídicas. No es admisible que la norma derive de un ente etéreo, jurídicamente inexistente como sujeto de derecho.

Lo anterior se aclara si lo comparamos con la situación que se da dentro de un Estado. El Derecho lo generan los órganos del Estado y todo el sistema jurídico resultante se refiere al Estado como a un centro universal de imputación normativa. Por eso se

dice que el Estado es persona de pleno derecho. Hoy no podemos concebir que se derive un sistema de normas de un ente que, él, no sea sujeto de derechos; es más, que no constituya el centro de imputación normativa de todo el sistema al cual alimenta.

Si en la actividad de los órganos del Tratado General reconocemos la producción de normas jurídicas hemos de concluir que el Tratado General ha dado origen a un nuevo ente jurídico que constituye el centro universal de imputación normativa del ordenamiento jurídico de la Integración Económica Centroamericana.

Este nuevo ente jurídico es distinto de los Estados que le dieron origen, como es distinto el Estado de sus componentes, o la sociedad de sus socios.

Este ente se manifiesta a través de los órganos creados por el Tratado General y se va configurando y desenvolviendo por la actividad jurídica de los mismos.

La objeción a lo anterior nace de inmediato. El Mercado Común Centroamericano no es persona jurídica.

No ha sido formalmente declarado tal en ningún instrumento, pero, si a través de sus órganos crea derecho, y en él reconocemos un centro universal de imputación normativa estamos ante un sujeto de derecho, ante una persona jurídica. Esta podrá estar aún en gestación, podrá no haber concluído su formación institucional pero, no por ello deja de ser sujeto de derechos. Cabe investigar este aserto más a fondo, estudiar los nexos y vinculaciones de este sujeto nuevo con los Estados que le dieron vida y con los otros ordenamientos que en el ámbito regional se han suscitado (ODECA, CSUCA, Consejo Monetario y otros).

Cabe, finalmente ir dotando de forma más armónica, más estética si se quiere a este nuevo sujeto de Derecho. Pero negarle su condición de sujeto de derecho, porque formalmente ningún instrumento haya consignado la forma sacramental: "Créase el Mercado Común Centroamericano con carácter de persona jurídica", es tal vez, extremar un rigor formal, hoy superado. Examínese a fondo la esencia y el contenido del instrumento fundamental y de la actividad de los órganos que creó y se verá un sujeto de Derecho que sirve de fundamento de validez a un ordenamiento jurídico nuevo, comunitario que a la vez va siendo informado y desarrollado por éste.

LOS SUJETOS DE DERECHO EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO CENTROAMERICANO

Ya se dijo que tanto los instrumentos como las resoluciones de los órganos confieren derechos y atribuyen obligaciones que, en numerosos casos son directamente imputables a personas naturales o jurídicas de los Estados miembros. De esta actividad emanan, en otras palabras, normas jurídicas que sirven de nexo a relaciones jurídicas que se establecen entre sujetos de derecho que se relacionan como sujetos activos y pasivos de la relación, respectivamente.

En el ejemplo de los descuentos por ventas al contado de llantas y neumáticos al comprador el Consejo Ejecutivo en la resolución N° 36 le confiere el derecho a un descuento y establece la obligación a cargo del distribuidor. Es decir confiere al comprador el carácter de sujeto activo de una relación jurídica cuyo cumplimiento puede exigir al sujeto pasivo: el distribuidor. Vemos al centroamericano como persona jurídica y a las personas colectivas configurarse como sujetos de derecho del ordenamiento comunitario.

Vuelve a saltar la objeción formalista. No existe el instrumento que formalmente atribuya la condición de sujetos de derecho a los particulares y, especialmente, no les reconoce capacidad para gestionar ante los órganos comunitarios, salvo en casos excepcionales. No por ello serán menos sujetos de derecho en el ordenamiento comunitario; pues su carácter nace desde el momento en que la norma comunitaria les confiere derechos o impone obligaciones. El sujeto de derecho no es otra cosa que eso: un ser capaz de derechos y pasivo de obligaciones.

A lo sumo es cierto que tiene una capacidad de acción mutilada. Es como un menor de edad en el ordenamiento comunitario que hasta el momento necesita de la tutela de su Estado para poder comparecer ante los órganos del Tratado en defensa de sus derechos. Pero, negarle, por esto, su condición de sujeto de derecho en el ordenamiento comunitario equivale a negar el carácter de sujeto de derecho de un niño, por ser incapaz y requerir de representación para actuar en el ámbito jurídico.

Esta situación de *capitis diminutio* requiere asimismo de la actividad del jurista para que le ponga fin y cree los instrumentos

jurídicos necesarios que permitan al hombre —creador, centro y fin de todo el proceso económico-social— actuar con plena capacidad en el orden comunitario.

AMBITO DE VALIDEZ DEL DERECHO COMUNITARIO CENTROAMERICANO

Es interesante plantear el ámbito de validez de este ordenamiento comunitario. Si nos atenemos a su norma fundamental: el Tratado General, encontramos una delimitación del ámbito de validez en cuanto a la materia que pretende reglar. En efecto al determinar que la unificación de las economías centroamericanas y el impulso en conjunto del desarrollo del área para mejorar el nivel de vida de sus habitantes es el objeto del Tratado, circunscribe a estos aspectos de la vida centroamericana el ámbito de validez del ordenamiento comunitario.

Los Estados Centroamericanos han decidido aunar esfuerzos, unificar políticas, en pocas palabras robustecer su acción para hacerla más eficaz en los citados campos mediante “el ejercicio coincidente de facultades soberanas”.

Al hacerlo han dado vida a un ordenamiento jurídico que rige el proceso y al cual los Estados mismos han de someterse, en el campo que les es propio, *conditio sine qua non* para su efectividad.

Los Estados incorporados al Mercado Común Centroamericano se han percatado de la situación de creciente impotencia para el logro del bienestar de sus habitantes en que se encuentra el pequeño estado subdesarrollado en esta segunda mitad del siglo XX; del creciente abismo que separa los hemisferios Norte y Sur. Ante este reto histórico el nacionalismo de corte absoluto deviene actitud suicida y el Estado pone en común facultades soberanas para ser más capaz de lograr su cometido, el bienestar de sus pueblos. ¿Está con esto renunciando, con renuncia criminal, a su dignidad soberana?

De ninguna manera lo entedemos así. Si la persona no renuncia a su dignidad al asociarse con sus semejantes en una empresa que por su magnitud sobrepase las posibilidades del individuo aislado; tampoco el Estado es menos digno ni soberano por ejercer en comunidad facultades que le permitirán alcanzar niveles de desarrollo económico que por sí mismo no puede obtener.

Es necesario, pues examinar a la luz de las necesidades y retos que se enfrentan hoy al Estado el concepto mismo de éste y el de la soberanía.

Concebimos al Estado como el gerente del bien común; como gigantesco y poderoso instrumento de convivencia al servicio del hombre en comunidad para crear las condiciones que éste necesita para lograr realizarse plenamente, por medio de una vida digna que le permita participar de lleno en la construcción y el usufructo de una cultura.

Así los atributos del Estado están en función de su razón de ser y se desvirtúan si devienen un fin en sí mismos y se anteponen a la obtención del bien común. La soberanía como atributo del Estado está sujeta al carácter instrumental del mismo. La soberanía no puede volverse contra el pueblo al que sirve y cuyo bienestar resguarda. Por eso nada obsta para que hoy la soberanía pueda ejercerse en conjunto con otros entes soberanos en un ámbito mayor que permita a las comunidades comprometidas alcanzar mejor sus fines.

Los Estados Centroamericanos, por medio de un instrumento de contratación internacional debidamente ratificado por los respectivos parlamentos y avalado por una creciente incorporación a la conciencia jurídica del pueblo centroamericano, han creado un mercado común con fisonomía propia que se desenvuelve con vitalidad asombrosa por un cauce institucional regido por un ordenamiento jurídico propio.

Este ordenamiento para ser eficaz debe prevalecer, en los asuntos de su competencia, sobre el derecho nacional. Preeminencia que compromete a las mismas Constituciones.

No puede un Estado Centroamericano incumplir disposiciones del derecho de la comunidad alegando razones de inconstitucionalidad. Hacerlo conllevaría el desmembramiento de ésta.

En enero de este año se puso a prueba el sistema al sobrevenir la crisis cambiaria en Costa Rica. Las disposiciones tomadas por el Banco Central afectaban al libre comercio. Ante la gravedad de la emergencia se integra un órgano no previsto en ningún instrumento de la comunidad: la reunión conjunta del Consejo Económico y del Consejo Monetario y toma medidas para resguardar

el libre comercio. Costa Rica aceptó de inmediato estas medidas reconociendo en forma tácita que no podía disponer unilateralmente en asuntos cambiarios cuando su acción afectara la marcha del Mercado Común.

Los Estados están sometidos a un ordenamiento que les confiere innegables y beneficiosos derechos pero que a la vez conlleva serias obligaciones.

Así pues, en cada país centroamericano coexisten hoy dos ordenamientos jurídicos: el nacional de carácter general y el comunitario circunscrito a las materias comprendidas en el proceso de integración económica. Cada uno de ellos tiene su respectiva jerarquía de normas y su propio sistema de interpretación. En caso de conflicto debe prevalecer el ordenamiento de la comunidad por exigirlo así el bien del pueblo centroamericano, razón de ser de su integración económica y de los Estados mismos.

Las constituciones de las cinco repúblicas obedecen al corte clásico y al concepto absoluto de soberanía. La nuestra llega a tipificar como traición a la patria la delegación de soberanía. Lo anterior no ha sido obstáculo para la firma, ratificación y vigencia de una serie de instrumentos centroamericanos, latinoamericanos y de carácter mundial que constituyen serias limitaciones a la soberanía, entendida esta con sentido absoluto. Hasta hoy tampoco ha sido obstáculo para la marcha del Mercado Común sino en cuanto al aspecto de la exigencia de ratificación parlamentaria de nuevos instrumentos. Es trágico ver con qué lentitud se opera ésta en un área en desarrollo que necesita de rapidez en estos trámites justo para impulsar y acelerar su desarrollo.

El tema constitucional es otro que debe ocupar la actividad del jurista para armonizar debidamente los dos ordenamientos y evitar así conflictos que podrían poner en peligro todo el sistema con grave perjuicio para Centroamérica.

CONCLUSION

En resumen y para concluir este esbozo de ideas sobre las cuales deberá meditar el jurista centroamericano observemos el panorama centroamericano de hoy. Centroamérica está viviendo

una de las etapas más dinámicas de su historia. Está encarando un cambio institucional profundo. La labor iniciada en el campo del desarrollo económico ha requerido de un instrumental jurídico creado al efecto. Los estadistas del Istmo optaron por establecer un marco normativo e institucional mínimo, de carácter incipiente para que actuara como semilla de todo un desarrollo jurídico posterior. La concepción es altamente pragmática, talvez influenciada por el resquemor que nos produce el recuerdo de otros intentos más acabados pero, por ello, sin asidero en la realidad que motivaron los fracasos del pasado.

La misma vitalidad del Mercado Común va sugiriendo el desarrollo del ordenamiento comunitario que va creciendo "a la medida". ¿Debe esto llevar al jurista a adoptar un pragmatismo extremo para justificar como jurídico todo lo que acontece en el devenir del Mercado únicamente por que ocurre? En forma alguna, deberá aplicar su ciencia para lograr la constante orientación del Programa hacia sus metas. En ellas encontrará toda una escala de valores para medir la juridicidad del ordenamiento comunitario. Esto requerirá de nuevos moldes para lograr que la justicia, el orden, la paz y la seguridad que debe brindar todo ordenamiento jurídico se compaginen con los criterios de celeridad y eficiencia que requiere el derecho de una comunidad en desarrollo.

No incurramos en el error de quienes han criticado la falta de sistema y los defectos estructurales del ordenamiento comunitario. Es un derecho altamente evolutivo y en proceso acelerado de gestación y, precisamente, al jurista corresponde formarlo adecuadamente. La falta de sistema en mucho se debe a la falta de participación del jurista centroamericano en su construcción, inhibido talvez por una mentalidad formalista y conservadora. Dedique sus mejores esfuerzos al aporte de soluciones constructivas que permitan hacer del derecho un verdadero cauce para la vida comunitaria, no un freno para las iniciativas.

Las ideas expuestas a lo largo de este trabajo han estado motivadas por el deseo de crear algunas inquietudes, encauzar otras, estimular el diálogo entre colegas para que cada día sea mayor y más fecundo el círculo de juristas que ocupen el puesto que Centroamérica les brinda para realizar su destino de tales.

Ha sido un pensar en voz alta. Como decía alguna vez, si nos esperamos a que el Derecho de la Integración sea un monumento acabado para comentarlo: ¿quién va a realizar la obra? El jurista centroamericano tiene hoy una misión decisiva que cumplir. Compete a quienes enseñamos el Derecho formar las generaciones de juristas que han de cumplirlas, como antaño lo hicieron venerables colegas y maestros que forjaron la fisonomía institucional de nuestras naciones.

BIBLIOGRAFIA

LA FEDERACION DE CENTROAMERICA, Rodrigo Facio, ESAPAC, San José, 1965.

INSTRUMENTOS RELATIVOS A LA INTEGRACION ECONOMICA EN AMERICA LATINA, editado por el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Washington, 1964.

RESOLUCIONES DEL CONSEJO ECONOMICO Y DEL CONSEJO EJECUTIVO DEL TRATADO GENERAL DE INTEGRACION ECONOMICA CENTROAMERICANA, SIECA, 1966.

PROBLEMATICA JURIDICA E INSTITUCIONAL DE LA INTEGRACION DE AMERICA LATINA, Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Washington, 1967.

