

LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO: DIEZ APORTES PARA EL ANTEPROYECTO DE UN NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL PARA COSTA RICA¹

Dr. Luis Mariano Argüello Rojas²

RESUMEN

Este trabajo proyecta una serie de potenciales aportes para un nuevo Código Civil de Costa Rica. Parte de algunos tópicos relevantes que presenta la experiencia normativa del derecho comparado y que podrían ser receptados en el anteproyecto en desarrollo. La propuesta es meramente enunciativa y, más que agotar las aristas del cambio, lo que pretende es denotar algunas ejemplificaciones de institutos que podrían ser implementados en el texto positivo dadas las falencias y, en su caso, las omisiones que presenta nuestro sistema vigente de derecho privado patrimonial.

Palabras claves: anteproyecto del Código Civil, reforma legislativa, derechos reales, derecho de daños, obligaciones, contratos.

ABSTRACT

The work projects a series of potential contributions for a new Civil Code for Costa Rica. It is based on some relevant topics presented by the normative experience of comparative law and that could be included in the draft under development. The proposal is merely illustrative and rather than exhausting the edges of the change, what it intends is to denote some examples of institutes that could be implemented in the positive text given the shortcomings and, where appropriate, omissions that our current system of private property law presents.

Keywords: preliminary draft of the Civil Code, legislative reform, property rights, damage law, obligations, contracts.

Recibido: 18 de setiembre de 2024

Aprobado: 13 de noviembre de 2024

-
- 1 Este trabajo está dedicado a la Comisión Especial para la elaboración de un anteproyecto de un nuevo Código Civil y Comercial de Costa Rica que sea conformada por la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, mediante acuerdo número 2024-17-032, tomado en la sesión ordinaria 17-24, celebrada el 7 de mayo de 2024. Tal comisión se encuentra integrada por personas juristas altamente calificadas a quienes agradezco la invitación para poder colaborar con algunas modestas reflexiones en procura de la magna tarea que supone una nueva codificación del derecho privado para nuestro país.
 - 2 Es doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia, máster en Administración de Justicia Enfoque Socio-Jurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Actualmente, labora como juez 5 de Apelación Civil. Correos electrónicos: luis.arguellowrojas@ucr.ac.cr / arguellowmariano@gmail.com.

SUMARIO: **I.-** Introducción. **II.-** Diez aportes de la experiencia del derecho comparado. **II.A.-** La constitucionalización del derecho privado: en particular el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. **II.B.-** La superación de los tintes conflictivos de ciertos derechos y acciones reales: el caso de la usucapión. **II.C.-** La mutación del derecho de retención: determinación de su naturaleza jurídica y posible transformación de excepción a instituto general. **II.D.-** La unificación de las garantías reales: coherencia normativa y sinceramiento de nuevas posibilidades regulatorias. **II.E.-** La actualización del marco regulatorio de la cláusula penal: corrección teórica y seguridad jurídica. **II.F.-** La potencialización de los daños extrapatrimoniales: nuevas aristas para la expansión jurisprudencial. **II.G.-** La necesaria modificación denominativa del “buen padre de familia”: el lenguaje y los límites del derecho. **II.H.-** La inclusión de nuevas figuras contractuales en procura de la seguridad jurídica: tipicidad contractual y el auge de los contratos de consumo. **II.I.-** La potencial inclusión de supuestos normativos que habiliten los reclamos por responsabilidad civil colectiva, anónima y/o por sujeto indeterminado de grupo. **III.-** Conclusiones. **IV.-** Fuentes de consulta.

I.- INTRODUCCIÓN

No solamente de validez formal puede vivir el derecho. La legitimidad del discurso del jurista resulta imprescindible para garantizar convicción y paz social. Los Códigos Civil (1888) y de Comercio (1964) responden a las exigencias de una época socioeconómica en muchos aspectos ya superada, pues resulta evidente que las necesidades y la idiosincrasia costarricenses no son las mismas que las del siglo XIX.

La palpitante cardíaca romana nos devela la importancia del cambio pues: “No puede darse la razón de todas las disposiciones que fueron establecidas por nuestros mayores”. (Juliano citado por Espitia, 2012, p. 35). No obstante, muchas personas son capaces de “rasgarse las vestiduras” cuando se introyectan posibilidades de reforma a los veteranos *corpus* sustantivos.

