

*Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"*



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**REVISTA JUDICIAL**

*Año XXI – Núm. 68 – Junio 1998*

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas  
Revista Judicial  
Corte Suprema de Justicia  
San José, Costa Rica

Distribución y canje:  
Biblioteca Judicial  
Corte Suprema de Justicia  
San José, Costa Rica

## PRESENTACIÓN

Ofrecemos en esta entrega importantes temas actuales del Derecho Privado relacionados con las transformaciones económicas que son capaces de determinar una excesiva onerosidad sobreviniente en los términos de un contrato, en especial por motivos inflacionarios y con los derechos de autor y los derechos conexos. Este segundo tema fue objeto de amplio debate en las reuniones de la Ronda Uruguay y en este campo hemos presenciado una acelerada evolución legislativa.

Del maestro argentino profesor **Dr. Luis Moisset de Espanés**, quien impartió recientemente sus enseñanzas en la Escuela Judicial, nos honra ofrecer "**Imprevisión. Legislación de América del Sur**". El distinguido argentino nos informa sobre los antecedentes históricos y sobre el estado actual de la cuestión las legislaciones iberoamericanas, en especial, en Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay y Colombia en relación con la posibilidad de revisión de las obligaciones contractuales.

Sobre el mismo tema participa también, el jurista costarricense, especialista en Derecho Comercial,

**Lic. Carlos Quesada Román**. Su aporte se titula "**Cambio de Base del Negocio Jurídico**". En él trata temas de gran importancia, como la tradicional cláusula "Rebus sic stantibus", el fundamento doctrinario de la revisión contractual, la imprevisión, los efectos jurídicos del cambio de base, la reducción a equidad y admite la referibilidad de estos conceptos a las relaciones crediticias, tal como lo hemos sostenido en nuestro trabajo sobre la excesiva onerosidad de la deuda externa latinoamericana, publicado en esta misma revista (N. 46).

El profesor de juicios universales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, **Lic. Wilberth Arroyo Alvarez** nos habla de "**Derechos de autor y derechos conexos en la sucesión mortis causa**". Después de analizar el concepto de propiedad intelectual y sus diversas facetas, enfoca magistralmente los derechos de autor y los derechos conexos, su naturaleza, contenido, objeto y sujetos. Seguidamente aborda el tema de la sucesión de los derechos de autor, sus formas y las modalidades de ejercicio de tales derechos por parte de los herederos, tanto en los aspectos morales, como en los patrimoniales.

De nuestro máximo especialista en materia de Derechos de Autor, el **Lic. Carlos Corrales**, tenemos el honor de presentar "**Derechos exclusivos de Explotación. El Derecho de Radiodifusión**". Esta colaboración dilucida aspectos esenciales sobre los derechos patrimoniales de autor, nos informa sobre las definiciones legales en diversos países del sistema romano, antes de pasar a los derechos específicos y, dentro de ellos, al derecho patrimonial específico de transmisión y de sus diversas formas, en particular el derecho de radiodifusión y el de la transmisión vía satélite. El distinguido colega se refiere entonces a los nuevos problemas que plantea la distribución por cable. Finalmente comenta este derecho en el Convenio de Berna y en su eventual Protocolo.

Al haberse cumplido **VEINTE AÑOS** de la feliz fundación de esta Revista, promovida por el **Lic. Ulises Odio Santos**, Ex Presidente del Poder Judi-

cial, hacemos un recuento de lo que ella ha sido, durante su existencia, en la ponencia titulada "**la Revista judicial de la Corte Suprema de Justicia**", presentada en el Seminario "Unificazione del Diritto e Diritto dell'integrazione in América Latina", que se celebró en Roma, en diciembre de 1996.

Continuamos con nuestra Sección "**La Ciencia al Servicio de la Justicia**", la cual seguirá bajo la coordinación, del **Dr. Alfredo Sanabria Sánchez**. Contamos con la participación del **Dr. Marco Antonio Madrigal** y la **Dra. Erna Meléndez** quienes colaboran con "**Determinación de Antígenos ABH en Elementos Pilosos**".

El Centro Electrónico de Información Jurisprudencial, bajo la dirección de la **Licda. Cecilia Sánchez**, ofrece la Sección "**Jurisprudencia**".

*Dr. Víctor Pérez Vargas*



## SUMARIO

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
<b>SECCIÓN I. ESTUDIOS:</b>	
Imprevisión .....	10
Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés	
Cambio de base del negocio jurídico .....	37
Lic. Carlos Quesada Román	
Derechos de autor y derechos conexos en la sucesión mortis causa .....	51
Lic. Wilberth Arroyo Alvarez	
Derechos exclusivos de explotación. El derecho de radiodifusión .....	61
Lic. Carlos Corrales	
La Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia (en sus veinte años) .....	79
Dr. Víctor Pérez Vargas	
<b>SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA</b>	
Determinación de Antígenos en elementos pilosos ABH .....	85
Dr. Marco Antonio Madrigal	
Dra. Erna Meléndez Bolaños	
<b>SECCIÓN III: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES</b>	
Contenido de vostos salvados en resoluciones de interés .....	89
<b>SECCIÓN IV: JURISPRUDENCIA</b>	
Centro electrónico de Información Jurisprudencial .....	115



## **IMPREVISIÓN LEGISLACIÓN DE AMÉRICA DEL SUR**

**PROF. DR. LUIS MOISSET DE ESPANES**

### **I. Antecedentes históricos**

- a. Francia
- b. La inflación

### **II. La figura en la legislación iberoamericana moderna**

#### **III. Argentina**

- a. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil
- b. El Anteproyecto de 1954 y la vieja jurisprudencia
- c. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil
- d. Jurisprudencia posterior al Tercer Congreso
- e. La ley 17.711: artículo 1198, 2ª parte
- f. Elementos y condiciones de ejercicio
- g. Actos en que encuentra aplicación
- h. Acciones concedidas
- i. Ley de unificación civil y comercial (1978-1991)

#### **IV. Bolivia (1975)**

#### **V. Perú**

- a. Los códigos de 1852 y 1936
- b. Doctrina y jurisprudencia
- c. El proceso de reforma
- d. El nuevo Código de 1984

#### **VI. Paraguay (1986)**

#### **VII. Colombia**

- a. Los integrantes de la familia "chilena"
- b. Intentos de reforma: Proyectos de Valencia Zea y de 1983

#### **VIII. Conclusión**

## IMPREVISIÓN

PROF. DR. LUIS MOISSET DE ESPANES

### I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En realidad la teoría de la imprevisión reconoce antecedentes muy antiguos, algunos de los cuáles se remontan al Derecho Romano.

No hablamos del Derecho romano clásico, del siglo segundo de nuestra era; ni siquiera del Derecho romano justiniano. Pero, no debemos olvidar que el Derecho Romano abarca un período de más de veinte siglos, que van desde la fundación de Roma, en 750 a.C., hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos, momento en el cual deja de aplicarse el Derecho romano bizantino, que tuvo su exponente más alto, quizás, en el Corpus Iuris de Justiniano.

En la Edad Media, mientras el Derecho romano todavía se aplicaba y evolucionaba en Bizancio, en Occidente, con el redescubrimiento del Corpus Iuris por la escuela de Bolonia, se produce un renacimiento de sus estudios y florecen las escuelas de los glosadores, de los doctores y de los posglosadores, que trabajan por la tarea de Bartolo, aparece lo que podemos considerar el antecedente más antiguo de la imprevisión, con la formulación de la llamada cláusula "rebus sic stantibus", que se consideraba implícita, y exigía el mantenimiento del contrato mientras "las cosas (rebus) siguieran siendo lo que eran al contratar (sic stantibus)".

Es cierto que lo que nosotros llamamos hoy teoría de la "imprevisión", y que otros denominan "lesión sobreviniente", o "excesiva", o "excesiva onerosidad", es una figura relativamente moderna, ya que nace en las primeras décadas de este siglo, con motivo de graves alteraciones económicas provocadas por la Primera Guerra Mundial, y los gravísimos

procesos inflacionarios que luego de su finalización se desencadenaron en algunos países europeos, como Alemania, obligando a los juristas a aguzar su ingenio para buscar solución a las injusticias que introducían estos hechos en la relación contractual, al generar notorios desequilibrios entre las prestaciones intercambiadas.

Lo dicho no significa que con anterioridad no se hayan planteado problemas similares: insistimos en recordar que los glosadores hablaban de la cláusula rebus sic stantibus que se consideraba implícita en las convenciones y en cuya virtud se mitigaba el pacta sunt servanda, ya que se consideraba que si bien es cierto que las obligaciones nacidas de un contrato debían ser cumplidas estrictamente, este deber subsistía mientras las cosas permanecieran o se mantuviesen tal como se las había tenido en consideración en el momento de concebirse el contrato. Pero si sobrevinían circunstancias posteriores que alteraban las bases tenidas en vista, podía resultar necesario intervenir por diversos medios para revisar el contrato y darle una formulación nueva, que no resultase dañosa para el equilibrio originalmente previsto.

Nació así la teoría de la llamada "cláusula implícita", que no era realmente una cláusula porque las partes no la habían incorporado expresamente al contrato; pero, fundándose en la buena fe que debe presidir la relación contractual, se presumía que se encontraba implícita en toda convención y, en virtud de ella, si variaban las circunstancias el deudor podía dejar de encontrarse obligado.

No se trataba de una cláusula formalmente expresada por las partes, sino que, por razones de buena fe, se presumía implícita en todo contrato.

Transcurre el tiempo, se transforman las concepciones filosóficas que dan sustento al ordenamiento jurídico, se acentúa el principio de la "autonomía de la voluntad", es decir la libertad de las partes para establecer sus obligaciones y derechos y, como consecuencia de estas concepciones a fines del siglo XVIII prevalece el concepto de que al interpretar el contrato hay que atenerse a la voluntad expresa de las partes y que el hecho de que hubiesen variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar, no resultaba suficiente para alterar las condiciones que las partes fijaron, si ese cambio de circunstancias no había sido expresamente previsto por las partes.

Pero la evolución de las ideas no se detiene y los juristas advierten que el llevar a sus máximos extremos la aplicación del "pacta sunt servanda", es decir el rígido y estricto cumplimiento de los pactos, puede originar gravísimas injusticias, en especial cuando las partes no se encontraban en un pie de igualdad al celebrar el contrato, o cuando no podían prever el advenimiento de hechos que alterarían gravemente las circunstancias tenidas en mira al contratar, provocando graves desequilibrios entre las prestaciones. Vemos así que los juristas, procurando que reine el valor supremo, la **justicia**, deciden sacrificar en alguna medida el valor **seguridad** y buscar algún remedio por la vía de la equidad.

Aparecen así formulaciones como la de WINDSCHEID, aquel sabio jurista alemán que a fines del siglo pasado trabajó con tanto ahinco en la labor preparatoria del B.G.B., que elaboró la llamada teoría de la "presuposición", en virtud

de la cual se sostiene que en todos los contratos se encuentran presentes como presupuestos objetivos ciertas condiciones básicas, y que si ellas se alteran, es lógico que se alteren también las prestaciones que estaban a cargo de las partes.

Recordaremos brevemente que esta teoría es criticada por LENEL, y que a principios de este siglo OERTMANN la reelabora, hablando de las "bases del negocio", camino seguido también por LARENZ, pero que muchos, continúan considerando impreciso y peligroso para la seguridad de las relaciones jurídicas.

En el derecho inglés, por su parte, vemos aparecer —también a principios de este siglo— la llamada doctrina de la "frustration", que acepta la revisión de contratos que habían sido privados totalmente de "consideration" (causa). Los precedentes más importantes de esta teoría se dan con motivo de no haberse efectuado el desfile previsto para la Coronación de Eduardo VII, suspendido por enfermedad del monarca<sup>1</sup>.

Lo interesante es advertir este nuevo cambio en la opinión jurídica que vuelve a admitir la posibilidad de revisar, en algunos casos, las obligaciones que las partes habían contraído.

#### a. Francia

En 1916 encontramos un valioso antecedente jurisprudencial en el caso que enfrentó a la Compañía de Alumbrados de Burdeos, con la Municipalidad de esa ciudad y que fue fallado por el Consejo de Estado admitiendo la revisión del contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión<sup>2</sup>. Vemos así que mientras en el ámbito del derecho civil los jueces no aceptaban

- 
1. Puede consultarse un resumen de los principales precedentes que se sentaron con este motivo en Vicente ESPERT SANZ: "La frustración del fin de contrato", Tecnos, Madrid, 1968, p. 45 y ss. El mencionado autor resume la doctrina de la "frustration", diciendo que ella contempla los casos "un contrato pierde su eficacia a consecuencia de ciertos acontecimientos o circunstancias que con posterioridad a su perfección hacen que su cumplimiento devenga ilegal, imposible o comercial o económicamente estéril" (obra citada, p. 52).
  2. Fallo del Consejo de Estado del 30 de marzo de 1916. Su texto puede consultarse en MAZEAUD, "Leçons de droit civil", T. I. 1er. vol., 9ª ed., actualizada por M. François CHABAS, Montchrestien, París, 1989, p. 350 (lectura de la lección 14).

revisar los contratos –actitud que siguió manteniendo la doctrina mayoritaria–, en el terreno del derecho administrativo, por razones de necesidad pública, la doctrina de la imprevisión se abrió paso.

Recordemos brevemente cuales fueron las circunstancias del caso. La Primera Guerra Mundial, y la ocupación por los alemanes de la cuenca carbonífera francesa de la zona norte del país, dificultaron y encarecieron sobremanera la provisión de ese combustible ya que debió recurrirse al carbón inglés de la región de Gales.

La Compañía de Alumbrado de Burdeos, que por el contrato de concesión estaba obligada a suministrar electricidad a determinado precio, solicitó la revisión de las tarifas que debía aplicar, porque –debido a los costos del carbón– le resultaban insuficientes las sumas que percibía. Si se hubiese aplicado estrictamente el principio del “*pacta sunt servanda*”, que inspiraba al Código Napoleón, la consecuencia hubiera sido la quiebra de la compañía y la ciudad de Burdeos se hubiese quedado sin gas ni electricidad. Prevalció entonces el interés público y el Consejo de Estado encontró como único camino aplicar la teoría de la “imprevisión” para justificar la revisión de los precios.

Afirmó en esa oportunidad el Consejo de Estado que si un contrato de cumplimiento continuado se veía afectado por circunstancias imprevisibles, que de ninguna manera pudieron ser tomadas en consideración por las partes al momento de celebrarlo, y como consecuencia de ello la prestación a cargo de una de las partes se tornaba excesivamente onerosa, la

justicia podía revisar el contrato restableciendo el equilibrio. Adviértase que el principal interés del Consejo de Estado es asegurar la permanencia y funcionamiento del servicio público, y que la revisión dispuesta deja a cargo del deudor una parte de los perjuicios provocados por las nuevas e imprevisibles circunstancias<sup>3</sup>.

También encontramos un precedente legislativo, aunque la norma no tiene carácter general y permanente, sino que es una medida de emergencia, a la que se fija un límite temporal para su ejercicio. Poco antes de concluir la Primera Guerra Mundial se sancionó la Ley Failliot<sup>4</sup>, llamada así por el nombre de su promotor, que es uno de los primeros antecedentes legislativos de la teoría de la imprevisión. Se refería a los contratos comerciales o mixtos celebrados antes del primero de agosto de 1914, que generaban prestaciones sucesivas o diferidas. El juez no podía revisar el contrato, sino solamente suspenderlo o rescindirlo, con o sin el pago de daños y perjuicios<sup>5</sup>.

El actor debía fundarse en “que en razón del estado de guerra la ejecución de las obligaciones... acarrearía cargas, o le causaría perjuicios cuya importancia sobrepasaría en mucho las previsiones que razonablemente pudieron efectuarse a la época de la convención”<sup>6</sup>. La ley preveía un procedimiento de conciliación previo obligatorio<sup>7</sup>; y, como hemos dicho, tenía carácter transitoria, ya que su aplicación debía detenerse tres meses después de cesadas las hostilidades, aunque luego sus efectos fueron prorrogados hasta el 31 de julio de 1920.

3. Conf. MAZEAUD, obra citada, T. II, 1er. vol., 7ª ed., actualizada por M. François CHABAS, Montchrestien, París, 1985, p. 851 (lectura de la lección 38).

4. Data del 21 de enero de 1918.

5. Más adelante veremos como esta limitación aparece en la propuesta que se formuló en Argentina, en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

6. Art. 2 de la Ley Failliot.

7. Art. 3, Ley Failliot.



**b. La inflación**

Pero lo que dio mayor impulso al análisis de la teoría de la imprevisión, haciendo que no solamente se aplicara en algunas sentencias, sino también que luego alcanzase consagración en textos legales, fueron los agudos procesos inflacionarios que al concluir la Primera Guerra Mundial se desataron en varios países de Europa, en especial en Alemania, donde alcanzó dimensiones sorprendentes.

La inflación es un verdadero flagelo que ha existido quizás en todas las épocas, pero que adquirió características inusitadas en nuestro siglo, en especial por haberse reemplazado el dinero de pleno contenido por el papel moneda, lo que permite incrementar sin límites el circulante. En lo que interesa a nuestro estudio puede admitirse que en nuestra época se presentó, inicialmente, como un hecho extraordinario e imprevisible, y provocó desequilibrios de tal magnitud en las prestaciones, que los juristas consideraron posible echar mano de la teoría de la imprevisión como remedio para algunos de los males que originaba la inflación.

Los jueces alemanes resolvieron numerosos casos que BOEHMER, en su obra "El derecho a través de la jurisprudencia", analiza muy bien<sup>8</sup>; y en el terreno legislativo encontramos fórmulas que consagran la imprevisión, como la incluida en el Proyecto franco-italiano de Códigos de Obligaciones, la del Código Polaco de las Obligaciones<sup>9</sup> y la incorporada posteriormente en los arts. 1467 a 1469 del Código italiano de 1942.

Estas inquietudes reiteradas en diversos países habían tenido como principal motor a la inflación. Pero aquí se hace necesario destacar un hecho aparentemente paradójico, cuando la teoría de la imprevisión se incorpora al arsenal legislativo, la inflación está ya instalada de manera permanente en la economía y el fenómeno ha dejado de ser un hecho "extraordinario e imprevisible" para transformarse en algo estructural que las partes toman en vista al contratar. Resulta entonces que la inflación, que en su momento provocó que se admitiera legalmente la teoría de la imprevisión, ha dejado de reunir los requisitos básicos para que pueda aplicársele esa norma.

## II. LA FIGURA EN LA LEGISLACIÓN IBEROAMERICANA MODERNA

Es un lugar común criticar los excesos a que condujo el individualismo liberal que presidió la codificación del siglo XIX, que inspirado por el tríptico de "libertad, igualdad y fraternidad", dio primacía absoluta a la libertad contractual,

olvidó que las partes no se encontraban en situación de igualdad y no dio proyección jurídica a la idea de fraternidad.

A poco andar la situación fue aprovechada por los más fuertes, inteligentes o poderosos,

8. BOEHMER, Gustav: "El derecho a través de la jurisprudencia" (traducción al castellano de José Puig Brutau), Bosch, Barcelona, 1959.

Ver en especial el Capítulo Quinto: La repercusión de las dos guerras mundiales, de las posguerras, y de las reformas monetarias en las relaciones de derecho privado.

9. "Art. 269.-Cuando a causa de eventos excepcionales, como guerra, epidemia, pérdida total de cosechas u otras catástrofes naturales, la ejecución de la prestación tropiece con dificultades excesivas e implique para una de las partes una pérdida exorbitante que los contratantes no pudieron prever en el momento de perfeccionar el contrato, el Tribunal puede, si lo juzga necesario, de acuerdo con los principios de la buena fe y teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, fijar la forma de ejecución, el monto de la prestación y aún dictar la resolución.

provocando flagrantes situaciones de injusticia que jueces, legisladores y juristas en general, procuraron remediar.

Para lograrlo se procuró remozar antiguas figuras, como la lesión, que reapareció con el añadido de elementos subjetivos (inferioridad de la víctima y aprovechamiento de la otra parte), o la cláusula "rebus sic stantibus", limitada en sus alcances por la precisión de que el cambio de circunstancias debía provocar una "onerodidad excesiva", ser "imprevisto y extraordinario", y se ponía de relieve la mala fe de quien pretendía aprovechar estos acontecimientos para obtener ventajas que carecían de justificación.

De esta forma el siglo XX inicia un camino que muchos denominan de "socialización" del derecho, que tiene principalmente en mira la protección de la parte más débil en la contratación. A veces se habla de una nueva aplicación del principio del "favor debitoris", pero en realidad es más apropiado hablar de "favor o defensa del débil", ya que muchas veces no es el deudor, sino el acreedor, quien se encuentra en situación de inferioridad, como sucede en los contratos de seguro.

En el último cuarto de siglo ha sido una constante su inclusión en los códigos iberoamericanos, como podemos comprobarlo si pasamos revista a los correspondientes textos: las

reformas que la ley 17.711 introdujo en 1968 al Código civil argentino, y los nuevos Códigos de Bolivia (1975), Perú (1984) y Paraguay (1986), como así también el Proyecto colombiano, ejemplifican esta adhesión a las corrientes solidaristas que entienden debe protegerse al deudor contra todo tipo de aprovechamientos.

Procuraremos analizar esos cuerpos legales, aunque razones de tiempo y espacio nos impida efectuar el análisis pormenorizado de los elementos que integran la figura, ni de su campo de aplicación, limitándonos a señalar sus características más sobresalientes, a saber:

1. Desequilibrio entre las prestaciones sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato;
2. Onerosidad excesiva, que hace muy gravosa la ejecución de la prestación, aunque sea posible cumplirla (esto la diferencia del caso fortuito) o la torna exigua perjudicando gravemente al acreedor;
3. Imprevisibilidad y extraordinariedad del hecho que provocó el desequilibrio;
4. la resolución como remedio, pero también —y preferentemente—, el reajuste o modificación.
5. Exclusión del remedio cuando el desequilibrio está causado por culpa o mora de la propia víctima.

### III. ARGENTINA

#### a. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil

Queremos señalar aquí un antecedente que resulta verdaderamente precursor, y pone de relieve la atención con que los juristas iberoamericanos han seguido la evolución socio-económica, procurando modernizar las normas vigentes en sus respectivos países para adecuarlas a los cambios que se iban produciendo.

En Argentina ese proceso de modernización comienza con la designación en 1925 de una Comisión encargada de proyectar reformas al Código de Vélez, cuyos principales frutos se plasman en el Anteproyecto de Biliboni y el Proyecto de 1936. Es cierto que en ninguno de esos intentos aparece la teoría de la imprevisión, pero debe destacarse que en 1937 se reúne en Córdoba el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, para estudiar las virtudes y defectos del Proyecto de 1936, y ese

Congreso, a propuesta del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, incluye como tema 19 el interrogante de si ¿conviene incorporar a la legislación civil algunos de los principios de la doctrina de la "imprevisión" o del "riesgo imprevisible"?<sup>10</sup>

La Comisión encargada de estudiar el tema, integrada por cinco destacados catedráticos de Derecho Civil<sup>11</sup>, formuló un despacho por el que recomendaba al Congreso de la Nación que diese "cabida a la doctrina de la imprevisión"<sup>12</sup>, aunque había cierta diferencia de fundamentos entre quienes lo suscribían, pues mientras el profesor Carlomagno propiciaba que se hiciese solamente una alusión a que surge del principio general de buena fe, cuya aplicación puede ser efectuada por los jueces con gran amplitud<sup>13</sup>, permitiéndole no sólo rescindir el contrato o suspender su aplicación, sino también modificarlo<sup>14</sup>, los restantes miembros de la Comisión creían indispensable, por una razón de prudencia, tipificar la figura, determinando el carácter excepcional del precepto y, pese a la falta de antecedentes en los cuerpos legales vigentes a esa época, se inspiraban en las decisiones del Consejo de Estado francés, y en la Ley Failliot, para proponer la siguiente fórmula

que, lamentablemente, no alcanzó a ser considerada:

"Cuando en virtud de haber sobrevenido acontecimientos generales y extraordinarios, que no hubieren podido ser previstos al celebrarse el contrato, las obligaciones de uno de los contratantes y la utilidad que él recibe, o la prestación del otro se encuentran en una desproporción que exceda todos los límites razonables que pudieron haber tenido en mira las partes al contratar, el Juez puede, según las circunstancias, declarar rescindido el contrato o suspenderlo temporalmente"<sup>15</sup>.

Procuraban por esta vía fijar los elementos de la figura y sus condiciones de ejercicio, dando pautas orientadoras que a la par atendiesen a las razones de equidad que la inspiran, no vulnerasen de manera excesiva la seguridad jurídica que reclaman los justiciables.

No olvidemos que con anterioridad a la celebración del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil algunos autores argentinos, como

10. Ver "Actas. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil", Imp. de la Universidad, Córdoba. 1939, p. 9.

11. Hipólito Montagné, Pedro León, Estanislao D. Berrotarán, Alfredo Orgaz y Adelqui Carlomagno.

12. "Vuestra Comisión... os aconseja, ...la siguiente declaración: "Que la Comisión Interparlamentaria de cabida a la doctrina de la imprevisión, de modo que equilibre los factores a que se ha hecho referencia en el curso del presente despacho" (ver "Actas. Segundo Congreso...", p. 433).

13. "...debe dar cabida al instituto de la imprevisión, considerando... que él surge a través del concepto general y amplio de buena fe..." (conclusión 2ª), y que "...la doctrina de la imprevisión no puede ni debe ser especificada y aplicada sino única y exclusivamente por la vía de la interpretación judicial, para lo cual las facultades de los jueces, por la naturaleza misma y fines esenciales del instituto en cuestión, deben ser lo suficientemente amplias, so pena de incurrirse en arbitrariedad" (conclusión 3ª), ver "Actas. Segundo Congreso...", p. 438 y 439.

14. Ver "Actas. Segundo Congreso...", p. 434 in fine, y 435.

15. Ver "Actas. Segundo Congreso...", p. 434.

Debe señalarse especialmente que la mayoría de la Comisión no se atrevía a conceder a los jueces una facultad amplia de "modificación" de los contratos, y optaba por facultarlos solamente a rescindirlos, o suspender los temporariamente, estimando que "la suspensión puede dar tiempo a la sanción de leyes de emergencia que pongan remedio a las situaciones extremas".

Anastasi<sup>16</sup> y el propio Carlomagno<sup>17</sup>, se habían preocupado de la teoría de la imprevisión, y hubo también una tesis doctoral sobre el tema<sup>18</sup>.

## b. El Anteproyecto de 1954 y la vieja jurisprudencia

El Proyecto de 1936 quedó en las carpetas del Congreso de la Nación; posteriormente desde el Ministerio de Justicia de la Nación, y bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías, se elaboró el Anteproyecto de 1954, que incluyó una norma sobre la excesiva onerosidad sobreviniente<sup>19</sup>, inspirada en la solución ya consagrada por el Código italiano de 1942, en sus artículos 1467 a 1469.

La doctrina nacional en varias oportunidades señaló la necesidad de que se incorpore al Código la teoría de la imprevisión, en especial para poner remedio a los efectos de la inflación que se había desatado a partir de

1946, y hubo algunos fallos que de manera más o menos explícita le dieron cabida, como uno de la Cámara Civil 2<sup>a</sup> de la Capital, en el que se expresó que "el juez puede tomar en cuenta las nuevas circunstancias para fijar la posición de las partes equitativamente, al variar el medio económico y jurídico que condicionó consciente o inconscientemente el convenio"<sup>20</sup>. Nuestro maestro, Pedro León recordaba siempre en sus clases un fallo inédito, vinculado con la obra del camino de las Altas Cumbres, en el cual se admitió el reclamo de variación en los costos provocado por el cambio de circunstancias que la inflación había provocado<sup>21</sup>.