LOS AGENTES AUXILIARES EN LA LEY COSTARRICENSE

Lic. FERNANDO MORA ROJAS

CAPITULO I

1.—De los agentes auxiliares del comerciante y del comercio

✓ No nos escapa el hecho de que la complejidad de una gran empresa mercantil, como por ejemplo un gran almacén, obliga al comerciante propietario de aquella —ya sea un comerciante individual o uno social o sociedad— a buscar el auxilio de agentes. La actividad de estos agentes es muy variada; desde la del simple “dependiente”, que en el establecimiento mismo atiende al público, hasta la del comisionista, que a muchos kilómetros de distancia formaliza, por cuenta de su remitente, ventas al por mayor y en gran escala; desde el simple contabilista, cuya labor es meramente mecánica, hasta el corredor jurado, que trata de poner de acuerdo en un negocio a comprador y vendedor, actividad eminentemente delicada y que sí requiere una especial sensibilidad.]

✓ Algunas legislaciones regulan la actividad de los agentes auxiliares desde el punto de vista de los contratos que nacen de la prestación de servicio a realizar. Así, por ejemplo, la legislación hondureña estudia en su calidad de agentes auxiliares únicamente al factor, al dependiente, y al agente propiamente tal, estudiando la actividad del contabilista a propósito de las “obligaciones profesionales de los comerciantes”, y analizando los problemas relativos al corredor jurado, al comisionista y al porteador, en relación con los contratos que ellos realizan. En cambio, el sistema argentino agrupa toda la actividad de estos agentes auxiliares, en el estudio de los contratos, considerando, por ejemplo, al dependiente y al factor como mandatarios mercantiles (Malagarriga, op. cit., t. II, pág. 51 y ss.) y estudiando su actividad como parte del contrato

de mandato; asimismo, analiza la comisión y la correduría, como contratos que son y no desde el punto de vista de la función auxiliar de tales ocupaciones. El derecho mexicano, doctrinariamente sigue el camino argentino en Rodríguez Rodríguez, quien agrupa este estudio, principalmente en el capítulo de contratos (Rodríguez Rodríguez, Joaquín; Derecho Mercantil, Curso de, t. II); pero el profesor Mantilla Molina, sobre derecho mexicano también, emplea el sistema de nuestro Código. Por otra parte, tenemos que el sistema español es el mismo argentino, o en estricta lógica, al revés, y son similares. Finalmente, para terminar este estudio previo, Vivante los analiza desde el punto de vista personal y desde el contractual (Vivante, op. cit., t. I).

Con respecto a nuestro Código de Comercio, trataremos de hacer un estudio sencillo, a la vez que suficiente, de los agentes auxiliares.

2.—¿A quienes considera nuestra ley como agentes auxiliares?

El artículo 272 del Código establece ocho diferentes categorías de auxiliares:

- a) comisionistas;
- b) corredores jurados;
- c) factores;
- d) porteadores;
- e) agentes viajeros;
- f) representantes de casas extranjeras;
- g) contabilistas; y
- h) dependientes.

Entre estas ocho categorías de auxiliares existen algunos elementos similares entre ellos, que nos permiten agruparlas a fin de facilitar su estudio y la comprensión de su actividad. Así, podemos primero estudiar cuáles son comerciantes propiamente, y cuáles no lo son; y luego ver qué categorías son dependientes y cuáles independientes, por lo que a unas se les considera auxiliares del comerciante "de un comerciante", y a otros auxiliares del comercio "de todos los comerciantes", indistinta y simultáneamente.

3.—Agente auxiliar, comerciante y no comerciante

Dice la ley, artículo 5º del Código de Comercio, que son comerciantes todas las personas que teniendo capacidad jurídica, ejerzan, en nombre propio, actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual. He aquí, entonces el elemento esencial para determinar cuándo un auxiliar es en sí mismo un comerciante.

a) Comisionista *Si ✓*

El artículo 273 del Código de Comercio establece que comisionista es aquel que profesionalmente, en nombre propio o ajeno, pero por cuenta ajena, se encarga de realizar actos de comercio, y si para ser comerciante se necesita que la realización profesional de actos de comercio sea en nombre propio (artículo 5º del Código de Comercio), resulta que el comisionista es un comerciante.

Como simple nota agregaremos —ya que no tendremos ocasión en adelante— que la única y verdadera comisión mercantil es aquella en que el comisionista actúa en nombre propio, ya que cuando actúa en nombre del comitente, obliga a éste y lo "representa", lo que configura no ya la comisión, sino el "mandato" mercantil.

b) Corredores jurados *(comerciante de la intermediación)*

El corredor jurado es un agente auxiliar del comercio con cuya intervención pueden proponerse, ajustarse y probarse, con las limitaciones que las leyes establecen, los contratos mercantiles; es decir, que el corredor jurado es un mediador, pero no adquiere ni vende directamente, como un comisionista, sino que, simplemente acerca a comprador y vendedor, expeditando el camino para que ellos contraten.

Mientras que los actos realizados por un comisionista son en sí mismos de compra y venta, por ejemplo y aunque realizados por cuenta ajena, no le quitan a aquél el carácter de comerciante, el "acto de intermediación" del corredor en sí mismo, es mercantil y no se confunde con el contrato entre comprador y vendedor; y ejerciéndolo el corredor por su propia cuenta, y en su nombre, al menos en principio, viene a ser este

un comerciante de la intermediación, sin perder tal carácter por la prohibición del inciso b.) del artículo 312: "Es prohibido al corredor jurado: b) comerciar por cuenta propia en el ramo que sea objeto de su actividad como corredor", puesto que son comerciantes no por tales actos, sino por los de "mediación".

c) Factores *(gerente) No -*

"Factor es la persona que dirige una negociación o un establecimiento mercantil o fabril por cuenta de su propietario, o que representa a éste en todos los asuntos concernientes a la negociación o establecimientos respectivos".

En la práctica el factor recibe el nombre de gerente o administrador" (Mantilla Molina, op. cit. pág. 143).

Reglamenta el Código de Comercio (artículo 315) que los contratos hechos por el factor en un establecimiento que notoriamente pertenezca a persona o sociedad conocida se tienen por celebrados por cuenta del propietario del establecimiento si se refieren a los objetos en que éste comercia o sobre cuya contratación el dueño haya dado autorización o asentimiento. Tácitamente se tienen como hechos a nombre del dueño.

Luego, si el factor actúa por cuenta y nombre ajenos y no propios —no es un comerciante— ni puede serlo (artículo 317 del Código de Comercio).

d) Porteadores *Si*

No vamos ahora a hacer el análisis de los derechos y obligaciones de quien se obliga a transportar de un lugar a otro noticias, personas o cosas (artículo 323 del Código de Comercio), a cambio de un precio, puesto que es labor para más adelante. Simplemente diremos que la labor del porte o transporte la realiza el empresario con ánimo de lucro, en forma profesional o sea habitual y necesariamente en masa. He aquí una ocasión en que es imprescindible aplicar el criterio objetivo formal en cuanto al acto de comercio, puesto que el transporte no es una "intermediación entre productores y consumidores, con ánimo de lucro", según vimos que es el concepto económico de comercio. Luego, el transporte es una actividad mercantil: 1) porque así lo incluye el Código; y 2)

porque hay ánimo de lucro, se realiza profesionalmente, y en masa (Rodríguez Rodríguez, op. cit., t. III pág. 241). Es, pues, una actividad mercantil.

Por otra parte, no cabe duda en cuanto a que el empresario de transportes realiza esa actividad mercantil por su propia cuenta y a su nombre, lo que hace de él, finalmente, un comerciante.

e) Agentes viajeros *No - empleados. Si - cuenta y riesgo*

Para esta categoría nuestra ley ha sido explícita. El agente viajero es aquel auxiliar cuya actividad estriba en buscar colocación de objetos en determinados mercados locales, escogidos por él o impuestos por el vendedor, según veremos. Hay dos clases de agentes viajeros. Unos, que viajan como empleados de determinada casa, mediante el pago de sueldo fijo, porcentaje u otra clase de remuneración; y otros que viajan por su cuenta y riesgo, actuando en beneficio de un comerciante o de varios a la vez (artículo 349 del Código de Comercio). Los primeros, es decir, los que dependen de un patrono o que actúan por cuenta de éste, definidos por el decreto ley N° 15 de 12 de mayo de 1955 como "toda persona que se dedica, en forma habitual y continua a hacer viajes para vender mercaderías en cualesquiera lugares de la República, por cuenta y en representación de una o más empresas, sea cual fuere su naturaleza, a cambio de una remuneración de cualquier clase o forma, y que, por sí mismo no constituya una empresa comercial", éstos, repito, no son, claramente se ve, comerciantes. Los otros, los que el Código llama "independientes" y que el decreto-ley citado denomina "empresa comercial", si vienen a ser, necesariamente, comerciantes, puesto que actúan por su cuenta y en cierta forma, a nombre propio, desde que los contratos con ellos celebrados se entienden ad-referendum (Art. 351 C. de C.)

f) Representantes de casas extranjeras *No*

Se denomina como tales a aquellas personas o firmas que actúen como representantes de ventas de una persona o firma extranjera, colocando órdenes directamente a las firmas importadoras locales sobre base de comisión o porcentaje y

cuyas órdenes deben ser despachadas por cuenta de los importadores (artículo 360 del Código de Comercio).

El representante de casas extranjeras actúa siempre por cuenta de las firmas que representa (artículos 360 y 363 del Código de Comercio) y a nombre de ellas, puesto que las obliga (Arts. 363 - 365 C. de C.)

Por lo tanto, los representantes de casas extranjeras no son comerciantes, sino una especie de trabajadores.

g) Contabilistas *No*

De la contabilidad, según vimos lecciones antes, responde siempre el empresario, aun de la no realizada por él sino por un empleado contabilista (artículos 253 y 368 del Código de Comercio). Es decir, que la contabilidad es realizada por cuenta del empresario. Luego, y necesariamente, el contabilista no es un comerciante.

h) Dependientes *No*

Son dependientes —dice el Código— las personas a quienes el principal de una empresa encarga la ejecución de determinadas operaciones de su actividad comercial, dentro del establecimiento (artículo 369 del Código de Comercio). Los actos de los dependientes obligan a su principal en las operaciones que les estuvieren expresamente encomendadas (artículo 371 del Código de Comercio). Según hemos visto hasta ahora, cuando el auxiliar realiza la actividad por cuenta del principal, siempre obliga a éste. Luego, en el caso de los dependientes, estos actúan por cuenta del principal, por lo que hemos de concluir que no son comerciantes, pues que los actos que realizan, aunque comerciales, no los efectúan por su cuenta.

4.—Agente auxiliar dependiente e independiente

El criterio diferenciador en este caso, según vimos, es totalmente diferente que el empleado para determinar cuando el auxiliar es comerciante o no, a pesar de que algunos autores —como lo afirma Mantilla Molina (op. cit., pág. 134)— pretenden identificar la noción de auxiliar independiente o dependiente, con comerciante

o no comerciante, respectivamente (Rodríguez R., op. cit., t. I, pág. 222).

Se considera como agente auxiliar dependiente aquél que desarrolla su actividad sólo para un empresario; es, pues un auxiliar de un comerciante.

Son “auxiliares de un comerciante”, es decir auxiliares dependientes:

- X a) El factor; que no puede ejercer el comercio ni aceptar encargo de factor en rama similar a la que ya tiene (artículo 317 del Código de Comercio);
- X b) El agente viajero dependiente que tampoco puede ser comerciante ni representar a más de un comerciante o industrial (artículo 350 del Código de Comercio);
- X c) El dependiente propiamente tal. A pesar de que la ley no dice nada al respecto, necesariamente debemos atribuirle la prohibición de no ser comerciante ni aceptar más encargo que el que ya tiene, puesto que se trata de un individuo contratado específicamente para desempeñar tal función.

En cuanto a los demás agentes auxiliares, forman el grupo de los “independientes”, que actúan no contratados exclusivamente para servir a un comerciante sino que desarrollan una actividad de la que simultáneamente pueden servirse cuantos la necesitan; así, los comisionistas, los corredores jurados, los porteadores, los agentes viajeros independientes, los representantes de casas extranjeras y los contabilistas. Vienen a ser, entonces, los “auxiliares de comercio”, puesto que prestan sus servicios a cualquier comerciante.

Queda claro que no necesariamente el agente auxiliar independiente es comerciante, puesto que el representante de casas extranjeras, a pesar de ser independiente, no es comerciante. Sí podemos afirmar que ningún auxiliar dependiente es comerciante, como tal.

5.—Importancia de las nociones anteriores*

Es de gran importancia saber cuándo un agente auxiliar es o no comerciante por cuanto el procedimiento de la quiebra es aplicable únicamente a quien lo es.

En cuanto a dependencia o independencencia, es muy importante ya que el auxiliar independiente siendo en sí mismo un empresario,

en los casos en que es a la vez comerciante, no puede alegar los beneficios, por ejemplo, de la legislación laboral.

En las páginas siguientes analizaremos con detenimiento la regulación jurídica de cada uno de los diferentes tipos de auxiliares del comercio, o independientes, y del comerciante o dependientes.

Pasemos ahora al estudio de las normas que regulan la actuación de los comisionistas.

CAPITULO II

1.—De los comisionistas

"Es comisionista el que se dedica profesionalmente a desempeñar en nombre propio, pero por cuenta ajena, encargos para la realización de actos de comercio. Actuando a nombre propio el comisionista asume personalmente la responsabilidad del negocio; y el que contrata con él no adquiere derecho alguno ni contrae obligación respecto al dueño del mismo. Puede también el comisionista actuar a nombre de su representado, caso en el cual lo obliga, y el tercero que con él contrata, adquiere derechos y contrae obligaciones con el mandante y no con el comisionista".