Con todo, el advenimiento del constitucionalismo, el control de convencionalidad, el paradigma progresivo de los derechos humanos, por un lado, y las nuevas tecnologías, masificación del consumo y vertiginosidad de las redes mercantiles, por otro, han impactado en el sustrato teórico del derecho privado patrimonial, lo cual supone que las mismas concepciones interpretativas derivadas del derecho civil tradicional hayan venido evolucionando en procura de la necesaria adaptación del texto positivo a la nueva realidad material imperante.

El derecho privado patrimonial no puede vivir encerrado en una burbuja atemporal. La justicia civilista requiere “tener puestos los pies en la tierra” para prestar su juicio a las exigencias sociales que dimanen de la interacción cotidiana. Por tal razón “aquel que narre el derecho privado, será hijo de su tiempo” (Alpa, 2017, p. 27), lo cual exige la revisión constante de los preceptos clave en aras de verificar su legitimidad sustancial frente a las personas destinatarias de sus efectos.

Las nuevas generaciones que conformarán a Costa Rica en las próximas décadas merecen una codificación actualizada. ¿El texto vigente será idóneo para la población del 2040 o el 2080? Es factible que acusen nuestras ideas como “heterodoxas” o “herejías jurídicas”, pero la convicción en la necesidad de una mejora nos impulsa de seguido a presentar las siguientes propuestas.

II.- DIEZ APORTES DESDE LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO

Se ha dado un recorrido por diferentes latitudes. Sin pretender ninguna gota de exhaustividad y con un ánimo medularmente enunciativo, en las siguientes páginas, se mostrarán algunas posibilidades regulatorias provenientes medularmente de Argentina, España, Colombia, Alemania, Francia y otras naciones, sin esquivar la referencia puntual de algunas leyes modelos de organismos internacionales.

Se solicita *paciencia* a la amable persona lectora para que pueda culminar el listado de propuestas. Es natural y hasta deseable que algunas nociones causen molestia y hasta desazón. De eso se trata. El diálogo sincero, la discusión responsable y la contradicción de las ideas deben generar las mejores síntesis en procura no de vencer, sino de convencer acerca de la necesidad que supone un nuevo Código Civil y Comercial para Costa Rica.

II.A.- La constitucionalización del derecho privado: en particular el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales

En las corrientes del derecho comparado, se ha venido trasformando la tradicional visión discursiva kelseniana asociada con las fuentes del ordenamiento jurídico. La nueva codificación civil y mercantil requiere incursionar en un “diálogo de fuentes” que permita proyectar un paradigma democrático, inclusivo y flexible. Se debe abarcar los diversos sectores e intereses en los cuales incidirá la nueva legislación sustantiva. Al final del día, cada quien tendrá algo que decir con respecto al proyecto del códex.

Un buen método es concretizar en el nuevo código la “apertura de miras” que brinda el

derecho constitucional, como a nuestro juicio, la comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina realizó con acierto.

Se ha indicado que un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasiva, penetrante y desbordante (Guastini citado por Cal Laggiard, 2016) ya que, para los efectos de nuestra propuesta, la denominada eficacia horizontal o irradiación extensiva de los derechos fundamentales deberá ser tomada en cuenta, dado que los grandes institutos del derecho privado (v. gr., derechos de la personalidad, propiedad privada, contratación, autonomía de la libertad, responsabilidad civil, libertad de empresa, libertad asociativa, propiedad intelectual, etc.) tienen su núcleo vital en el propio texto y contexto de la carta fundamental.

Dicho fenómeno se conoce como la consecuente: “reorientación del centro de gravedad” en las relaciones sociales (Anzures, 2010, p. 15), pues a la fecha, ciertos emporios comerciales o transnacionales privadas tienen más músculo financiero e influencia política que algunos Estados. Tales ideas son evocadas por la doctrina especializada cuando, repasando la misma genealogía de esta teoría, señala que: “los derechos fundamentales constituyen un “orden objetivo de valores” que irradia todos los ámbitos del Derecho, también el Derecho Civil”. (Estrada, 2017, p. 125).