## c. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

Esas circunstancias motivaron que el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se reunió en Córdoba en octubre de 1961,

16. ANASTASI, Leonidas: Las teorías de la imprevisión, de la cláusula 'rebus sic stantibus' y de la presuposición, J.A. 29-576 y J.A. 31-419.

17. CARLOMAGNO, Adelqui: "La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general", J. A. 43-17 (sec. doct.). Posteriormente volvió sobre el tema en: "La teoría de la imprevisión y la frustración en los contratos", Rev. Fac. de Der. y C. Sociales de Buenos Aires, Año V, N° 18, enero-abril 1950, p. 69; y "Algo más sobre la imprevisión", J. A. 1961 IV- 75 (sec. doct.).

18. CARDINI, Eugenio Osvaldo: La teoría de la imprevisión, Buenos Aires, 1937.

19. "Art. 1025 (Anteproyecto de 1954). –En los contratos de tracto sucesivo, o de ejecución diferida, si la prestación de alguna de las partes llegase a ser extremadamente onerosa, por el acaecimiento de hechos extraordinarios e imprevisibles, podrá demandar la rescisión del convenio, salvo que la otra parte se aviniere a modificar equitativamente las condiciones pactadas.

Si el contrato fuese unilateral, podrá el deudor en las circunstancias expresadas pedir una reducción de su prestación, o bien alguna modificación en el modo de efectuar el cumplimiento, que sea bastante para retornar la obligación a la equidad.

Lo dispuesto en este artículo no rige en los contratos aleatorios".

20. Ver J. A., 1951 –V – 675.

21. En nuestro Curso de Obligaciones (Advocatus, Córdoba, 1993, p. \_\_\_\_ ) recordamos este caso diciendo textualmente: "León, en sus clases citaba un precedente cordobés, cuando se realizó el llamado *Camino de las Altas Cumbres*, obra que era monumental en su época, ya que atraviesa la Sierra Grande y llega hasta Mina Clavero, al oeste de la provincia, la obra tropezó con condiciones sumamente difíciles, a raíz de lo áspero de la sierra. Para colmo sobrevino la Segunda Guerra Mundial, entonces el contratista que había obtenido la licitación para ejecutar la obra se encontró con que si cumplía las condiciones establecidas en el contrato, se arruinaría de manera total. Por ese motivo la provincia reconoció un adicional en los precios para compensar el encarecimiento extraordinario, fuera de toda previsión razonable –ése es el concepto que interesa recalcar– que habían sufrido los materiales y mano de obra".

incluyese como tema 10: "El cambio de las circunstancias y los efectos del contrato: la imprevisión y las teorías afines"<sup>22</sup>.

El tema despertó gran interés entre los miembros del Congreso; hubo una ponencia de Jorge Mosset Iturraspe<sup>23</sup>, y dictámenes preliminares –algunos extensamente fundados– de Eugenio Osvaldo Cardini<sup>24</sup>, Mosset Iturraspe<sup>25</sup>, Héctor Raúl Sandler<sup>26</sup>, y Edgard A. Ferreyra, José Manuel Saravia y Marco Aurelio

Risolía<sup>27</sup>. Se formularon también algunas "observaciones" a esos dictámenes preliminares<sup>28</sup>, y un despacho de la Comisión definitiva que fue votado por amplia mayoría, convirtiéndose en la Recomendación N° 15<sup>29</sup>, cuyo texto fue adoptado sin modificaciones por la ley 17.711, en 1968, como un agregado al art. 1198<sup>30</sup>.

Hubo, es cierto, un despacho en disidencia, suscripto por Risolía<sup>31</sup>, que a lo largo del debate

- 
22. Ver "Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil". Imprenta Universidad Nacional, Córdoba, 1962, T. I, p. 1323.
23. "Tercer Congreso...", T. II, p. 566.
24. "Tercer Congreso...", T. II, p. 567 a 569.
25. "Tercer Congreso...", p. 569 a 575.
26. "Tercer Congreso...", T. II, p. 577.
27. "Tercer Congreso...", p. 578 y 579.
28. Observaciones de María Antonia Leonfanti, p. 580, Eugenio O. Cardini, p. 582, y Acdeel E. Salas, p. 584.
29. "El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, RECOMIENDA: Incorporar al Código civil, a continuación del art. 1198, el siguiente texto:  
En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte afectada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propia del contrato.  
En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.  
No procederá la resolución si el afectado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.  
La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato" (ver "Tercer Congreso...", T. II, p. 778.
30. **Código civil argentino:** "Art. 1198 (texto de acuerdo a la ley 17.711).—...  
En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.  
En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.  
No procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.  
La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".  
Un rápido cotejo con la Recomendación aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil nos permite verificar que únicamente se ha cambiado "afectado" o "afectada", por "perjudicado", y "álea propia" por "riesgo propio", es decir son textos sustancialmente idénticos.
31. "Tercer Congreso...", T. II, p. 585: "Declarar que no debe incluirse en el Código Civil norma general alguna que acoja la teoría de la imprevisión u otras que favorezcan la disolución de los vínculos obligatorios por intervención o arbitrio judicial, sin perjuicio de la validez que cabe acordarse a las cláusulas de garantía, de la vigencia de las normas y principios que confieren a los magistrados la posibilidad de juzgar de la moralidad de los actos y hacer observar la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y sin perjuicio por último de las soluciones especiales y transitorias que arbitre el legislador cuando sobrevengan alteraciones calamitosas para el orden civil".

recibió la adhesión de otros tres congresales: Abelenda<sup>32</sup>, Vernengo Prack<sup>33</sup> y Guiaglianone<sup>34</sup>. Los debates, pese a las limitaciones de tiempo que imponen estos certámenes científicos, fueron sumamente ilustrados y resulta siempre útil consultarlos.

#### d. Jurisprudencia posterior al Tercer Congreso

La recomendación del Tercer Congreso influyó sobre la jurisprudencia y, aún antes de que la ley 17.711 consagrara la teoría de la imprevisión que entró en vigencia el 1° de julio de 1968, fue frecuente que se la invocase ante la justicia, y si bien algunos tribunales se negaban a aplicarla<sup>35</sup>, comenzaron a aparecer fallos que le daban cabida, como un medio de brindar protección al deudor frente a la excesiva onerosidad sobreviniente por circunstancias extraordinarias e imprevisibles<sup>36</sup>.

Luego, ya vigente, se han multiplicado los fallos en los que se la aplicaba, y los estudios doctrinarios que procuraban precisar su alcance y señalar los defectos del texto, propiciando reformas que tendiesen a mejorarlo.

#### e. La ley 17.711: artículo 1198, 2ª parte

No hemos seguido en detalle la evolución doctrinaria y jurisprudencial, sino que por razones de brevedad, nos limitaremos a señalar los elementos constitutivos de la figura y sus condiciones de ejercicio.

#### f. Elementos y condiciones de ejercicio

1) *Desequilibrio*: en primer lugar, debe haber objetivamente un desequilibrio entre las prestaciones de las partes; en esto hay alguna semejanza con la figura de la *lesión* y por tal razón algunos denominan a la *imprevisión*, *lesión sobreviniente*.

2) *Hecho sobreviniente*: el adjetivo que agrega cierto sector de la doctrina al vocablo *lesión*, para referirse a la figura que estudiamos, está íntimamente vinculado con el segundo elemento; debe tratarse de un hecho que acontece con posterioridad a la celebración del acto. Originariamente las prestaciones de las partes eran equivalentes, pero un hecho sobreviniente quiebra ese equilibrio. Cuando la

32. "Tercer Congreso...", T. II, p. 595.

33. "Tercer Congreso...", T. II, p. 598.

34. "Tercer Congreso...", T. II, p. 609.

35. "Nuestra legislación no admite específicamente la teoría de la imprevisión. No invocándose circunstancias de fuerza mayor o hechos que hayan incidido en la voluntad de las partes al celebrar el contrato, no pueden anularse los efectos legales del mismo, que debe cumplirse como si fuese ordenado por la ley", Cam. Comercio de la Capital, sala C, 22 de octubre de 1964, E. D. 10-733.

"En la vida de los negocios está ínsita la lucha de intereses y no son excepcionales las actitudes egoístas de los contratantes. Mientras se respeten la ley y los dictados de la moral los jueces no pueden, sin graves riesgos para la seguridad jurídica, computar circunstancias de ese tipo para llegar al quebrantamiento del principio de fidelidad al contrato", Cam. Civil de la Capital, sala D, 26 mayo 1964, E. D. 10-725.

36. "La cláusula *rebus sic stantibus* está implícita en todo contrato y es el razonable complemento de la tradicional *pacta sunt servanda*", Cam. Civil de la Capital, sala D, 26 mayo 1964, E. D. 10-725, y 30 diciembre 1965, E. D. 14-99.

"El hecho que determina el funcionamiento de la teoría de la imprevisión, en sí mismo considerado, ha de reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Por tanto, ha de ser imprevisible, inevitable, sobreviniente a la constitución de la obligación, y ajeno al deudor", Cam. Civil de la Capital, sala A, 29 noviembre 1964, E. D. 10-717.

"La teoría de la imprevisión se aplica no sólo a los contratos de tracto sucesivo, sino también a los de ejecución diferida", Cam. Civil de la Capital, sala A, 29 noviembre 1964, E. D. 10-717; sala D, 30 diciembre 1965, E. D. 14-99.

desproporción es originaria no corresponde invocar la imprevisión, sino la "lesión subjetiva", que el derecho argentino acoge en el art. 954<sup>37</sup>.

Además debe ser "extraño a la voluntad de las partes"<sup>38</sup>, pues si el perjudicado fuese el autor del hecho, los efectos sólo serían imputables a su propia culpa, y no podría invocar la imprevisión; y si fuese el beneficiado quien con su actividad provocó esta alteración en el contrato, su conducta entrañaría una violación de los deberes que impone la obligación, y daría pie a una solicitud de resolución por incumplimiento.

3) *Imprevisibilidad*: el hecho que ha provocado el desequilibrio debe ser extraordinario e imprevisible<sup>39</sup>. Esto hace que haya cierta semejanza entre la *imprevisión* y el caso fortuito, pero mientras en el *caso fortuito* el hecho imprevisible trae como consecuencia la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, en la *imprevisión* la prestación todavía puede ejecutarse; lo que sucede es que se ha tornado

excesivamente gravosa para el deudor. Esto brinda otro elemento de la figura.

4) *Onerosidad excesiva*: no basta cualquier desequilibrio que haya sobrevenido de manera imprevisible entre las prestaciones de las partes, sino que ese desequilibrio debe tener cierta entidad y, si bien no torna imposible el cumplimiento de la prestación, lo torna excesivamente gravoso, para una de las partes, que no encuentra compensación en la prestación que le ha efectuado o prometido la otra; sería contrario a la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos, reclamar el cumplimiento de una prestación que no guarda armonía con la que se brinda, para ello debe tratarse de una diferencia *evidente*.

#### g. Actos en que encuentra aplicación

En general se aplica a los contratos conmutativos<sup>40</sup> y, por excepción a los aleatorios,

37. Cam. Civ. y C. Paraná, sala 2ª, 19 mayo 1986, "Torrilla, Ramón A. c/ Carlos Mainini", Zeus, T. 44, J-43 (caso 6518): "Los institutos de la lesión e imprevisión cumplen diferente función, se encuentran sometidos a distintos requisitos de procedencia y apuntan a corregir desequilibrios contractuales originarios, en un caso, y sobrevinientes en el otro". En el caso se había comprado por boleto un terreno, pagadero en 155 cuotas mensuales, actualizables trimestralmente por el índice de precios al consumidor.

Se pretendió la revisión invocando conjuntamente lesión e imprevisión y se consideró inadecuada esa acumulación de acciones en razón de la diferencia de naturaleza jurídica existente entre la lesión y la imprevisión.

38. Conf. Cam. Especial Civ. y Com. Capital, sala 2ª, 31 marzo 1977, "Blanchini de Iracheta, Delia c/Hateret, S.A. y otra", J. A., 1977 -III- 280: "...en principio debe tratarse de un hecho sobreviniente, exterior a la voluntad de las partes, que supere la aptitud normal de previsión...".

En igual sentido la Cam. Civ. Capital, sala B, ha dicho: "El acontecimiento que viene a alterar la base económica del contrato no sólo debe ser extraordinario, imprevisible y sobreviniente, sino también extraño a la persona del deudor, requisito sin el cual el cambio de circunstancias no justifica la reparación judicial del perjuicio" (23 marzo 1977, "González, Javier y otra c/Panangent S.A.", J. A., 1978 -1 424).

39. En tal sentido se ha dicho que "es aplicable la teoría de la imprevisión en el caso de ocurrir circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, que alteren la ecuación económica financiera del contrato", y que "debe entenderse como acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique, sin que la imprevisibilidad se entienda en sentido absoluto, siendo suficiente que escape a la habitualidad y prudente previsibilidad en circunstancias semejantes, que los contratantes no hayan podido racionalmente prever" (Cam. Com. Capital, sala C. 16 febrero 1977, "Lafroce, Eustaquio c/ Claudio Fernández S.A.", J. A., 1977 -III- 283, y E. D. 73-626).

En el caso se consideró excesivamente oneroso para el comprador un aumento de precio que excedía al doble de lo fijado en el contrato, en un plazo inferior a cuatro meses.

40. Dentro de los cuales quedan comprendidos los "unilaterales onerosos", como el "mutuo oneroso".

Por eso se ha resuelto con acierto que resulta inapropiada la invocación de la teoría de la imprevisión en el caso de un "pacto de alimentos a favor de un hijo mayor de edad", porque "dicha norma no es aplicable al contrato unilateral gratuito" (Cam. Civ. Capital, sala C, 9 junio 1983, "L., G. y M. de L. H.", E. D. 107 - 226 (caso 37.443).

cuando la onerosidad no proviene del riesgo propio del contrato.

Se aplica a prestaciones que han sido diferidas en el tiempo, porque en los contratos en que la prestación debe efectuarse de inmediato —como una compraventa al contado— no puede presentarse el hecho imprevisible más que en el caso en que el deudor, por su culpa, no cumpla cuando debía y demore su prestación; en tal hipótesis, él deberá cargar con las consecuencias de su propia culpa<sup>41</sup>.

Se trata, insistimos, de prestaciones cuyo cumplimiento ha sido diferido en el tiempo, o prestaciones sucesivas, como las que surgen de los llamados contratos de tracto sucesivo. Aquí es donde, típicamente tiene su campo de aplicación la doctrina de la imprevisión.

#### **h. Acciones concedidas**

Frente al pedido de resolución efectuado por el deudor, la otra parte puede lograr que el contrato mantenga vigencia, si ofrece una modificación de las condiciones que resulta equitativa, pues al orden jurídico le interesa, sobre todo, mantener la validez de las convenciones, y que produzcan los efectos que las partes tuvieron en vista al contratar.

Un punto que desde el primer momento ha dividido a la doctrina y la jurisprudencia nacionales es si el perjudicado sólo puede solicitar la rescisión del contrato, o si resultaría admisible que en lugar de ello reclamase modificación. Vemos así que en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, que

presidimos en 1976, la Comisión encargada del estudio del Tema 2<sup>42</sup>, en el punto 4 de su despacho interpretó que a la parte perjudicada se le concede “tanto la acción de reajuste como la de resolución”, agregando que si se ejercitase la acción de resolución “el accionado puede contrademandar por reajuste, y en caso de accionar por reajuste el accionado puede requerir la resolución”.

Quienes sostenemos esta postura estimamos que debe prevalecer por sobre todas las cosas la posibilidad de mantener vivo el contacto y permitirle que cumpla los efectos que originariamente las partes han querido, por lo que una interpretación literal del art. 1198, que sólo permitiese al damnificado solicitar la resolución, estaría en contra del espíritu que anima a la figura. En sentido coincidente se ha dicho en algunos fallos que “la parte perjudicada por la excesiva onerosidad sobreviniente se encuentra legitimada tanto para reclamar la resolución del contrato como para limitarse a peticionar solamente la revisión o el reajuste; esta interpretación está acorde con el fundamento y finalidad del remedio legal establecido...”<sup>43</sup>, y el mismo tribunal acepta que el actor puede indistintamente accionar por resolución o reajuste del contrato, pero sostiene que el pedido de modificación no está “implícito”, subsumido en el de resolución, sino que debe ser formulado de manera expresa<sup>44</sup>. Entiende el camarista, Dr. Greco, que si el actor solamente pidió la resolución, el juez no puede de oficio ordenar la modificación, porque se vulneraría el principio de congruencia<sup>45</sup>.

41. “No puede invocarse la teoría de la imprevisión cuando el perjuicio que alega quien pretende la nulidad o la revisión del contrato encuentra su origen en su conducta u omisión”, Cam. Civ. Capital, sal F, 6 octubre 1977, “Rossini, Pedro c/ Cáceres de Paglia, Marta B.”, E. D. 80 - 204.

42. “La imprevisión contractual y los artículos 1198 y 1633 del Código civil”.

43. Cam. Civ. Capital, sala G. 13 noviembre 1980, “Coronel, Nilda M. y otros c/ Esyma S.A.”. J. A. 1981-II -243 (caso 30.361).

44. Cam. Civ. Cap., sala G, 26 diciembre 1984, “Balmoral 100 S.R.L. c/ Mattos. Jorge A.”. J. A. 1985-III-51.

45. Cita en su apoyo otros fallos de la misma sala, y dice no compartir la posición sustentada por la sala A (sentencia publicada en L. L. 1980-D-145, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe).



Pero, como hemos dicho, la jurisprudencia no es pacífica, y otros tribunales han sostenido que "la norma del art. 1198 del Código Civil permite al afectado en la prestación a su cargo por tornarse la misma excesivamente onerosa, demandar la resolución del contrato, como en forma expresa lo señala dicha disposición, sin que esté al alcance de aquél pedir la revisión"<sup>46</sup>.

Esta posición doctrinaria entronca con aquella que, tomando como modelo la solución de la ley Failliot, fue sostenida en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

Nada dispone el Código sobre el plazo de prescripción de la acción de resolución y poco hemos encontrado tampoco en los primeros comentaristas de la norma, salvo en Garrido y Andorno<sup>47</sup> que, de forma muy somera, remiten al plazo general de prescripción del art. 4023, es decir 10 años, que sin duda puede parecer excesivo y en Juan Carlos Molina<sup>48</sup>, que coincide en que corresponde el plazo decenal y opina que comienza a correr "desde que se produzca el hecho generador de la excesiva onerosidad", y prevé que ese hecho puede tener cierta prolongación temporal, lo que plantearía "alguna dificultad para establecer en qué momento la alteración sobreviniente determinará el exceso de onerosidad suficiente para autorizar la resolución"<sup>49</sup>. Sin embargo, en la práctica, hasta el momento no se han suscitado problemas, lo que permitiría pensar que la omisión no es demasiado grave.

Aunque hay muchos otros aspectos que deberían ser motivo de análisis, no nos extenderemos más para poder ocuparnos, aunque sea someramente de los nuevos Códigos americanos.

## **i. Ley de unificación civil y comercial (1987-1991)**

En 1986 la H. Cámara de Diputados de la Nación designó una Comisión para que elaborase un proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. La Comisión, integrada por prestigiosos juristas<sup>50</sup>, cumplió con su cometido dentro del plazo de un año que se le había asignado, y el proyecto recibió sanción a "libro cerrado" en julio de 1987. El Senado le prestó aprobación cuatro años después, sin introducirle modificaciones<sup>51</sup>, y el Poder Ejecutivo vetó totalmente la ley de unificación, porque muchas de sus normas estaban en pugna con la "ley de convertibilidad", sancionada ese mismo año, que restableció el "nominalismo" monetario y —por el momento— parece haber detenido la inflación.

En las "Notas explicativas" con que la Comisión redactora acompañó el proyecto de unificación se hace mención a las reformas que se introducían al art. 1198<sup>52</sup>, sosteniendo:

46. Cam. Especial Civ. y Com. de la Cap., sala 5ª, 28 setiembre 1984, "Cambio Excursiones Turismo Columbus S.A. c/ Vanina S.C.A.". J. A. 1985-III-178.

47. GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O.: "Reformas al Código Civil", 2ª ed. Zavalia, Buenos Aires, 1971, comentario al art. 1198, p. 253: "En cuanto al plazo de prescripción, que debería comenzar a contarse desde la producción del acontecimiento extraordinario e imprevisible— pensamos que debería ser el decenal, contemplado en el art. 4023, reformado".

48. MOLINA, Juan Carlos: "Abuso del derecho, lesión e imprevisión", Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 246.

49. Autor, obra y lugar citados en nota anterior.

50. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, Miguel Araya, Francisco de la Vega, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Piaggi.

51. Lamentablemente al no efectuarse la necesaria revisión subsistieron dispositivos "valoristas", que dieron pie al veto total del Poder Ejecutivo.

52. El art. 1198 quedaba redactado de la siguiente manera:

"En los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá pedir, por

"Las modificaciones introducidas permiten invocarla por vía de acción o de excepción.

Se acepta la pretensión de adecuación del contrato, salvo que ella sea incompatible con las circunstancias de la relación jurídica de que se trate.

Expresamente se excluyen estos remedios cuando la excesiva onerosidad resulte de culpa de quien la invoca".

Por nuestra parte acotaremos que uno de los cambios sustanciales, más que el hecho de que pueda esgrimirse por vía de acción o de excepción, consiste en que se admite expresamente que el perjudicado pueda pedir no solamente la resolución, sino también la adecuación del contrato.

En lo que se refiere a la exclusión del remedio si media culpa, el punto está contem-

plado en la normativa vigente; lo sustancial del cambio propuesto reside en que se elimina la mención a la mora, siguiendo ideas expuestas por uno de los miembros de la Comisión<sup>53</sup>.

En materia de redacción no parece afortunada la sustitución del giro "riesgo propio", que es castizo y correcto, por el de "álea propio", empleando un vocablo latino que, pese a tener cierta tradición jurídica, no está aceptado por la Real Academia, y acompañándolo de un adjetivo de género masculino (propio), cuando por el significado del vocablo (alea=suerte), parecería más correcto utilizar el género femenino.

Lo importante, a nuestro entender, es señalar que la doctrina argentina, luego de un cuarto siglo de aplicación de la norma, coincide en la necesidad de mantener la figura y propone los retoques que deben introducirse para su mejor funcionamiento<sup>54</sup>.

#### IV. BOLIVIA (1975)

A mediados de la década del 70 Bolivia, renovó prácticamente toda su legislación, tanto la de fondo como la procesal, en una etapa que recibió la denominación de "codificación Banzer", por el nombre del dictador que en ese momento gobernaba al país.

El anterior Código civil databa de comienzos del siglo pasado y se reducía a la traducción al castellano del Código francés. En 1945 el jurista español Osorio redactó un Anteproyecto de Código civil, que dedicaba una norma a la teoría de la imprevisión<sup>55</sup>. Posteriormente se ha dado

---

acción o como excepción, la resolución del contrato o su adecuación. Esta regla se aplicará también a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propio del contrato.

El juez adecuará las prestaciones equitativamente a pedido de cualquiera de las partes, salvo que la economía o la finalidad de las partes excluyan ese reajuste.

En los contratos de ejecución permanente la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

En la medida en que la excesiva onerosidad resulte de la culpa del perjudicado, éste no podrá invocarla".

53. ALTERINI, Atilio A.: "La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante", en L.L. 1980-C-1109.

54. La misma conducta se observa en los nuevos proyectos de unificación, tanto en el elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia (art. 899), —como en el redactado por la Comisión designada por la Cámara de Diputados, donde el problema se trata en una norma que lleva el número 1199, y reproduce casi textualmente las previsiones del Proyecto de Unificación de 1987, con una pequeña errata pues en lugar de "álea" dice "área".

55. Art. 685 (Anteproyecto Osorio). Las obligaciones deberán cumplirse tal como fueron contraídas mientras las cosas que son objeto de ellas se mantengan en la situación que tenían al establecerse. Si la situación hubiera cambiado, las obligaciones podrán ser revisadas.

forma a este nuevo Código, que no ha podido escapar totalmente, en sus aspectos metodológicos y de contenido, al influjo de la tradición creada por la prolongada aplicación del anterior, pero ha modernizado la legislación civil, procurando tomar como modelos otras corrientes europeas modernas.

Lamentablemente la doctrina boliviana alrededor del Código es escasa y está poco difundida, y no contamos con antecedentes jurisprudenciales que nos indiquen el rumbo que ha tomado la aplicación de sus normas, por lo que debemos limitarnos a reproducirlas, con una pequeña glosa.

La modernización de las leyes civiles se refleja en la incorporación de figuras como el estado de peligro (art. 560), la lesión (arts. 561 a 563) y, en lo que a nosotros nos interesa, la imprevisión, que está legislada en la Parte Segunda: Título I: Capítulo X, de la resolución del contrato, cuya Sección III se ocupa "de la resolución por excesiva onerosidad", siguiendo en este punto el modelo del Código italiano de 1942, con algún retoque<sup>56</sup>.

Dedica a la figura tres artículos<sup>57</sup>. En el primer párrafo del art. 581<sup>58</sup>, procura establecer

los contratos que pueden estar sometidos a revisión por causa de imprevisión, mencionando en la leyenda a todos los que originan prestaciones recíprocas, en los casos en que su ejecución fuese "continuada, periódica, o diferida", y luego en el art. 582 extiende parcialmente la solución a los contratos con prestación unilateral<sup>59</sup>, dejando librado al arbitrio del juez establecer si se reúnen las condiciones para conceder, en equidad, la reducción de las prestaciones solicitada: por último, en el art. 583<sup>60</sup>, excluye de manera absoluta a los aleatorios, sin tomar en consideración los casos en que el acontecimiento extraordinario es ajeno al álea propio del contrato.

Para que funcione la figura el hecho que provoca la onerosidad excesiva de la prestación debe ser "extraordinario e imprevisible", pero no se admitirá ningún reclamo si el perjudicado había ya ejecutado la prestación que se torna excesivamente onerosa, y tampoco cuando se encontrase en mora, por haber "incumplido voluntariamente" la prestación (inc. II, art. 581<sup>61</sup>), como tampoco cuando la prestación se hace gravosa en razón del álea normal del contrato (inc. III, art. 581<sup>62</sup>).

56. Manuel de La Puente y Lavallo señala que el art. 581 del Código boliviano reproduce al art. 1467 del código italiano, con el agregado de un párrafo, y que los arts. 582 y 583 son iguales a los arts. 1468 y 1469 del Código de Italia (ver "Estudios de Derecho Privado", Cultural Cuzco editores, Lima, 1983, T. II, p. 136).

57. Arts. 581, 582 y 583 del nuevo Código civil de Bolivia.

58. Art. 581.—**Resolución judicial por excesiva onerosidad de los contratos con prestaciones recíprocas**— I. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

59. Art. 582.—**Reducción o modificación judicial por excesiva onerosidad de los contratos con prestación unilateral**.— En la hipótesis prevista por el artículo anterior, y cuando se trate de contratos con prestación unilateral, la parte perjudicada puede demandar se reduzcan sus prestaciones a la equidad o se modifiquen las modalidades de ejecución que, a juicio del juez, sean suficientes para esa reducción a la equidad.

60. Art. 583.—**Excepción: contratos aleatorios**.— A los contratos aleatorios no son aplicables las normas de los artículos precedentes.