El anterior es el texto del artículo 273 del Código de Comercio, que hemos transcrito, para establecer la diferencia entre un "mandato mercantil" y una "comisión" propiamente tal. ("... comisión es el mandato para actos de comercio..." Arcangeli, citado por Mantilla Molina, op. cit., pág. 64, N° 87 in fine).

A pesar de que hay autores, como el citado Arcangeli, que sostienen que la comisión es el "mandato" para la realización de comercio, y así lo dice el artículo 273 del Código de Comercio de México, creemos que debe hacerse diferencia entre comisión y mandato para actos de comercio. La primera es siempre mercantil; el segundo es siempre civil. Veamos ahora, brevemente qué diferencia hay entre mandato y comisión.

La diferencia fundamental entre ambos es el elemento denominado en derecho "representación". Cuando se ha actuado en nombre propio el responsable es el comisionista, cuando en nombre del mandante, éste, puesto que ha habido "representación" y el representante equivale al mismo representado, fenómeno que se produce en el mandato, que denominaremos mercantil por referirse a actos de comercio, pero que se regula por el derecho común,

puesto que en esencia pertenece a él (Rodríguez Rodríguez, op. cit., t. II, pág. 40). Este parece ser el sentido de nuestro Código y la redacción que se le dio al artículo 273 en estudio es equívoca y compleja, cuando pudo haber sido sencilla y unívoca. Igual incongruencia contenían los artículos 63 a 66 del primitivo Código de Comercio de 1853, que tácitamente autorizaban "comisión" en nombre del comitente, lo que equivale a "mandato".

Más jurídico es el texto del artículo 804 del Código de Comercio de Honduras, que expresa:

"Por el contrato de comisión el comisionista se dedica profesionalmente a desempeñar en nombre propio, pero por cuenta ajena, mandatos para la realización de actos de comercio.

"El mandato para realizar actos de comercio que no reúna esas características, se regirá por las condiciones del derecho común".

Queda entonces claro que, comisión es solamente aquella en la que un individuo, profesionalmente, desempeña encargos para la realización de actos de comercio, por cuenta ajena y a nombre propio. Cuando tales actos son realizados "por cuenta y a nombre del representado", lo que existe es un "mandato", mercantil por el objeto, y regulado por el derecho civil (artículos 1251 a 1287 del Código Civil).

2.—Diferente consecuencia de la comisión y el mandato

En la comisión, lo repetimos, el comisionista actúa en su nombre y, "no tiene obligación de manifestar quién sea la persona por cuya cuenta contrata", como dice el artículo 65, en su párrafo 2º, de la legislación anterior. Luego, quien contrata con un comisionista en tales condiciones, en caso de responsabilizar a alguien por daños y perjuicios sufridos, desconocería la identidad de la persona interesada en la negociación, y no siendo obligación del comisionista revelar el nombre de ésta, quedaría desamparado por la ley. Por eso, ésta, claramente establece que es el comisionista quien en tales casos responde al tercero, sin que éste pueda, por ningún concepto dirigirse al comitente.

- Lo contrario sucede cuando el comisionista actúa a nombre del comitente; quien se obliga es éste y el tercero podrá reclamarle cualquiera prestación debida (artículo 273 in fine del Código de

Comercio), en vista del elemento "representación" ya estudiado. En caso de que por culpa del comisionista el comitente se viera obligado a resarcir en daños y perjuicios a un tercero, quien responde al comitente es el comisionista, sin que el tercero tenga nada que ver en este litigio.

3.—Formalidades de la comisión

No está, la comisión, sujeta a ninguna formalidad. Puede ser verbal (artículo 274) o por escrito. El requisito del artículo 64 de la legislación anterior, de que la verbal debería ser ratificada antes de concluido el negocio, por escrito, fue eliminado, puesto que no tenía sentido. Pero pensamos que, en protección del comisionista, debería ser siempre por escrito para adquirir valor jurídico. Comprendemos que la legislación y la doctrina, se oponen a este criterio y en otra ocasión trataremos de analizarlo.

4.—Libertad y presunción de aceptación del encargo

El comisionista es libre de aceptar la comisión o no, pero si la rehusa debe avisar inmediatamente su decisión al comitente en la forma más rápida posible. Lo anterior es el texto del artículo 275 del Código de Comercio, que complementa el 274, el que establece presunción de haber sido aceptada la comisión si ha sido encargada a quien habitual o profesionalmente las ejerce, y esta persona no la rechaza en el término perentorio de dos días a partir de la fecha en que haya recibido la propuesta.

El primer aspecto, de libertad de aceptación, es lógico y favorece al comisionista que es un empresario de la comisión, lucra con ella y debe tener derecho de rechazar la que no le produce la utilidad deseada, o resulta muy complicada, riesgosa, etc.

El segundo aspecto, de presunción de aceptación, aparentemente es menos lógico pero como pasamos a ver, es mera apariencia. Tomemos en cuenta que a quien se encarga una comisión es un "profesional" de ella; que en comercio es norma común y corriente que lo que no se rechaza es porque ha sido aceptado; que la solvencia o insolvencia de un comerciante dependen a menudo de un negocio bien dirigido o, que muchas veces tales negocios deben realizarse a distancia —causa que por otra parte parece ser dio

nacimiento a la comisión— y, unidos todos estos aspectos, comprenderemos fácilmente cómo, para seguridad del comerciante, debe obligarse al que "profesionalmente desempeña comisiones" a decir expresamente y dentro del plazo perentorio —dos días— si acepta o no el encargo, para en caso negativo, hacer conexión con otro comisionista, sin peligro de pérdida.

Por otra parte, el artículo 277 del Código de Comercio, establece otra presunción de aceptación: el comisionista que practique alguna gestión en desempeño del encargo que le hizo el comitente, queda obligado a continuarlo hasta su conclusión, puesto que se presume que aceptó el mandato. El artículo 274, segundo párrafo dice que, a pesar de que el comisionista rehuse la comisión en la forma de ley, queda obligado a conservar las cosas enviadas por el comitente hasta que éste nombre nuevo comisionista, "sin que, por practicar tales diligencias se entienda tácitamente aceptada la comisión".

5.—Otras obligaciones del comisionista

Ya apuntamos que, aunque el comisionista rehuse la comisión dentro de los dos días que la ley le da, queda obligado a velar por la conservación de lo que el comitente le haya enviado hasta que éste nombre nuevo comisionista que acepte el encargo. Lógico es lo dispuesto, puesto que se trata de persona a quien normalmente se le encargan comisiones y quien por regla general las acepta, viniendo a ser la excepción el rechazo. Por supuesto que no tendría sentido llegar hasta el extremo de desembolsar el comisionista dinero para los gastos de conservación de los objetos, por lo que el Código regula diciendo que para tales gastos se pedirá al Juez que subaste parte de dichos objetos (artículo 276 del Código de Comercio).

Está obligado también el comisionista a desempeñar el encargo él sin que puede relevarse de responsabilidad frente a un tercero, salvo que haya sido autorizado expresamente para sustituir su poder (artículo 277 del Código de Comercio).

Está obligado a suplir los gastos necesarios para realizar la comisión cuando expresamente así se haya establecido en el contrato excepto caso de quiebra o notoria suspensión de pago del comitente (artículo 278 del Código de Comercio).

El artículo 279 del Código de Comercio dice de la obligación del comisionista de seguir al pie de la letra las instrucciones del comitente, excepto cuando crea que con tal cosa dañaría a éste.

En tal caso, su deber es parar la comisión y pedir nuevas instrucciones las que, si no vinieren, le dejan en facultad de actuar a su arbitrio y prudencia; si en cambio las nuevas instrucciones reiteran las anteriores, es decir, que el comitente insista en que las cosas se hagan según él dice, el comisionista puede separarse del contrato o actuar según lo ordenado, sin responsabilidad de su parte. En general, los artículos 279 a 282 forman un conjunto armónico de responsabilidades, que ampara tanto al comisionista como al comitente, según la circunstancia.

Por otra parte, el único responsable de las violaciones a la ley es el comisionista, por ser él quien las debe conocer y actuar conforme a ellas (artículo 283 del Código de Comercio).

Queda el comisionista, al recibir fondos para realizar el contrato, obligado a emplearlos únicamente en la prosecución del tal fin, quedando obligado a pagarlos, junto con intereses a partir del día en que recibió tales fondos y daños y perjuicios causados, si los invierte en cosa distinta (artículo 285 del Código de Comercio). Por otra parte este caso entra en el campo de acción del Derecho penal, artículo 281, puesto que constituye un caso típico de estafa por abuso de confianza, si se reunieren los demás requisitos de ley.

Los artículos 284 y 286 del Código de Comercio contemplan un mismo caso, en esencia: responsabilidad del comisionista de los fondos y objetos del comitente que tenga en su poder. Sin embargo, hay diferencia entre dichas disposiciones, puesto que en el caso de "fondos" sólo puede excusarse, el comisionista por fuerza mayor, mientras que en caso de otros objetos (mercaderías o efectos), le vale como excusa también el caso fortuito. ¿A qué se debe esta diferente responsabilidad? "... hay una diferencia notable entre la materia de objetos a que, en general, se refieren ambas disposiciones del Código, suficiente a explicar y justificar el diverso criterio del legislador en ambos casos, entre otras consideraciones no sólo porque los fondos o dinero efectivo se prestan a manejos fraudulentos, pues esto sucede también, más o menos, con las mercancías de valor, sino por muchas causas de fuerza mayor que lo son para las mercaderías y que no lo serían respecto al efectivo". (Exposición de motivos al nuevo Código de comercio español, por Alonso Martínez, Ed. Góngora, Madrid, 1901, pág. 218).

Para realizar préstamos, cuentas a crédito o plazo, está obligado a requerir previa autorización. Realizado el negocio, previo permiso, debe dar cuenta de los términos de aquél. Caso de

que no medie el permiso o que no avise cómo hizo el negocio, responde el comisionista al comitente como si aquél hubiera sido al contado (artículo 287 del Código de Comercio).

El comisionista está obligado a realizar la comisión con terceros, no pudiendo ni tomar a préstamo el dinero, ni comprar él la mercadería, ni vender la suya, salvo pacto en contrario (artículo 290 del Código de Comercio).. Tampoco puede hacer tales operaciones "interposita manu".

Otra obligación del comisionista es asegurar la mercadería cuando así lo desea el comitente, siempre y cuando éste supla los fondos necesarios. El seguro se limitará a los riesgos que indique el comitente (artículo 291 del Código de Comercio).

Además, concluida la comisión, está en obligación el comisionista de rendir cuenta detallada de su gestión, al comitente, y documentarla, pudiendo hacer en el mismo acto la liquidación de su comisión y gastos (artículo 294 del Código de Comercio).

6.—Obligaciones del comitente

Se desprende de lo que hasta ahora hemos visto, que el comitente está obligado a suplir al comisionista los gastos de la comisión, transporte, depósito, conservación, así como primas de seguros.

Queda el comitente obligado a pagar honorarios convenidos o, a falta de convenio lo que se acostumbre en el lugar, pudiendo el comisionista "retener" en su poder los objetos de comisión necesarios para pagar aquél, con preferencia sobre cualquier otro acreedor (artículo 292 del Código de Comercio).

7.—Otros aspectos

Las ventajas de la comisión benefician exclusivamente al comitente, sin que el comisionista pueda compensar lo perdido en una comisión con lo ganado en otra, puesto que cada encargo se liquidará enteramente por separado (artículo 293 del Código de Comercio).

8.—Término del contrato de comisión

- 1º) Por realización del encargo y liquidación del contrato;
- 2º) Por muerte o inhabilitación del comisionista; y

3º) Por revocación que los herederos hagan a la muerte del comitente previo pago de honorarios y gastos del comisionista (artículo 295 del Código de Comercio).

Hay que tener en la cuenta, que la muerte del comitente, por sí sola, no termina el contrato, que puede seguir con la sucesión.

CAPITULO III

1.—De los porteadores

“El transporte es una de las partes generalmente sacrificadas en los programas de nuestras Universidades y, sin embargo, el lugar que ocupa en la economía nacional e internacional es tan importante que no cabe exagerarlo y la guerra reciente acaba de ponerlo aún más de relieve. Ha bastado limitarlo por las operaciones militares o la guerra submarina para que unos pueblos hayan tenido que racionarse y los otros verse reducidos casi al hambre” (Charles Gide, op. cit., pág. 225). Las anteriores palabras del maestro Gide, son señal suficiente de que está plenamente justificado el estudio a emprender del contrato de porte o transporte y de los tres sujetos que normalmente intervienen en él: el remitente o consignador, sea la persona que envía la mercancía; el porteador quien, propiamente realiza el transporte; y el consignatario o destinatario, que es quien recibe la mercadería, a quien el porteador está obligado a entregarla, y, en fin, a cuyo favor se ha hecho la consignación. Por supuesto, en muchos casos remitente y destinatario son la misma persona, lo que no implica ningún cambio de importancia en cuanto a derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el contrato.

Es interesante anotar que el “capitalismo”, como sistema político-económico, nació en la Edad Media, en su época más representativa —siglo XII D.C.— como resultado del llamado “comercio a larga distancia” (Henri Pirenne, op. cit., pág. 142). Y es fácil colegir el valor trascendente de un voluminoso transporte en esta época, tal que permitió el surgimiento del capitalismo.