En esa misma línea y, con ocasión de establecer la fuerte relación entre la propuesta codificadora y el constitucionalismo contemporáneo, resultan altamente ilustrativas las tres fases descritas por el profesor titular de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, Luis Roberto Barroso (2008), y presentamos así esta extrapolación para el caso costarricense:

(i) *Mundos apartados*. Estaría al inicio de constitucionalismo, donde el texto fundamental es

entendido como una carta política que regula las relaciones entre el administrado y el Estado. Por otro lado, el Código Civil era visto y entendido como: “la Constitución del derecho privado” que regulaba de forma aislada las relaciones jurídicas entre los sujetos particulares. Tómese en cuenta que cuando entró en vigencia la actual codificación civil o mercantil costarricense, ni siquiera existía la Sala Constitucional.

(ii) Publicización del derecho privado. La igualdad formal, la libertad individualista y la dimensión absoluta de la propiedad privada son categorías que empiezan a ser cuestionadas y revisadas con el advenimiento del Estado social de derecho y de la jurisprudencia constitucional. Así, tal visión comienza a ser considerada en las relaciones entre particulares, mediante la creación de normas de orden público o reformas legislativas especiales con sentido tuitivo. La protección del lado más débil de la relación jurídica y también una especie de “dirigismo contractual” influyen, a guisa de ejemplo, en las regulaciones arquetípicas del derecho consumidor o arrendamientos de casas de habitación en Costa Rica.

(iii) Constitucionalización del derecho civil. Las Constituciones se convierten en el epicentro del ordenamiento jurídico, siendo desde nuestra perspectiva, el crisol axiológico desde donde debe ser implementado y leído el derecho privado. Los derechos fundamentales y, en general, los valores, principios y preceptos constitucionales impactan en el derecho civil, generando una transformación en clave constitucional. Las nociones decimonónicas de la vieja codificación pasarán a ser parte de un mero legado histórico. Por tal razón, el primer paso para proyectar un nuevo Código Civil y de Comercio para Costa Rica es verificar que se establezca su construcción sobre el suelo o la base del derecho de la Constitución. Así la experiencia argentina lo comprendió y, en consecuencia, para el caso costarricense, la jurisprudencia de la Sala

Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que influya en forma mediata o inmediata en relaciones de sujetos de derecho privado) debe ser una fuente de consulta constante.

II.B.- La superación de los tintes conflictivos de ciertos derechos y acciones reales: el caso de la usucapión

El campo de los derechos reales exige una decidida actualización. La función social de la propiedad privada que postula el numeral 45 constitucional debe servir de plataforma para la compatibilización de los diversos intereses en juego que interactúan en el ejercicio de los atributos del dominio. Asimismo, se espera que la nueva codificación integre transversalmente la doctrina ambientalista y que proyecte la corriente jurisprudencial sentada por la Sala Constitucional, derivada medularmente de los numerales 50 y 89 de la carta fundamental.

Resulta notorio que, desde 1888, el régimen jurídico de los bienes ha sufrido un proceso de metamorfosis con ocasión de nuevas corrientes jurisprudenciales y otros instrumentos normativos (v. gr., Ley de Planificación Urbana, Reglamento de Fraccionamiento y Urbanizaciones del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, Reglamento del Registro Público, Ley del Catastro Nacional, Ley Indígena, Ley de Patrimonio Histórico Arquitectónico de Costa Rica, Ley de Garantías Mobiliarias, diversa normativa ambiental, etc.) que, de una u otra manera, han incidido en la delimitación de su núcleo esencial. Con todo, un nuevo Código Civil y Comercial para Costa Rica exigirá una determinada postura respecto a la inclusión o potencial reforma de otras leyes especiales (v. gr., Ley de Información Posesorias, Ley sobre Localización de Derechos Indivisos, Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio, etc.) que también contemplan nociones sustantivas respecto a los derechos reales.

Es mucho lo que hay que reflexionar sobre esta materia. Por ejemplo, la copropiedad en nuestro país presenta una regulación disfuncional que propicia los conflictos en sede judicial. Por otro lado, el fenómeno de la multipropiedad, los conjuntos inmobiliarios, tiempos compartidos, accesión invertida, cementerios privados, derecho de superficie, etc., también reclaman una regulación más elaborada.

Aun así, por los efectos y extensión de este trabajo, hemos optado por escoger uno de los institutos más conocidos que recoge nuestra tradición jurídica y sobre el cual también se debe contemplar la mejora cualitativa que presentan ciertas orientaciones dentro del marco del derecho comparado.