61. "Art. 581.—... II.— La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado onerosa en exceso era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación".

62. "Art. 581.— ... III.— Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevenida está incluida en el riesgo o alea normal del contrato".

El perjudicado sólo puede solicitar la resolución del contrato (art. 581, inc. I), pero esa acción podrá transformarse en la de modificación a pedido del demandado en cualquier

momento, antes de la sentencia (art. 581, inc. IV<sup>63</sup>), siempre que se ofrezcan condiciones que el juez considere aceptables.

## V. PERÚ

### a. Los códigos de 1852 y 1936

Creemos necesario dedicar nuestra atención con algún detenimiento a la evolución del problema en Perú pues este país, junto con Argentina, parecen ser los que más cuidado han puesto al incorporar a sus respectivos Códigos la teoría de la imprevisión.

El primer Código civil de Perú data de 1852 y en él, lógicamente, no encontramos una norma que consagre la figura, sino solamente referencias al principio general de buena fe. Algo similar sucede en el Código de 1936, aunque en esas épocas ya la doctrina peruana comenzaba a sentir la necesidad de que se diese cabida a la teoría de la imprevisión.

### b. Doctrina y jurisprudencia

Quizás el primero en ocuparse del problema fue el recordado maestro, don José LEÓN BARANDIARAN, en un artículo publicado en 1934<sup>64</sup>, y existe una tesis de bachiller de García

Sayán que, por su título, pone de manifiesto que lo que ha despertado su atención sobre la teoría de la imprevisión es el fenómeno inflacionario<sup>65</sup>. Tanto estos autores, como otros que también se ocupan del problema con posterioridad a la sanción de Código de 1936, estiman que los tribunales podrían aplicar la imprevisión fundándose en el principio general de buena fe (art. 1328 de ese Código peruano), sin creer necesario propiciar la inclusión de una norma que la consagrara expresamente. Esta es la solución propuesta por Ángel Gustavo Cornejo, en sus Comentarios al Código civil peruano de 1936<sup>66</sup>, y por el propio Enrique García Sayán en su tesis doctoral<sup>67</sup>. Todavía veinte años después otra tesis doctoral<sup>68</sup> se conformaba con propiciar la aplicación de la teoría de la imprevisión basándose en el principio de la buena fe, sin advertir al parecer que este camino interpretativo no resultaba apto frente a la reticencia de los tribunales.

El primer autor peruano que se pronunciará decididamente por la conveniencia de incorporar expresamente la figura al derecho positivo

- 
63. "Art. 581.- ... IV.- El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas".
64. LEÓN BARANDIARAN, José: La teoría del riesgo imprevisto, citado por Benavides Torres (La excesiva onerosidad de la prestación, p. 273).
65. GARCÍA SAYÁN, Enrique: "La depreciación monetaria y el cumplimiento de los contratos entre particulares", Lima, Libr. Gil, 1932 (citada por Benavides Torres).
66. CORNEJO, Ángel Gustavo: "Código civil - Exposición sistemática y comentarios", Lima, 1938, T. II, vol. II. Citado por De La Puente y Lavalle, y por Benavides Torres.
67. GARCÍA SAYÁN, Enrique: "Las nuevas tendencias en el derecho contractual y en la legislación peruana". Citado por De La Puente y Lavalle, y por Benavides Torres.
68. ALTAMIRANO GUEVARA, Juan Gualberto: "La cláusula *rebus sic stantibus* o la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Privado". Lima, 1962. Citado por De La Puente y Lavalle, y por Benavides Torres.

será Carlos Ledgard, en una tesis de bachiller de 1945<sup>69</sup>, y luego harán oír su voz en el mismo sentido Felipe Osterling, en una conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Lima en junio de 1965<sup>70</sup>, y Manuel De La Puente y Lavalle en su tesis doctoral<sup>71</sup>.

### c. El proceso de reforma

Pese a tan destacados aportes de la doctrina, la jurisprudencia se mostró reacia a admitir la imprevisión, y no se citan fallos que hayan hecho aplicación de sus principios. Por eso, a poco de designarse en 1965 por el Ministerio de Justicia una Comisión encargada del estudio y revisión del Código de 1936, Felipe Osterling sostuvo enfáticamente "que el contrato no puede convertirse en el vehículo que cause la ruina económica de los contratantes", ni servir de "instrumento de empobrecimiento de las partes"<sup>72</sup>, reclamando a la Comisión que incluyera normas específicas sobre la imprevisión.

El reto fue recogido por Max Arias Schreiber, que era el miembro de la Comisión encargado de preparar la Parte General de los contratos en el Proyecto de Código. Vemos así que la ponencia de contratos presentada en 1977 dedica cuatro artículos que siguen muy de cerca los lineamientos trazados por el modelo italiano. El problema se discute en el seno de la Comisión, con el aporte de De La Puente y Lavalle que también la integraba, y en 1980 se presenta el Anteproyecto que mejora sustancialmente los textos de la ponencia anterior, ya

que se toman en cuenta otros antecedentes, como el art. 388 del Código Civil Griego, y el art. 1198 que la ley 17.711 incorporara al Código civil argentino.

En 1981 la Comisión Reformadora amplía a cinco los artículos dedicados a la imprevisión, para dar a sus dispositivos una mejor distribución, y todavía en 1984 la Comisión Revisora introduce algunos cambios e innovaciones de importancia, en especial lo vinculado a la irrenunciabilidad de la acción y la fijación de un plazo de caducidad para su ejercicio.

No hemos extendido en el relato de las alternativas que se produjeron en la redacción de los textos definitivos para resaltar la seriedad con que se encaró el tema, con un estudio detenido y profundo que produjo como resultado un conjunto de dispositivos que no imitan ningún derecho extranjero, sino que adapta y mejoran las fórmulas que sirvieron de modelo, y agregan dispositivos novedosos que constituyen un aporte de gran valor, en especial en lo relacionado con la caducidad de la acción.

### d. El nuevo Código de 1984

Procuraremos ahora pasar rápida revista a los textos que se han incorporado al Código peruano de 1984, y que se encuentran ubicados en el Libro VII, Sección Primera, como Título VIII: excesiva onerosidad de la prestación.

El primero de ellos, art. 1440, procura tipificar la figura, determinando los contratos a los que se aplica, las características del hecho, el desequilibrio que produce en las prestaciones

69. LEDGARD, Carlos: "La Teoría de la Imprevisión en el derecho contemporáneo y en el Código civil de 1936", Rev. de la Fac. de Derecho y Ciencias Políticas, año VIII, Tomo VIII, Lima, 1944. Citado por Benavides Torres: De La Puente y Lavalle lo cita sin mencionar la Revista, y da como año de publicación 1945.

70. OSTERLING PARODI, Felipe: "La revisión de los contratos por el Poder Judicial". Lima, 1966. Citado por De La Puente y Lavalle.

71. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: "Estudios sobre el contrato de Derecho Privado", tesis de 1979, publicada por Cultural Cuzco editores, Lima, 1983.

72. OSTERLING PARODI, Felipe: Conferencia mencionada en nota anterior. Citado por Benavides Torre, p. 279.

intercambiadas, y el remedio que puede solicitarse, orientado a mantener vivo el contrato y sólo excepcionalmente permitir su resolución<sup>73</sup>.

En el artículo siguiente se hace extensiva la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión a contratos de "ejecución inmediata" y también a contratos aleatorios<sup>74</sup>, y en el art. 1442 se trata del caso de los contratos unilaterales<sup>75</sup>.

Se excluye de la posibilidad de aplicar la figura en los casos en que el perjudicado ha incurrido en culpa o dolo<sup>76</sup> y aunque no se mencione la situación de mora como se hace en el Código civil argentino, creemos que queda comprendida, en cuanto se trate de una "mora culposa".

Para evitar que la parte más poderosa de la contratación incluya como cláusula de estilo una renuncia anticipada a la invocación de la excesiva onerosidad, que desvirtuaría totalmente el fin perseguido por el legislador, se estatuye expresamente en el art. 1444 que "es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación".

Las últimas dos normas de este título son, a nuestro criterio, los aportes más novedosos e importantes, en cuanto fijan un plazo de

caducidad breve, tres meses<sup>77</sup>, a contar desde la producción del hecho imprevisible para ejercitar válidamente la acción<sup>78</sup>. Cuando está en juego la eficacia o validez de una relación contractual no puede mantenerse viva la acción por largo tiempo, como una espada de Damocles que en cualquier momento puede turbar la normal relación entre las partes y alterar el alcance de las obligaciones que asumieron. El acierto del legislador peruano al incluir este plazo de caducidad es evidente.

Más aún, ha sido tan previsor que ha contemplado la posibilidad de que el hecho no sea instantáneo, sino que tenga cierta prolongación temporal y, en esa hipótesis, el curso del plazo de caducidad recién comenzará a correr cuando cese el acontecimiento extraordinario.

Nos queda solamente una duda: ¿qué sucede si el hecho extraordinario tiene una duración demasiado prolongada, como podría ser una guerra? La misma inquietud se ha planteado un joven autor peruano, quien opina que "la norma no impide que la parte que considera su situación extremadamente grave, debido a la ocurrencia de este suceso, pueda

- 
73. "Art. 1440.— En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas".
74. "Art. 1441.— Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:
1. A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.
  2. A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato".
75. "Art. 1442.— Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad. Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440".
76. "Art. 1443.— No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada".
77. "Art. 1445.— La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440".
78. "Art. 1446.— El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles".

demandar la revisión aún antes de que cese el acontecimiento"<sup>79</sup>.

Valorando globalmente las reformas que introdujo el Código de 1984 uno de sus autores ha escrito una muy documentada obra que titula "Luces y sombras del Código civil"<sup>80</sup>, en la que reconoce errores, pone de relieve aciertos y en algunos casos propone ya nuevas reformas. Cuando se refiere a la excesiva onerosidad estima que "es otro aporte del nuevo Código civil y está inspirada en un elemental principio de equidad, en concordancia con lo dispuesto por el inciso 12 del artículo 2 de la Constitución"<sup>81</sup>.

Compartimos la afirmación que asienta cuando nos dice:

"Nuevamente se nota aquí la filosofía del Código en materia contractual, cuando se coloca en una posición ostensiblemente distinta a la tradicional. En efecto, si es exacto que como regla general el contrato nace para ser cumplido, existen situaciones en que, por excepción y para evitar que la justicia más rigurosa se convierta en la mayor de las injusticias, puede y debe ser revisado. Con ello se evita la ruina económica o el enriquecimiento desproporcionado y se conserva, en suma aquello que se conoce como el **equilibrio contractual**"<sup>82</sup>.

## VI. PARAGUAY (1986)

Recordemos, en primer lugar, que Paraguay adoptó, a fines del siglo pasado, el Código Civil argentino, obra de don Dalmacio Vélez Sársfield.

A mediados de este siglo decidió encarar la renovación de su legislación civil, y designó una Comisión a tal efecto. Uno de sus integrantes, el profesor Luis de Gásperi, con gran laboriosidad preparó un Anteproyecto que ilustró con extensas y eruditas notas, verdadera obra de doctrina que presenta relevante interés, pues pone de relieve los conocimientos de Derecho Comparado de su autor, que se mantenía al

tanto de la evolución legislativa en el mundo occidental, procurando dar cabida en su anteproyecto a las expresiones más modernas, entre las cuales se contaba el Código italiano de 1942.

Sin embargo, en relación a la figura que nos ocupa, no se mostró partidario de su inclusión guardando total silencio en el Anteproyecto, pese a que la conocía, como podemos verificarlo si leemos su Tratado de Derecho Civil<sup>83</sup>. Sostiene allí que "sería hartamente peligroso autorizar... la admisión de la cláusula **rebus sic stantibus**, porque desaparecería con ella la

79. BENAVIDES TORRES, Eduardo: "La excesiva onerosidad", Cultural Cuzco editores, Lima, 1990, p. 315.

80. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max: "Luces y sombras del Código civil", Studium, Lima, 1991.

81. Autor y obra citados en nota anterior, T. II, p. 93.

82. Obra y lugar citados en nota anterior.

83. DE GASPERI, Luis: "Tratado de Derecho Civil" (actualizado por Augusto M. Morello). T.E.A., Buenos Aires, 1964, T. I, Nº 191 y 192.

seguridad de las transacciones", insistiendo en que "la teoría que propende al mantenimiento integral del contrato es la más razonable y la más conforme con los dictados de nuestra legislación"<sup>84</sup>.

Este pensamiento de De Gasperi, aferrado a la intangibilidad del "consentimiento" prestado por las partes, es sin duda el que prevaleció en la jurisprudencia paraguaya, donde no hemos podido encontrar ejemplos de aplicación de la teoría de la imprevisión.

Pese a ello, la Comisión que elaboró en definitiva el Proyecto que se convirtió en el nuevo Código Civil paraguayo, después de dejar de lado el Anteproyecto de De Gásperi, intentó profundizar la modernización de las instituciones vigentes e, inspirándose en el modelo italiano, dio cabida a la revisión del contrato en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida como consecuencia de circunstancias imprevisibles. Así lo dispone el art. 672, que se encuentra ubicado en el Libro III (de los contratos y otras fuentes de obligaciones), dentro del Capítulo I del Título I, que contiene las disposiciones comunes a los contratos en general. Veamos, pues, esa norma:

**"Art. 672.—En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.**

**La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.**

**El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.**

**Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo".**

Al discutirse el proyecto en el Senado, el miembro informante destacó que, aunque se prestaba aprobación al dispositivo, "es tan seria la innovación legislativa que introduce, y pueden ser tan graves sus consecuencias, que nos consideramos obligados a llamar vuestra atención, a objeto de que su aprobación no pase desapercibida, y sea fruto de reflexión"<sup>85</sup>.

La similitud que la norma presenta con las soluciones incorporadas a otros códigos americanos, y la presencia de los principales elementos de la figura, a saber: onerosidad excesiva, imprevisibilidad del acontecimiento y su carácter extraordinario, limitación en las facultades del perjudicado, que pareciera poder solicitar únicamente la resolución, posibilidad de evitar la resolución ofreciendo modificación equitativa, etc., nos eximen de extendernos en su análisis para no repetir cosas que ya hemos dicho.

Simplemente señalaremos que en algún estudio inédito que efectuamos hace ya algunos años, advertimos que, al igual que en el derecho argentino, al no haberse fijado un plazo especial de prescripción, pareciera que debe aplicarse el de diez años, es decir la norma general contenida en el inciso e. art. 659. Parece excesivo.

Hasta la fecha no ha llegado a nuestras manos ningún fallo en que se haya aplicado la teoría de la imprevisión, ni trabajos de civilistas paraguayos que profundicen el estudio de la figura, por lo que parece necesario retornar al informe de Sapena Pastor en el Senado, que contiene algunas reflexiones de interés sobre la posibilidad de aplicar la figura a la inflación, admitiendo que "el alza o la baja súbita de los valores, la desvalorización de la moneda, la

84. Obra citada, p. 246.

85. Palabras de Raúl Sapena Pastor, reproducidas en la edición oficial del Código efectuada por la Corte Suprema de Justicia. Asunción, 1986, p. 93.



inflación, que hacen excesiva la onerosidad de un contrato, pueden llegar a constituir circunstancias imprevisibles y extraordinarias que autoricen la resolución o la modificación equitativa de un contrato<sup>86</sup>.

Al comenzar este trabajo (apartado I, b), hicimos ya alguna alusión a la influencia que tuvo la inflación en el desarrollo de la teoría de la imprevisión, y como nos hemos ocupado con más extensión del problema en uno de nuestros libros, nos parece conveniente reproducir lo que allí hemos escrito<sup>87</sup>.

Decíamos en aquella oportunidad que la inflación es un verdadero flagelo; ha existido quizás en todas las épocas, pero adquiere características especialmente agudas en nuestro siglo; puede admitirse que en nuestra época la inflación se presentó inicialmente como un hecho extraordinario e imprevisible, y por eso dio lugar a la formulación de esta teoría como un remedio para alguno de los males que originaba la inflación. Pero posteriormente numerosos países pasaron a padecer una inflación "estructural", y el fenómeno dejó de ser un hecho extraordinario e imprevisible. En consecuencia el fenómeno inflacionario, que da nacimiento a la inclusión de la figura en el arsenal legislativo,

cuando esas normas se incorporaron a los códigos ya no son aplicables a la inflación, porque se trata de una circunstancia "ordinaria y previsible"<sup>88</sup>, aunque en el derecho argentino Borda, que fue uno de los autores de la ley 17.711, hace la salvedad de que si se tratase de una inflación aguda e imprevista con relación al normal proceso inflacionario, podría todavía justificar que se echase mano a la imprevisión para solucionar los problemas originados por ese evento inflacionario<sup>89</sup>.

En Paraguay, con relación a estos problemas Sapena Pastor expresaba en su informe que "estamos aumentando las atribuciones y la responsabilidad de los jueces y tribunales al conferirles la facultad de apreciar la importancia y magnitud de una desvalorización o devaluación monetaria"<sup>90</sup>, para concluir diciendo que la Comisión recomendaba la aprobación de la nueva norma "a sabiendas de que entraña una controvertida innovación, de escasa aceptación legislativa. Con el transcurso de los años, y la repetida invocación de la cláusula **rebus sic stantibus**, sabremos si hemos estado o no acertados, y si nuestra magistratura judicial tiene o no el nivel necesario para la aplicación del novedoso principio"<sup>91</sup>.

## VII. COLOMBIA

### a. Los integrantes de la familia "chilena"

El derecho privado de Colombia pertenece a una familia en la que está comprendido en primer lugar Chile, ya que su Código civil —obra del gran humanista venezolano Andrés Bello—

es el Código madre que sirvió de modelo e inspiración a todo un grupo de países sudamericanos ubicados en la costa del Pacífico, y también a los de algunos países de América Central, como El Salvador, y en alguna medida Honduras y Panamá. El estrecho parentesco

86. Código Civil de Paraguay, edición de la Corte Suprema de Justicia, p. 95.

87. "Contratación inmobiliaria" (en colaboración con Jorge Mosset Iturraspe). Hammurabi. Buenos Aires, 1980. Ver en especial el Capítulo IV, Teoría de la Imprevisión, p. 67 y ss.

88. Conf. CASIELLO, Juan José: "La teoría de la imprevisión en la reciente reforma del Código civil", L.L. 131-1491.

89. BORDA, Guillermo A.: Teoría de la imprevisión, E.D. 30-827, en especial punto 9, c.

90. Código civil de Paraguay, edición de la Corte Suprema de Justicia, p. 96.

91. Lugar citado en nota anterior.

que existe en los textos legales vigentes hace que los caminos seguidos con posterioridad puedan considerarse paralelos, y lo que se diga de uno puede, en general, predicarse de los demás.

Sin embargo nos detenemos especialmente a considerar la situación de Colombia no solamente por la existencia de un Proyecto de modificación al Código vigente, que incluye un dispositivo sobre la figura que nos ocupa, sino porque la imprevisión ha hecho ya su ingreso en el plexo normativo de ese país, aunque de manera limitada, por el camino de un texto incorporado al Código de Comercio al que nos referiremos luego.

La conveniencia de aplicar la teoría de la imprevisión ha preocupado a los juristas colombianos. Conocemos de la existencia de algunas tesis doctorales, como la de Alberto Ospina Botero<sup>92</sup>, y la de Lopera Vargas<sup>93</sup>, y que el maestro Valencia Zea se ocupaba de ella en sus clases, e incluyó una norma en el Proyecto de Código de Derecho Privado<sup>94</sup>, que elaboró en 1980 y ha servido de base al ulterior proyecto presentado oficialmente en 1983.

El Código civil vigente no contiene normas expresas sobre la imprevisión y los juristas

colombianos que propiciaban su aplicación se ha esforzado en sostener que podía llegarse a este resultado por aplicación se han esforzado en sostener que podía llegarse a este resultado por aplicación del principio de buena fe que debe regir toda la vida del contrato<sup>95</sup> y alguno, como Lopera Vargas, han procurado hallar su fundamento en los principios y reglas generales del derecho, llegando a sostener "que la noción de imprevisión constituye una regla **general del derecho**", que podría recibir la siguiente enunciación:

"Se debe revisar la economía del negocio jurídico creador de obligaciones cuando, siendo éstas de ejecución sucesiva, periódica o diferida, su cumplimiento se haga excesivamente oneroso a causa de acontecimientos sobrevinientes y extraordinarios, imprevistos e imprevisibles y ajenos a la voluntad de la partes"<sup>96</sup>.

Se menciona también la existencia de algunas normas especiales que solucionan casos particulares de imprevisión<sup>97</sup>, y se cita algunas sentencias de la Corte colombiana que se han

92. "Teoría de la imprevisión", tesis de grado, 1958, Universidad de Medellín, citada por Lopera Vargas.

93. "La teoría de la imprevisión", tesis de grado, Universidad de Antioquía, 1967.

94. VALENCIA ZEA, Arturo: "Proyecto de Código de Derecho Privado", superintendencia de Notariado y Registro, Colección Textos Jurídicos, N° 1, Bogotá, 1980.

En el Capítulo Primero del Título II (Fuentes de las Obligaciones), del Libro III (de las Obligaciones en general), encontramos el punto "11. Revisión de los contratos por excesiva onerosidad subsiguiente de las prestaciones". que contiene el siguiente dispositivo:

Art. 482.—En los contratos bilaterales de ejecución sucesiva o en aquellos en que una o varias prestaciones deben ejecutarse dentro de cierto tiempo, si la prestación de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa por la realización de hechos o acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada puede demandar o la resolución del contrato o su revisión equitativa según las nuevas condiciones.

La resolución o la revisión no podrán pedirse si la excesiva onerosidad es parte del alea normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede atajarla ofreciendo modificar equitativamente las prestaciones contractuales".

95. Ver art. 1603 del Código civil de Colombia.

96. LOPERA VARGAS, Octavio: Tesis citada, p. 352.

97. Así por ejemplo, el art. 3, inciso c, de la ley 1000 del año 1944, sobre régimen de tierras, admite que se dé por terminado el contrato antes de la expiración del plazo "cuando quiera que sobrevengan circunstancias imprevisibles en el momento de contratar, que impliquen graves alteraciones de la normalidad económica".



referido de manera expresa a la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión<sup>98</sup>.

No podemos desconocer, sin embargo, que algunos sectores se oponen a la aceptación de la teoría de la imprevisión; vemos así, por ejemplo, que un catedrático del prestigio de Ospina Fernández, que fue Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Presidente de la Corte Suprema de Justicia, afirma que "mina la seguridad de los actos jurídicos y del comercio"<sup>99</sup>, y critica en términos muy duros una norma del Código mercantil que "entroniza en nuestra legislación esta torpe teoría de la imprevisión"<sup>100</sup>.

#### **b. Intentos de reforma: Proyectos de Valencia Zea y de 1983**

Consideramos más correcta, sin embargo, la posición adoptada por Valencia Zea, que para justificar la incorporación de la teoría de la imprevisión a su Proyecto de Código de Derecho Privado, manifiesta en la Exposición de Motivos que si bien no está contemplada por la ley, es aplicada por la jurisprudencia<sup>101</sup>, y corrobora su afirmación mencionando la

sentencia del año 1937 que ya hemos citado en la que la Corte de Suprema de Colombia dijo: "En nuestro derecho positivo la teoría de la imprevisión tiene perfecta aplicación en los contratos a término, de prestaciones sucesivas y de especulación"<sup>102</sup>.

El Proyecto de 1983 recogió casi textualmente la propuesta formulada por Valencia Zea, e incluyó, con la misma ubicación en el Libro de las Obligaciones en General, el siguiente texto.

#### **"11. Revisión de los contratos por excesiva onerosidad subsiguiente de las prestaciones.**

Art. 475.—En los contratos bilaterales de ejecución sucesiva o en aquellos en que una o varias prestaciones deben ejecutarse dentro de cierto tiempo, si la prestación de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa por la realización de hechos o acontecimientos imprevisibles, la parte perjudicada puede demandar o la resolución del contrato o su modificación equitativa según las nuevas condiciones.

98. Sentencias del 29 de octubre de 1936 y del 25 de febrero de 1937, citadas por Lopera Vargas, aunque en la primera de ellas es muy claro que la considera inaplicable al caso en examen, como sucede también en otra sentencia del 23 de mayo de 1938, donde luego de largas referencias a la teoría de la imprevisión, desestima su aplicación porque no puede ser "alegada en un juicio por primera vez en el recurso de casación, sin que se haya debatido en las instancias".

99. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo: "Régimen general de las Obligaciones", 4ª ed., Temis. Bogotá, 1984, p. 119.

100. Autor y otra citados en nota anterior, p. 119, nota 21.  
Se refiere al art. 868 del Código de Comercio de Colombia, que dispone:

"Cuando circunstancias extraordinarias o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su resolución.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique, en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

La imprevisión no se aplicará a los contratos aleatorios, ni de ejecución instantánea".

101. Proyecto citado, p. 56: "Recoge el Proyecto... la conocida teoría de la imprevisión, no contemplada por la ley, pero aplicada por la jurisprudencia. Esta doctrina es vieja; la conocieron los glosadores y la ampliaron los canonistas de la Edad Media, quienes estimaron contrario a la moral cristiana el desequilibrio de un contrato en razón de acontecimientos imprevistos que producían el enriquecimiento de un contratante a expensas del otro".

102. Exposición de Motivos, p. 56. Proyecto citado.

La resolución o la modificación no podrán pedirse si la excesiva onerosidad es parte del alea normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla si ofrece modificar equitativamente las prestaciones contractuales".

Los retoques que se han efectuado a la proposición de Valencia Zea son mínimos; en el primer párrafo se ha suprimido la referencia a "extraordinarios", quedando reducida la fórmula a la mención de la imprevisibilidad. La acción de

"revisión", ha quedado en "modificación"; y en el último párrafo se habla de "evitarla" (a la resolución), en vez de "atajarla".

Parece predominar entre los juristas colombianos el convencimiento de que es necesario incorporar una fórmula que admita de manera expresa y general la teoría de la imprevisión, para que su aplicación no quede reducida al campo del derecho comercial, y estimamos que la adopción de cualquiera de los textos proyectados pondría a Colombia a la altura de las más modernas legislaciones de las más modernas legislaciones de América Latina.

## VIII. CONCLUSIÓN

El estudio que hemos realizado de la legislación de América del Sur parece permitir trazar una línea diferencial bastante notoria entre los países que han incorporado de manera expresa la figura de la imprevisión a sus Códigos, con beneplácito de la doctrina y la jurisprudencia, y los que se limitan a propiciar su aplicación por vía de interpretación, fundándose principalmente en el principio general de buena fe.

Se advierte, sin embargo, que en estos últimos no es frecuente que los tribunales, pese a los pronunciamientos favorables de la doctrina, hagan aplicación de la teoría de la imprevisión.

Por razones de distribución de trabajo nuestro aporte, en esta oportunidad, se ha orientado principalmente a analizar la situación imperante en aquellos países que ya han incorporado a su legislación dispositivos que procuran poner remedio al desequilibrio contractual provocado por un acontecimiento extraordinario e imprevisible.

A nuestro criterio los aportes más destacados se han realizado en Argentina, donde la figura ha arraigado, y en Perú, cuyo nuevo Código de 1984 aporta soluciones a problemas no contemplados en otros cuerpos legales.

## BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio A.: "La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante", en L.L. 1980-C-1109.

ANASTASI, Leonidas: "La teoría de la imprevisión, de la cláusula 'rebus sic stantibus' y de la presuposición", J.A. 29-576, J.A. 31-419.