“La mano derecha de los comerciantes”, llama Espejo de Hinojosa a la “Industria trajinera o de transportes”, que como sostiene Supino, “constituye una de las funciones esenciales del comercio, repara los inconvenientes de la desigual distribución de la

riqueza sobre la superficie terrestre, permite también aprovechar el mayor grado de aptitud que puedan tener para la transformación de las primeras materias las personas que están lejos de nosotros. Elevado a la categoría de industria, disminuye las dificultades y los gastos inherentes a los transportes particulares, y tiende a producir el equilibrio de los precios de las mercaderías entre los distintos lugares, y atenúa también los daños que pudieran sobrevenir en determinados países por efecto de ciertas circunstancias (por ejemplo, la carestía)” (Supino, op. cit., transporte de mercancías, pág. 262).

2.—Los tipos de transporte mercantil

De acuerdo con el estatuto comercial de la Nación, el transporte puede ser de tres tipos, según el objeto material del contrato:

- a) De cosas o mercancías, en el sentido lato;
- b) De personas; y
- c) De noticias.

En cuanto a este último tipo, contemplado por nuestra ley expresamente (artículo 323 del Código de Comercio), el Código hace total abandono de su regulación, pese a que se trata de un servicio público de capital importancia que por razones inexplicables, se ha permitido que sea ejercido por empresas privadas, especialmente por las compañías de aviación. El monopolio del transporte de noticias se impone en todo país socialmente desarrollado y nuestra legislación debe orientarse hacia él.

El transporte de personas, reviste también un acentuado carácter público, que lo convierte en interés colectivo primordial, y la tendencia moderna se acerca al sistema de socialización del mismo. Como veremos nuestra ley comercial lo regula en algunos aspectos, y leyes y reglamentos especiales lo colocaban dentro de la esfera administrativa del Ministerio de Seguridad Pública, y actualmente, del Ministerio de Transportes, en cuanto a tarifas, condiciones de los vehículos, capacidad de los mismos, etc. Y, en cuanto a transporte aéreo, existe una ley especial (Decreto de Ley N° 762 de 18 de octubre de 1949), y supletoriamente se aplican las disposiciones que vamos a ver.

Finalmente, el transporte de mercancías es el que más nos interesa, el que mayor relevancia adquiere dentro de la vida econó-

mica de un país y al que el Código de Comercio presta mayor atención. Por ello, al referirnos en adelante al contrato de transporte lo será esencialmente respecto al remunerado de objetos de comercio, puesto que, en cuanto a los otros dos tipos de porte, la ley comercial no se viene a aplicar sino casi en lugar secundario, supletorio, después de aplicar normas de orden público, reglamentos administrativos, etc.

3.—Definición del contrato de transporte

De lo que hasta ahora hemos visto, puede fácilmente derivarse que un elemento indispensable de este contrato es el “traslado de un lugar a otro, de cosas, personas o noticias”. Otro elemento de vigor y naturaleza, necesariamente lo viene a ser el precio. He aquí completa la idea de la figura contractual que estudiaremos: traslado, de un lugar a otro y a cambio de un precio, de personas, noticias o cosas. Así lo dice nuestro artículo 323 del Código de Comercio. El proyecto agregaba, como una buena y saludable aclaración, que “se considerará transporte terrestre el que se efectúe por lagunas, ríos y canales”.

4.—Contenido y forma del contrato

El contenido está determinado, esencialmente, por expresión de los objetos a transportar, en referencia a sus condiciones, como por ejemplo, fragilidad, poca duración, peso, volumen, cantidad; lugar a donde debe ser transportado, y en ciertos casos, en donde ha de ser recogido; plazo de entrega, precio. Es imprescindible que se tenga buen cuidado de contratar claramente sobre esos aspectos, a fin de que no surjan conflictos innecesarios, que contienen en ciernes un litigio, siempre molesto y caro.

En cuanto a forma, dice el Código que, por una parte, puede ser verbal o escrito, pudiendo cualquiera de ellas obligar a que sea en la última especie. Por otra parte, caso de ser escrito, el documento probatorio del mismo, en el cual se escribe, se llama carta guía de porte o simplemente carta de porte y debe contener, ineludiblemente:

- a) Nombres, apellidos, domicilio de remitente, portadores y consignatario;

- b) En caso de no haber destinatario nominativo, circunstancia de ser “al portador”;
- c) Lugar de destino y plazo de entrega;
- d) Designación de los efectos, con expresión de su calidad genérica, peso, medida o número, marcas o signos exteriores de los bultos en que se contengan;
- e) Precio del transporte con expresión de si está ya pagado total o parcialmente;
- f) Fecha de la guía;
- g) Cualquier otro pacto que acuerden los contratantes; y
- h) Firmas del remitente y del porteador o de sus agentes o sus representantes.

Es conveniente, además, consignar una estimación prudencial del objeto, para efectos posteriores de indemnización por pérdida o deterioro, a pesar de que el artículo 329 del Código de Comercio, no lo pone.

CAPITULO IV

(CONTINUACION)

1.—La guía de porte

Recibe también el nombre de carta de porte o carta-guía de porte. En el léxico común de nuestro comercio, se llama simplemente “guía”.

Ya vimos cómo el contrato de transporte puede ser verbal o escrito, y que en el segundo caso, la guía debe contener cierto mínimo de datos: firmas del remitente (cargador, consignante) y del porteador; datos del consignatario (sea la persona a quien van dirigidos los objetos, a su orden), y a circunstancia de ser al porteador; destino, plazo de entrega, datos que permitan identificar los objetos, fecha de la guía, valor del contrato, cualquier otra cláusula.

El plazo de entrega es muy importante fijarlo con claridad, porque a partir de él empieza a correr la prescripción de seis meses. Vencidos estos seis meses, el propietario pierde todo derecho a reclamar por deterioro o pérdida, etc.

En cuanto al valor del contrato, sea el precio del transporte, según el artículo 329 inciso e) del Código de Comercio, el remi-

tente puede pagarlo al suscribir la guía, en su totalidad. Pero se entiende que esto es sin perjuicio de acuerdo de plazo o pago parcial que el remitente haga con el porteador, en cuyo caso así debe expresarse en la guía.

Relacionado con la obligación de consignar cualquier otro pacto en la guía, está el artículo 323 del Código de Comercio que releva a cualquier persona que adquiera la guía o al destinatario de cumplir compromisos entre remitente y porteador, que no hayan sido consignados en la guía.

Todo contrato es ley entre las partes, lo que quiere decir que, todo aquello que se contrata, siempre que no dañe a terceros ni viole la ley, obliga a los contratantes igual que la ley. La guía viene a ser el mejor medio de prueba del contrato de porte. Luego, lo consignado en la guía es ley entre las partes. Y en caso de suscitarse un conflicto con motivo de la ejecución o consumación de un convenio de porte, ninguna de las partes puede defenderse con afirmaciones contrarias a lo que dice la guía. La única defensa que se admitiría, sería la acusación de ser la guía falsa o estar su contenido viciado de falsedad. Ser falsa la guía significa haberla inventado cuando no la hubo o haberla sustituido, estar la guía viciada de falsedad, significa que lo que en ella se hizo constar no estaba acorde con la realidad.

Para retirar la mercadería del poder del porteador, si no ha mediado contrato escrito, es beneficioso para aquél, hacer firmar al destinatario, un recibo de conformidad. Si ha mediado guía —contrato escrito— es necesario presentar aquella cancelada, para devolverla al porteador.

➤ Sin embargo, puede suceder que al destinatario se le haya extraviado el contrato escrito. Lógico es que no se le puede privar de su derecho a retirar los objetos hasta tanto no presente la guía, puesto que puede inclusive haberse destruido y con tal proceder se le causaría un gran perjuicio. Por otra parte como la guía es un título representativo de los objetos, la propiedad de esto puede transmitirse por endoso si es a la orden, o por simple entrega del papel, si es al portador, de la guía misma. Frente a esta situación el porteador debe asegurarse para el caso en que la guía haya sido legítimamente transmitida. La ley lo faculta expresamente para no entregar la mercadería, hasta tanto el remitente no firme un “recibo de conformidad los objetos”, y mande una fianza para el caso de que la guía aparezca en manos de tercero de mejor

derecho, de buena fe. Esta garantía será a satisfacción del porteador y por seis meses, plazo de prescripción de la carta de porte.

2.—Del embalaje: responsabilidad y derechos a que da origen

Ya hemos dicho que se llama “remitente” a la persona que envía por medio del porteador, mercadería.

El remitente debe cuidar que los objetos vayan empacados conforme a las necesidades de aquellos (artículo 333 inciso a); por su parte, el porteador puede negarse al transporte si falta este requisito, pero si el cargador insiste, se hace constar la circunstancia en la guía, y el porteador queda exento de responsabilidad (artículo 336 inciso j). Las mercaderías se presumen exentas de vicio y bien acondicionadas cuando el porteador las acepta sin reparos ni objeciones (artículo 333 inciso a).

Por otra parte, el porteador puede obligar al remitente a abrir los bultos, lo que servirá para constatar la veracidad de la declaración de contenido y saber si el empaque es apropiado. En caso de negativa del remitente, salva el porteador su responsabilidad, haciéndolo constar en la guía (artículo 336 inciso e). Reclamada la mercadería por el legítimo autorizado, antes de entregarla puede el porteador exigir del destinatario la apertura de los bultos, a fin de hacer constar su estado. Si el consignatario se negare, queda relevado el conductor de toda responsabilidad que no provenga de fraude o dolo. Estos aspectos deben hacerse constar en la guía. Como contrapartida de este último caso, dice la ley que el consignatario está obligado a abrir los bultos en presencia del porteador, etc., (artículo 337 inciso b).

Es lógico que el destinatario pueda creer, por la apariencia de los embalajes, que la mercadería no ha sufrido ningún menoscabo, viniendo a aparecer los daños en sus bodegas. En ese caso, tiene ocho días a partir del retiro de la mercancía o recibo en su bodega, para reclamar el daño, previa comprobación de que, por naturaleza, ha de haber sido producido “durante el transporte” (artículo 338 inciso d).

3.—Del recibo y entrega de la mercadería

La mercadería debe ser entregada y recibida en el lugar convenido y en la fecha fijada (artículos 333, 335, 337 y 338, todos inciso a). Así, el porteador está obligado a concluir el viaje dentro del plazo estipulado (artículo 335 inciso c). El inciso g) del mismo artículo, en último término citado, establece que el porteador está obligado a pagar en caso de retardo que le sea imputable, la indemnización convenida (cláusula penal), y si no se ha estipulado, pagará el monto del perjuicio que haya causado. Esto en concordancia con el inciso h) de ese mismo artículo que sostiene la obligación del conductor de entregar en la estación o lugar de destino las mercancías en un todo de conformidad con lo consignado en la carta de porte.

Lease al respecto, también, el inciso j) del artículo 335.

4.—Del cambio de destino y otros aspectos.

En cualquier momento puede, por supuesto, prescindir del transporte el remitente, pero debe indemnizar al porteador: si no se ha iniciado el viaje, con la mitad del precio convenido y si ya está en camino la mercancía, el total del precio. Sin embargo, si el porteador, por haberse así contratado, ha separado uno o varios vehículos y los ha destinado al lugar de carga, en donde no se le entregan los objetos, tiene derecho al porte total, si justifica que no pudo obtener otro contrato para el regreso. Si obtiene carga, el importe de tal traslado se lo deberá rebajar el remitente (artículos 325 y 326). El anterior es el llamado “falso flete”.

El consignante tiene derecho a variar la ruta y el destino de la mercadería, y aún pedir que se le devuelva; “salvo pacto en contrario”, dice el artículo 328 del Código de Comercio. Con base en el artículo 103, que permite la rescisión del contrato a voluntad del cargador, nos atrevemos a pensar que el “pacto en contrario”, sólo podría ser sobre el cambio de ruta, factor de escasa importancia en el contrato; no así con respecto al cambio de destino o la devolución, que son derechos esenciales del comerciante. En el sentido anterior se pronuncian también los artículos 335 inciso j) y 334 inciso a).

El porteador responde directamente del hecho de sus empleados y subalternos. Puede combinar el hecho mismo del transporte,

por subcontrato con otra u otras compañías. En tal coyuntura el contratante y subcontratante son responsables solidariamente, frente a remitente y consignatario —y no sólo frente al primero, como decía el artículo 102 del Proyecto del Código de Comercio (Espejo de Hinojosa, op. cit., pág. 493)— por las consecuencias que cualquier incumplimiento o responsabilidad produzcan (artículo 324 del Código de Comercio).

5.—Del caso fortuito y la fuerza mayor. - Riesgos

Veamos primero qué son estas dos instituciones jurídicas y su diferencia.

Se llama “de fuerza mayor”, cualquier hecho o acontecimiento que provenga de acción de la naturaleza, humanamente imposible de impedir, y aún de prever, o aunque previsible, que imposibilite de sustraerse a sus efectos.

Caso fortuito comprende aquellos hechos no provenientes de un fenómeno natural, pero sí accidental, y que salen del grado normal de previsión de una persona; o que, aunque previsibles, que imposibiliten sustraerse a sus efectos.

Es de fuerza mayor un terremoto, un incendio forestal, una inundación, un ciclón, etc. Es caso fortuito un incendio provocado por el hombre, un robo, etc.