De este modo, en cuanto a la usucapión, se requiere potencializar la seguridad jurídica y ampliar sus tipologías de reconocimiento, pues, durante un gran arco temporal, han existido en suelo nacional nociones hermenéuticas encontradas que no generan soluciones satisfactorias, sino que son “caldo de cultivo” para originar nuevos conflictos sociales.

Por ejemplo, existe un sector minoritario de la jurisprudencia que, bajo una lectura ligera de la Ley de Informaciones Posesorias y la invocación de la publicidad registral, promueve que la prescripción adquisitiva no es procedente frente a propiedades inmuebles inscritas. Tal situación se traduce en una corriente contraria a la propia noción histórico-conceptual del instituto y que, además, no cuenta con asidero normativo expreso. Por fortuna, también existen voces en la jurisprudencia que han señalado este error y brindan pautas certeras para su correcta asimilación. Así se ha indicado: “[...] No existe disposición normativa en el derecho costarricense que vete esta forma de adquisición originaria del dominio si se trata de bienes inmuebles inscritos”. (Cfr. Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda.

Voto n.º 369 de las diez horas cincuenta minutos del doce de noviembre de dos mil catorce). Sea como fuere, aquel debate jurisprudencial debe quedar zanjado bajo el auspicio de una redacción más elocuente en la nueva codificación.

En una dimensión complementaria, si se analiza lo dispuesto en cuanto a los requisitos para usucapir, nuestro ordenamiento civil requiere únicamente el título traslativo de dominio, la buena fe y la posesión, en el caso del derecho de propiedad por diez años. (Cfr., arts. 853 a 864, Código Civil).

No obstante, la jurisprudencia casacional ha sido conteste en indicar que, en la usucapión ordinaria: “[...] el título traslativo de dominio que exige la ley debe ser *a non domino*, sea que debe emanar de quien no es dueño. La cosa se adquirió de otro, quien se comportaba y era reputado como dueño, sin serlo”. (Cfr., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 312-F-03 de las once horas quince minutos del cuatro de junio de dos mil tres. En igual sentido de este mismo órgano casacional: n.º 821 de las quince horas treinta y cinco minutos del primero de noviembre de dos mil; n.º 856 de las quince horas veinticinco minutos del quince de noviembre de dos mil y n.º 320 de las quince horas del veintisiete de abril de dos mil uno).

De esta forma, en nuestro país, el requisito *a non domino* (transmisión de un “no dueño”) es parte sustancial de los presupuestos ponderativos de la usucapión. No obstante, su denominación no se encuentra en la literalidad del código vigente y, en forma conveniente, la jurisprudencia tampoco advierte explícitamente de cuál plataforma hermenéutica o noción doctrinal extrae tal requisito.

Con el debido respeto, en los últimos años, la jurisprudencia —salvo contadas excepciones— ha dejado de citar autores en boga, trabajos científicos o corrientes de pensamiento expuestas

en el derecho comparado, lo cual termina impactando en el grado cualitativo de tecnicidad y/o requerida científicidad de sus criterios. Costa Rica no es un referente jurídico en el concierto internacional y, lastimosamente, muchos juristas nacionales no son capaces de ver más allá del campanario de su pueblo.

La noción asociada con el título transmitido a *non domino* como requisito de la usucapión es altamente disputada en la doctrina del derecho comparado. Existe un relativo consenso donde no fue contemplado por las orientaciones francesas que dieron origen al Código Civil de 1804, pues se advierte que el título se analiza sin consideración de la persona de quien emana.

Al respecto, la doctrina argentina indica al investigar los requisitos para usucapir: “Según Aubry y Rau, se llama justo título, un título que considerado en sí mismo, es decir, abstracción hecha de saber si emana del verdadero propietario y de una persona capaz de enajenar”. (Calegari, 2015, pp. 272-273).

En suma, la experiencia comparada se concentra en si el título es apto para conferir potencialmente un derecho de propiedad sin distinguir —donde la ley no lo hace— entre *verus dominus* o *non domino*. Por tal razón, se considera conveniente que un nuevo Código Civil y Comercial para Costa Rica venga a tomar un partido específico en esa situación en aras de despejar cansinos debates sobre lo que se entiende por justo título, para lo cual la concepción argentina asociada incluso con la visión originaria del denominado Código de Vélez o el modelo español (cfr., arts. 1952 a 1954, Código Civil de España) puede servir de referente adecuado.