ANDORNO, Luis O.: "La teoría de la imprevisión", Zeus, T. 14, doct. 15.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: "La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual", Montecorvo, Madrid, 1978.

**ARIAS SCHREIBER, Max:** Exégesis del Código civil peruano de 1984, T. I, Contratos: Parte General, 3ª ed., San Jerónimo, Lima, 1988, Cap. VIII. Excesiva onerosidad de la prestación, p. 222 y ss.

**BARRA, Rodolfo Carlos:**

- Las dificultades materiales imprevistas. Diferencias con la teoría de la imprevisión, E.D. 79-324.
- El régimen de los mayores costos en la obra pública y la teoría de la imprevisión, E.D. 54-719.

**BENAVIDES TORRES, Eduardo:** La excesiva onerosidad de la prestación, Cultural Cuzco editores, Lima, 1990.

**BERGERO, Eliseo V.D.:** Algunas reflexiones sobre la teoría de la imprevisión en la compraventa inmobiliaria, L.L. 1979-A-655.

**BIANCHI, Enrique Tomás:** Sobre inflación e imprevisión, J.A. 1977-III-619.

**BORDA, Guillermo A.:** La reforma del Código civil - Teoría de la imprevisión, E.D. 30-831.

**BUSSO, Eduardo B.:** La doctrina de la imprevisión, L.L. 156-1166,

**CANO TELLES, Celestino A.:** La frustración del fin del contrato (nota crítica al libro de Vicente Espert Sanz), A.D.C., 1968-III-668.

**CARDINI, Eugenio Osvaldo:** La teoría de la imprevisión, Buenos Aires, 1937,

**CARLOMAGNO, Adelqui:**

- La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general. J.A. 43-17 (sec. doct.).
- La teoría de la imprevisión y la frustración en los contratos", Rev. Fac. de Der. y C. Sociales de Buenos Aires, Año V. N° 18, enero-abril 1950, p. 69.
- Algo más sobre la imprevisión. J.A. 1961-IV-75 (sec. doct.).

**CASIELLO, Juan José:**

- Reajuste de saldos de precios en las compraventas de lotes pagaderos en mensualidades. Teoría de la imprevisión, L.L. 1978. B-1006.
- La teoría de la imprevisión en la reciente reforma del Código civil. L.L. 131-149.

**COLOMBO, Leonardo A.:** Consideraciones sobre la denominada cláusula 'rebus sic stantibus', L.L. 98-737.

**COSSIO, Carlos:** Nota sobre la teoría de la imprevisión, L.L. 100-921.

**DALURZO, Beatriz F.:** La teoría de la imprevisión y la Constitución Nacional, J.A., 1960-VI-101.

**De La PUENTE y LAVALLE, Manuel:** "Estudios de Derecho Privado", Cultural Cuzco editores, Lima, 1983, T. II. Sección Undécima: Alteración de las circunstancias, p. 91 y ss.

**DIAZ CRUZ \_\_\_\_\_ :** La cláusula 'rebus sic stantibus' en el Derecho Privado, R.G.L.J., 1946, mayo, p. 547.

**ESPERT SANZ, Vincent:** "La frustración del fin del contrato", Tecnos, Madrid, 1968.

**FASSI, Héctor Pedro:** La teoría de la imprevisión (en el derecho público), L.L. 98-781.

**FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos:**

- "Comentario" a Sentencia, A.D.C., 1954, año VII, N° 3, p. 941, (sentencia en p. 937). La cláusula rebus sic stantibus, A.D.C., 1958-IV, p. 1267.

**FORNIELES, Salvador:** La cláusula 'rebus sic stantibus', J.A. 1942-IV-9 (sec. doct.).

**FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo de:** La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos, A.D.C., 1950-IV, p. 1189 (en especial cap. 1, 5, La cláusula rebus sic stantibus, p. 1198).

- GOLDENBERG, Isidoro H.:**
- "La teoría de la imprevisión", en Jus, Nº 19, La Plata, 1971, p. 48-54.
  - Problemática en torno a la depreciación monetaria y de la teoría de la imprevisión. Su tratamiento en las Segundas Jornadas Rioplatenses de derecho. E.D. 73-811.
- LENEL, Otto:** La cláusula 'rebus sic stantibus'. Madrid. 1923.
- LEON, Pedro:** "La presuposición de los actos jurídicos", Estudios de Derecho Civil. Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Córdoba, 1936.
- LOPERA VARGAS, Octavo:** "La teoría de la imprevisión", Univ. de Antioquía, tesis (1967), separata.
- LLUIS y NAVAS BRUSI, Jaime:** La llamada cláusula 'rebus sic stantibus' como delimitadora del principio de que los pactos han de ser observados. Reus, Madrid.
- MARIENHOFF, Miguel S.:**
- La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino, J.A., 1959-IV-10 (sec. doct.).
  - Contratos administrativos. Régimen de pagos: intereses, imprevisión, mayores costos y actualización, J.A., 1977-IV-714.
- MASNATTA, Héctor:**
- El cambio de circunstancias y el contrato, J.A. 1959-IV, p. 10 a 27, Sec. doct. (con una buena reseña bibliográfica).
  - La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato, E.D. 23-886.
- MOLINA, Juan Carlos:** "Abuso del derecho, lesión e imprevisión", Depalma, Buenos Aires, 1959.
- MORELLO, Augusto M.:** La teoría de la imprevisión y la revisión del contrato, J.A., 1976-I-678.
- MORELLO, Augusto M. y TROCCOLI, Antonio A.:** "La revisión del contrato – Onerosidad sobreviniente – Intereses – Indexación", Buenos Aires, 1977.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge:** El reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente, J.A., 1977-III-545.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo:**
- "Teoría de la imprevisión", Ed. Antor, Montevideo, 1986.
  - "Teoría de la imprevisión (aplicable a Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay)", en Tendencias actuales y perspectivas del **Derecho Privado**, Cultural Cuzco editores, Lima, 1990.
- ORGAZ, Alfredo:** El contrato y la teoría de la imprevisión, L.L. 60-691.
- OSTI, J.:** "La cosiddetta clausola 'rebus sic stantibus', Rev. di D. Civile, enero-febrero 1912, p. 1 y ss.
- PARDO, Alberto Juan:** "Incorporación de la teoría de la imprevisión al Código civil", L.L. 136-1288.
- PIERRE, Juan Carlos:** Sobre imprevisión y mora; interpretación contractual, L.L., 1981-B-1020.
- PINO, Augusto:** "La excesiva onerosidad de la prestación" (trad. al castellano de Federico de Mallol, Bosch, Barcelona, 1959).
- RAFFO DEL CAMPO, Carlos A.:** La teoría de la imprevisión y el caso fortuito, L.L. 109-1101.
- RAMÍREZ, Jorge Orlando:** La empresa constructora y la teoría de la imprevisión, J.A. 1978-II-685.
- RAY, José Domingo:** "La frustración del contrato", Acad. Nac. de Der. de Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1985.

**REZZONICO, Luis María:** "La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión. Buenos Aires, 1954.

**SALAS, Acdeel:** La cláusula oro y la teoría de la presuposición, J.A., 1943-II-43.

**SOLARI BRUMANA, Juan A.:** Algunas reflexiones sobre la imprevisión y otras yerbas, J.A., 26-67 (serie moderna).

**SPOTA, Alberto G:**

- La teoría de la imprevisión contractual y el abuso de los derechos, J.A., 1953-IV-30.
- Un supuesto de imprevisión contractual por alteraciones extraordinarias de las prestaciones convenidas en una promesa bilateral de compraventa, J.A., 1955-III-97.
- Contrato administrativo sometido a la teoría de la imprevisión contractual, L.L. 121-645.
- Imprevisión contractual y desvalorización o depreciación monetaria, J.A. 1965-VI-252.
- Deudas dinerarias y teoría de la imprevisión contractual, L.L. 116-6.

- Teoría de la imprevisión contractual, su aplicación en épocas de inflación monetaria. Culpa del damnificado, L.L. 140-453.
- Imprevisión contractual, lesión subjetiva..., L.L. 1976-D-195.
- Compraventa de cosa futura o locación de obra e imprevisión contractual, L.L. 1977-C-535.

**TERRAZA MARTORELL, Juan:** "Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución", Bosch, Barcelona, 1951.

**VENINI, Juan Carlos:** "Cosa juzgada e imprevisión", J.A. 1985-I-778,

**VILLAR PALASI, J.L.:** Comentario a un dictamen del Consejo de Estado, A.D.C., 1948, año I, Nº 2, p. 547-554. (Dictamen en p. 543).

**WATHELET, José María:** Sobre la teoría de la imprevisión y la autonomía contractual, J.A. 1965-IV-413.

\*\*\*

*Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"*



## **CAMBIO DE BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO**

**LIC. CARLOS QUESADA ROMÁN**

### **SUMARIO**

#### **Presentación**

- 1. Aspectos doctrinales**
- 2. El principio de la Cláusula "rebus sic stantibus"**
- 3. La imprevisión**
- 4. La teoría de Karl Larenz sobre la base del negocio jurídico**
- 5. Efectos jurídicos del cambio de base del negocio jurídico**
- 6. Reducción a términos de equidad**
- 7. El cambio de base en los contratos de crédito**
- 8. El principio de responsabilidad del banquero por concesión abusiva de créditos**

#### **Bibliografía**



## PRESENTACIÓN

La asignación de la presente monografía nos llevó a profundizar sobre los principios que originan la discusión sobre la aplicación de la cláusula **rebus sic stantibus** en aquellos contratos a plazo donde circunstancias imprevisibles a los contratantes, producen situaciones ajenas al contrato que lo vuelven inejecutable.

La equidad de la modificación o de la revisión, se presenta como el punto más discutible principalmente sobre los efectos

entre las partes contratantes donde la base de equivalencia de las prestaciones ha dejado de existir, generando un derecho a la resolución del contrato.

El exigir responsabilidades a una de las partes que se encuentre en tal situación deviene en injusta, por lo que la doctrina sugiere la alternativa de una **reducción a términos equitativos**, y porqué no, incluso la repetición de lo pagado cuando el crédito ha perdido su valor nominal.

### 1. ASPECTOS DOCTRINALES

La característica particular de las operaciones bancarias consiste en ser operaciones de crédito masivamente realizadas por una empresa bancaria en forma profesional. La institución del crédito es el centro de una serie masiva de operaciones de crédito con las cuales se ofrecen capitales y otra serie masiva de operaciones de crédito con los que necesitan tenerlos<sup>1</sup>.

Los contratos bancarios, presuponen que una de las partes es un banco autorizado a funcionar como tal. Se refieren a la actividad que constituye el objeto de su actividad contractual y de las obligaciones que de éstos surgen dependiendo en última instancia de las operaciones bancarias de la entidad. En otras

palabras, el contrato bancario es el acuerdo de voluntades del cual surgen derechos y obligaciones cuyo objeto corresponde a la operación bancaria a la cual se refiere el acuerdo<sup>2</sup>.

En la mayoría de los contratos financieros interviene un banco. No obstante, se presentan contratos bancarios en los cuales no se realiza una intermediación financiera propiamente dicha, como por ejemplo el alquiler de cajas de seguridad, la custodia de títulos y valores mobiliarios, el recibo de valores para efectuar su cobro, el ejercicio de determinados mandatos, etc.<sup>3</sup>.

La convención o convenio es el concierto o ajuste de voluntades en orden a un objeto de interés jurídico<sup>4</sup>; contrato, el convenio de dos o

- 
1. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho Bancario**. Quinta Edición revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, Editorial Porrúa S.A., México D.F., México, 1978, págs. 18 y 19.
  2. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos Bancarios**. Segunda Edición, Biblioteca Felabán, Bogotá, Colombia, 1979, pág. 118.
  3. FARINA, Juan. **Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial**. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 484.
  4. En el derecho romano se consideró que el: "**Convenio est duorum pluriumve in placitum consensus**" (L 10 del Digesto: de pactis 2,14).

más personas para constituir una obligación entre ellas... El contrato se refiere a la constitución del vínculo obligatorio, que comprende únicamente los atributos de dar, hacer o no hacer alguna cosa<sup>5</sup>, características por su patrimonialidad y su bilateralidad.

El negocio jurídico supera esas limitaciones, constituyendo un género amplio, donde encuentran cabida convenios, contratos, actos no patrimoniales, testamentos, etc.; todos tienen en común que hay una voluntad exteriorizada, y un fin al que se tiende. Estos caracteres pueden darse también en los actos. Lo propio del negocio es que el ordenamiento adecúa la eficacia a la programación de intereses<sup>6</sup>.

El objeto de la prestación es aquello que debe ser procurado al acreedor por medio de una acción encaminada a cumplirla, es decir, de la actividad debida. Puede ser una cosa (o más exactamente, su posesión, su uso o también la propiedad sobre ella), un derecho (por ejemplo, un derecho de prenda, una hipoteca), un conjunto de cosas o un valor patrimonial incorporal. Merecen especial consideración los objetos de la prestación consistentes en "dinero", "indemnización de daños", "resarcimiento de gastos"<sup>7</sup>.

Las obligaciones dinerarias son aquellas que pueden ser cumplidas por la entrega de los

signos monetarios correspondientes o mediante la imposición en la cuenta o transferencia de la cantidad debida a cuenta del acreedor, constituyéndose el deudor en obligado de una prestación pecuniaria y no de una deuda de cosa (cuantía de valor u obligación de suma).

Esto último determina que la obligación dineraria no pueda ser calificada como genérica, sino como obligación de suma de valor<sup>8</sup>, diferenciándose de aquellas obligaciones cuyo cumplimiento ha de hacerse mediante el pago en dinero, no por un importe nominal, sino por el valor a determinar en dinero de un objeto o de una cuota de valor<sup>9</sup>.

En los contratos bancarios de préstamo, la ejecución (la existencia del plazo) es prácticamente esencial.

Precisamente las operaciones de crédito tienen en su base un negocio jurídico donde una parte concede a la otra la propiedad (o disponibilidad, al menos) de bienes fungibles (o realiza prestaciones que indirectamente implican desembolso de dinero) por un tiempo determinado, con obligación de restituirlo (reembolso) del equivalente a término diferido; las más características son de orden financiero y generan, además las obligaciones de pago de intereses y comisiones<sup>10</sup>.

- 
5. BRENES CÓRDOBA, Alberto. **Tratado de los Contratos**. Cuarta edición revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1992, pág. 39.
  6. PÉREZ VARGAS, Víctor. **Derecho Privado**. Editorial Publitéx, San José, Costa Rica, 1 edición, 1988, pág. 207.
  7. LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones, Tomo I**. Versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1958, pág. 173.
  8. LARENZ. Karl. *op. cit.* págs. 178, 179.
  9. LARENZ. Karl. *op. cit.* pág. 183.
  9. LARENZ. Karl. *op. cit.* pág. 183.
  10. PÉREZ VARGAS, Víctor. **La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana** en Revista Judicial, Año XIII, número 48, junio 1989, pág. 157.

## 2. EL PRINCIPIO DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

La regla que consagra al contrato como ley entre las partes, tiene su origen y desarrollo no sólo fundamentada en la doctrina, sino también en contingencias económicas y sociales a través de evolución histórica. El principio romanista del **pacta sunt servanda**, no es ajeno a este desarrollo histórico.

Frente al problema de la alteración sobrevinida de circunstancias, y al solo efecto de dotar al Juez de unos principios directivos de cierta objetividad, de unas normas teóricas de una razonable inmutabilidad que cubran el vacío legal y contractual, se ha alzado la doctrina con una serie de principios, entre los cuales se encuentran la llamada cláusula **rebus sic stantibus**, teoría de la base del negocio, de la voluntad marginal, de la presunción, de la imprevisión, etc.<sup>11</sup>.

Resulta consustancial al ser humano que éste responda de sus acciones y de las consecuencias a él imputable. Por eso, quien realiza actos que están sometidos a una ley infringiéndola, sean éstas morales o jurídicas, estará obligado conforme a la moral o al Derecho a la reparación del daño causado.

Por lo tanto, el fundamento de la obligación de indemnizar los daños está en este caso en el acto propio, culpable y antijurídico<sup>12</sup>.

No obstante, lo equitativo de la modificación o de la revisión de un contrato por causa

de imprevisión (al liberar a las partes de sus obligaciones), ha llevado a la doctrina a formular diversas teorías para explicar el fundamento de la imprevisión en los derechos que la admiten, o para propugnarla en aquellos derechos en que la rechazan explícitamente<sup>13</sup>, partiendo para su interpretación de que el contrato es un acto jurídico que tiene una base de hecho, es decir, que surge de una situación de hecho dada en que los contratantes programan sus intereses de conformidad con las previsiones que razonablemente pueden realizar.

Si la situación legal que se produce cuando el contrato está en ejecución aparece muy diferente a la prevista por las partes, por razones que escapan a su control, desaparece el soporte de hecho de la convención<sup>14</sup>.

Estas teorías han establecido que, el problema de la alteración de las circunstancias imprevistas que trastornan gravemente el equilibrio que en un principio existía entre las prestaciones de los contratantes, manifestado en la imposibilidad económica de cumplir, deben ser admisibles en los contratos de ejecución sucesiva y en los contratos de ejecución diferida, en los cuales la ejecución de las obligaciones se escalona en el tiempo (el contrato de trabajo, el inquilinato)<sup>15</sup>, tanto en el Derecho Civil como en el Comercial<sup>16</sup>.

11. ESPERAT SANZ, Vicente. *La Frustración del fin del Contrato*. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1968, pág. 143.

12. LARENZ, Karl. *Op. cit.* pág. 191.

13. BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Op. cit.* pág. 95.

14. BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Derecho Civil IV*, Volumen I, Teoría General del Contrato, Segunda Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990, pág. 112.

15. BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Op. cit.* pág. 50.

16. BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Ibidem*.

En derecho constitucional se discute si al desaparecer la razón o fundamento de hecho de una ley (ratio legis), debe desaparecer también la Ley.

El principio inicial contractual varía. La cláusula **rebus sic stantibus** en relación con los contratos que, por haberse destruido la relación de equivalencia de las prestaciones, resultan excesivamente onerosas para uno de los contratantes, no se opone de ninguna manera a la subordinación del principio esencial para el tráfico jurídico de fidelidad, del **pacta sunt servanda**.

La teoría propone que el juez debe restablecer el equilibrio de un contrato cuyas condiciones de ejecución han sido gravemente

modificadas en detrimento de una parte, debido a acontecimientos razonablemente imprevisibles en el momento de la formación del contrato<sup>17</sup>.

La desaparición de la relación de equivalencia, es la que origina en un contrato la destrucción de la base del negocio jurídico. Desde el punto de vista subjetivo, la base del negocio jurídico es la representación mental que se hacen los contratantes sobre un estado de cosas, y para que ella resulte relevante debe ser común a los contratantes.

### 3. LA IMPREVISIÓN

Simultáneamente, debe existir un elemento objetivo para dar estabilidad al acto jurídico, que es el mantenimiento de las condiciones contractuales. Cuando esta base se altera en forma extraordinaria y con carácter imprevisible, nace el derecho a resolver el contrato<sup>18</sup>, comprendiéndose por **imprevisión** el desequilibrio grave que se produce entre las prestaciones contractuales como consecuencia de un aumento considerable o imprevisto en los precios, por lo que si cambian radicalmente las circunstancias, los pactos pueden llegar a encontrarse en lo que los alemanes llaman **"Äquivalenzstörung"** o **"Wegfall der**

**Geschäftsgrundlage"**, que es la desaparición de la base del negocio jurídico<sup>19</sup>.

La imprevisión es una cuestión de orden económico y financiero y está ligada a las fluctuaciones de los precios<sup>20</sup>.

Estas causas que justifican la transformación de las promesas contractuales además de imprevisibles, también son por sí mismas causas objetivas; ya que "no pueden ser factores determinados por una de las partes". Es claro que en la materia que nos ocupa puede hablarse de una objetividad del mercado mundial y de las reglas del sistema financiero mundial<sup>21</sup>.

17. BAUDRIT CARRILLO, Diego. *Op. cit.* pág. 113.

18. FLAH, Lily y SMAYEVSKY, Miriam. **Teoría de la Imprevisión**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989, págs. 18 y 19.

19. PÉREZ VARGAS, Víctor. **El cambio en la base de la deuda externa latinoamericana y los principios del derecho**. Esbozo de programa para uso en la preparación del II Seminario Jurídico Internacional, **Deuda externa, Principios Generales del Derecho, Corte Internacional de Justicia**. Roma 25-26 de mayo de 1995, Sant'Agata dei Goti (Benevento), 27 de mayo de 1995, pág. 1.

20. STACK, Boris, citado por BRENES CÓRDOBA, Alberto, *op. cit.* pág. 94.

21. GARAVELLO, Oscar. Utilizzazione delle risorse e politiche economiche nella crisi del debito estero dei P.V.S. en Schipani; citado por PÉREZ VARGAS, Víctor en Esbozo del Programa... pág. 4.

Con el nombre de "riesgo imprevisible" o doctrina de la imprevisión se designan los mecanismos correctivos para evitar abusos que supondría mantener inflexiblemente la obligación contraída<sup>22</sup>.

Tanto la **imprevisión** como la **lesión** parten de la existencia de un presupuesto: el desequilibrio grave entre las prestaciones como consecuencia de un precio insuficiente (la patología se encuentra en la función del contrato y en los intereses que las partes persiguen al celebrarlo<sup>23</sup>. Pero mientras que en la lesión el desequilibrio existe desde la conclusión del contrato (al momento de la conclusión del contrato el precio no correspondía al valor de la cosa), generando una desproporción condicionada entre las prestaciones originaria y derivada de un aprovechamiento de una de las partes del estado de peligro o de necesidad de la contraparte

justificando la rescisión; en la imprevisión, por el contrario, el desequilibrio sobreviene después de la conclusión del convenio, esto es, a posteriori<sup>24</sup>.

Uno de los presupuestos del equilibrio grave entre las prestaciones de los contratantes, es el de la **excesiva onerosidad sobreviniente**. Este concepto puede considerarse como un acontecer en la vida del contrato que produce la alteración del mismo, consistente en que la prestación posible en su origen, como consecuencia de obstáculos extraordinarios que sólo pueden vencerse mediante un sacrificio completamente desproporcionado, o bajo graves riesgos, o violando deberes de mayor importancia, llega a ser preciso considerar tal prestación como imposible, a la luz de la consideración racional, ética y económica, que es decisiva para el Derecho<sup>25</sup>.

#### 4. LA TEORÍA DE KARL LARENZ SOBRE LA BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO

Esta alteración no solamente se produce como una agravación de la prestación, sino también cuando hay una disminución, no considerada dentro del álea normal de la contratación, en la utilidad de la contra prestación<sup>26</sup>.

A tal punto, han llegado las investigaciones de Karl Larenz, principalmente en su obra titulada "La Base del Negocio Jurídico y

Cumplimiento de los Contratos quien parte para su estudio de las teorías psicológicas y objetivas sobre la base del negocio.

El autor sostiene que las consecuencias jurídicas de la desaparición de la base del negocio jurídico deben ser buscadas, no de manera aislada en la interpretación del contrato o en los principios del Derecho contractual

22. BADENES GASSET, Ramón, citado por SOTELA MONTAGNE, Rogelio. **La teoría de la imprevisión**. en Revista de Ciencias Jurídicas, número 7, mayo 1966, pág. 160.

23. V. FRANCESCHELLI, Bruno, citado por VARGAS PÉREZ, Víctor en La excesiva... pág. 158.

24. BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Op. cit.* pág. 94.

25. ENNECCERUS, Tomo II, Vol. I pág. 239 ss, citado por ESPERET SANZ, Vicente. *Op. cit.* pág. 144.

26. SOTELA MONTAGNE, Rogelio. *Op. cit.* pág. 185.

objetivo –principio de la buena fe–, sino en la íntima cohesión de ambos; mediante una relación de elementos subjetivos –cumplimiento de lo expresamente pactado–, con elementos objetivos –consecuencias que según su naturaleza sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley–.

Al respecto, define el cambio de base del negocio, como las representaciones sobre la existencia y permanencia de ciertas circunstancias fundamentales, las cuales, sin haber llegado a formar parte del contrato, han sido hechas base del negocio, bien por ambos contratantes, bien por uno solo, sabiéndolo el otro y no rechazándolo<sup>27</sup>, desestimando aquellas teorías que admiten el cambio de base del negocio a partir de conceptos psicológicos –Dertmann–, o presuposiciones que más bien son calificados como error en los motivos –Windscheid–.

El concepto de la cláusula *rebus sic stantibus* se sustenta en una relación contrac-

tual dependiente de la persistencia de las circunstancias existentes al concluir el contrato que eran debidamente presupuestas y cuya variación no era previsible para las partes contratantes<sup>28</sup>, por lo que la variación en las circunstancias conlleva su importancia cuando se pone en peligro la finalidad esencial del contrato, como por ejemplo, cuando resulte destruida la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación.

Par Larenz, la base del negocio presenta un doble sentido. En primer lugar, como base “subjetiva” de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base “objetiva” del contrato, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato<sup>29</sup> las cuales pueden ser o no de conocimiento de los contratantes.

## 5. EFECTOS JURÍDICOS DEL CAMBIO DE BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO

Para la determinación de los efectos jurídicos, la doctrina se topa con el peso insoslayable de la teoría de la voluntad.

La voluntad del contenido es la que tiene por objeto el resultado práctico o jurídico del negocio<sup>30</sup>. Esta teoría ve en la voluntad negocial de las partes, entendida como realidad psicológica, el verdadero fundamento de las consecuencias jurídicas, y a menudo, conforme al concepto de la causalidad propio de las

ciencias naturales y habitual en las postrimerías del siglo XIX, la causa eficaz de estas consecuencias, en tanto que para Larenz en esta teoría la declaración es tan sólo un síntoma de la voluntad<sup>31</sup>, por lo que la interpretación de un contrato debe tener presente el sentido especial que las partes tienen, y con arreglo al cual quieren que sean comprendidas concretamente sus declaraciones. Este sentido especial, representa para el autor, en sí mismo

27. LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1956, pág. 11.

28. LARENZ, Karl, *op. cit.* pág. 27.

29. LARENZ, Karl. *Op. cit.* pág. 37.

30. CARRIOTA FERRARA, citado por PÉREZ, Víctor, *op. cit.* pág. 238.

31. LARENZ, Karl. *Op. cit.* pág. 173.

un sentido más general, por ejemplo en todo contrato bilateral la idea de equivalencia y cada contrato en general la idea de obligatoriedad jurídica, sobre la cual los interesados no reflexionan de ordinario y que, por consiguiente, no se pone de manifiesto de modo especial en sus declaraciones<sup>32</sup>.

Las consecuencias jurídicas de la interpretación de un contrato así realizado, permitirían determinar la falta o desaparición de la base del negocio fundamentadas tanto en el propio contrato como en los principios de derecho contractual objetivo, siendo de importancia el sentido general y especial del propio contrato, comprendido y desarrollo conforme al principio de buena fe.

Sus efectos jurídicos que de éste modo se obtendrán, son:

- i) Si la base del negocio en sentido subjetivo no existe, o desaparece posteriormente, el contrato es en principio ineficaz. Si la base del negocio consiste en la expectativa de que las circunstancias personales y económicas de las partes continúen siendo las mismas, la parte afectada por una modificación total de sus circunstancias puede alegarlo por medio de una excepción. Mientras dure la modificación, está tan sólo obligado a realizar las prestaciones que correspondan a la equidad, según las circunstancias del momento y teniendo en cuenta la proporción en que se funda el contrato.
- ii) Si en un contrato bilateral se destruye por completo la relación de equivalencia a consecuencia de la transformación de las circunstancias, la parte perjudicada, puede negarse a hacerlo, en tanto que la otra parte no consienta en un adecuado aumen-

to de la contraprestación que restaure la equivalencia. Si se rechaza este aumento terminantemente, la parte perjudicada puede resolver o, en caso de una prestación de larga duración, denunciar inmediatamente el contrato. Si la prestación ya ha sido realizada, reclamar una indemnización por el importe del enriquecimiento de la otra parte.