Ahora bien; puede suceder que, antes de iniciarse el viaje, ocurra un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, que haga imposible la realización de aquél. En tal caso “debe tenerse por resuelto el contrato, sin responsabilidad para ninguna de las partes. Y la solución es lógica: ¿qué culpa le podría haber al cargador que no puede presentar la mercadería al conductor en razón de que la bodega en que aquella estaba almacenada, sufrió un incendio (caso fortuito)?; y, ¿qué obligación podría nacerle al porteador al no presentarse a recoger la mercadería en el lugar convenido, a causa de deterioro en su camión producido por una inundación (fuerza mayor)? Ninguna, por supuesto. Y en tal sentido se pronuncian los artículos 327, 333 inc. c) y 336 inc. c). El 327 y el 336 inciso c), autorizan al porteador para rescindir el contrato en virtud de fuerza mayor o caso fortuito y el 333 inciso c), pone a cargo del remitente la contrapartida, sea la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 336 inciso d), contempla otro caso de fuerza mayor: la que obliga al porteador a variar la ruta. No estando él obligado a la fuerza mayor, si la nueva ruta tiene una tarifa mayor, puede cobrarla, y si no hay tarifa fijada, puede aumentar proporcionalmente el precio del porte. Pero, no estando obligado el remitente, tampoco, a la fuerza mayor, no puede ser obligado a pagar más que la nueva tarifa; nunca gastos ni tiempo perdido, a causa del acontecimiento de fuerza mayor.

Naturalmente que lo ya visto no implica una absoluta falta de responsabilidad para el porteador. Este, fuera de los casos vistos, de caso fortuito y fuerza mayor, o fuera del evento de embalaje malo —que vimos anteriormente— o de vicio propio de las cosas, responde siempre, salvo que el cargador, habiéndole engañado en cuanto a la clase o calidad de los objetos, se haya negado a la apertura previa de los bultos (artículo 336 inciso e), como ya vimos. Así, el conductor responde de perjuicios nacidos del mal estado de los vehículos, o de la administración deficiente de su empresa, o del dolo, culpa o negligencia, suya o de sus agentes, y empleados, y aún del de sus subcontratistas (artículo 334 inciso c).

El consignante puede, por su cuenta y riesgo, mandar sus propios empleados para que protejan la carga durante el transporte (artículo 334 inciso b), y en este caso, corre con los perjuicios que sufra y que la empresa hubiera tenido que pagar de haber sido sus propios empleados los encargados (artículo 346 inciso d).

6.—Del porteador como depositario

No debemos olvidar que el transporte es un contrato mixto, puesto que hay un arrendamiento de servicios y un depósito. De este último, es que nacen, a cargo del porteador, todas sus obligaciones de protección a la integridad de la mercancía, custodiándolas y entregándolas en el estado en que las recibió. Así lo expresan los incisos a) y e) del artículo 335 del Código de Comercio: “a) El porteador está obligado a colocar las mercaderías en lugar conveniente en tanto no se trasladen a los vagones en que haya de hacerse la conducción”. “e) A cuidar y conservar las mercancías en calidad de depositario desde que las reciba hasta que las entregue a satisfacción del destinatario”.

7.—Del derecho de situación para el pago del precio

Ya vimos que el contrato de transporte es oneroso, característica si no esencial, al menos general en todo contrato mercantil. Por lo tanto, el pago de un precio es de rigor y esencia en este contrato. Vimos cómo, salvo pacto en contrario, debe ser pagado al firmarse la guía. También puede suceder que el cargador declare que pagará al destinatario, caso en el que aquél es solidario en el pago.

Ahora bien; si no se le paga el precio al porteador, éste puede, legalmente, mantener la mercancía en su poder. Debe entenderse, en estricta lógica, que el concepto precio, incluye los gastos debidamente comprobados, que el porteador, en su obligación de depositario, haya tenido que hacer.

Esta retención no podría mantenerse indefinidamente. Luego, el porteador puede pedir a la autoridad competente que saque a remate la mercadería, a fin de pagarse sus créditos (artículo 336 incisos g), h) e i). Sería conveniente establecer el sistema de garantía especial prendaria que consigna el Código de comercio español, artículo 375: “Los efectos porteados estarán especialmente obligados a la responsabilidad del precio del transporte y de los gastos y derechos causados por ellos durante su conducción o hasta el momento de su entrega”. A pesar de que no se habla de esta disposición expresamente de “prenda”, considera la doctrina española que se trata de tal, siguiendo la orientación del Código de comercio alemán, artículo 440: “El porteador tiene derecho de prenda sobre la mercancía para garantizar todas las acciones que nacen de su contrato, especialmente el porte y los gastos de depósito, derechos de aduanas y otros dispendios, así como los anticipos que hiciere por cuenta de la mercancía”. (Hinojosa, op. cit., pág. 494 y nota 18; igual principio contiene la legislación italiana: Supino, op. cit., pág. 270, N° 223; no así la mexicana: Rodríguez R., op. cit., t. II, del Contrato de Transporte; en igual sentido la ley argentina: Malagarriaga, t. VII, págs. 23-24).

8.—Otros aspectos

Conforme lo dispone el artículo 333 inciso a), el cargador debe suplir los permisos y órdenes necesarios (municipales, fiscales, etc.), de modo que la mercadería pueda viajar sin contratiempos

en general, debe cumplir con todo aquello que la ley preceptúa como obligatorio para el transporte. Si por omisión de cualquiera de esos requisitos, se produjeran atrasos u otros perjuicios para el porteador, el cargador debe pagarlos, cargando también con las multas u otras sanciones nacidas de su omisión.

Caso de que el porteador no localizara al consignatario, para la entrega, o éste rehusare recibir la mercancía, podrá aquél depositarla al juez. Por otra parte, el destinatario debe recibir, en caso de avería de la mercancía, aquella que esté en buen estado (artículo 336 incisos f) y h).

El consignatario, en un acto solemne, puede hacer abrir los bultos para comprobar posibles daños (artículo 338 inciso b). Ya hemos visto cómo este derecho le asiste también al porteador frente al remitente. Y aún, si el porteador dudara del contenido de los bultos, en acto también solemne, puede obligar al consignante —y también al destinatario— a la apertura de aquellos. Si la sospecha resulta fundada, consignante o consignatario pagarán los gastos de la diligencia; en caso negativo, dichos gastos corren por cuenta del porteador.

CAPITULO V

(continuación)

Se hace con discusión y por consenso

9.—Empresas públicas de transportes

Los aspectos estudiados antes se aplican por igual a empresarios, tanto particulares como públicos, de transporte. Empresario particular de transporte es aquel que ejercita esta industria discrecionalmente, en condiciones y por ajustes convencionales, aunque con sujeción a las tarifas de policía. (Ley N° 29 de 29 de noviembre de 1909, de Transporte, derogada por el nuevo Código de Comercio).

Conforme a la misma ley citada, son empresarios públicos de transporte aquellos que anuncian y abren al público establecimientos de esa índole, comprometiéndose a transportar por precios, bajo condiciones y en períodos determinados, siempre que se requieran sus servicios de acuerdo con las bases de sus prospectos, itinerarios y tarifas normalizadas.

Las empresas que en las condiciones dichas ofrecen al público sus servicios suelen imprimir los contratos que sus clientes deben

aceptar previamente y en masa. El cliente simplemente se adhiera a las cláusulas impresas en la fórmula. Son estos los llamados "contratos de adhesión".

Ahora bien, el contrato, fundamentalmente es un acuerdo de voluntades, libremente manifestadas, sobre un punto de interés jurídico. Es conveniente —sin que sea un elemento esencial para la existencia o validez de un contrato— que la libre manifestación concordante de voluntades se dé gracias a una discusión o debate, previos, mediante el que ambas partes puedan sopesar la conveniencia e inconveniencia de cada una de las cláusulas del contrato. Por otra parte, el movimiento comercial es rápido y acelerado y sería imposible que el propietario de una empresa de transporte remunerado de personas, por ejemplo, con veinte o treinta unidades en servicio, tuviera que discutir con cada pasajero las cláusulas y condiciones conforme a las que le va a transportar. Es imposible e ilógico. Aquí, la parte más fuerte —por regla general económicamente más fuerte— impone las cláusulas al cliente, o como dice Ripert "son contratos en los que una de las partes impone su ley, estando la otra obligada a sufrirlas" (Georges Ripert, El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno, Ed. José María Cajica Jr., México 2ª Ed., pág. 154).

Tratándose de servicios de innegable utilidad pública e importancia particular trascendente, el Estado no puede permitir que la parte económicamente fuerte —el empresario— imponga irrestrictamente su voluntad aprovechándose de su posición preponderante. Y por ello interviene, regulando aquellos aspectos que considera fundamentales.

"Las empresas públicas de transporte, dictarán sus propios reglamentos, tarifas e itinerarios, que deberán ser aprobados por el Ministerio de Gobernación, y puestos en lugar visible en sus estaciones y bodegas. Esos reglamentos, tarifas e itinerarios son obligatorios para todos siempre que se ajusten a las disposiciones legales que rigen la materia". El anterior es el texto del artículo 340 del Código de Comercio. En cuanto a dictar sus reglamentos, la empresa es totalmente libre, siempre y cuando no viole ninguna ley. Con relación a las tarifas en realidad tienen poco radio de acción, puesto que cualquier variación debe ser aprobada por el Ministerio de Gobernación: un alza, por el esfuerzo económico que significa en los usuarios; y una baja, porque puede llegar a constituirse en una competencia desleal que puede llegar a una guerra

de precios, que a su vez puede producir la quiebra de las empresas, lo que no viene sino a perjudicar a los usuarios o cargadores. Y finalmente, en lo que respecta a itinerarios, tampoco queda su fijación al arbitrio de la empresa. Es también el Ministerio de Gobernación el que tiene la última palabra al respecto.

En vista de que estos contratos de porte vienen a ser de adhesión, quedando, el que use el servicio, obligado a aceptar las condiciones sin discusión, es conveniente, al menos, que se entere con claridad de los derechos y obligaciones que le nacen del contrato. De aquí la obligación para el porteador, de la publicidad que debe dar a la fórmula o a la regulación de aquél, colocando en estaciones y bodegas y en lugar visible, reglamentos, tarifas e itinerarios.

A fin de no dejar a la decisión unilateral del porteador, la aceptación o no de determinado contrato y por el interés colectivo, público que existe en estos servicios, la ley obliga al porteador a prestar estos a cualquiera que, solicitándolos, se ajuste a la ley y a los reglamentos (artículo 341 del Código de Comercio). Además, la empresa puede desarrollar su actividad, contratando, a todo lo largo de su itinerario, aún en sitios en que no tenga oficina (artículo 342 del Código de Comercio).

El artículo 343 establece claramente las obligaciones fundamentales de las empresas públicas de transporte, así:

“Artículo 343.—Las empresas públicas de transporte están obligadas:

- a) A imprimir sus propios reglamentos y fijarlos en lugar visible en sus estaciones y bodegas una vez que hayan sido aprobados por el Ministerio de Gobernación;
- b) A dar a los pasajeros billetes de asiento y a sus cargadores la carta de porte respectiva. No podrá la empresa vender más billetes del número de asientos que contenga el vehículo;
- c) A emprender y concluir el viaje en los días y horas señalados en los anuncios, aunque no estén tomados todos los asientos o haya espacio sobrante en el vehículo;
- d) A entregar la carga en los puntos convenidos tan pronto como llegue a su destino. La entrega se hará al legítimo tenedor de la carta de porte. Si no se presentare el destinatario a

retirar la mercancía a la llegada del vehículo, la empresa la conservará en sus bodegas mientras no se presente el interesado a retirarlas. En el reglamento respectivo se consignará el término que podrán permanecer las mercaderías en la bodega y desde ese momento deberá el interesado reconocer bodegaje; y

- e) A no variar las tarifas debidamente aprobadas, antes de someter las nuevas a la aprobación del organismo competente. Una vez aprobados si el cambio significa rebaja, se aplicará inmediatamente; pero si se acuerda un alza no podrá aplicarse antes de un mes a partir de la publicación respectiva.

La empresa no podrá dar trato especial a ningún cliente, si lo hiciere, quedará obligada a conceder igual ventaja a todos los que hubieren solicitado el servicio de la empresa con posterioridad a la fecha en que se compruebe que se hizo la rebaja de tarifas a determinada persona o empresa.

Quedan a salvo los casos de pasajes oficiales y de cumplimiento. También puede conceder rebajas o exenciones siempre que estas tengan carácter general y puedan ser aprovechadas por todos aquellos que reúnan las condiciones exigidas para merecer la rebaja o exención”.

10.—Del caso en que el destinatario no puede ser localizado

Hemos visto cómo el conductor tiene como obligación, entregar, al poseedor de la guía, la mercadería en el lugar convenido y si ello no es posible, conservarla en su bodega, debiendo consignarse en la carta de porte cuánto ~~debe~~ de ese bodegaje no pagan derechos y a partir del momento en que se empieza a pagar tales derechos, cuánto tiempo puede la mercancía permanecer en bodega. Transcurrido este término puede el porteador pedir a la autoridad competente (juez civil) que proceda al depósito y venta en acto público, de la mercadería. El juez entonces deberá publicar un edicto dando plazo para que aquellos que se crean con derecho, se opongan a las diligencias; vencido ese término llamará a un perito para que valore los objetos, publicará luego el edicto de remate con la base del monto del peritazgo.

El producto de la subasta se empleará en pagar el precio del porte, sus intereses, los gastos de conservación y depósito y el saldo, si lo hubiere, permanecerá a la orden del destinatario.

Este procedimiento es lógico, puesto que el porteador nada haría con poder quedarse indefinidamente con la mercancía en retención, no pudiendo enajenarla, haciendo gastos de conservación y ocupando lugar en sus bodegas.

Los aspectos de fondo vistos están en el artículo 344 del Código de Comercio.