- iii) Si la finalidad del contrato resulta inalcanzable, se puede rechazar la prestación<sup>33</sup>.

Estos principios esbozados por el autor, constituyen una causa "inusual" de liberación de las obligaciones del deudor, ya que considera como contrario a la buena fe el sujetar a una persona al cumplimiento de un contrato y derivar de éste derechos cuando, a consecuencia de sucesos imprevistos que escapan a la influencia de la otra parte y no pertenecen al riesgo asumido por ninguno de los contratantes, desaparece de tal forma la base del contrato que está conforme a la intención de las partes.

Cuando el riesgo acaece y otra persona resulta perjudicada, puede ser conforme a la equidad imponer en todo o en parte la responsabilidad en estos supuestos a aquella persona que originó la situación de riesgo o se sirvió de ella para su provecho, aunque no se le puede acusar en absoluto de haber infringido la ley. En estos casos hablamos de "responsabilidad de riesgo".<sup>34</sup>

Sus consecuencias jurídicas devienen similares a las ya descritas. En este caso, el deudor cuya prestación es posteriormente imposible —desde luego por una circunstancia que no le sea imputable—, no puede exigírsele la prestación, por lo cual el acreedor soporta el riesgo de la prestación o riesgo objetivo, sin

32. LARENZ, Karl, *op. cit.* pág. 180.

33. LARENZ, Karl. *Op. cit.* págs. 195, 196.

34. LARENZ, Karl **Derecho de Obligaciones**, pág. 191.

que hubiere en este supuesto una obligación de indemnización de daños, porque el deudor no es responsable en forma alguna, y la

subsistencia del deber de prestación que se ha tornado irrealizable sería una formalidad vacía, pues tal obligación habría perdido sentido<sup>35</sup>.

## 6. REDUCCIÓN A TÉRMINOS EQUITATIVOS

No obstante, conviene mencionar dos posibilidades de resolución propuestas por el Dr. Víctor Pérez Vargas.

Señala este autor que ante la imposibilidad o mayor costo del cumplimiento de una deuda en estas circunstancias, sería factible plantearse la alternativa de una **reducción a términos equitativos**. Dado que la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra su fundamento en la ruptura del equilibrio del contrato, resulta comprensible que deba buscarse con prioridad (como lo hace el nuevo Código Civil peruano, con gran acierto) la reducción a equidad de los términos de aquel<sup>36</sup>.

En similar sentido, plantea el jurista nacional en su propuesta al II Seminario Internacional: Deuda Externa Latinoamericana, titulado **El cambio de base de la deuda externa Latinoamericana y los principios del Derecho**, desde una perspectiva tridimensional –los hechos, los valores y las respuestas jurídicas–, recurriendo a los principios de interpretación elaborados por la teoría del negocio jurídico, sobre la base realista, real-objetiva, los cuales resultan aplicables a los contratos –de deuda externa–, lo mismo que a los tratados o empréstitos a ella relativos.

Estos principios los resume así:

### a) Interpretación

- i) Interpretación en favor del deudor como parte más débil de la relación contractual;
- ii) Interpretación progresiva de los contratos... en el caso de variación de las

circunstancias que les dieron origen, eliminando su eficacia o bien adecuándola a la nueva realidad mediante una interpretación evolutiva y progresiva;

### b) Nulidad de cláusulas abusivas

Cuando éstas se encuentren presentes;

### c) Integración del negocio, la reducción a equidad, un cálculo realista

De la nulidad de cláusulas abusivas puede resultar la necesidad lógica y matemática de un nuevo cálculo de la deuda.

El principio de reducción a equidad podría ser tomando en cuenta antecedentes históricos (conversión de obligaciones dinerarias al producirse el cambio del sistema monetario del marco alemán –RM. Reichsmark– por el DM. en 1948); el valor real de la deuda (de acuerdo a su valor registrado en libros, criterios de reservas para incobrables, el caso de títulos de deuda cotizados a 17 centavos de dólar); y aplicando la hipótesis propuesta por el profesor **SCHIPANI** de que con un nuevo cálculo –de la deuda externa–, que tome en cuenta el cambio en la base de los préstamos tal vez en muchos casos la deuda estaría ya pagada, y en muchos casos –agrega el Dr. Pérez Vargas–, ya estaría pagada en demasía, en exceso, por lo que se aplicarían los principios de la “repetición del pago indebido”.

En resumen, y con vista de aplicar alguna de las teorías comentadas, se le considera al

35. *Ibidem*, pág. 305.

36. PÉREZ VARGAS, Víctor. *La excesiva...* *op. cit.* pág. 157.



crédito como una confianza que una persona concede a otra en una operación de cambio; como una extensión de éste pues en el cambio se entrega una cosa por otra o por su equivalente en dinero, sujetos a factores de tiempo y de confianza. El primero de estos factores

manifestado en el plazo que debe transcurrir entre la transmisión actual del bien a que se refiere la operación de crédito y su cumplimiento; y la confianza referida a la capacidad de contratación y al cumplimiento futuro de la obligación adquirida por el deudor<sup>37</sup>.

## 7. EL CAMBIO DE BASE EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO

La moneda, por sus funciones, es una unidad de cuenta y es, también una unidad de valor para facilitar la realización de las operaciones, o para atesorar o ahorrar la riqueza obtenida o recibida<sup>38</sup>.

Desde el punto de vista económico, el dinero es el medio general de cambio. Los signos monetarios son objetos corporales (billetes de Banco o monedas) que se dan y aceptan en el tráfico como medio general de cambio, en virtud de su función representada en la materialización de un valor patrimonial. Este valor nominal es el que les otorga la entidad emisora y que se expresa en la moneda metálica o en el papel moneda, derivando su valor del poder adquisitivo del dinero, es decir de la relación existente entre el valor nominal y los precios de los bienes y prestaciones valubles en dinero dentro del territorio en que rige el sistema monetario, y además, del valor de cotización o valor en curso, es decir, de la relación entre las unidades monetarias de diferentes sistemas<sup>39</sup>.

Parece una constante que la moneda a través de la historia, no ha guardado su valor, excepto en periodos de tiempo muy breves, entre otras circunstancias, por las siguientes:

- i) **el factor determinante:** explicado por medio de la teoría económica de la moneda introducida después de las críticas de Keynes, según la cual el valor de la moneda depende de la relación entre su cantidad nominal y la cantidad de bienes y servicios netos de amortizaciones que se producen en la economía de una Nación en un año, y la velocidad de circulación del dinero;
- ii) **las causas que originan la desvalorización monetaria,** referidas a las causas que originan una mayor emisión monetaria que la demandada por la evolución económica, entre estas: guerras, crecimiento del gasto público sin incremento de impuestos, subsidios, política, etc.;
- iii) **forma de medir la pérdida del valor de la moneda,** aumentos de precios, otra cotización de la moneda nacional en los mercados internacionales de cambio respecto a monedas más estables; y
- iv) **formas de compensar la pérdida del valor,** principalmente originado por inflación a través de tasa de interés —cubriendo la desvalorización monetaria—; o a través de indexación o revalorización de las obligaciones<sup>40</sup>.

37. ACUÑA BENAVIDES, Lindy, y ARCE CARMONA, Sandra María. **El crédito bancario.** Tesis para optar al Título de Licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991, págs. 101 a 105.

38. ARAUZ CASTEX, Manuel. **La multiplicación ilegítima de los valores en los juicios.** Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991. pág. 13.

39. LARENZ, Karl. **Obligaciones dinerarias...** *op. cit.* pág. 174.

40. ARAUZ CASTEX, Manuel. *Op. cit.* págs. 14 a 22.

Por tales motivos, quienes consideran al dinero desde el punto de vista de la teoría real o valorista, manifiestan que su valor está directamente relacionado con la cantidad de bienes y servicios que con él se pueda adquirir en un momento dado, es decir, que el deudor debe retribuir al acreedor no el valor nominal de lo que le prestó, sino la cantidad de dinero necesaria para adquirir los bienes y servicios que pudo él adquirir con el monto que le fue otorgado<sup>41</sup>.

Quizá el más importante de los factores de desvalorización monetaria, lo constituye la inflación. La inflación es una condición a la cual llega un país cuando la totalidad de su renta monetaria, en un periodo, crece más de prisa que su renta real en bienes y servicios, es decir que constituye el incremento de la corriente del dinero a un ritmo más rápido que la corriente de

cosas en que se gasta ese numerario, produciendo un fenómeno crematístico de inestabilidad de las relaciones económicas, y por ende, también de las juristas<sup>42</sup>.

El nivel de solución a este problema, ha sido abordado a nivel legislativo mediante procesos de revalorización, a nivel contractual mediante las "cláusulas de estabilización de escala móvil", y a nivel judicial mediante la aplicación del principio "**rebus sic stantibus**".

A éste último nivel de solución, se suma el principio desarrollado en doctrina sobre el distingo entre deudas dinerarias y deudas de valor, aplicando a las primeras el principio nominalista y a las segundas el valorista, con la intención de superar la diferencia conceptual entre ambas para aplicar también a las segundas el régimen de actualización de los montos debidos<sup>43</sup>.

## 8. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL BANQUERO POR CONCESIÓN ABUSIVA DE CRÉDITOS

En Europa se le considera a la banca desde un criterio de "actividad de interés general", por lo que se califica su actividad como profesional exigiéndosele una mayor actividad diligente en relación a su especial naturaleza<sup>44</sup>.

Por tal motivo, el banquero es reconocido en los sistemas de derecho continental europeo como un profesional de su actividad. Ello

determina que la diligencia que es dable exigir no sea la normal del **bonus pater familia**, sino la especial profesional del **bonus argentarius**, acentuada por la misión de servicio público que realiza<sup>45</sup>.

Por tal razón, se ha generado una abundante jurisprudencia en Francia y Bélgica con respecto al abuso de la banca en la concesión

41. MATA ORTE, Carlos Eduardo, y VARGAS MONTERO, Bernald. **El Contrato de Préstamo Bancario: un análisis jurídico**. Tesis de Grado para optar al Título de Licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991, pág. 205.

42. CARRANZA Jorge A. y otros. **Problemática actual de las obligaciones de dar dinero**.

43. CARRANZA, Jorge. Op. cit. pág. 437.

44. El calificativo de "actividad bancaria de interés general", es propio de la tradición en Francia y Bélgica. En este último país, la Comisión Bancaria belga considera que un banco no puede apuntar únicamente a su interés propio a título de acreedor. En Italia, el artículo 1176 del Código Civil recalca la diligencia debida de la banca en sus actividades profesionales.

45. A NIGRO, citado por BERGEL Salvador D. **Responsabilidad civil de la banca por los daños causados en la concesión abusiva de créditos a los países de la región**, en REVISTA DEL DERECHO COMERCIO Y DE LAS OBLIGACIONES, año 24, enero-junio 1991, número 139/141, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991, pág. 14.

de créditos abusivos por la especial responsabilidad del banquero a quien se le asignan deberes de conducta en relación a sus clientes y a terceras personas.

La búsqueda de la responsabilidad del banquero a través de "procesos numerosos y de vivaces discusiones", es una situación consecuencia del periodo de crisis económica por el que atravesamos. El número de quiebras ha aumentado considerablemente; ahora bien, los hechos están ahí y demuestran que los acreedores de las empresas declaradas en quiebra, no pueden pretender la recuperación de fracciones importantes de créditos. La tentación, en tales condiciones, es grande para acreedores y curadores de orientarse contra el o los banqueros de la empresa<sup>46</sup>.

Esta corriente doctrinaria ha influenciado en el derecho norteamericano, donde hasta hace unos diez años aproximadamente se le consideraba a la banca y otras entidades prestamistas responsables, tomando en consideración las teorías tradicionales del **common law** referidas al incumplimiento contractual, como fraude, coacción o influencia indebida. En la actualidad los tribunales han desarrollado una nueva doctrina que considera a los prestamistas responsables, tomando en cuenta la teoría de la responsabilidad extracontractual –**tort-action**–<sup>47</sup>, fundada en: a) la garantía de buena fe y razonabilidad implícita

en todo contrato (covenant of good faith and fairdealing); b) la imposición a los prestamistas de standards de fiducia o confianza (fiduciary standards) más rígidos, los cuales una vez violados generan una acción antijurídica que lo hace responsable de los daños y perjuicios que con su conducta ocasione al cliente o a terceros<sup>48</sup>.

Plantea BERGEL que una conducta abusiva en la concesión de crédito ocasiona una ilicitud la cual no necesariamente se vincula a derechos subjetivos concretos, ya que –establecida la generación del daño–, ella tanto puede fundarse en la violación generación del daño, ella tanto puede fundarse en la violación de normas genéricas de conducta o de algunas regulaciones específicas aplicables a la banca, atribuibles a título de "culpa con previsión", cuyo nexo de causalidad entre la conducta de la banca y el resultado dañoso se encuentra explicada por medio de la teoría de la causa adecuada.

Las consecuencias del otorgamiento de crédito abusivo y prolongado son evidentes. Un banquero imprudente puede, con sus créditos, sostener una empresa ineficiente, favorecer inversiones excesivas y evidentemente no rentables y causar así un daño real a los acreedores del financiado, engañando por una prosperidad artificial<sup>49</sup>.

---

46. VASSEUR, Michele, citado por MORA ROJAS, Fernando. **La responsabilidad del banquero al otorgar créditos a empresas en débil situación financiera y económica**, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS número 58, setiembre-diciembre 1987, San José, Costa Rica, pág. 56.

47. E.A. CAMARINI, citado por BERGEL, Salvador D., *op. cit.* pág. 15.

48. Refiere BERGEL a un artículo de "The Economist" quien manifestó que: los bancos no pueden culpar a nadie, salvo a sí mismos, por haber prestado durante muchos años sobre la base de riesgos reconocidamente malos –The Economist 11 diciembre 1982, pág. 12–; y de las críticas formuladas en el Congreso norteamericano cuando en noviembre de 1983 sancionó la ley que aumentó su cuota al FMI, donde se dan instrucciones al representante ante dicho organismo en el sentido de que los recursos de la entidad sean destinados al reembolso de préstamos bancarios otorgados en forma imprudente. BERGEL, *op. cit.*, pág. 17.

49. GAVALDA Y STOUFFLET citados por MORA ROJAS, Fernando. *Op. cit.* pág. 67.

Otros casos de responsabilidad contractual, surgen en las situaciones en que un banco rompe abruptamente el crédito a un cliente a quien se le había permitido seguir girando al descubierto, una vez vencido el plazo; o con la falta de pago de un cheque en cuenta corriente, considerando que hubo una apertura de crédito formalizada a favor del cliente, lo que le per-

mitió a éste sentirse con derecho a emitir cheques con anterioridad<sup>50</sup>.

Su fundamento jurídico doctrinal lo ubica el autor MORA ROJAS en la doctrina de los actos propios, y las teorías alemanas de la apariencia y del *Verwirkung* y con el estoppel angloamericano.

## BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA BENAVIDES, Lindy Viviana, y ARCE CAMONA, Sandra María. **El Crédito Bancario**. Tesis para optar al Título de Licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991.

ARAUZ CASTEX, Manuel. **La multiplicación ilegítima de los valores en los juicios**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991.

BAUDRIT CARRILLO, Diego. **Derecho Civil IV**. Volumen I, Teoría General del Contrato, Segunda Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990.

BERGEL, Salvador D. **Responsabilidad civil de la banca por los daños causados en la concesión abusiva de créditos a los países de la región**, en REVISTA DEL DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES. Año 24, enero-junio 1991, N 139/141, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. **Tratado de los Contratos**. Cuarta Edición revisada y

actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1992.

ESPERET SANZ, Vicente. **La Frustración del fin del Contrato**. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1968.

FARINA, Juan. **Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresaria**. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.

FLAH, Lily y SMAYEVSKI, Miriam. **Teoría de la Imprevisión**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989.

MATA ORTEGA, Carlos Eduardo y VARGAS MONTERO, Bernald. **El Contrato de Préstamo Bancario: un análisis jurídico**. Tesis para optar al Título de Licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991.

MORA ROJAS, Fernando. **La responsabilidad del banquero al otorgar créditos a empresas en débil situación financiera y**

50. El fundamento jurídico de esta teoría se podría encontrar en todos los sistemas jurídicos en términos tales como: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen hacer de la obligación, según la naturaleza de ésta "artículo 1023 por 1 del Código Civil de Costa Rica, artículo 1135 del Código Civil; 1374 del Codice Civile).  
MORA ROJAS, Fernando. *Op. cit.*, págs. 59, 60.

- económica**, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS, Número 58, setiembre-diciembre 1987, San José, Costa Rica.
- LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos**. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1956.
- LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones, Tomo I**, Versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1958.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. **Derecho Privado**. Editorial Publitex, San José, Costa Rica, I Edición, 1988.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. **La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana**, en Revista Judicial, Año XIII, número 46, junio 1989, San José, Costa Rica.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. **El cambio en la base de la deuda externa latinoamericana y los principios del derecho**. Esbozo de programa para uso en la preparación del II Seminario Jurídico Internacional DEUDA EXTERNA, PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Roma, 25-26 de mayo de 1995, Sant'Agata dei Goti (Benevento), 27 de mayo de 1995.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos Bancarios**. Segunda Edición, Biblioteca Felabán, Bogotá, Colombia, 1979.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho Bancario**, revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F., México, 1978.
- SOTELA MONTAGNE, Rogelio. **La teoría de la Imprevisión**, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS, Número 7, mayo 1966, San José, Costa Rica.
- TORREALBA, Octavio. **La Indemnización de daños y perjuicios imprevisibles**, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS, Número 40, San José, Costa Rica.

*Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"*



## **DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA**

**PROF. Wilberth Arroyo Álvarez**  
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

### **SUMARIO**

#### **INTRODUCCIÓN**

#### **CAPÍTULO I. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS**

- Sección I. Definición
- Sección II. Naturaleza
- Sección III. Contenido, Objeto y Sujeto

#### **CAPÍTULO II. SUCESIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

- Sección I. Concepto
- Sección II. Naturaleza de ese modo de transmisión mortis causa de los derechos de autor
- Sección III. Sujetos

#### **CAPÍTULO III. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AUTOR POR PARTE DE LOS HEREDEROS**

- Sección I. El Derecho Moral
- Sección II. El Derecho Patrimonial
- Sección III. Duración de la Protección

#### **CONCLUSIONES**

#### **BIBLIOGRAFÍA**

# CAPÍTULO I

## DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

### SECCIÓN I. Definición

Los derechos de autor y los así llamados conexos, forman parte de una rama mayor, denominada: Propiedad Intelectual, que se subdivide a su vez en tres: Los derechos de autor y conexos, propiedad industrial y el "know-how".

No cabe confundir los derechos de autor con la propiedad intelectual, pues se establece una relación de género a especie. Tampoco se presenta entre la propiedad industrial con el know-how, ya que cada una de estas "ramas", representa un tipo de esfuerzo intelectual propio: el realizado por quien crea una obra de arte (en el caso de los derechos de autor), el realizado por un inventor, que se traduce en una creación del terreno industrial o técnico, y es protegido por el derecho de patentes, (en el caso de la propiedad industrial) y el realizado por quien realiza un tipo de "esfuerzo intelectual", que es aquel que consiste en un saber hacer, una regla de conducta, un método (en el caso del "Know-how").

Según Alberto Brenes Córdoba, "La propiedad intelectual, comprende todas las producciones del ingenio, literatura, inventos y obras de arte"<sup>1</sup>.

Una definición de los derechos de autor, varía según sea el punto de vista adoptado. Si asumimos una posición "subjetiva", entenderemos derechos de autor como aquellas facultades a que se hace acreedor un sujeto creador de una obra de arte (o bien sus sucesores), con respecto de ésta.

Si nuestra posición es "objetiva", los derechos de autor son las normas jurídicas destinadas a dar protección a los derechos y facultades que posee el sujeto creador (o sus herederos) de una obra de arte o literaria.

Doctrinariamente, encontramos definiciones que no diferencian entre un sentido objetivo y otro subjetivo, sino que se unifican en formas de disposición que pueden dar el autor o sus derecho habientes y la protección legal. Así Alfred Philipp señala: "Es el derecho exclusivo radicado en la persona y fundado en el hecho de la creación espiritual, de determinar si el resultado de esa actividad creadora, ha de ser comunicado a otros, de qué modo y para qué fines habrá de hacérselo accesible, y en particular si habrá de ser objeto de la expectación comercial y en qué forma haya de ser utilizado para tal efecto"<sup>2</sup>.

**Derechos Conexos:** "Son aquellos que están conectados directa o indirectamente con el objeto mismo del derecho de autor. La conexión que poseen, es en algunos casos de subordinación o dependencia y en otros de simple afinidad"<sup>3</sup>.

De acuerdo a la ley, los Derechos de Autor y derechos conexos están regulados de la siguiente manera: artistas, intérpretes y ejecutantes y los organismos de radiodifusión.

Surgen desde el momento en que se adquieren los derechos de autor.

- 
1. BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de los Bienes*. San José, Tipografía Nacional, 1966, p. 108.
  2. PHILIPP ALLFELD. *Del Derecho de Autor y del Derecho de Inventor*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, pp. 7 y 8.
  3. CASTRO LOBO, Manuel Rafael. *Los Derechos de Autor y los Derechos conexos en la producción musical en Costa Rica*. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986, p. 78.

## SECCIÓN II. Naturaleza

Es difícil llegar a un acuerdo doctrinario acerca de la naturaleza de los derechos de autor y los conexos; no obstante, estudiando diversas posiciones, nos percatamos de que existen dos corrientes: la monista y la dualista. Dentro de la primera, tenemos una subdivisión de la que surgen la teoría patrimonialista y la personalista.

**A. La patrimonialista:** Para ésta no existe la parte moral de los derechos de autor y más bien se tutela un interés meramente económico. Los partidarios de esta teoría se dividen: 1-en los que ven al derecho de autor como un derecho de uso, 2-los que lo miran como un derecho de servidumbre, 3-como un derecho sobre bienes inmateriales, 4-como una especie de propiedad, 5-como un monopolio de explotación, etc.

Esta teoría es criticable, en virtud de que no puede dejarse de lado la protección que se

brinda al ámbito meramente espiritual que se deja impregnado en la creación.

**B. La teoría personalista:** protege la personalidad del autor de la obra. ("El autor puede estar interesado en que la obra no sea alterada arbitrariamente, o que no se atribuya a otro su creación, por ejemplo"). Esa teoría también es criticable puesto que si bien es cierto se protege al autor, una vez creada la obra ésta se independiza de su creador.

La corriente dualista hay una concepción más adaptada a la realidad en virtud que toma en cuenta que los derechos de autor tienen una **naturaleza mixta**, es decir, tanto patrimonial como personal, en virtud de que el derecho de autor presenta un elemento patrimonial pero también uno moral y ambos se protegen. Philipp Allfeld indica que "...el derecho de autor es un derecho **sui géneris** que se compone de elementos personales y patrimoniales..."<sup>4</sup>.

## SECCIÓN III. Contenido, Objeto y Sujetos

**A. Contenido.** La ley de derechos de autor alude al contenido de los derechos de autor prescribiendo que los autores son titulares de derechos patrimoniales y morales sobre sus obras literarias y artísticas.

Gabriel Larrea<sup>5</sup> indica que el derecho de autor comprende las diversas formas de creatividad intelectual, exceptuando las patentes, ya que las obras del autor persiguen expresar la belleza o la verdad, careciendo de un fin especialmente intelectual.

**B. Objeto:** Es propiamente la obra que crea el autor. Significa una idea que adquiere forma material, para convertirse en un bien y objeto de derecho. Una idea que no trasciende al plano material, no es protegida por el derecho de autor, en virtud de que las ideas son de dominio público. Ahora bien, esa materialización puede consistir en la mera expresión de la idea a través de algún medio. González Laverge<sup>6</sup> llama a estos requisitos, dicotomía: idea-expresión.

4. PHILIPP ALLFELD. *Op. cit.* pág. 7.

5. Citado por CASTRO LOBO, Manuel Rafael. *Op. cit.* pág. 27.

6. *Ibíd*, p. 28.



Salanowski Isidro<sup>7</sup> aclara lo anterior indicando: "lo material no es el objeto del Derecho Intelectual, sino únicamente el medio de expresarlo... Es cierto que el espíritu humano requiere un **corpus mechanicum** para expresar materialmente y poder percibir una obra intelectual, pero al mismo tiempo, su capacidad de abstracción le permite separar y desentrañar del objeto perceptible, el elemento espiritual original que constituye la creación amparable".

**C. Sujetos:** La Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 10 clasifica los sujetos del derecho intelectual en plenos o integrales, secundarios, derivados o parciales. Los primeros son los autores, colaboradores y en algunos casos los editores; los secundarios son los sucesores, los derivados, los transformadores de la obra y los parciales son los realizadores e intérpretes.

Los autores tienen una titularidad originaria y los demás una titularidad derivada.

El artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual dispone que las obras pertenecen a sus autores y el numeral 20 de la Ley de Derechos de Autor, se refiere a la representación del autor por parte de sus mandatarios, causa-habientes o derechohabientes, indicando que la titularidad derivada no puede despojar al autor de la paternidad de su obra. Lo que se transmite, inter vivos o mortis causa, es únicamente el ejercicio de los derechos de autor.

Puede ser que la titularidad originaria resulte ser compartida por varios y en este caso estaremos ante una titularidad en colaboración en donde varios autores crean una obra común usando su inspiración. En este caso también puede darse la titularidad derivada.

## CAPÍTULO II

### SUCESIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

#### SECCIÓN I. Concepto

La sucesión de los derechos de autor y conexos es la forma de transmisión mortis causa de los derechos patrimoniales y morales que tiene el autor de una obra literaria o artística, por vía testada o legítima.

**A. "...transmisión mortis causa...":** La forma de transmisión mortis causa hace suponer que los derechos de autor y conexos pueden también ser transmitidos inter vivos, por ejemplo mediante la cesión y pueden transmitirse en todo o en parte.

En lo que interesa se analizará únicamente la "transmisión mortis causa" que se realiza mediante la sucesión.

**B. "...de los derechos patrimoniales o morales...":** Toda obra intelectual posee dos tipos de derechos: los patrimoniales y los morales. Los primeros se refieren al aspecto económico o pecuniario de la obra, mientras que los morales son inherentes al autor de la obra, protegen los intereses puramente ideales; es un tipo de propiedad sobre un bien inma-

7. Citado por CASTRO LOBO, Manuel Rafael. *Op. cit.*, pp. 32 y 33.

terial al proteger la obra como emanada de la personalidad e intereses del autor que independientemente del fin lucrativo. El derecho moral es inalienable, personalísimo, irrenunciable y perpetuo, inherentes a la calidad de autor, de modo que durante toda su vida, sólo él puede ejercerlos, a diferencia de los patrimoniales que sí pueden transmitirse inter vivos y mortis causa. Sin embargo, en la transmisión de los derechos de autor y conexos, mortis causa, se da un fenómeno que no puede acontecer en la transmisión inter vivos de dichos derechos y es que el derechohabiente adquiere tanto los derechos morales como los patrimoniales del autor.