11.—De la obligación de daños y perjuicios

Ya hemos visto que la empresa no responde de daños y perjuicios cuando ha habido fuerza mayor, caso fortuito o hecho del consignante (mal empaque; error al no declarar la clase exacta de mercadería, la falsedad en esta declaración, la insistencia en el transporte a pesar del mal embalaje, etc.), pero que en los demás casos es responsable por hecho propio o de sus empleados o ajustes, y responde solidario con sus subcontratistas, así como que responde por la mala calidad o condición de los vehículos. Vimos también cómo el transporte, especialmente el llamado de “empresas públicas”, se realiza mediante la suscripción de contratos de adhesión, cuyas cláusulas no es dable discutir a quien arrienda los servicios. En vista de esos factores dice la ley que toda expresión del porteador tendiente a eximirse de responsabilidad en ese sentido, es nula, se tiene por no hecha, con las salvedades que siguen:

- a) Cuando se trate del transporte de animales vivos;
- b) Cuando se refiera a mercaderías que por su propia naturaleza sufran deterioro o menoscabo;
- c) Cuando a solicitud del remitente los efectos viajen en carros, naves o vehículos, descubiertos, cuando los usos y la lógica aconsejan que deben viajar en vehículos cubiertos o entoldados;
- d) Cuando viajen los efectos bajo la vigilancia de los propios empleados del remitente; y
- e) Cuando provengan de fuerza mayor o propia falta del pasajero o del remitente en su caso (art. 346 del Código de Comercio).

12.—De la prescripción en el transporte

Podemos afirmar que fundamentalmente hay dos términos de prescripción.

Las partes en el contrato de porte pueden reclamarse mutuamente, dentro del plazo de 8 días, reclamación de estricto carácter extrajudicial, todo aquello en que consideren que han sido lesionados. Debe entenderse que se trata de reclamos de destinatario y remitente, al porteador, o viceversa, nunca entre remitente y consignatario, cuyas obligaciones se extinguen por prescripción según las reglas generales de ésta en materia comercial, y que veremos en la segunda parte de este estudio. Lo anterior no es aplicable al segundo plazo de prescripción, que es judicial, y que rige también para reclamos entre remitente y destinatario. Este otro término es de seis meses y corre desde el momento en que, habiéndose terminado el viaje, quede a disposición del consignatario la mercancía.

Por otra parte, los ocho días para el reclamo extrajudicial —que debe hacerse por escrito— empiezan a correr, para el porteador desde que reciba o entregue la mercancía; para el remitente desde que se entere de la causa que puede dar origen a su reclamo, y para el consignatario, desde que retire la mercadería.

Debe tenerse claro que el reclamo extrajudicial no es condición para plantear el juicio propiamente tal (artículo 347 del Código de Comercio).

13.—Del transporte remunerado de personas

Se rige por una ley especial, y supletoriamente por disposiciones del Código de Comercio, Ley de Tránsito, Reglamento del mismo.

No nos interesa mucho en este estudio: 1) Porque está preferentemente regulado por el derecho administrativo; 2) Porque estamos estudiando el transporte y la actividad del porteador desde el punto de vista de su intervención “auxiliar” en el fenómeno comercial del intercambio; es decir, nos interesa el transporte como medio de trasladar la mercadería de un lugar a otro; y no el transporte como acto de comercio principal, como empresa, no de traslado de mercancía, sino de personas.

Por supuesto que, perteneciendo al Derecho del Comercio, lo analizaremos, aunque sea brevemente.

Queda claro que las tarifas, itinerarios, condición de los vehículos, integridad física y moral de los empleados, etc., pertenecen, más que al ámbito del Derecho Comercial, al del administrativo, que los regula a través del Ministerio de Transportes.

En cuanto a responsabilidad, se aplica en este caso la llamada "objetiva": no se condena por la mayor o menor culpa, sino simplemente por el hecho de haberse producido el perjuicio en el vehículo o por causa de éste, o de los empleados o agentes, dándose, en este último caso la culpa conocida como "in eligendo", en la elección. Todos estos aspectos están comprendidos en el artículo 1048 del Código Civil, especialmente en su párrafo 5º; y a dicho artículo hace referencia el 345 del Código de Comercio. Las únicas eximentes de responsabilidad en estos casos son, la fuerza mayor o la propia falta de la persona muerta o lesionada.

En la Ley N° 63 de 26 de marzo de 1935, llamada de Tránsito, artículo 63, encontramos una interesante disposición: "Artículo 63.—Cuando sin culpa de quien maneje el vehículo, se interrumpiere su marcha, los pasajeros, si el servicio fuere remunerado, podrán negarse a pagarlo, siempre que el recorrido fuere menor que la mitad del camino a recorrer; si el precio del pasaje ya hubiere sido percibido, se le devolverá al pasajero. Si se hubiere llegado a una población, el pasajero deberá reconocer la parte proporcional a la distancia recorrida, de acuerdo con el precio del pasaje. Si la interrupción obedeciere a la negligencia o imprudencia del dueño o conductor, los pasajeros quedarán exentos del pago del servicio".

En general hemos de decir que, al transporte remunerado de personas se aplica todo lo que sobre transporte hemos estudiado, siempre que no se oponga a disposiciones especiales sobre la materia.

Para finalizar este capítulo añadimos que no debe olvidarse que uno de los tres sujetos de la relación —remitente, porteador, consignatario— desaparece cuando el pacto es de personas, puesto que, normalmente el remitente es el mismo pasajero, y no hay destinatario. No existen por supuesto entonces las obligaciones de depositario inherentes a otros transportes. El porteador no está obligado sino con respecto a la realización técnica del viaje. Al respecto, ver Rodríguez R., op. cit., t. II, pág. 258.

RÉGIMEN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA*

RODOLFO E. PIZA ESCALANTE

INTRODUCCION

01. PRESENTACION:

De acuerdo con el motivo y limitaciones de esta exposición, voy a tratar de resumir en ella los principios y normas que determinan, desde el específico punto de vista del derecho interno de Costa Rica, el régimen jurídico de los tratados internacionales; entendiéndolo, a esos efectos, como "derecho costarricense", tanto por la naturaleza misma eminentemente constitucional de la materia, cuanto por la inexistencia de normas legales ordinarias o reglamentarias que a ella se refieran, el Derecho de la Constitución vigente, de 1949.

02. FUENTES:

Para esto, he de valerme de tres únicas fuentes a mi alcance —porque no existen otras, ni positivas ni doctrinarias—: a) el propio texto de la Constitución; b) las Actas oficiales de la Asamblea Nacional Constituyente que la promulgó, pese a que sus referencias son de poca utilidad, ya que las disposiciones relativas al Derecho Internacional se recogieron casi sin modificaciones de las Constituciones anteriores y, en todo caso, se aprobaron prácticamente sin discusión; y c) unas cuantas referencias jurisprudenciales, sobre todo en materia de recursos de inconstitucionalidad, que revelan, en alguna medida aprovechable, la orientación de nuestra Corte Suprema de Justicia sobre la materia; con la advertencia de que éstas las utilizo forzosamente de memoria y, por lo tanto, sin el detalle ni la exactitud que habría querido poderos ofrecer.

* Trabajo leído en la cátedra de Derecho Internacional Público, Doctorado. Universidad de Madrid, 1966.

03. PLANTEAMIENTO, PRESUPUESTOS DEL TEMA:

Sin embargo, aunque se trata de un tema de derecho constitucional interno de mi país, considero conveniente establecer, ante todo, ciertas premisas que, a modo de presupuestos, me permitan fijar con claridad el sentido y el método con que trataré de contestar a la pregunta implicada en el título. Se trata, en resumen, de plantear el problema sobre la base de tres premisas importantes: una, referente al encuadramiento del derecho de los tratados en el Derecho Internacional general; otra, a las relaciones entre el derecho interno y el internacional en la materia de tratados; otra, a los grandes lineamientos, tanto positivos como sociológico-políticos, del régimen constitucional costarricense. Por supuesto, las limitaciones de esta exposición me obligan a enunciarlas simple y esquemáticamente, atendido a que, cuando no por corresponder a principios universales que vosotros conocéis mejor que yo, vuestra benevolencia y mayores luces sabrán llenar sus ausencias.

04. PRIMERA PREMISA (REGIMEN DE TRATADOS EN EL ORDEN INTERNACIONAL):

Los tratados constituyen ellos mismos el Derecho Internacional "convencional" o "especial", pero su régimen jurídico fundamental pertenece al Derecho Internacional "general" y, mejor, dentro de éste, a sus principios, que llamamos el Derecho Internacional "necesario" o "universal". Esto tiene importancia porque, consecuentemente, el régimen de tratados en un régimen específico de derecho interno —el de Costa Rica en nuestro caso— depende no solamente de las disposiciones que los aludan de manera más o menos expresa, sino también y especialmente del reconocimiento y rango que en ese ordenamiento se dé al Derecho Internacional general:

04.1 Como es sabido, el Derecho Internacional se divide en dos grandes ramas —y hoy se puede decir que tres—: a) el Derecho Internacional convencional o especial, que es el derecho contenido en los tratados, y aún cabría en las costumbres particulares, que se basan en la voluntad —expresa o presunta— de los Estados y que miran a sus intereses recíprocos particulares; b) el Derecho Internacional general o de los principios y normas generales, expresados a través de las costumbres y creencias jurídicas de la comu-

nidad internacional y que miran a intereses superiores a los de los Estados de esa comunidad; y c) en los últimos tiempos, cabe agregar, al menos como derecho en formación, el Derecho de las organizaciones internacionales, que no es materia de mi exposición.

04.2 Dentro del Derecho Internacional general, por lo que hace sobre todo a su relación con el derecho de los tratados, cabe a su vez distinguir: b1) los principios y normas generales de carácter "supletorio" o "instrumental", que sirven para suplir las omisiones de los pactos o para interpretarlos; b2) los principios y normas de carácter "necesario" o "universal", que se imponen por encima de los propios tratados, sea por tratarse de normas de "orden público internacional" —tal, el caso, por ejemplo, de la cláusula "rebus sic stantibus", que es irrenunciable y se tiene por implícitamente incorporada a todo tratado—, sea por tratarse de los verdaderos principios fundamentales, que definen la esencia misma del Derecho Internacional y de sus instituciones, sin los cuales serían inexplicables —es el caso del principio "pacta sunt servanda": los pactos deben cumplirse, regla de oro de todo el Derecho Internacional convencional.

04.3 Entre estos principios y normas de lo que hemos llamado Derecho Internacional necesario o universal, es que se encuentran, precisamente, los que definen el régimen jurídico fundamental, "internacional" de los tratados. Estos no pueden, lógicamente, dar razón de sí mismos, y no pueden tener la específica validez del derecho, su capacidad de obligar en la forma específica de obligar del derecho, sino por la existencia de esa norma fundamental "pacta sunt servanda", al igual que los contratos derivan, en el derecho interno, su existencia jurídica, del principio extracontractual, legal, de que "el contrato es ley entre las partes" contenido en las leyes civiles. De allí también que, en el orden interno, el simple reconocimiento del Derecho Internacional signifique, sin más, el de todo el derecho general de los tratados, con todas sus consecuencias.

05. SEGUNDA PREMISA: REMISION DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO INTERNO:

En el estado actual del Derecho Internacional, hay sin embargo, una extensa remisión de éste al derecho interno de los Estados, que en materia de tratados se manifiesta concretamente

en tres aspectos: a) al requerir su "incorporación" al derecho interno; b) al librar al derecho interno la determinación y regulación de las condiciones de validez de los tratados relativos a la capacidad y participación de los sujetos contratantes (cada Estado regula su participación); y c) al depender de los propios Estados para su eficacia.

05.1 No se trata con todo esto de subordinar el Derecho Internacional al derecho interno, sino de que, aún partiendo de una concepción monista, para mí la única aceptable, fundada sobre la supremacía lógica del Derecho Internacional, hay que admitir que existe de parte de éste un mecanismo de habilitación del derecho interno en los aspectos dichos, derivada por lo demás de circunstancias explicables, como son: la concurrencia de dos órdenes jurídicos y, por ende, sustancialmente iguales —el interno y el internacional— sobre un ámbito común territorial, material y en definitiva humano, concurrencia que debe resolverse, en beneficio de ambos, utilizando los mejores medios con que, por ahora, cuenta el derecho interno: su desarrollo más complejo y elaborado y, sobre todo, el hecho de disponer de un poder público organizado que monopoliza y garantiza la coacción, que es en definitiva el desideratum del derecho. Pero todo ello, supuesto siempre que el Derecho interno haya de reconocer la supremacía del Internacional, por lo menos en su propia esfera, ya que de lo contrario este último se volvería una ilusión.

05.2 Estos conceptos generales nos permiten plantear concretamente los aspectos que habremos de examinar. Sólo que, para hacerlo con una visión acertada del ambiente en que habremos de movernos: el del derecho interno —constitucional— costarricense, todavía es conveniente señalar en una tercera premisa ciertos caracteres generales básicos de ese sistema constitucional y del sustrato sociológico-político que le da su carácter peculiar.

06. TERCERA PREMISA: EL REGIMEN CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE:

Costa Rica es una República democrática, fundada sobre los principios clásicos del régimen liberal y del Estado de Derecho que, se puede decir sin exageración, han tenido en el país una

vigencia efectiva y casi ininterrumpida desde que, poco después de su independencia de España, se separó de la República de Centroamérica y se constituyó en nación independiente y soberana. Estas ideas, profundamente arraigadas en la población y respetadas por sus gobernantes, casi sin excepción, han terminado por producir un país de características singulares de importancia, dentro no solamente de las naciones centroamericanas, sino de todo el hemisferio occidental, con una gran tradición legalista y civilista, un nivel cívico, cultural y social elevados, un gran orgullo nacional, que, en sus aspectos negativos, se han traducido en un notorio aislamiento internacional y en un concepto exagerado de la soberanía nacional. Todo esto se ha reflejado invariablemente en sus Constituciones que, por su parte, ofrecen una gran continuidad progresiva, sin reflejar cambios políticos de importancia, ni responder mucho menos a los tan frecuentes quiebres de la legalidad de que han sido víctimas inveteradas otras naciones del Continente Americano. Baste con señalar dos detalles sintomáticos: uno, que se trata del único país americano que carece, de hecho y por expresa prohibición constitucional, de un ejército permanente; otro, que los únicos dos movimientos revolucionarios que ha sufrido en este siglo se han levantado en defensa y para restaurar precisamente la legalidad.

07.

Desde el punto de vista jurídico constitucional, debe apuntarse que Costa Rica es una República unitaria, de constitución rígida, con un sistema de garantías constitucionales y de garantías de la legalidad constitucional encomendado a la Corte Suprema de Justicia, rodeada ésta a su vez de medios jurídicos y materiales que la convierten en el verdadero primer poder del Estado: universalidad de su jurisdicción (con prohibición expresa de tribunales especiales o no dependientes del Poder Judicial), inamovilidad de sus miembros, independencia orgánica, funcional e inclusive económica: la organización política presenta al Estado dividido en tres poderes formales, cuatro reales: la Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo (presidencialista con atenuaciones), el Poder Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, con absoluta indelegabilidad de sus atribuciones. La Constitución vigente data de 1949, pero es, inclusive formalmente, una reforma general de la de 1871.

08. PLAN GENERAL DE LA EXPOSICION:

Enunciados estos conceptos generales, trataré de ocuparme ya del tema concreto del “régimen de tratados internacionales en el derecho interno de Costa Rica”, examinando brevemente los siguientes aspectos:

- 08.1 (A) Reconocimiento e incorporación del Derecho Internacional, tanto general como convencional, y su rango formal en el derecho constitucional costarricense; ...
- 08.2 (B) Condiciones y limitaciones constitucionales en cuanto al contenido (materia) de los tratados internacionales;
- 08.3 (C) Condiciones formales (órganos y procedimientos) de los tratados internacionales, en sus momentos de: negociación, formalización y ratificación, vigencia, etc.;
- 08.4 Aspectos complementarios que, aunque no relativos directamente a los tratados, pueden afectarlos indirectamente en su contenido, forma, efectos o responsabilidades; y
- 08.5 Por último, comentario crítico sobre el régimen de tratados.

1. RECONOCIMIENTO E INCORPORACION DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y CONVENCIONAL: (A) RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL; SU RANGO FORMAL; (B) RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL; SU RANGO FORMAL

10. PLANTEAMIENTO:

Reconocer e incorporar el Derecho Internacional significa reconocer su validez como tal, es decir, su validez jurídica en el orden internacional y con sus propios alcances formales, y aceptar esa validez como obligatoria, con determinado rango, en el orden de la jurisdicción interna del Estado. El reconocimiento de la validez específica de los tratados internacionales puede hacerse, bien directamente, es decir, por expresa referencia a ellos, bien a través del reconocimiento del Derecho Internacional general que, como vimos, sirve de fundamento a la validez de aquéllos.

(A) RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Quizás por una consecuencia de ese excesivo celo del Constituyente por el dogma de la soberanía nacional, no hay en toda la Constitución de 1949 —como no lo hubo en las anteriores— una disposición general semejante a la que en la española de 1931, reconocía la validez general y superior del Derecho Internacional. La única referencia expresa se hace con relación a tres aspectos concretos del ámbito territorial de la soberanía: el espacio aéreo, el mar territorial y la plataforma continental. El texto es el siguiente:

11. EN EL PROPIO TEXTO CONSTITUCIONAL:

“Artículo 6º—El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio y en sus aguas territoriales y plataforma continental, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional y los tratados vigentes”.

12. EN LAS ACTAS DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE:

La lectura de las Actas revela que, aunque efectivamente se presentaron mociones tendientes a reconocer de modo expreso y general los principios del Derecho Internacional, esas mociones fueron rechazadas invariablemente, pero nunca por ese reconocimiento, que jamás se puso en tela de duda, sino porque involucraban otros más específicos que pugnaban con el espíritu aislacionista y doméstico del costarricense. Dos de esas mociones, las más importantes, denuncian esa complicación: “La República acatará los postulados del Derecho Internacional Americano que contribuyan a fortalecer la solidaridad continental, así como las normas universales del Derecho de Gentes...” (Acta N° 87, t. II, pág. 315); “Costa Rica proclama su respeto a los principios universales reconocidos del Derecho de Gentes, así como su adhesión a la política de solidaridad continental y demás normas del Derecho Internacional Americano” (Acta N° 88, t. II, pág. 317). Detrás de ello, estaba también anunciado el rechazo de otra moción que puso el dedo en la llaga del antientroamericanismo tradicional costarricense y que decía: “Costa Rica cultivará relaciones especialmente fraternales con los demás Estados que formaron la República

Federal de Centroamérica y promoverá con ellos el establecimiento de lazos culturales y económicos"; el rechazo fue rotundo, a pesar de lo tímido e inocuo de la proposición.

13. EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Ha sido, en cambio, nuestro más alto tribunal de justicia, con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad, quien se atrevió, y rotundamente, a llenar el vacío constitucional en cuanto al reconocimiento del Derecho Internacional. El recurrente impugnaba la validez de la Convención sobre Funcionarios Diplomáticos, suscrita en la VI Conferencia Internacional Americana de La Habana, 1928, en cuanto excluía a esos funcionarios de la jurisdicción de los tribunales nacionales, en pugna, según él, con el artículo 153 de la Constitución, según el cual:

"Artículo 153.—Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario".

La contradicción entre ambos preceptos era evidente, máxime que la acción rechazada por los tribunales ordinarios era una de simple deshaucio contra un diplomático, por falta de pago del alquiler. Sin embargo, la Corte rechazó la acción de inconstitucionalidad considerando, en lo que nos importa, que la Convención sobre Funcionarios Diplomáticos, a más de ser un tratado válidamente suscrito por el Estado —lo cual por sí solo no habría sido suficiente a que privara sobre la Constitución— recogía principios universalmente aceptados del Derecho Internacional, que tienen validez superior inclusive por sobre los preceptos constitucionales, siendo indiferente que éstos los reconozcan o no expresamente, ya que son, entre otras cosas, la razón de la propia validez de esas normas constitucionales y de todo el derecho interno de los Estados miembros de la comunidad internacional. Estas declaraciones tienen todo el valor de su procedencia: el único órgano capacitado precisamente para interpretar la Constitución (salvo en la materia electoral, que corresponde al TSE).

(B) RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

14. EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL:

Varias veces reconoce la Constitución la validez de los tratados internacionales, aunque carece de una cláusula general que los incorpore y, mucho menos, les otorgue determinado rango formal. Por el contrario, lo que ofrece son reconocimientos específicos, para determinadas materias, unas veces dejándolas a su regulación por tratados, otras veces permitiendo que los tratados establezcan excepciones a sus disposiciones. Entre las primeras acepta la regulación de la extradición (artículo 31 párrafo 2), y la ya citada de los ámbitos de la soberanía en el espacio aéreo, aguas territoriales y plataforma continental (artículo 6º cit.). Se remite también expresamente a lo dispuesto en tratados internacionales concretos, que cita, en cuanto a los límites del territorio continental (artículo 5º), aunque esto no puede llamarse riguroso reconocimiento, sino más bien una directa incorporación constitucional que no tiene otro sentido que el de ahorrar palabras al definir los límites territoriales de la República.

Entre las disposiciones que permiten a los tratados establecer excepciones al texto constitucional, pueden citarse las que permiten levantar ejércitos por convenio y para la defensa continentales (artículo 18), o la suscripción de tratados como los de doble nacionalidad con España, en virtud de los cuales la adquisición de otra nacionalidad no comporta la pérdida de la costarricense de origen que queda latente y, por tanto, puede recuperarse (artículo 16). También, la que permite que tratados faculten a otros Estados, a adquirir bienes inmuebles en el país (artículo 8º).

15. EN LAS ACTAS DE LA CONSTITUYENTE:

La actitud que revelan las intervenciones de los Constituyentes a lo largo de los debates, es un poco más amplia en el sentido de reconocer la validez de los tratados en general. Sólo que, al no haberse plasmado en ninguna disposición de carácter general, como queda dicho, el valor de esas expresiones individuales desmerece mucho.

16. EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

La sentencia a que me he referido en la sección anterior (Nº 13, marg.), y algunas otras de menor importancia, sí revelan una reiterada y, por lo tanto, segura opinión judicial en el sentido de reconocer la validez general de los tratados, tanto indirectamente, a través del reconocimiento del Derecho Internacional general, como se dijo, cuando directamente, por los tratados mismos (ambas cosas van al cabo a parar a un mismo punto: el reconocimiento del principio "pacta sunt servanda", que da validez a los tratados). En lo que se refiere a su rango formal, en cambio, aunque no con la claridad que sería de desear sí se puede deducir que nuestra Corte Suprema de Justicia no reconoce al derecho de los tratados un valor superior al de las normas constitucionales, bien que sí superior al de la legislación ordinaria; debe hacerse, sin embargo, la excepción insinuada al comentar la sentencia a que me referí anteriormente: la de los tratados que no se limitan a establecer simples normas convencionales, sino que recogen verdaderos principios universales de Derecho Internacional, como, en el caso, el de la inmunidad de los agentes diplomáticos, pues en estos supuestos los tratados sí tendrían el valor superior reconocido a los propios principios que recogen, conforme queda dicho.

2. REGIMEN EN CUANTO AL CONTRATO Y LIMITACIONES (MATERIALES) DE LOS TRATADOS: (A) LIMITACIONES GENERALES; (B) LIMITACIONES ESPECIALES

20. Bajo este epígrafe trataré de resumir lo relativo a los contenidos posibles de los tratados y sus consiguientes limitaciones, en sí mismas, dejando para el capítulo siguiente la cuestión relativa a limitaciones de contenido que pueden salvarse mediante un procedimiento especial.

(A) LIMITACIONES GENERALES (PROHIBICIONES)

21. No existe en la Constitución ninguna norma que determine la materia o contenidos posibles de los tratados internacionales, por lo que hay que establecer que constitucionalmente todos los contenidos son posibles, salvo los prohibidos o limitados por la

propia Constitución. Máxime que los tratados, al requerir como veremos ratificación legislativa, se incorporan al derecho interno como auténticas leyes, que no tienen otros límites que los establecidos por la Constitución.

22. Como prohibición absoluta, solamente existe una: la del artículo 7º, párrafo 1, que dice:

"Artículo 7º—Ninguna autoridad puede celebrar pactos, tratados o convenios que se opongan a la soberanía e independencia de la República. Quien lo haga será juzgado por traición a la Patria".

Hay que reconocer, sin embargo, que esta prohibición, precisamente por extensa, requiere una serie de matizaciones que aún no se han hecho en el derecho costarricense, y que será bastante difícil llevar a cabo con acierto, porque el texto alude a la "soberanía" y a la "independencia", dos conceptos cuya interpretación puede, desde excluir totalmente al propio Derecho Internacional, hasta admitir que la nación, en ejercicio de esa misma soberanía e independencia y sin renunciar a ellas, se imponga limitaciones casi de cualquier especie. La prohibición también se relativiza al observar que, en el propio artículo 7º, se autoriza, bien que mediante un procedimiento mucho más riguroso que el normal, a concluir tratados relativos "a la integridad territorial o a la organización política del país". Sobre esto volveremos en el próximo capítulo.

23. Las Actas de la Asamblea Constituyente aclaran poco sobre los alcances de esta prohibición; como no sea la intención inmediata que guió a los Constituyentes a establecerla: la de frenar las tentativas que se suceden regularmente en otros países centro-americanos por restablecer la unión política de las cinco Repúblicas (o de las seis, incluyendo a Panamá); tentativas frente a las cuales Costa Rica ha mantenido siempre una posición radicalmente aislacionista como queda dicho.

24. En todo caso, creo que nunca podría la interpretación del artículo transcrito rebasar las limitaciones a que me he referido también, establecidas en el párrafo 2) para exigir un procedimiento extraordinario: las impuestas por "la integridad territorial y la organización política del país", que son conceptos más claros y que,

al exigir la intervención de una Asamblea Constituyente para reformarlos, constituyen un freno seguro de los poderes públicos frente al titular de la soberanía nacional.

25. No existe jurisprudencia sobre esta disposición. Sí hay, en cambio, un antecedente importante de carácter doctrinario: el pronunciamiento emitido por la Procuraduría General de la República, rechazando la posibilidad constitucional de un proyecto sugerido por el entonces Presidente de Guatemala general Ydígoras Fuentes, para reestructurar la Organización de Estados Centroamericanos en forma tal que se insinuaba directamente la futura unión política de esos Estados; rechazo que fue acogido por el Poder Ejecutivo, fundado precisamente en la imposibilidad de tramitar siquiera el proyecto, en vista de la citada prohibición constitucional. Pero esta respuesta tenía también un evidente sentido político, que le hace desmerecer un tanto como tesis de estricto derecho; porque esa posibilidad está más bien contenida en el párrafo 2) del mismo artículo 7º, que permite al Poder Ejecutivo tramitar el tratado, a reserva del procedimiento extraordinario de ratificación a que he aludido.

(B) LIMITACIONES ESPECIALES AL CONTENIDO DE LOS TRATADOS

26. De contenido propiamente, hay dos en la Constitución: una, en cuanto al levantamiento de ejércitos por convenio y para la defensa continental (artículo 12); otra, en cuanto a los tratados de extradición (artículo 31). Ambos están permitidos, pero con limitaciones que les imponen determinados contenidos concretos, en cuanto a los aspectos contenidos en la disposición constitucional.