**C. "...que tiene el autor de una obra literaria o artística...":** La protección de los derechos de autor se ejerce en dos tipos de creaciones: las literarias y las artísticas; todas las obras inimaginables que puedan incluirse

dentro de esos dos géneros, son protegibles por los derechos de autor y conexos.

**D. "...mediante una sucesión testada o legítima":** La sucesión es la forma de transmisión mortis causa de los bienes, y puede darse a través del modo testado o disposición legal ("cuando no exista testamento o porque a pesar de haberse otorgado se declaró nulo o resultó caduco o porque el causante testó sólo sobre parte de sus bienes, o bien porque la ley reserva cierta parte de los bienes a favor de ciertos sucesores legítimos")<sup>8</sup>.

El Código Civil regula la sucesión testada en el título XIII y la legítima en el título XII de modo que al disponer la ley N° 6683 (artículo 90) que deberá aplicarse la doctrina civil sucesoria a la materia subanálisis debe entenderse que las formas de transmisión de los derechos de autor podrá darse tanto mediante alguna de esas dos vías.

## **SECCIÓN II. Naturaleza de ese modo de transmisión mortis causa de los derechos de autor**

Hay muchas formas de transmisión inter vivos (de las cuales una de ellas es la cesión) y sólo una forma cuando se trata de transmisión mortis causa, como se dijo arriba.

En los casos de transmisión inter vivos únicamente es factible transmitir los derechos patrimoniales, porque se considera que los derechos morales son personalísimos, inalienables e imprescriptibles, de modo que mientras viva, sólo el autor puede ejercerlos y no puede transmitirlos a terceros.

Eso hace que la naturaleza de las transmisiones inter vivos de los derechos de autor únicamente pueda ser "patrimonialista". Pero

en el caso de la transmisión mediante sucesión mortis causa de los derechos de autor, el derechohabiente adquiere para con la obra una relación casi igual que la que tenía el autor, es decir, todos los efectos de la protección moral que brinda el Derecho al autor de la obra creada, se transmiten en derechos que ese tercero puede hacer valer como si él fuera el autor.

Es así como se atribuye a la sucesión de los derechos de autor, una naturaleza mixta (tanto se suceden los derechos patrimoniales como los morales) a diferencia de las transmisiones inter vivos que únicamente posee una naturaleza patrimonial.

8. ARROYO ALVAREZ, Wilberth. *Legítima Hereditaria y Derecho Sucesorio Costarricense. Necesidad de una Reforma Sustancial a nuestro Código Civil*. San José, primera edición, Editorial Publitéx, 1988, p. 9.

### SECCIÓN III. Sujetos

Los sujetos que intervienen son propiamente los sucesores o causahabientes. Sin embargo, no se descarta la posibilidad de incluir un tercer sujeto que pasa a ser el propietario al concluirse un plazo de 50 años

de disfrute por parte de aquéllos; plazo que se cuenta desde la muerte del autor o del último co-autor según lo estipulan los artículos 58 y 59 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos citada.

## CAPÍTULO III

### EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AUTOR POR PARTE DE LOS HEREDEROS

#### SECCIÓN I. El Derecho Moral

Los Derechos Morales son los que **"permiten al autor crear la obra y hacerla respetar, defender su integridad en la forma y en el fondo"**<sup>9</sup>.

Los derechos morales emanan directamente de la personalidad del autor, forma parte de su persona distinto a la propiedad material que se sitúa fuera de la personalidad. Cuando el autor está vivo, esos derechos son personalísimos, inalienables e imprescriptibles no transmisibles a terceros. Sin embargo, una vez que el autor de la obra muere esos derechos pasan al sucesor y el derechohabiente puede ejercitar esos derechos como si fuera el autor o creador de la obra; es decir, mientras esté vivo, tampoco podrá transmitirlos, puesto que son personalísimos; únicamente él puede ejercerlos.

Según el artículo 15 de la ley antes mencionada, al fallecimiento del autor, faltando disposición testamentaria específica, el ejercicio del derecho moral se transmite

sucesivamente a sus cónyuge, descendientes y ascendientes en ese orden. Ese mismo artículo prevé el caso en que no existan derechos disponiendo que el defensor de esos derechos será el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes.

El artículo 14 de dicha ley enumera las facultades y derechos de autor que, según el artículo 15, a la muerte de aquél corresponderán a sus sucesores.

Esas facultades son:

1. Mantener la obra inédita pudiendo aplazar su publicación y reproducción hasta por un período de cincuenta años después de su muerte.
2. Exigir la mención de su nombre o seudónimo como autor de la obra en todas las reproducciones y utilizaciones de ella.
3. Impedir toda reproducción o comunicación al público de su obra si se ha mutilado, deformado o alterado de cualquier manera.

9. STANOWSKY citado por GONZÁLEZ LAVEGRE, Juan Carlos. **Derecho Intelectual**. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1990, p. 35.

Al igual que si fuera autor, el sucesor tiene derecho a exigir el nombre o el seudónimo del autor en todas las obras, el derecho al título de la obra, etc.

En cuanto a la publicidad se refiere, el sucesor puede aplazar la publicación, hasta por 50 años después de la muerte del autor.

El derecho a la paternidad de la obra, es descrito doctrinariamente como la imposibilidad a aparecer como autor de una obra cuando no siéndolo, así como atribuirse creación de una obra cuando no es él el verdadero autor. La labor del sucesor es velar porque nadie se

atribuya la obra del autor, y que nadie le atribuya al autor la creación de una obra.

En cuanto al derecho al respeto de la integridad, el sucesor puede, al igual que el autor, impedir cualquier deformación o mutilación a la obra. Se incluye el derecho a la representación íntegra de la obra.

El artículo 15 expresamente prohíbe que los sucesores ejerzan el derecho de arrepentimiento que consiste en retirar la obra de la circulación, previa indemnización a los perjudicados con esa acción.

## SECCIÓN II. Ejercicio del Derecho Patrimonial

Del artículo 20 de la Ley de Derechos de Autor, se deduce que también los sucesores pueden ejercer la defensa de ese derecho. El artículo 16 de dicha ley, enumera cuáles son esas facultades, de la siguiente manera:

1. la edición gráfica
2. la traducción
3. la adaptación
4. la comunicación al público
5. cualquier otra forma de utilización

La doctrina divide los derechos patrimoniales en dos grupos: 1. Derechos de reproducción de la obra y 2. Derecho de comunicar la obra al público. Los tres primeros incisos del artículo 16 están dentro del primer grupo y los dos últimos en el segundo.

El derecho de reproducción es el que concede al sucesor la facultad de autorizar o no, la reproducción de la obra, lo cual puede hacerse por distintos medios: fotocopia, litografía, grabado, películas y fonogramas.

Por su parte, el derecho de comunicación al público se refiere a la representación o ejecución de la obra en un lugar público, necesitándose la autorización del sucesor, como un derecho patrimonial que le fue concedido y contra el cual puede cobrar una suma determinada.

El artículo 17 indica que el titular de los derechos de autor determinará qué retribución económica recibirá de los usuarios. En nuestro caso, el sucesor tiene esa facultad como titular de esos derechos.

Por su parte, según el artículo 18, los derechos patrimoniales del coautor que fallezca sin dejar herederos, acrecerá la parte de los coautores.

**A. El Contrato de Edición:** El artículo 21 dice que "...el autor de una obra literaria o artística, o sus derechohabientes, concede a una persona llamada editor, el derecho de reproducirla, difundirla y venderla...".

Las atribuciones que tiene el sucesor en este contrato son por consiguiente la autorización para la reproducción, difusión o venta de una obra literaria o artística, pudiendo convenir una remuneración con el usuario.

Al firmarse el contrato de edición ambas partes, editor y autor, contraerán obligaciones y derechos como es lo normal. El autor de la obra se compromete a entregar la obra al editor en un plazo determinado por ambos o por uno sólo. Por su parte, el editor no puede efectuar modificaciones, abreviaturas ni adiciones a la obra sin autorización escrita del autor, todo esto según lo estipulado en el artículo 27 de la Ley citada.

**B. El Contrato de Representación:** En el Contrato de Representación el autor de una obra, como un drama, tragedia, comedia, ópera u otra de ese género, confía su representación o ejecución pública, con o sin carácter exclusivo, a otra llamada empresario, o a un determinado número de presentaciones y en un determinado local conforme a una retribución económica.

En todo el capítulo que dedica esta Ley a este contrato no se especifica si es factible para

el derechohabiente celebrar este tipo de contrato. Se considera que esa es una omisión que no debe llevar a confusiones.

La representación es parte del derecho patrimonial del sucesor porque el sub inciso primero del inciso c) del artículo 16 de la misma ley, lo menciona como derecho patrimonial y como se sabe, el artículo 20 indica que todos los actos del autor pueden atribuirse también a sus sucesores.

### SECCIÓN III. Duración de la Protección

Los derechos de autor y conexos que tendría el sucesor, según la Ley de Derechos de Autor (artículo 58), tiene una vigencia de cincuenta años, desde el fallecimiento del autor.

Existe un lapso amplio de protección al disfrute particular de esos derechos, porque ello motiva la creación de obras literarias y artísticas, ya que los creadores cuentan con que sus familiares o sucesores podrán disfrutar por un buen tiempo de dicha creación.

Al respecto, es interesante la opinión de un economista, que nos dice que en último caso, hasta se genera dividendos de esa manera:

“...la importancia de proteger la propiedad intelectual, especialmente en el contexto del desarrollo económico, no ha sido aceptada universalmente. Algunas personas han argumentado que las ideas constituyen bienes públicos que deben estar a la disposición de todos, para que las utilicen sin tener que pagar precio alguno. Los defensores de esta opinión extrema descartan la cuestión de que es menester proporcionar un estímulo

apropiado para estimular los esfuerzos de innovación. ...Si el fruto de la innovación es un libro, una película, una pintura o un artículo sobre ciencia, con él se elevan los niveles culturales y educaciones de toda la población. Por añadidura, la demanda que existe para la producción innovadora, en otras naciones que brindan una vigorosa protección a la propiedad intelectual, es capaz de generar dividendos para los innovadores del país de origen y de proporcionarles recursos para su expansión adicional. Esto mejora las perspectivas de crecimiento económico del país”<sup>10</sup>.

Por otra parte la UNESCO en el “ABC de los Derechos de Autor”, expresa: “Si los autores tienen certeza de que sus obras serán protegidas durante cierto tiempo, pretenderán producir más, enriqueciendo así la creación intelectual de sus países”<sup>11</sup>.

Una vez expirado el plazo de los cincuenta años, la obra, de manos del sucesor pasa a ser de dominio público y cualquier persona puede

10. ROZEK, Richard. Propiedad Intelectual y Crecimiento Económico, en *Revista Trimestral de la Economía Mundial*, 1988, p. 73.

11. UNESCO, *El ABC de los Derechos de Autor*, 1971, p. 82.

utilizarla sin necesidad de autorización alguna. De esta forma el derecho de autor se extingue pero en forma perpetua.

El artículo 7° de la Convención Universal sobre Derechos de Autor, ratificada por Costa

Rica, indica que durante la vida del autor, el plazo de protección no será inferior a ésta y que una vez muerto, debe protegerse en un mínimo de veinticinco años.

## CONCLUSIONES

Nuestra legislación se limita a decir que, como cualquier otro tipo de bien, se puede transmitir los derechos de autor y no hay mayor limitación al respecto. Cabe agregar que no existe una regla específica y más bien se ha tenido como una parte del patrimonio del causante, por lo que se considera que la legislación podría especificar más y prever algunas situaciones no previstas. Empezando por una mejor y más eficiente tutela a los derechos de autor que en general se encuentra poco actuali-

zada pues los avances tecnológicos van provocando una necesidad de tutelar cada día de mejor forma la obra de la mente humana, así por ejemplo, los problemas de la poca regulación de software y la "piratería" que al respecto se produce. Es necesario no sólo una mejor regulación en cuanto a la sucesión de los Derechos de Autor sino una revisión completa de nuestra legislación en lo referente a este tipo de derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

ABU-GHAZALEH, Talal. EL GATT y la Propiedad Intelectual, en **Revista Trimestral de Economía Mundial**, Nº 64, 1988.

ARROYO ALVAREZ, Wilberth. **Legítima Hereditaria y Derecho Sucesorio Costarricense: Necesidad de una Reforma Sustancial en nuestro Código Civil**. 1 edición, Editorial Publitex, Costa Rica, 1988.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. **Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos**. Nº 6683 de noviembre de 1983.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. **Tratado de los Bienes**. San José, Editorial Juricentro, 1986.

CASTRO LOBO, Manuel Rafael. **Los Derechos de Autor y Derechos Conexos en la Producción Musical**. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986.

GERVAICE, Davis. **Software Protection: Practical and Market Computer Program**. Nueva York, 1932.

ROZZEK, Richard. Propiedad Intelectual en **Revista Trimestral de la Economía Mundial**. Nº 62, 1988.

STALSON, Elena. Derechos de Propiedad Intelectual y Competitividad de los Estados Unidos. En **Revista Trimestral de la Economía Mundial**. Nº 64, 1988.

**UNESCO. El ABC de los Derechos de Autor.**  
Suplemento publicado, 1981.

**UNESCO. Actas de la Conferencia Diplomática sobre la Protección Internacional de los Artistas e Intérpretes o**

**Ejecutantes, Productores de Fonogramas y los Organismos de Audiodifusión.** Roma, 1961.

**UNESCO. Legislación y Convenios sobre Derechos de Autor.** Suplemento, 1973.

\*\*\*



## **DERECHOS EXCLUSIVOS DE EXPLOTACIÓN EL DERECHO DE RADIODIFUSIÓN**

**LIC. CARLOS CORRALES**

### **I PARTE. EN GENERAL**

#### **A. ANTECEDENTES**

La explotación económica de las obras literarias y artísticas, su uso y disfrute, tiene un titular originario y propio, el autor. Por el solo hecho de la creación, sin cumplimiento de alguna formalidad, el autor es titular sobre su obra de derechos pecunarios, económicos.

Los derechos patrimoniales configuran, con los derechos morales, la doble estructura del Derecho de Autor. El autor tiene un poder soberano, salvo ciertas limitaciones, sobre la obra. Es un uso y disfrute sobre ese bien jurídicamente protegido que se incorpora a su patrimonio y que, por lo tanto, le es privativo. Nadie puede, sin la autorización de aquél, explotarlo, disfrutarlo, usarlo; de ahí que tales derechos se denominan patrimoniales. Cabría proponer por esa razón, denominarlo Derecho Patrimonial, así, en singular, ya que si bien se reconoce en el Derecho Comparado esa soberanía del autor sobre su obra en todos sus usos y modalidades, al utilizarse en plural, "derechos patrimoniales" y enumerar los mismos, no en pocas ocasiones se induce a confusión o interpretación errónea de creer que sólo aquellos derechos específicamente enunciados son los derechos patrimoniales y que, en consecuencia, cualquier utilización no explícita es libre y extraña al patrimonio del autor de la obra en mención. Por ello nos agrada más esta terminología de "Derecho Patrimonial" o, alternativamente, "Derecho Patrimonial

General" y "Derechos Patrimoniales Específicos".

La técnica legislativa utilizada por el legislador ha sido ecléctica en cuanto a la modalidad de determinar el derecho patrimonial del autor. Así, en Hispanoamérica, por ejemplo, se utilizan fórmulas de carácter general precisadas por enumeraciones de derechos específicos que no son excluyentes de otras formas o modos de uso o disfrute. Lo anterior nos permite afirmar que el Derecho Comparado Autoral, es protector del uso pleno de la creación a favor de su autor. En consecuencia, si bien usos novedosos derivados de las nuevas tecnologías no están mencionados expresamente en la mayoría de ellos, en virtud de la cláusula general, son privativos del titular de los derechos.

#### **1) Disposiciones Generales**

1) **Argentina:** "El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor, la facultad de disponer de ella, de... (art. 2).

2) **Bolivia:** "El derecho de comprende... los derechos patrimoniales que protegen el aprovechamiento económico de la misma" (art. 1).

3) **Brasil:** "Corresponde al autor el derecho de utilizar, disfrutar y disponer de las obras literarias, artísticas o científicas, así como autorizar su utilización o disfrute por terceros en todo o en parte" (art. 29).



"Depende de la autorización del autor de la obra literaria, artística o científica, cualquier forma de utilización" (art. 30).

4) **Colombia:** "Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas: A... De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que a su libre criterio les dicte" (art. 3).

5) **Costa Rica:** "Al autor de las obras literarias, artísticas, corresponde el derecho exclusivo de utilizarla..." (art. 16).

6) **Chile:** "El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento de la obra..." (art. 1).

7) **República Dominicana:** "Los autores de obras científicas, literarias o artísticas y sus causahabientes tienen la libre disposición de su obra a título gratuito u oneroso..." (art. 20).

8) **Ecuador:** "El autor tiene el derecho exclusivo de utilizar económicamente su obra..." (art. 19).

9) **España:** "La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley" (art. 2).

10) **Guatemala:** "El derecho de autor es la facultad exclusiva del creador de una obra literaria, científica o artística de usarla y de autorizar el uso de ella, en todo o en parte" (art. 10).

11) **México:** "Son derechos que se les reconoce y protege a favor del autor...:

...El usar y explotar temporalmente la obra... (art. 2).

12) **Panamá:** "La propiedad literaria o artística o derechos de autor, consiste en la facultad que las leyes reconocen a los autores... para explotar sus obras (art. 1889).

13) **Paraguay:** "El derecho reconocido comprende la facultad exclusiva que tiene el autor de una obra literaria, científica o artística de usar y autorizar el uso de ella, en todo o en parte..." (art. 2).

14) **Perú:** "El autor es propietario de sus obras con todos los goces y facultades inherentes a este derecho..." (art. 35).

15) **Portugal:** "En el ejercicio del derecho patrimonial el autor tiene el derecho exclusivo de

disponer de su obra, disfrutarla y utilizarla, de autorizar su disfrute y utilización por..." (art. 9).

## 2) Disposiciones Específicas

Se complementan y aclaran las cláusulas de carácter general, con normas que positivizan derechos patrimoniales específicos comprendidos dentro del derecho patrimonial general y no excluyentes, por las razones indicadas, de otros derechos innominados.

Esos derechos son; generalmente, los siguientes: Derecho de Reproducción, Derecho de Adaptación, o Transformación, de Comunicación al Público en sus modalidades de ejecución pública, representación, exhibición, proyección, transmisión.

Los cuadros siguientes resumen lo indicado.

Cuadro A

### DERECHO PATRIMONIAL

DERECHO EXCLUSIVO UTILIZAR LA OBRA  
-EN CUALQUIER MODO-



**DERECHOS ESPECÍFICOS PATRIMONIALES**

- I REPRODUCCIÓN
- II ADAPTACIÓN, TRADUCCIÓN O TRANSFORMACIÓN
- III COMUNICACIÓN AL PÚBLICO

- Declamación, Lectura
- Representación
- Ejecución Pública
- Exhibición o Exposición
- Proyección

- Transmisión

sin hilo:  
radiodifusión

por hilo:  
cable-distribución

radio

T. V. {  
codificado  
descodificado

transmisión por  
satélite

- IV POR CUALQUIER MEDIO CONOCIDO O POR CONOCERSE
- V DERECHO DISTRIBUCIÓN
- VI DROIT DE SUITE

## B. EL DERECHO PATRIMONIAL ESPECÍFICO DE TRANSMISIÓN. SUS MODALIDADES.

### 1. Terminología

Una obra puede ser explotada difundiéndola a distancia por medio de ondas hertzianas o por hilo u otro elemento conductor como la fibra óptica. La primera es la radiodifusión y la segunda la cable-distribución. Cualquiera que sea la técnica empleada se pueden difundir o sólo sonidos o sonidos con imágenes.

Entonces el Derecho de Transmisión puede asumir la forma de Derecho de Radiodifusión y de Cable-Distribución.

Se inclinan por la terminología de "Radiodifusión" simplemente, la legislación de Haití (art. 10 e); otras legislaciones han utilizado una expresión más amplia: "la radiodifusión sonora o audiovisual", Costa Rica (art. 16 ch. 2) y República Dominicana (art. 20 c2); "Radiodifusión y Televisión", Guatemala (10.6).

Argentina utiliza la terminología de representación o ejecución pública para las diversas formas de comunicación al público y no sólo para la representación escénica. Por eso al referirse al derecho de radiodifusión lo comprende entre las diferentes formas de representación y nos los representa como transmisión radio telefónica...televisión (art. 50). En Ecuador (art. 21) la radiodifusión, aunque no esté expresamente dicho, es una forma de "divulgación". En Nicaragua y Panamá no encontramos protección a este derecho en una norma específica sino como implícito en el derecho patrimonial general que sería también el caso de México (art. 2.III) ya que radiodifundir una obra es una forma de usarla o explotarla, derecho que corresponde al autor.

En cuanto a la transmisión por hilo, la Cable-distribución solo en la legislación de República Dominicana (art. 20, e2), pionera en América Latina, Bolivia (art. 54), España (art. 20 2d) y Portugal (art. 68 2e), se menciona expresamente. Sin embargo la mayoría de ellas, como

se indicará, utiliza una expresión genérica comprensiva de todo tipo de uso por cualquier medio o procedimiento, permite concluir que la utilización por cable es un uso privativo del autor. Igual conclusión se puede llegar en cuanto a la transmisión por satélite que por utilizar ondas hertzianas, estamos ante una radiodifusión, las legislaciones de Bolivia (art. 54); República Dominicana (art. 20 c.2), España (art. 20 2c) y Portugal (art. 68 2e) así lo indican expresamente.

En cuanto a la transmisión por hilo, la Cable-distribución, solo en la legislación de República Dominicana (art. 20, e2), se menciona expresamente. Sin embargo la mayoría de ellas, como se indicará, utiliza una expresión genérica comprensiva de todo tipo de uso por cualquier medio o procedimiento lo que permite concluir, aunque no es lo ideal desde el punto de vista del decreto positivo, que la utilización por cable es un uso privativo del autor. Igual conclusión se puede llegar en cuanto a la transmisión por satélite que por utilizar ondas hertzianas, estamos ante una radiodifusión, las legislaciones de República Dominicana (art. 20 c.2).

## **2. Derecho de radiodifusión**

Las señales radioeléctricas difundidas en la atmósfera o el espacio extraterrestre por intermedio de los satélites constituyen el transporte adecuado para posibilitar la radiodifusión en condiciones de calidad y cobertura sorprendentes.

Una señal es un objeto o medio capaz de transmitir información. La señal electromagnética es la onda capaz de transmitir información. Es decir, que la señal electromagnética es una modificación o alteración, de una onda electromagnética que permite transportar señales; es una onda modulada que si no transmite información es transparente y si lo hace es portadora ya sea de datos, imágenes o de sonidos. Por lo tanto, el medio de transporte son las ondas moduladas capaces para transportar información y que se denominan señales.

Entonces la señal, la modulación de una onda radioeléctrica apta para la radiodifusión, se emite, se produce, originándose por la creación de una perturbación eléctrica modulada. La transmisión de señales por intermedio de un satélite por ejemplo, es un quehacer jurídicamente protegido y por lo tanto las señales no son de libre utilización. Quien emite la señal es el titular de derechos sobre ella, las señales emitidas no son libres, son un medio para transportar información, datos, imágenes, sonidos. No es posible apropiarse o utilizar ese medio, sin la autorización de su propietario; no es un bien público, es un bien que cae dentro de la esfera patrimonial de la persona o entidad jurídica que lo produce.

Otra cuestión es la incorporación a las señales de programas compuestos por sonidos, imágenes o sonidos e imágenes. Aquí ya nos acercamos al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos que protegen entre las diversas categorías de obras, las audiovisuales, las musicales, las dramáticas, así como las prestaciones artísticas, las producciones fonográficas y las emisiones.

El uso de esos bienes en sus diferentes formas cae dentro de uno de los principios fundamentales de los Derechos Intelectuales: toda utilización de una obra, prestación, producción o emisión debe ser autorizada y, en todo caso, siempre debe ser remunerada.

El Convenio Satélite nos define el programa como todo conjunto de imágenes, de sonidos o de imágenes y sonidos, registrado o no, e incorporados a señales destinadas finalmente a la distribución.

El programa consiste de los siguientes elementos:

- 1) Un conjunto. Es decir, una secuencia armónica, con unidad y estructura.
- 2) Imágenes, sonidos o imágenes y sonidos. El programa puede estar constituido sólo por imágenes, sólo por sonidos o de imágenes y sonidos. Ejemplo de lo primero será una transmisión de un evento deportivo en que solo se transmite las imágenes sin sonido; del segundo, solo sonidos, la radio; del

tercero, imágenes con sonidos, las emisiones de televisión.

3. Registrados o no. Es decir, estén o no materializados en un soporte, como sería la transmisión en vivo de una obra de teatro.
4. Incorporados a señales. Es decir, a ondas electromagnéticas moduladas, que constituyen el medio conductor, transportador.
5. Destinadas a llegar finalmente al público. El destino es el público aunque no necesariamente la transmisión sea de acceso directo por el público.

Así, entonces, las imágenes, sonidos o imágenes y sonidos se incorporan a las señales para su distribución.

¿Cuáles programas son los que se incorporan a las señales? Es al Organismo de Origen a quien le corresponde decidir el contenido de la transmisión.

Por otra parte, la definición basada en la técnica de las comunicaciones, el Reglamento al Convenio Internacional de Telecomunicación transmitida por medio de ondas radioeléctricas.

A su vez, la definición de Telecomunicación es más amplia ya que se refiere a "Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos". Cubre esa definición no sólo la radio sino también la transmisión por hilo. Lo que caracteriza la telecomunicación es la comunicación a distancia independientemente que el medio utilizado sea inalámbrico o por hilo. La radiocomunicación es una modalidad de la telecomunicación cuyo elemento distintivo es el desplazamiento por el espacio de las señales electromagnéticas sin guía artificial.

### **Radiodifusión por satélite**

La radiodifusión es la telecomunicación a distancia por medio de ondas electromag-

néticas que se esparcen libremente en la atmósfera, difundiendo sólo sonido o imagen y sonido. En la década de los sesenta la Radiodifusión trasciende su espacio territorial y técnico al colocar una "antena", un dispositivo en el espacio, que al recibir la señal de la tierra, la amplifica y la remite nuevamente a la tierra, abarcando una área mayor a la tradicional cubierta con las técnicas anteriores. Surge así, la radiodifusión por satélite o transmisión por satélite.

El Convenio Satélite, entiende por satélite "todo dispositivo apto para transmitir señales y situado en el espacio extraterrestre o cuya órbita al menos parcialmente se describe en ese espacio" (art. 1, inciso III).

A ese dispositivo que se refiere el Convenio se integra dos componentes básicos: los transpondedores y las antenas.

Los primeros constituyen el sistema electrónico que permite la captación, amplificación y conversión de frecuencias y remisión de señales a la Tierra. A mayor cantidad de transpondedores mayor capacidad en cuanto a la información que puede transportar las señales; a mayor capacidad, menor el equipo necesario en Tierra para recibirlas en condiciones óptimas; así, por ejemplo, el diámetro de las parabólicas. Los transpondedores a su vez, pueden dedicarse exclusivamente a uno o varios de los servicios de transmisión por satélite: la comunicación de datos, fax, correo electrónico, radiodifusión.

Las antenas tienen la función de determinar con su dirección el área a cubrir y lograr por medio de los "spot beams" que la señal se "enfoca", es decir llegue con una especial potencia a una área más restringida de la zona de cobertura del satélite con lo cual se logra el principio citado de la mayor capacidad del satélite menor el equipo receptor y, por otra parte, permite diferenciar el contenido de las señales dentro de la misma zona general de cobertura.

Ej.: Si el área de cobertura es la América Latina se puede "enfocar" la transmisión especialmente a la América Central.

Los satélites pueden catalogarse por:

- a) Área de cobertura: nacionales, regionales o intercontinentales;
- b) Función: de comunicación o de radiodifusión;
- c) Equipo técnico de recepción: de punto a punto o de radiodifusión directa;
- d) Ubicación y órbita: polares y elípticos o ecuatoriales y circulares.

Arthur Clarke, quien fue Secretario de la Sociedad Interplanetaria Británica, fue la persona que por primera vez en 1945, pensó en la utilidad de estos últimos satélites, los ecuatoriales y circulares, también denominados geoestacionarios. En su artículo, "El futuro de las comunicaciones por el mundo", Clarke plantea el tema de la radiodifusión con relación al ámbito territorial y la dificultad técnica de cubrir grandes territorios o de llevar esas señales en condiciones óptimas de continente a continente. De ahí su idea de un satélite espacial ubicado en una altura y órbita ecuatorial determinada y girando a la misma velocidad de la Tierra, es decir fijo con relación a un punto de la misma. También sugirió el uso de la energía solar y la necesidad de tres satélites para cubrir la totalidad de la Tierra.

En 1963 se puso en órbita el primer satélite geoestacionario el Syncom, de la NASA. Pero antes y después de esa fecha, debe resaltarse algunos acontecimientos.

En 1957 se lanzó el primer satélite, el Sputnik; ya que anteriormente el sistema Echo se utilizaba únicamente como medio pasivo para reflejar señales portadoras de información de un sitio a otro de la Tierra.

En otra fase, la de los satélites activos, en 1960, Estados Unidos colocó en órbita el Courier con capacidad para captar, modificar y ampliar las señales.

En 1962, entró en funcionamiento el primer satélite que recibió y transmitió simultáneamente: el Telstar, con una potencia de 3w y que sirvió para la primera conexión trasatlántica de televisión a color.

Es en esta misma década del 60 que se destacan varios hechos en la evolución técnica de la transmisión por satélite. En 1965 la Unión Soviética lanza el satélite Molniya en órbita elíptica e INTELSAT, por intermedio de COMSAT, la

Corporación Espacial de los Estados Unidos, pone en servicio el primer satélite propiamente, comercial el Early Bird.

En los setenta debe destacarse los primeros satélites domésticos: el Anik (1972) para el Canadá y el Westar (1974), para los Estados Unidos.

La **órbita geoestacionaria** es otro de los elementos en el sistema de transmisión por intermedio de satélites geoestacionarios. Igual importancia tiene el **espectro de radiofrecuencias**.

La órbita geoestacionaria es la órbita en el espacio situada a 36.000 km sobre la línea ecuatorial terrestre, que posibilita que el satélite se traslade a una velocidad igual a la de la Tierra, lo que hace pensar que es estacionario. Asimismo esta órbita geoestacionaria permite que el área de cobertura de un satélite abarque un tercio de la superficie de la Tierra.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones, como Organismo especializado de las Naciones Unidas encargado de las Telecomunicaciones, tiene bajo su competencia el tema de la transmisión por satélite desde el punto de vista técnico, específicamente en cuanto a la utilización del espectro de radiofrecuencias y a la órbita geoestacionaria. A su cargo está la Junta Internacional de Registro de Frecuencias, que administre el espectro de radiofrecuencia que en el conjunto de ondas radioeléctricas de diferentes frecuencias.

En 1959, en la Conferencia Administrativa de Radio, surge el asunto de las comunicaciones por satélite y la convocatoria a diversas reuniones de expertos y diplomáticos para estudiar especialmente este aspecto. Así, en sus primeras resoluciones, se reconoce el principio de "al primero que llegue", es decir, la asignación de frecuencias y de posiciones en la órbita se hacía según un orden cronológico de solicitudes; sin embargo, por otra parte, se resolvió que debía estudiarse la asignación de frecuencias dentro de un marco global a fin de lograr la justicia y la equidad.

Debe destacarse que ya en 1973, por primera vez, se acoge el planteamiento de que las frecuencias y la órbita geoestacionaria es un recurso natural limitado en la siguiente forma:

“En la utilización de bandas de frecuencias para la radiocomunicación espaciales, los Miembros tendrán en cuenta que las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados que deben utilizarse en forma eficaz y económica para permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, según sus necesidades y los medios técnicos de que dispongan...”

En la primera Conferencia que se convoca sobre la Radiodifusión por Satélite en 1977 se declaró expresamente que la asignación de bandas en la órbita geoestacionaria deberá hacerse “apriori” asignando a cada Estado un espacio determinado de la órbita y las respectivas frecuencias dividiendo esas asignaciones por regiones. La Región N° 1 abarca Europa, Africa y la anterior Unión Soviética; la Región N° 2, América Latina y la Región N° 3, Asia, Australia y las Islas del Pacífico.

Así, 24 años después de la primera reunión, se llegó a un ordenamiento más justo y equitativo sobre la órbita geoestacionaria, reconociendo el derecho de los países en desarrollo en cuanto a sus necesidades espaciales.

### **Transmisión por satélite es radiodifusión**

La transmisión por satélite es pues, radiodifusión; una modalidad del derecho patrimonial de comunicación al público.

Como ya lo hemos visto, la transmisión por satélite cubre extensos territorios no solo de un mismo continente sino también de varios continentes a la vez.

Al difundir una obra musical o audiovisual, por ejemplo, por satélite, lo que se utiliza es el corpus mysticum y no el corpus mechanicum ya que lógicamente el soporte físico en el cual está registrada la obra permanece en el sitio de

emisión, característica esta del uso de obras intelectuales en las telecomunicaciones.

Ahora bien, podría entonces plantearse que la señal es el soporte físico en la transmisión por satélite? La señal es el medio transportador, conductor, en la señal no se fijan las imágenes y los sonidos, no hay grabación, hay traslado de ellas. Entonces en la transmisión, por ejemplo, de una obra audiovisual por satélite debemos distinguir:

- a) La obra que es una creación intelectual.
- b) El soporte físico de la obra, el celuloide, el video, y
- c) La señal que es la onda electromagnética modulada que transporta la imagen y el sonido al satélite y desde el cual se dirige al público directa o indirectamente.

Debe diferenciarse entonces, dos entidades de naturaleza distinta:

- a) La empresa que opera el sistema de transmisión de señales por medio de satélite.
- b) El organismo de Radiodifusión que es el organismo de origen emisor del contenido de las señales. El primero protegido por el Derecho Civil o Comercial, el segundo, titular de los Derechos Conexos en cuanto a sus emisiones.

El Organismo de Radiodifusión, a su vez, debe contar con la autorización del titular de los derechos intelectuales para poder incorporar el bien inmaterial, a las señales transmitidas por medio de satélite. Esta autorización o licencia en aplicación de los principios generales del Derecho de Autor y Derechos Conexos debe ser por escrito y generalmente incluir las disposiciones que se indicarán, utilizando, para el caso, el ejemplo de una obra audiovisual.

- a) Las partes. Es decir, el titular del derecho y el autorizado para emitir la obra.
- b) Título y tiempo de duración de la obra.
- c) Material anexo. Entre otros, autorización para obtener una copia del laboratorio, copia

- del guión, música utilizada con el nombre del compositor, autor y editor así como la duración de cada obra musical, material de publicidad, créditos.
- d) Descripción del territorio cubierto por la señal del satélite, especificando los países que incluye.
  - e) Usos otorgados. Según se pueda utilizar la obra en la difusión por televisión tradicional, de pago, codificada o no, en emisiones de punto a punto o de radiodifusión directa.
  - f) Tiempo de la licencia. Se puede estipular por un tiempo determinado, o por un número de transmisiones.
  - g) Garantía. El titular del derecho puede garantizar o no la exclusividad del derecho otorgado.
  - h) Interrupción por razones de publicidad. Generalmente se estipula en el contrato o en aplicación de normas legales, el número de minutos en que la transmisión de la obra puede ser suspendida para dar cabida a espacios publicitarios o comentarios de otra índole.
  - i) Prohibición de alterar la obra. El usuario no podrá adaptar o alterar la obra sin la autorización del titular del derecho.
  - j) Obligaciones del titular del derecho. Fecha en que debe entregar el material, garantía de ser el titular exclusivo de los derechos de autor sobre la obra objeto del contrato y de que los derechos otorgados no han sido autorizados a otra persona en las mismas condiciones, salvo lo indicado en el punto g).
  - k) Obligaciones del usuario. Devolver el material entregado por el titular del derecho que no haya sido consumido, suplir al titular del derecho de todas las informaciones necesarias en defensa de los mismos, transmitir la obra en un período determinado, cancelar a la Sociedad de Gestión Colectiva el derecho por la ejecución de obras musicales incluidas en la obra audiovisual, transmitir la parte de la obra referente a los créditos, avisar con anticipación al titular de los derechos de la proyección de la obra.
  - l) Obligaciones de notificarse recíprocamente. Las partes se obligan a mantenerse

recíprocamente informadas de cualquier acto, conducta o hecho que les pueda causar perjuicio y no podrá ceder o transferir los derechos sin previa autorización por escrito.

- m) Forma de pago.
- n) Causales de rescisión sea por incumplimiento de alguna de las obligaciones o del pago de los respectivos derechos. Reiteramos: una persona física o jurídica es la entidad que opera el sistema de transmisión de señales por satélite y otra es el organismo de radiodifusión, es decir, el que incorpora programas a esas señales.

### ***Dos experiencias en América Latina en la transmisión por satélite***

Ejemplo de lo indicado merecen ser comentadas dos experiencias en América Latina en la transmisión por medio de satélites.

a) **ALPHA LYRACOM** es la corporación para el mercadeo del satélite PAN AMERICAN. Puesto en el espacio en 1988 el satélite PAN AMERICAN, de propiedad privada, presta servicio de radiodifusión y comunicaciones para América Latina, Estados Unidos y Europa.

El PAS I ubicado en la órbita geoestacionaria a 45° de longitud oeste, comenzó a prestar servicio el 28 de junio de 1988, con una expectativa de vida de 13 años operando en las bandas de C-Band (4/6 G.H 3) y en la Bv-Band (11/14 g Hz), con 24 transpondedores.

En la C-Band transmite para América Latina y el Caribe y en la Ku-Band para Estados Unidos, Canadá y Europa hasta Viena. A fin de hacer el enlace en los territorios indicados las señales llegan provenientes de América Latina y Europa a la estación ubicada en la Florida (South Florida International Gateway) donde son transformadas, emitidas nuevamente al satélite para su posterior transmisión al territorio correspondiente. Su operación es pues para servicios nacionales, regionales o intercontinentales.

Mediante la utilización de "spot beams" posibilita emitir señales a un territorio muy determinado, así: el "North Beam" cubre

América Central, Colombia, Venezuela y el Caribe; el "Central Beam" cubre Ecuador, Perú, Bolivia y el "South Beam" se extiende a la Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay. El uso de transbordadores de alto poder permite que las antenas de estaciones terrenas sean de un tamaño de 2.8 metros.

En fin, la Corporación ALPHA LIRALON presta por intermedio del satélite PAN AMÉRICA servicios de señales aptas para la transmisión de datos, telex, video, fax, correo electrónico, radiodifusión y otras comunicaciones.

b) **TELEVISA.** Esta empresa mexicana, fundada en 1973, estableció hace dos años la programación denominada ECO que transmite las 24 horas del día.

Para transmitir las señales utiliza los satélites Panamsat y el satélite Morelos, en América Latina y México, el satélite Galaxy en Estados Unidos y el satélite Eutelsat, en Europa y el Norte de Africa.

En cuanto a las obras utilizadas en las diferentes programaciones Televisa ha celebrado convenios con los titulares de los respectivos derechos tanto a nivel nacional como internacional para cancelar los derechos de autor.

Televisa es entonces un Organismo de Radiodifusión que emite una programación variada en la cual están incorporadas obras protegidas. A su vez, sus emisiones en virtud de los denominados Derechos Conexos tienen una protección de carácter intelectual.

### **Regulación jurídica**

En la opinión mayoritaria en la radiodifusión directa por satélite la comunicación al público se da al integrarse las dos fases, la ascendente y la descendente, la de emisión y la de recepción. Es nuestro criterio que si bien es con la fase, descendente que se da la comunicación al público de un bien intelectual protegido, también la sola emisión, la sola utilización, en la fase ascendente exige la autorización del titular del derecho, no porque sea una comunicación al

público, derecho patrimonial específico, sino por el uso que se hace, por ejemplo de una obra audiovisual, derecho patrimonial genérico. Recordemos que en virtud de una cláusula general o de un principio del Derecho de Autor el bien jurídicamente protegido lo es en su totalidad, sobre él nace un derecho patrimonial general y por lo tanto cualquier uso, disfrute que de él se haga, sin la autorización del titular del derecho, es ilícito.

Una forma de utilización de obra, es una emisión en señales portadoras de programas de una estación terrena hacia un satélite de radiodifusión, que en virtud de una asimilación legal, como hacen las leyes españolas y francesas, es un acto de comunicación al público.

Debe mencionarse también el "Derecho de Inyección", es decir, el derecho del respectivo titular de autorizar o no el uso de la obra en una señal dirigida al satélite independientemente de que esa señal sea o no recibida por el público.

Pero, a falta de esa asimilación o calificación legal, no podemos estar en presencia de una utilización libre. La inyección de una señal portadora de un programa, aún en el caso de que no se comunique al público, es un acto que debe estar bajo la normatividad del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. No como una modalidad de comunicación al Público, pero sí como una aplicación del derecho general que todo titular tiene de disponer plenamente de un bien intelectual. El incorporar a una señal una obra, prestación, producción fonográfica, emisión, por ejemplo, es una forma de usarla, de utilizarla y ello no puede hacerse sin autorización del titular del derecho (salvo el caso de excepción de licencia) y merece la consiguiente remuneración.

Ahora bien, generalmente sucede que la emisión y recepción es un acto que se realiza en dos territorios diferentes. En virtud del principio de la territorialidad dos, como mínimo, serían las leyes a aplicar: la del territorio emisor y la del territorio receptor. A lo anterior habría que agregar que en esos territorios los titulares de derecho podrían ser la misma o diferentes personas o entidades.

Acogemos pues, cuando se está en presencia de ambas fases, ascendente y descen-



dente, en cuanto a la ley aplicable, la "teoría Bogsch" expuesta preliminarmente en la reunión del Grupo de Expertos sobre los aspectos del Derecho de Autor en la Radiodifusión Directa por Satélite, celebrada del 18 al 22 de marzo de 1985 en París. El Dr. Bogsch, en esa ocasión, refiriéndose al artículo 11 Bis del Convenio de Berna, expresó: "Cuando la comunicación pública por medio de radio se hace por medio de un satélite de radiodifusión directa, la comunicación tiene lugar en todos los países cubiertos por la huella del satélite". "En virtud del Convenio de Berna que estipula el tratamiento nacional, las leyes nacionales de cada uno de los países cubiertos por la huella del satélite es aplicable. Toda difusión por satélite de radiodifusión directa debe pues, cuando la huella del satélite cubre más de un país, respetar las leyes sobre el derecho de autor de cada uno de los países cubiertos, a falta de ello una comunicación pública en un país se encontrará regida por la ley nacional de otro país, lo que sería contrario al principio de trato nacional".

### **3. Distribución por cable**

#### *¿En qué consiste?*

Se ha afirmado que transmitir es hacer llegar señales a distancia. Señales que pueden ser portadoras de sonidos, de imágenes, de datos; cuando las señales se transmiten por intermedio de ondas electromagnéticas capaces de difundirlas, sin necesidad de un medio material conductor, sin guía artificial, estamos en presencia de la radio si lo que se transmite es únicamente sonidos, y de la televisión si lo que se transmite son imágenes y sonidos. Ambas formas radio y televisión se denominan Radiodifusión o Transmisión sin hilo.

Asimismo la transmisión de sonidos e imágenes, puede hacerse por intermedio de señales que son conducidas, transportadas, por un medio físico individualizado, un cable, por ejemplo. Esta técnica nos introduce en otra manifestación del Derecho Patrimonial Específico de la Transmisión: la Cable-distribución o Transmisión por Hilo.

En el artículo 45 de la Ley Francesa de 1957 reformada el 3 de julio de 1985 y hoy incorporado al Código de la Propiedad Intelectual, se distinguió entre la radiodifusión y la cable distribución, al disponer que: "La autorización de teledifundir una obra por vía hertziana no comprende la distribución por cable de esta teledifusión, salvo que se haga en forma simultánea e integral por el organismo beneficiario de esa autorización sin sobrepasar la extensión de la zona geográfica contractual prevista".

Se puede por lo tanto concluir que tanto la Radiodifusión como la Cable-Distribución, son formas de transmisión de señales, por hilo o sin hilo, como la denominada el Convenio de Berna, artículo 11 bis. Esas señales cuando llevan incorporadas sonidos o imágenes y sonidos, desde la óptica de los Derechos Intelectuales, constituyen una modalidad del Derecho de Comunicación al Público, específicamente denominado Derecho de Transmisión, dentro del cual se ubica la televisión en sus diferentes expresiones.

La televisión es la transmisión de señales portadoras de imágenes y sonidos o sólo de imágenes. Es una forma de telecomunicación, es decir, de comunicación a distancia.

Para el "Acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicación por Satélite", INTELSAT, el término "Telecomunicación" designa toda transmisión, emisión, o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonido o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioeléctricas, medios ópticos y otro sistema electromagnético (art. I, inciso j), en idéntico sentido el artículo 2 de la citada ley francesa de la Libertad de Comunicación, que nos precisa que se entiende por comunicación audiovisual "toda puesta a disposición del público o de categorías de público, por un procedimiento de telecomunicaciones, de signos, de señales, de escritos de imágenes, de sonidos o de mensajes de toda naturaleza que no tienen carácter de correspondencia privada".

Tradicionalmente la televisión utiliza la transmisión por intermedio de las ondas hertzianas que se difunden libremente, repito, sin guía artificial, en el espacio. La entidad o

empresa que produce esas señales y les incorpora programas se conoce como Organismo de Radiodifusión. En general, en las transmisiones por televisión terrestre la misma entidad que genera las señales es la que produce los programas; por el contrario, en las transmisiones de televisión por satélite –otro modo de televisión– una entidad es la que opera el sistema de generación de señales por intermedio de una estación emisora terrestre, al satélite o satélites y la estación receptora terrena y otra, la titular de las emisiones.

### **Medio conductor**

La Televisión por Cable es la distribución de señales electrónicas, portadoras de imágenes o de sonidos o de imágenes y sonidos, con el fin de ser recibidas por el público, por intermedio de hilo, cable o fibra o cualquier dispositivo conductor.

Una característica técnica que distingue la televisión por cable de la televisión tradicional o hertziana, es el medio conductor de las señales, el cable, el hilo, la fibra óptica, que permiten la distribución de múltiples señales simultáneamente, tanto provenientes de emisiones hertzianas, de frecuencia media, alta frecuencia o de transmisiones por vía satélite, posibilidad que conforme avanza la tecnología se vuelve infinitamente mayor.

Los medios conductores más utilizados han sido:

- El cable coaxial que permite transmitir la información sonora o visual por intermedio de señales de frecuencia radioeléctrica con una capacidad aproximada entre 10 a 70 canales. Amplificadores distribuidos regularmente en la red permiten fortalecer la señal debilitada en su recorrido.
- El cable bifilar, más delgado que el coaxial, poco práctico por cuanto solo se puede utilizar en distancias muy cortas.
- La fibra óptica de sílice tan transparente como el plástico o el vidrio que permite el

transporte de señales por intermedio de rayos de luz capaces de incorporar sonidos, imágenes, datos, informaciones. La fibra óptica da esta enorme capacidad de traslado de señales portadoras de información, permite el acceso a la comunicación en ambos sentidos, es decir, no sólo se puede recibir información en forma pasiva, sino también se puede remitirla o solicitarla; posibilitando otra nueva forma de la telecomunicación de imágenes: la televisión interactiva.

La fibra óptica, en síntesis, por su peso, por permitir el transporte de señales a larga distancia por medio de energía lumínica (fotones), aunque de un costo superior no sólo por la fibra en sí, sino también por el equipo adicional, constituye el material de transporte más apropiado en el estado actual de la técnica. Basta un ejemplo: un solo hilo de fibra óptica puede transmitir dieciséis mil comunicaciones telefónicas simultáneas.

Transmitir por un medio conductor una obra, una prestación artística, una producción fonográfica, una emisión, es utilizar esa obra, prestación, producción, emisión. Es hacer uso de un bien, que si no es propio, es ajeno y, por lo tanto, es necesaria la autorización del respectivo titular del derecho y cumplir con la remuneración que corresponda.

### **La programación**

En la televisión por cable, igual que en la televisión tradicional, el Distribuidor difunde programas propios o que provienen de otros organismos.

La programación es propia no sólo en el sentido que sean producciones generadas por el mismo operador mediante la conjunción de recursos técnicos, creativos y artísticos sino también cuando ha sido producida por otra entidad pero la decisión de distribuirla, ordenamiento del tiempo de difusión, patrones de emisión, es individual, propia del distribuidor, aunque el contenido del programa ya haya sido radiodifundido.

Si el Distribuidor lo que hace es simplemente retransmitir simultáneamente e inalterada las emisiones de otros, la programación no es propia y lo que se hace es retransmitir. Es muy usual que las transmisiones por satélite sean retransmitidas por las entidades de televisión por cable en forma simultánea e integral.

En ambos casos, tanto en la distribución de programas propios como en la retransmisión de programas ajenos o radiodifundidos, surge el tema de los derechos intelectuales.

En la primera situación, **programas producidos por el propio organismo cable-distribuidor**, son múltiples las relaciones que pueden presentarse. Veamos un ejemplo: un programa de variedades. Un programa de este tipo puede comprender varios segmentos integrados: una parte musical, una dramática, la difusión de una interpretación de un artista en vivo en un espectáculo fuera del Canal. En forma tal que se hace uso de una obra musical en la cual hay derechos tanto del compositor de la música como del autor de la letra, si la tiene; si la obra no es ejecutada en directo sino que ha sido grabada en un fonograma, convergen derechos, además de los autorales, de los intérpretes y ejecutantes y del productor fonográfico que hizo la fijación. El otro segmento: el de la obra dramática; aquí confluyen los derechos de autor de esa obra escrita, de los actores e intérpretes. Tercer segmento: la transmisión de una interpretación en vivo de un ballet en un espectáculo que no es la emisión; estamos en presencia de los derechos del compositor de la música, del coreógrafo y del intérprete que la ejecuta mediante movimientos corporales. Entonces, quien se proponga distribuir por televisión por cable una emisión de variedades, producidas bajo su responsabilidad que incorpora esos segmentos, debe, ante todo, proveerse de las autorizaciones de los titulares de los derechos intelectuales respectivos. Cuando se produce una emisión propia según los términos explicados, esta producción genera a su vez derechos intelectuales.

En la segunda situación, la **retransmisión de programas radiodifundidos**, que no son propios, ya sea en forma simultánea o no, el

cable-distribuidor debe tener la autorización del titular de los derechos sobre el programa en su totalidad y del titular de derechos intelectuales sobre cada uno de los bienes inmateriales incorporados en el programa ya que ambas explotaciones son independientes, actos de disfrute claramente separados.

Todo lo dicho configura una red de relaciones contractuales entre las diferentes partes que intervienen en esa nueva modalidad de la transmisión al público, nacida del derecho intelectual de la Comunicación al Público. La cable-distribución es pues, una modalidad de la comunicación al público.

Así, expresamente, lo señala el artículo 20 inciso de la Ley de Propiedad Intelectual de España de 1987: "La transmisión de cualquier obra al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono", es comunicación pública.

Precisamente, el artículo 20 inciso e), aparte 2 de la Ley de República Dominicana de 1986, nos precisa el mismo sentido de que corresponde a los autores el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público por cualquier procedimiento y en especial: "Por la radiodifusión sonora o audiovisual, inclusive la transmisión por cable o satélite".

### ***Distribución pública***

Una impronta jurídica de la Televisión por Cable que se deriva precisamente de su naturaleza, de la interconexión al sistema por un cable, es la limitación del acceso al servicio sólo a quienes están incorporados a la red de distribución.

Esta característica es la que condiciona, en el ordenamiento jurídico español, como necesaria para que una determinada utilización se considere formando parte de un uso cuyo destino es la comunicación al público: si se forma parte de una red interconectada, se trasciende el ámbito doméstico. El artículo 20, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Intelectual de España reza: "No se considera pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico

que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

Los sistemas de distribución por cable lo que hacen, fundamentalmente, es comunicar al público obras, prestaciones artísticas, producciones fonográficas, emisiones de radiodifusión. Servicio que se presta mediante el pago de una suscripción o abono, pero también puede darse para el disfrute colectivo de un conjunto de personas sin que medie un lucro directo de una entidad distribuidora. En todo caso, estamos en presencia de una explotación de un bien jurídico intelectual, a título lucrativo o gratuito. Ejemplo de lo segundo, es el disfrute de esos bienes formalmente no se presenta como un servicio remunerado aparentando ser sin fines de lucro, bajo el ropaje de asociación, cooperativa, club. En tal estado, materialmente se está ante una utilización no privada por cuanto un conjunto amplio de personas disfruta del servicio que sobrepasa el ámbito familiar, el círculo doméstico. En tal sentido la importancia de la reiteración legislativa al concepto doctrinario, el inciso d) del artículo 20 de la Ley española citado.

Por otra parte, debe notarse que si la cable-distribución de un programa radiodifundido no es simultánea, es diferida, esa utilización posterior implica una grabación del programa original y por lo tanto una reproducción de la emisión que proviene de otro organismo de radiodifusión. Desde el punto de vista técnico, al generar nuevas señales aunque portadoras de un mismo contenido, se está en presencia de una nueva emisión. También en la Distribución por Cable, igual que en la transmisión por satélite, se pueden diferenciar dos aspectos: la exclusivamente técnica, general de transportar señales y la de distribución de programas por intermedio de esas señales. El primero, el transporte; el segundo, la distribución.

En cuanto a la naturaleza del contenido de la programación los sistemas de cable distribución pueden catalogarse así:

- a) Generales,
- b) Temáticas,
- c) Locales, comunales y de servicios, según los diferentes grados de especialización.

### **Su regulación jurídica**

De acuerdo con las orientaciones de los "Principios Anotados de Protección de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en relación con la distribución de programas por cable", proyecto elaborado por la Oficina Internacional del Trabajo, la UNESCO y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y conocido por reuniones de expertos, y los subcomités de los comités gubernamentales, debe reconocerse a los autores el derecho de autorizar tanto la distribución por cable de una obra radiodifundida o como su uso en un programa propio del organismo de distribución.

Similar derecho se recomendó, en los principios anotados conocidos por el Subcomité integrado por expertos gubernamentales en 1983, referentes a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en las diferentes variantes propuestas. Son cuatro pues, las categorías de sus beneficiarios, reconociéndose a ese efecto la relación contractual como fuente legitimadora y a las sociedades de gestión colectiva con capacidad jurídica para representar los diferentes titulares de derechos intelectuales.

Se especificó, asimismo, en estos "Principios", que toda forma de remuneración debe ser distribuida entre los titulares de derecho según haya sido el uso efectivo de los bienes protegidos.