Veamos:

"Artículo 12.—Se proscribe el ejército como institución permanente. Para la vigencia y conservación del orden público habrá las fuerzas de policía necesarias. Sólo por convenio continental o para defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares; unas y otras estarán siempre subordinadas al poder civil; no podrán deliberar, ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva".

"Artículo 31.—El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podrá enviársele al país donde fuere perseguido. La extra-

dición será regulada por la ley o por los tratados internacionales y nunca procederá en casos de delitos políticos o conexos con ellos, según la calificación costarricense".

"Artículo 32.—Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional".

27. Quiere decir, en lo que se refiere a levantar ejércitos, que un convenio internacional —continental concretamente— que lo establezca, es posible para el derecho costarricense, pero a condición de que las fuerzas militares que se establezcan estén siempre subordinadas al poder civil, no puedan deliberar, etc. La subordinación al poder civil ha sido entendida como la eliminación absoluta del fuero militar.

28. En lo relativo a extradición, quiere decir el texto que no autoriza la Constitución ningún tratado que permita la de delincuentes políticos o conexos según la calificación costarricense, o que se remita a la calificación de los mismos por otro país o ni aún por un tribunal internacional, o que autorice la extradición de un costarricense (ya que éste, en ningún caso, puede ser compelido a abandonar el territorio nacional). Sobre esto sí son claras las Actas de la Asamblea Constituyente, aunque no se ha producido todavía ningún caso de resolución judicial.

29. Cabe agregar, por supuesto, a las dichas, las limitaciones resultantes de cualquier otro texto de la Constitucional, en especial de las garantías establecidas en ella, que serían insalvables en virtud justamente de la supremacía de que goza la Constitución por sobre cualquier tratado.

3. FORMALIDADES Y ORGANOS EN MATERIA DE TRATADOS: (A) EN GENERAL; (B) EN CASOS DE EXCEPCION

30. Me refiero a los órganos competentes y formalidades para la negociación, formalización y ratificación de los tratados internacionales, en dos aspectos: uno, el de todos los tratados en general; otro, el de ciertos tratados sometidos a un régimen formal especial.

(A) FORMALIDADES Y ORGANOS DE LOS TRATADOS EN GENERAL

31. Negociación: corresponde en general al Poder Ejecutivo, que puede negociarlos libremente e inclusive firmarlos "ad referendum", sin necesidad de autorización legislativa, por medio de sus agentes: el Ministro de Relaciones Exteriores o los plenipotenciarios que designe. En tratados importantes es costumbre que el Presidente de la República recabe privadamente la opinión de los Diputados, pero nunca se plantea la cuestión formalmente. Son dos las disposiciones directamente interesantes al respecto:

"Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

- 10) *Celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados y ratificados por la Asamblea Legislativa o, si fuere del caso, por una Asamblea Constituyente, según lo dispuesto en esta Constitución;*
- 12) *Dirigir las relaciones internacionales de la República".*

32. Aprobación y ratificación: debe darlas la Asamblea Legislativa, según el trámite seguido para la legislación ordinaria (proposición del Poder Ejecutivo —en este caso no existe iniciativa de los Diputados—, informe de Comisión y tres debates en Plenario).

"Artículo 121.—Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

- 4) *Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos".*

33. Como se ve, no se habla aquí de "ratificar"; pero la otra de las disposiciones transcritas (artículo 140 inciso 10)) deja clara la cuestión en el sentido de que la Asamblea debe "aprobar y ratificar" los tratados. La verdad es que parece que los términos hayan sido usados, con ligereza, como sinónimos, con lo que se ha incurrido en una evidente incorrección a la luz del Derecho Internacional, ya que para éste la ratificación es un acto emanado del Jefe del Estado, que es precisamente quien personifica la representación internacional del Estado; mientras que la aprobación legislativa es eso mismo: una aprobación, es decir, un acto de tutela o, a lo sumo, de participación en la formación de una disposición compleja, pero que no se perfecciona sino precisamente por la rati-

ficación del supremo representante del país; máxime que, como sucede en Costa Rica, el tratado aprobado por la Asamblea Legislativa aún requiere, como toda ley, la sanción ejecutiva y, como toda ley, puede inclusive ser devuelta por el Poder Ejecutivo para su reconsideración, etc.

34. Ejecución: ésta corresponde, como ocurre con todas las leyes, al Poder Ejecutivo. Como disposición expresa, la ya citada al N° 31 (artículo 140 inciso 10) de la Constitución).

(B) FORMALIDADES Y ORGANOS EN CASOS DE EXCEPCION

35. Dos son los casos en que, en este sentido formal, puede hablarse de regímenes de excepción en la Constitución Costarricense: el de los tratados que afecten a la integridad territorial o a la organización política del país (artículo 7° párrafo 2) y el de los tratados de paz (artículo 121 inciso 6)).

36. En el primer caso: existe un trámite extraordinario, y además, inclusive la intervención de una Asamblea Constituyente que es, como es sabido, el órgano máximo de representación popular y, por lo tanto, de ejercicio de la soberanía nacional. La disposición constitucional dice así:

"Artículo 7°—Ninguna autoridad puede celebrar pactos, tratados o convenios que se opongan a la soberanía e independencia de la República. Quien lo haga será juzgado por traición a la Patria. Cualquier tratado o convención que tramite el Poder Ejecutivo, referente a la integridad territorial o a la organización política del país, requerirá la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de votos de una Asamblea Constituyente convocada al efecto".

Ya me he referido a la primera parte del artículo. En cuanto a la segunda, valga notar que no prohíbe al Poder Ejecutivo "tramitar" esa clase de tratados, lo cual implicaría negociarlos e inclusive firmarlos, siempre que sea "ad referendum" de los órganos de aprobación que en el propio artículo constitucional se establecen: la Asamblea Legislativa por tres cuartas partes de sus miembros, y una Asamblea Constituyente convocada al efecto, por dos tercios de votos.

37. En el segundo caso (tratados de paz): aquí ocurre lo contrario: que el trámite especial —autorización legislativa— se establece para permitir que el Poder Ejecutivo negocie, y no para la aprobación y ratificación del tratado. La disposición dice (entre las atribuciones de la Asamblea Legislativa):

"Artículo 121.—6) Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar el estado de defensa nacional y para concertar la paz".

Es claro que puede discutirse si "concertar la paz" es cosa diferente de "negociar o suscribir un tratado de paz"; pero creo personalmente que sería una sutileza contraria al espíritu de la Constitución.

4. PARA TERMINAR

40. Creo que, aún dentro del atropellamiento a que me han obligado la falta de tiempo y, por supuesto, mis propias limitaciones personales, he cubierto con lo dicho lo más importante del tema propuesto. Sin embargo, no quiero terminar sin hacer una referencia interesante, sobre una deficiencia que se ha puesto de manifiesto en la mecánica de los tratados que establecen el régimen de integración económica centroamericana. Se trata de lo siguiente:

41. En el régimen costarricense, como en todos los que conozco, los tratados internacionales tienen todos un tratamiento formal semejante; es decir, todos son considerados como materia de carácter legislativo y, por ende, todos están sujetos a ratificación por el órgano de ese poder. No se hace, pues, una distinción como la que existe en el orden interno, entre leyes, reglamentos, disposiciones administrativas.

42. Pues bien, la intensa actividad que en materia de tratados ha provocado en nuestros países el proceso de integración económica centroamericana, ha puesto en evidencia la necesidad de llegar a una clasificación similar. Así, habría tratados generales, a los cuales debería limitarse la necesidad de ratificación legislativa; convenios especiales, equivalentes a los reglamentos del orden interno, que serían aprobados por los gobiernos (Poderes Ejecutivos), y aún disposiciones de menor rango, que serían aprobadas

directamente por los Ministros de Relaciones Exteriores, o por Comisiones Ministeriales según los casos. De esta manera, se eliminarían los enormes retrasos y complicaciones a que están sujetas hoy muchas disposiciones de carácter puramente reglamentario, como los aranceles centroamericanos.

43. Este problema preocupó especialmente a los miembros de la delegación designada por el Colegio de Abogados de Costa Rica, a la que me tocó el honor de pertenecer, ante el II Congreso Centroamericano de Abogados, que se celebró en Costa Rica a fines de 1964. La inquietud se planteó y se maduró en un proyecto concreto de resolución, por el hoy Decano de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, Lic. Carlos José Gutiérrez Gutiérrez, y en su idea fundamental fue aprobada por el Congreso, bien que en forma demasiado general y disimulada. Hago esta alusión para aclarar que la idea no es mía, aunque a ella me adhiero como antes lo hice con todo entusiasmo.

LA TEORÍA DE LA PRETERINTENCIONALIDAD Y SU IMPORTANCIA EN MEDICINA LEGAL

Dr. ALFOSO ACOSTA GUZMAN,
Titular Medicina Legal
Facultad de Derecho

En el Código penal español encontramos que el inciso 4) del artículo 9º considera como circunstancia atenuante, el no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que en realidad se produjo.

En la práctica esta atenuante ha sido llamada en doctrina: "Teoría de la Preterintencionalidad".

En el Código Penal de nuestro país también encontramos en el capítulo IV que trata de las causas que atenúan o agravan la responsabilidad, que el inciso 6) literalmente reza:

"...Cuando fuere evidente que el autor no tuvo la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo..."

A este respecto encontramos en la jurisprudencia nacional varios casos en que se aplica este principio. Así, por ejemplo, la Sentencia de Casación de 9:40 horas de 9 de setiembre de 1942, que se refiere al caso de un procesado que habiéndole dado un puñetazo fuerte a la ofendida, le produjo la ruptura del ojo derecho, que posteriormente hizo necesaria una enucleación. En el considerando Nº 3, relativo a ese caso literalmente se lee:

"...Que en cuanto a que el autor del hecho no hubiese tenido la intención de causar todo el mal que produjo el sitio e intensidad de la lesión que quedan indicados en el considerando 1), no permiten dudar que se careciese de la intención de producir todo el mal que se hizo y no puede decirse que exista desproporción entre el medio empleado para la ejecución del acto punible y las consecuencias del mismo, despropor-

ción a que por lo general se recurre para fijar el criterio de aplicación o de prescindencia de la atenuante de que se trata (Cuello Calón, Derecho Penal, parte general, tomo I, página 45)...” Agrega el autor citado en la referencia que nos menciona el Tribunal, que: “También puede manifestarse no tan sólo por la mentada desproporción sino también por los antecedentes del hecho, así como por la forma de su realización, cuando conste que la intención del agente fue inferir un daño menor que el producido”.

Otra disposición que guarda relación con el punto que nos interesa en la aplicación de la doctrina mencionada, está contenida en el inciso 1) del artículo 192 de nuestro Código Penal, que literalmente dice:

“... Artículo 192.—No se tendrá por mortal la lesión, aunque muera el que la hubiere recibido: 1) Cuando la muerte se deba a una causa anterior, en cuyo desarrollo no hubiere influido la lesión...” El inciso 2) del mismo artículo que se menciona, al referirse también a la mortalidad de las lesiones expresa a la letra: “... Cuando no teniendo la herida gravedad por sus caracteres, se haya vuelto mortal por una causa posterior, como la aplicación de medicamentos nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, o excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon o asistieron...”

Este último artículo de que se hizo mención solamente guarda relación con la doctrina de que estamos tratando, pues en realidad se refiere exactamente a las llamadas “concausas”, que pueden ser tanto pre-existentes como sobrevenidas.

Lo que en la presente exposición se quiere aclarar, tanto a los señores abogados como a las autoridades judiciales, es que desde el punto de vista de la Medicina Forense el juzgador, debe tomar en cuenta ciertas circunstancias al calificar la gravedad de una lesión aunque ésta no conduzca a la muerte, y producida ya sea con intención o accidentalmente, cuando las consecuencias sean distintas a las que el agente lesionador no hubiera podido provenir. Algunos ejemplos vienen a fortalecer lo expuesto anteriormente.

Así, una persona recibe un leve golpe en una región del organismo muy bien irrigada sanguíneamente, pero dicha persona sufría de hemofilia, lo cual sin producir la muerte, produce una grave

hemorragia, que fue difícil de controlar. El individuo o agente productor de la lesión anteriormente descrita ignoraba que la víctima sufriera de hemofilia, por lo que no puede aumentarse la responsabilidad ni agravarse la falta cometida por el heridor.

En la misma forma puede sufrir la persona levemente lesionada de diabetes mellitus, sífilis y muchas otras entidades patológicas, que si son ignoradas por el que infiere la lesión y complican la misma, no es lógico catalogarlas como lesiones graves, siendo en realidad leves en una persona normal, pero sí agravadas por las circunstancias provenientes de la enfermedad de que padecen.

Creemos, por las manifestaciones anteriores, que el legislador debería analizar los hechos en cada caso para llegar a una conclusión que hiciera más claro el articulado de nuestros cuerpos legales futuros.

SUMARIO:

Página

El Valor Jurídico de los Actos Prenegociales	7
Prof. Pablo Casafont Romero.	
La Tentativa	63
Dr. Guillermo Padilla Castro.	
Certeza, Interpretación Jurídica y Justicia en la Decisión Judicial	83
Dr. Guido Loría Benavides.	
Embargo de Salario y Despido del Empleado Bancario	103
Prof. Dr. Carlos Carro Zúñiga.	
Apuntes para la Enseñanza del Derecho Comunitario Centroamericano	143
Prof. José Miguel Alfaro Rodríguez.	
Los Agentes Auxiliares en la Ley Costarricense	161
Lic. Fernando Mora Rojas.	
Régimen de Tratados Internacionales en el Derecho de la República de Costa Rica	191
Lic. Rodolfo Piza Escalante.	
La Teoría de la Preterintencionalidad y su Importancia en Medicina Legal	209
Dr. Alfonso Acosta Guzmán.	