En ocasión del II Congreso sobre Derechos Intelectuales, celebrando en 1987 en Bogotá, expresamos, a propósito de esta situación específica y de la Televisión por Cable, lo siguiente:

"Hay quienes han pretendido que la utilización de obra, protegida por el Derecho de Autor y el Derecho Concexo, es libre por cuanto la distribución por cable no es radiodifusión, ya que elemento radiodifusor es el aprovechamiento de la onda radioeléctrica sin ningún tipo de guía, como lo es el cable; tampoco es una nueva comunicación al público; las estaciones

receptoras lo único que hacen es amplificar la onda radioeléctrica que ya está en el aire. Se argumenta que la distribución por cable únicamente tiene como función prestar un mejor servicio en aquellas zonas en las cuales no es posible captar las señales eléctricas total o parcialmente y se acude al argumento de las zonas de sombra o la zona de servicio o de recepción directa, reforzándose con el criterio de que se trata del mismo público.

“La realidad es que sí hay una nueva utilización de la obra por parte del cable distribuidor. Hay una nueva comunicación al público. La Convención Interamericana que ampara los Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, de 1946, previniendo esas nuevas formas de utilización, en su artículo II, reconoce que el derecho de autor comprende la facultad exclusiva de usar y autorizar el uso de la obra en todo o en parte, agregando que: “la utilización de la obra podrá hacerse, según su naturaleza por cualquiera de los medios siguientes o que en lo sucesivo se conozcan.

“El Convenio de Berna en el artículo 11 bis, párrafo primero, inciso segundo, establece que “toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esa comunicación se haga por distinto organismo que el de origen”, corresponde dar la autorización al titular del derecho. Así la distribución por cable es una modalidad de comunicación al público y por lo tanto, el titular del derecho es el único que puede autorizar la utilización de la obra y exigir por esa utilización una remuneración y el respeto a sus derechos morales.

“Recordemos que un principio del Derecho de Autor es la utilización independiente de las obras; no se puede por interpretación ampliarse la disposición de la voluntad de las partes o la de carácter legal. La autorización lo es única y exclusivamente para la forma de utilización indicada. Diferente es la radiodifusión a la distribución por cable, a la reproducción, por ejemplo; si son utilidades diferentes las obligaciones de remuneración, tiene causas también diferentes; no se puede pretender que con un mismo pago se adquiriera el derecho de distribuir por cable una obra radiodifundida.

“El argumento de las zonas de recepción directa, zonas de sombra o del mismo público, es vago e impreciso.

Con fundamento en el artículo 11 bis, párrafo primero, inciso 2 del Convenio de Berna en cuanto al derecho que el autor tiene de autorizar la comunicación de la obra al público “cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen”, habiendo sido autorizada por el titular del derecho de radiodifusión la difusión simultánea, en forma inalterada por red de cable por el mismo organismo, no se considera una nueva utilización. La redacción actual de este artículo, después del acta de Bruselas, es una solución de compromiso a la tesis expuesta por la Delegación de Mónaco y de Holanda por una parte y la Delegación de Francia y España por otra.

“Para la Delegación de Mónaco, no podría aceptarse que se otorgue un nuevo derecho de explotación a cada proceso técnico si una nueva emisión captaba una nueva audiencia mediante instrumento técnico de la estación original de la radiodifusión. En síntesis no podría darse una nueva comunicación al público, que generaría la necesidad de una nueva autorización del autor. En cambio para Francia si hay nueva comunicación, ya que la audiencia habrá sido ampliada, propuesta esta que fue apoyada por España.

“Sea, que el organismo de radiodifusión original que ha sido autorizado por el titular del derecho para la radiodifusión de su obra, no tiene impedimento jurídico para utilizar nueva facilidad técnica que le permita ampliar su auditorio u ofrecerle al mismo la alternativa de una mejor calidad técnica.

“No obstante que la redacción del artículo 11 bis es clara, no comparto la resolución de compromiso de la Conferencia de Bruselas de 1948. Si es el mismo organismo quien amplía sus servicios por el procedimiento de nueva técnica, la televisión por cable, y si el acceso a ésta es remunerado, ¿por qué el titular del derecho no debe autorizar ésa aunque la distribución del programa sea simultáneo y por el mismo organismo?

## II PARTE. EL DERECHO DE RADIODIFUSIÓN EN EL CONVENIO DE BERNA

### A) INTRODUCCIÓN

El artículo 11 bis del Convenio de Berna consagra el referente al Derecho de Radiodifusión. Este derecho fue incorporado en la Revisión de 1928 (Roma) y desarrollado en la de 1948 (Bruselas)

El párrafo 1 del artículo estipula el derecho, párrafos 2 y 3 se refiere a las licencias y a las grabaciones efímeras.

### B) ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN CONVENCIONAL

#### 1) Modalidades del derecho

##### A) *La radiodifusión propiamente dicha*

Establece el Convenio que los autores de obras literarias y artísticas, gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

“1. La radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes”.

De los tres derechos exclusivos este primero concierne a la utilización primaria de las obras por medio de la radiodifusión. Es decir, al uso de una obra directamente en la radio o la televisión sin que haya un uso anterior, un nexo causal entre esa utilización y una inmediata anterior, situación que sí se presenta en los otros derechos exclusivos que posteriormente se analizarán.

Debe destacarse, que este aparte se refiere, como debe ser, única y exclusivamente, a la radiodifusión o comunicación pública por cualquier medio inalámbrico, sin hilo. Enfatizando que la radiodifusión comprende la radio y la televisión al establecer que la difusión podrá ser

de sonidos o de imágenes, es decir, sonora o visual.

##### B) *La comunicación pública, por hilo o sin hilo de obra radiodifundida. (Secundaria)*

El aparte 2) del párrafo 1, en comentario conduce al segundo derecho:

“2. Toda comunicación pública por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen”.

Ahora se trata de cualquier modalidad de comunicación pública, aún la que se hace por hilo o cable. Sin embargo, esa comunicación se refiere a una obra radiodifundida, de ahí que lo correcto es establecer este derecho como una modalidad del derecho de Radiodifusión por cuanto este uso deriva del ejercicio del derecho de radiodifusión.

La otra situación que nos presenta esta parte es que tal utilización debe ser hecha por un organismo distinto que el de origen. Al contrario, si quien utiliza la obra radiodifundida para una comunicación pública por cualquier medio, aún por hilo, en el mismo organismo de origen, sea el que fue autorizado para radiodifundirla, desaparece el derecho exclusivo.

No comparto esta disposición como ya se indicó anteriormente. Si el mismo organismo de origen utiliza la obra en una modalidad diferente aunque haya sido autorizado para radiodifundirla, está haciendo un nuevo uso que lógicamente debe ser autorizado o, por lo menos, remunerado. Aún si se hace por razones meramente técnicas que permitan un mejor servicio o cobertura a una misma área, todo ello redundaría lucrativamente a favor del organismo de origen.

**C) La comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo. (Secundaria)**

Finalmente, este tercer derecho exclusivo de extensión de la radiodifusión reza en el texto convencional, así:

"3. La comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisión de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida".

Igual que en el anterior derecho la comunicación pública lo es de una obra radiodifundida, es decir, utilizada en una emisión de radio o televisión.

Obsérvese que la norma hace mención del altavoz, es decir de una comunicación sonora pero agregando a cualquier otro instrumento análogo, transmisión de sonidos o de imágenes, lo que cubriría, por ejemplo, una pantalla de televisión.

## **2. Licencias**

El Convenio remite a las legislaciones nacionales determinar las condiciones para el ejercicio de esos derechos exclusivos señalados, las cuales no podrán ir en contra del derecho moral del autor, y a recibir una remunera-

ción que a falta de acuerdo entre las partes debe ser fijada por una autoridad judicial o administrativa.

En síntesis, cada país en su territorio podrá aplicar un sistema de licencias referente a estos tres derechos exclusivos, respetando el derecho moral del autor y la justa remuneración que le corresponde al nacional acoja un sistema de grabaciones efímeras en irrespetando determinadas condiciones.

## **3. Grabaciones Efímeras**

Para utilizar una obra en la radiodifusión es necesario fijarla previamente por razones de horario, de programación, de personal, por ejemplo. Salvo disposición contractual en contrario, la autorización de uso de una obra en la radiodifusión no lo es para fijarla, de ahí surge el concepto de grabación efímera. Efímero es lo transitorio, temporal, fugaz; grabación efímera es la realizada con el único fin de utilizarla, por las razones indicadas, únicamente en la emisión autorizada. Por ello, una vez que se lleva a cabo la emisión, debe ser destruida.

El Convenio faculta al legislador nacional autorizar estas fijaciones efímeras siempre y cuando el organismo de radiodifusión las realice por sus propios medios y para sus emisiones y solo podrá archivarlas en casos de excepcional carácter.

## **III PARTE. DERECHO RADIODIFUSIÓN EN EL EVENTUAL PROTOCOLO AL CONVENIO DE BERNA**

Por mandato de los órganos rectores la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual convocó a un Comité de Expertos Gubernamentales para estudiar la conveniencia de preparar un Protocolo al Convenio de Berna.

En el Memorándum preparado por la OMPI para la primera Sesión del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo relativo al convenio de Berna, al reiterar que la radiodifusión directa por satélite está comprendida en el artículo 11

bis, párrafo primero del Convenio, plantea la cuestión de cuál es el acto que se considera como radiodifusión: sólo la emisión de señales al satélite?, ambas etapas, es decir, la ascendente y la descendente; destacándose en el Documento que hay consenso en el sentido de que para que haya comunicación al público, éste tiene que estar en la posibilidad de recibir la emisión, por lo que no bastaría la señal ascendente.

Asimismo, con fundamento en el artículo 5, párrafo 2 del Convenio de Berna, se sugiere que las leyes aplicables son tanto las del país de emisión como las del país en que se realiza el acto de comunicación al público.

De ahí que se propone:

- a) Precisar que el artículo 11 bis del Convenio de Berna se aplica también cuando la radiodifusión lo es por satélite;
- b) Cuando las señales se emiten en un país y se reciben en otro, se debe aplicar la ley del país de emisión y además, la de los países cubiertos por la huella si en el lugar de emisión, el derecho de radiodifusión no está

protegido o lo está pero sujeto a la licencia no voluntaria y/o cuando el derecho de radiodifusión corresponda a personas distintas tanto en el país de emisión como en el de recepción.

Respecto a la licencia se propone que se eliminen las licencias que el párrafo 2 del artículo 11 bis, supra comentado. Eliminación que se sugiere sea hecha estableciendo en el eventual Protocolo que los países que no la hayan incorporado no lo hagan y aquellos que si la han aceptado las eliminen paulatinamente.

Este documento de trabajo ha sido estudiado en tres sesiones y la cuarta se realizará en el próximo mes de junio.

\*\*\*



*Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"*



## LA REVISTA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA

**Dr. VÍCTOR PÉREZ VARGAS**

(Ponencia presentada en el Seminario "Unificazione del diritto e diritto dell'integrazione in America Latina, Strumenti. Temi. Comparazione con l'esperienza europea". Università degli studi di Roma "Tor Vergata". Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani. Roma, 4 a 6 de diciembre de 1996).

Estimados amigos:

### INTRODUCCIÓN

Agradezco a los organizadores, en primer lugar, por la posibilidad que se me han dado de participar en este encuentro, que no es un hecho aislado, sino una grada más de todo un esfuerzo sostenido durante varias décadas, especialmente por dos personas, Pierangelo Catalano y Sandro Schipani, quienes, con el apoyo del Consiglio Nazionale delle Dicerche, della Associazione di Studi Latinoamericani (ASSLA), del Istituto Giuridico dell'Università di Sassari y del Centro di Studi Latinoamericani dell'Università di Roma "Tor Vergata", han abierto en América Latina una nueva manera de considerar el Derecho, anclada sobre los valores fundamentales de la persona humana y sobre la conciencia de la unidad formal y sustancial de nuestro sistema, evidenciada, desde tiempo atrás, en particular por los trabajos de Andrés Belo en Chile, Teixeira de Freitas en Brasil, Vélez Sarsfield en Argentina y Carlos Fernández Sessarego en Perú, todos ellos con profundos conocimientos romanistas.

Gracias a Catalano y a Schipani, en especial, ha sido posible este continuado esfuerzo

hacia la unidad, que sin duda comienza a tener reflejos a nivel comparatístico y comunitario. Ellos tendrán siempre un puesto de honor en América Latina y hacia ellos tenemos todos una deuda impagable; proyectos de legislación uniforme (tales como Códigos Tipo en materia procesal y de "Personas") en diversos campos, preocupación jurídica por la deuda externa latinoamericana, profundización del principio "favor debitoris", afirmación de la dignidad esencial de la persona humana, conciencia de una común cultura jurídica y de su continuidad y de lo que Fernández Sessarego ha llamado "la vertebral unidad del sistema jurídico Latinoamericano y su fisionomía unitaria" que desembocan en una unidad terminológica y axiológica; todo ello ha contribuido al redescubrimiento de nuestras propias raíces, a pesar de la penetración del pragmatismo, el consumismo y el monetarismo de origen anglosajón, que continuamente han tratado de abrirse paso en América Latina; estos han sido sólo algunos de sus aportes por medio de encuentros de los protagonistas de las mismas mutaciones y por

medio de muchas publicaciones y otros medios de cosecha de esfuerzos para la continuación de una tradición dinámica mediante la constante reconstrucción del sistema de que hablaba Paresce.

Es una gran satisfacción encontrarme de nuevo en Italia, cuna de nuestras raíces jurídicas, esta vez para compartir con Ustedes algu-

nas palabras sobre la Revista Judicial de la Corte Suprema de Costa Rica, la cual es para mí como una hija pues ha estado bajo mi dirección durante veinte años, desde su fundación, los que se están cumpliendo en estos momentos. De modo que en alguna forma es para mí una fiesta de cumpleaños.

## DIVERSAS REVISTAS JURÍDICAS EN COSTA RICA

Hubiera querido hacer una presentación del panorama de las revistas jurídicas en América Central y no ocuparme solamente de mi país. Lo intenté; pero encontré alrededor de 180 revistas jurídicas en esta región, lo cual imposibilitó ofrecer, por ahora, un panorama más amplio. Por tal motivo me limitaré a relatar la experiencia costarricense.

Además de la Revista Judicial, en Costa Rica, existen importantes publicaciones jurídicas periódicas, entre las cuales merecen citarse especialmente las siguientes:

La Revista de Ciencias Jurídicas es el resultado de un Convenio de colaboración entre el Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Está dedicada a doctrina en diversos ámbitos del Derecho. En ella se encuentran colaboraciones preferentemente de profesores de Derecho. Es la más antigua del país, habiendo ya llegado a su número 81. Su director es el Dr. Jorge Enrique Romero y la sede se encuentra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (San José, Costa Rica).

La Revista IVSTITIA, de una empresa privada, contiene doctrina, jurisprudencias y reseñas legislativas. Aparece mensualmente y es una publicación muy ágil. En ella hay gran participación de abogados litigantes. La dirige el Dr. Carlos Manavella (su sede es: ap. 1007. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica).

La Revista HERMENEÚTICA (Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas), un

valioso esfuerzo de la Asociación de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Esta revista es dirigida por estudiantes y contiene colaboraciones de estudiantes, aunque también participan profesores. Sus directores son Irena Barrantes Mora y Mariana Brenes León (su sede está en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica).

## OTRAS REVISTAS ESPECIALIZADAS

La Revista de Ciencias Penales.

La Revista Debate Laboral. Revista americana e italiana de Derecho del Trabajo con patrocinio del ministro italiano de Relaciones Exteriores. (Editor ISCOS-CISL Via Buoncompagni, 19 Roma 00187. Bajo la dirección de Gianni Arrigo, Gino Giugni, Rosario Guido Nicosia, Tiziano Trevi y Bernardo Van der Laet)

La Revista de la Procuraduría General de la República.

La Revista de la Contraloría General de la República, estas dos últimas están dedicadas preferentemente al Derecho Administrativo, pero por la fuerza incursionan en los diversos campos del Ordenamiento.

Me corresponde especialmente presentar a ustedes la Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia y a esto dedicaré mi exposición.

**ORÍGENES**

La revista fue fundada a fines de 1976. Más de veinte años para una revista jurídica en un país latinoamericano no es un hecho frecuente, porque las dificultades económicas son diferentes a las de cualquier país desarrollado.

En aquella fecha solicité audiencia con el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Lic. Ulises Odio Santos, auténtico padre de esta publicación para conversar sobre la posible transformación del antiguo Boletín informativo (edición mimeografiada de pocas hojas) en una verdadera revista jurídica que constituyese un verdadero medio de comunicación para jueces y abogados. En esa ocasión se habló de lo que podría ser la revista, de sus diferentes secciones, de su periodicidad, de su formato y de otros detalles y se elaboró un documento para ser presentado ante la Corte Plena.

La idea fue aprobada por la Corte Suprema en pleno y el primer número vio la luz en setiembre de 1976.

La Revista Judicial recibió, desde sus inicios, todo el apoyo de la Corte Suprema de Justicia al punto que se emitieron disposiciones para otorgarle prioridad sobre cualquier otra publicación del Poder Judicial.

Desde entonces la publicación se ha mantenido en forma prácticamente ininterrumpida, llegando en estos momentos al número 61 y encontrándose en prensa otros 3.

**ORGANIZACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y DISTRIBUCIÓN**

La Revista ha sido confiada enteramente a su Director. No tiene un Consejo Editorial y no lo han tenido en sus veinte años de vida. Sin embargo, algunas decisiones que requieren particular contenido presupuestario deben tomarse en la Comisión de Publicaciones del Poder Judicial.

Se publica en la propia Corte Suprema de Justicia, la cual tiene equipo de gran calidad en su imprenta. Ahí se cumplen las diversas etapas materiales, como levantado de texto, artes, fotomecánica, impresión y encuadernación.

Su tiraje actual es de 1500 ejemplares por edición, pero se piensa aumentarlo debido a que las últimas ediciones se han agotado completamente, en parte debido a que se vende a precio de costo, sin lucro alguno.

La distribución se realiza por medio de la Biblioteca Judicial.

**OBJETIVOS**

La Revista Judicial es, en buena medida, una revista académica, dado que la mayor parte de los cientos de artículos en ella contenidos son de profesores de Derecho. También participan frecuentemente funcionarios judiciales con aportes de interés.

El mercado al cual está dirigida está constituido preferentemente por Jueces, Abogados y Estudiantes de Derecho.

Sin duda, para los jueces, es el medio necesario para conocer la jurisprudencia y para el fundamento de sus decisiones.

Para los abogados es instrumento imprescindible en el ejercicio profesional. Ya hay algunas empresas privadas que han automatizado la información aparecida y la ponen a disposición de los diversos Bufetes.

Para los estudiantes de Derecho de las diversas Facultades del país es material de obligada consulta en la elaboración de tesis, tesis, artículos y otras investigaciones.

Además la Revista ha sido un foro abierto para la discusión de problemas nacionales, lo mismo que para el análisis de proyectos de ley y para la crítica de las mismas decisiones judiciales, especialmente en su sección "Jurisprudencia Contradictoria".

**CONTENIDO**

La Revista contiene diversas secciones: Doctrina, Jurisprudencia, Ciencia al servicio de la Justicia, Reseñas bibliográficas y legislativas.

Cada diez números se ha venido publicado un índice acumulativo por materias y por autores.

**Veamos separadamente el relieve de sus principales contenidos:**

## **LA DOCTRINA**

La Sección de Doctrina es de contenido variado (no especializado), debido al carácter mismo de la revista. Se ha tratado de artículos monográficos con amplia información sobre temas específicos.

Es constatable el hecho de que la Doctrina (tanto nacional como extranjera) de la Revista ha servido como importante **fuentes material de Derecho**, en la inspiración de nuevas leyes y como fundamento de decisiones judiciales.

Con fines meramente ilustrativos mostramos a continuación la lista de materias y el número de artículos que se han publicado hasta la fecha:

Criminología	25
D. Administrativo	22
D. Comercial	39
D. Comparado	26
D. Comparado	5
D. Constitucional	24
D. Aeronáutico	5
D. de Familia	28
D. de Menores	12
D. de la Salud	2
D. de Seguros	2
D. de Telecomunicaciones	1
D. del Ambiente	15
D. del Mar	2
D. Económico	10
D. Electoral	1
D. Espacial	2
D. Internacional	25
D. Laboral	23
D. Municipal	2
D. Penal	37
D. Privado Contratos	13
D. Privado. Derechos Reales	10
D. Privado general	8
D. Privado. Negocio Jurídico	12
D. Privado. Obligaciones	20
D. Privado. Sucesiones	4
D. Procesal Administrativo	3

D. Procesal Agrario	9
D. Procesal Civil	22
D. Procesal de Familia	1
D. Procesal general	10
D. Procesal Laboral	1
D. Procesal Penal	54
D. Público general	1
D. Registral	1
D. Romano	3
D. Tributario	4
D. Urbanístico	5
Derechos Humanos	15
Ética profesional	1
Filosofía del Derecho	9
Historia del Derecho	16
Informática Jurídica	6
Medicina legal	27
Psicología Forense	4
Seguridad Social	1
Sociología del Derecho	8
Teoría General del Derecho	5
Varios (reseñas, notas, etc.)	100

Las colaboraciones extranjeras, en especial latinoamericanas han estado siempre presentes en las páginas de la Revista. En ella podemos encontrar trabajos de juristas radicados en diversos países de América Latina, España e Italia, en especial, tales como el propio Sandro Schipani, y de otros como Massimo Severo Giannini, Antonio Carrozza, Rodolfo De Stefano, Mauro Capelleti y Alessandro Baratta de Italia; Eduardo García de Enterría, Alfonso Luciano Parejo, Antonio Agúndez y Aniceto Alcalá-Zamora de España; Allan Brewer-Carías, Rafael Caldera, Román Duque Corredor y Antonio De Jesús, de Venezuela; Carlos Fernández Sessarego y Carlos Cárdenas Quirós, de Perú; Antonio Gelsi Bidart, Enrique Pedro Haba, y Ubaldino Calvento, de Uruguay; León Cortíñaz Peláez de México; Aida Kemelmajer de Carlucci, de Argentina; Rodolfo Antonio Parker, de El Salvador; Pedro Silva, de Puerto Rico, a la par de contribuciones también de alemanes y norteamericanos, aunque en menor medida.

De este modo, la revista ha sido también un medio de comunicación a nivel continental, contribuyendo indirectamente a la unidad y homogeneización del sistema, entendido como

conjunto dinámico de valores y formas y también de actitudes sobre la naturaleza del Derecho y de su función en la vida. Por ejemplo, algunas colaboraciones del maestro peruano Carlos Fernández Sessarego aparecen reiteradamente citadas en tesis de grado y libros costarricenses. Las ideas del jurista uruguayo Ubaldino Calvento han dado base a cambios en la legislación en materia de adopción y así podríamos continuar citando ejemplos de la forma en que la revista se ha constituido en un importante vaso comunicante de la cultura jurídica latinoamericana. Ha sido, igualmente, cauce del pensamiento italiano; el pensamiento de Antonio Carrozza ha contribuido definitivamente en la transformación del Derecho Agrario costarricense, lo mismo que el de Giannomo en el Derecho Público, gracias a la labor de sus discípulos Rodrigo Barahona, Ricardo Zeledón, Eduardo Ortiz y Rubén Hernández.

A esta comunicación contribuye el canje establecido con diversas instituciones y con diversos juristas en particular.

## **PAPEL DE SU CONTENIDO, A NIVEL NACIONAL**

### **En relación con nueva legislación**

Es interesante observar como la promulgación de nuevas leyes ha acarreado como consecuencia una especie de moda sobre materias específicas.

En los primeros años de vida de la revista acababan de aparecer el Código de Familia y el Código de Procedimientos Penales. Los primeros números tienen amplio materia sobre estos campos.

Posteriormente hubo nueva legislación agraria, la cual, igualmente generó amplios debates en las páginas de la revista.

En años más recientes el Derecho Público es otra muestra de como las páginas de la doctrina comentaron nuevas disposiciones, en particular la Ley General de la Administración Pública y la nueva Ley de Jurisdicción Constitucional.

Otro campo del Derecho que ha tenido muchos cultores es el relativo al Comercio Internacional, lo que se ha dado en llamar "la nueva Lex Mercatoria".

Últimamente se nota una preocupación creciente por temas ambientales, lo mismo que por temas relacionados con la protección del consumidor.

De este modo, la revista, además de ser faro orientador, ha sido eco de las mutaciones del Ordenamiento Jurídico.

### **Como semilla de posterior regulación**

Muchas de las ideas originalmente expuestas en la Revista Judicial, en artículos científicos han sido prolífica semilla que se ha proyectado en diversas formas:

#### **En la creación de nuevas leyes:**

También la autoridad de la doctrina de la revista ha inspirado en muchos casos la promulgación de nuevas leyes.

Podríamos citar muchos ejemplos:

- a. Regulaciones sobre el matrimonio de hecho. Muchas ideas expuestas sobre este tema fueron acogidas en la llamada "Ley de igualdad real".
- b. Nuevas disposiciones sobre el contrato de tarjeta de crédito.
- c. Notificaciones a personas jurídicas. Con base en la doctrina de la revista se modificó el Código de Procedimientos Civiles.

#### **En transformaciones de la jurisprudencia...**

El impacto de la doctrina de la Revista Judicial, a nivel jurisdiccional, ha sido notable.

Es muy frecuente que las sentencias de los jueces costarricenses contengan citas de párrafos de artículos que han sido publicados en la propia Revista Judicial.

Los ejemplos son abundantes:

- a. Aplicaciones de la doctrina de la relevancia jurídica de la especie fáctica parcial.
- b. Distinciones entre prescripción y caducidad.
- c. Preferencia del poseedor actual en caso de títulos repetidos sobre inmuebles.
- d. Doctrina del negocio jurídico:  
Distinciones entre nulidad, rescisión, resolución, ineficacia.  
Doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente.
- e. Elementos de la responsabilidad extracontractual.
- f. Tarjetas de crédito y su distinción con la cuenta corriente mercantil.
- g. Notificaciones a personas jurídicas.

### **La Jurisprudencia**

Como ya se adelantó la revista publica los extractos de los fallos de los Tribunales Superiores y de Casación; es muy posible que esta sea la razón principal de su supervivencia ya que, como dije, es instrumento esencial para el ejercicio profesional en cualquier de sus formas, lo mismo que para cualquier investigación.

### **Perspectivas**

También la tecnología ha llegado a la revista. En un principio el texto se levantaba en las famosas máquinas de bolita de IBM; en estos momentos los textos se levantan con los más modernos equipos de computación y toda la

información se almacena electrónicamente y está al servicio de los usuarios mediante una oficina recientemente creada que se llama "Centro Electrónico de Información Jurisprudencial", dependiente de la Corte. Además, se encuentra en curso un proyecto para poner a disposición de nuestros "consumidores" también una versión en diskette de cada número.

### **Conclusión**

Con consciencia del rol de la doctrina en el subsistema Latinoamericano de la tradición romana, desde su inicio, la revista ha mantenido una sección especial dirigida a este propósito, dándose amplia participación en sus páginas a juristas extranjeros, en especial pertenecientes al sistema romano de Derecho Comparado, siendo de este modo un instrumento al servicio de la comunicación entre las ramas de un mismo tronco.

A lo largo de veinte años es posible observar claramente que muchas de las ideas expresadas originalmente en artículos científicos son ahora leyes de la República y que muchas propuestas ahí contenidas constituyen ahora Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia.

Es constatable una vez más el papel de los juristas en nuestro sistema. La Revista Judicial espera continuar con esta línea, por lo menos mientras yo siga siendo su director.

Muchas gracias.