Finalmente, respecto de este acápite, basta señalar que nuestra experiencia jurisdiccional en el campo del derecho civil nos revela que los objetos de debate asociados con la usucapión suelen

obtener —generalmente y por diversas razones— una sentencia de contenido desestimatorio. Sin embargo, aquel fallo sin lugar, en no pocas ocasiones, no viene a resolver el conflicto existente en la materialidad fáctica, pues quien no logró obtener la declaratoria de su derecho de propiedad suele seguir ostentando una posesión de hecho en el terreno, con las implicaciones negativas que tal situación conlleva incluso para el interés público.

De este modo, para aquella categoría especial de situaciones posesorias, se considera imperativo incluir en nuestro sistema nacional la denominada prescripción adquisitiva larga y/o usucapión extraordinaria que contemplan diversos Códigos Civiles de tradición romanista.

A guisa de mención, el numeral 1899 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina dispone: “*Si no existe justo título o buena fe, el plazo [para la usucapión] es de veinte años*”. Consideramos que una norma expuesta en estos términos es una necesidad social para este país, pues, en ciertas zonas geográficas con condiciones de mayor vulnerabilidad, los defectos o ausencias de los títulos siguen generando severas inconsistencias que impiden a las personas traducir jurídicamente en “propiedad” su “materialidad fáctica” consolidada por muchos años, incluso frente al ángulo visual de toda la comunidad. Un país no puede avanzar si cuenta con desorden e inseguridad en su regulación territorial.

II.C.- La mutación del derecho de retención: determinación de su naturaleza jurídica y posible transformación de excepción a instituto general

En los últimos años, nuestro país ha sufrido un verdadero proceso de “descodificación” en los linderos del derecho privado patrimonial. El fenómeno ha sido analizado por la doctrina civilista más destacada (Díez-Picazo, 1992) y,

para nuestro contexto, se justifica con ocasión de la entrada en vigor de una serie de nuevas ordenaciones (v. gr., Ley Reguladora del Mercado de Valores, Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley sobre letra de cambio y pagaré electrónicos, Ley de Garantías Mobiliarias, Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio, entre otras) que no siempre resultan armónicas ni coherentes con el marco teórico proyectado por el Código Civil y/o de Comercio vigentes. Es más que loable la posibilidad de impulsar un proceso de “recodificación” en aras de la búsqueda consolidativa de un verdadero *sistema*³ de derecho privado patrimonial en beneficio directo de la sociedad costarricense.

Como una muestra de las implicaciones de lo recién expuesto, cabría traer a colación la metamorfosis arquetípica que contiene la citada Ley de Garantías Mobiliarias (cfr., arts. 6, 40, 53 inc. 1, Ley N.º 9246) al referir al derecho de retención como un claro y contundente ejemplo de garantía mobiliaria de origen legal.

En su momento, se apuntó (Argüello, 2022) que lo paradójico de tal categorización es que implica

revisar la vocación conceptual tradicional del derecho de retención que contiene el Código Civil o de Comercio, la cual (para algún sector doctrinal importante) excluía su condición de derecho real al limitarlo a operar como una simple garantía de cumplimiento de las obligaciones que, desde el plano legal, autorizaba al acreedor a mantener la posesión de un bien (que no siendo de su propiedad) servía de instrumento y/o medio de coacción para el pago de una obligación jurídica, sin que se habilitara forma alguna de disposición. No obstante, a partir de la vigencia de la mentada Ley N.º 9246, si el derecho de retención es una garantía mobiliaria, su pertinencia como especie al género implicaría que comparta sus caracteres más esenciales, y es precisamente ser un derecho real de efectos prevalentes⁴.

Con todo, téngase presente que, en Costa Rica, el derecho de retención tiene a la fecha una disciplina legal fragmentaria y, entre otros, se recoge en los numerales 279, inciso 3, 502, 1072, 1073, 1143, 1182, 1195, 1277 y 1338 del Código Civil, y 336, inciso g) del Código de Comercio, por lo cual respetuosamente se sugiere que la Comisión Especial para la elaboración de un anteproyecto de un nuevo Código Civil de Costa Rica tenga presente la necesidad de valorar un abordaje integral de la concepción del derecho de retención para generar una coherencia con la noción jurídica impuesta por la Ley de Garantías Mobiliarias, siendo menester garantizar la

3 Se coincide con Lorenzetti (2020) en el sentido de que un nuevo Código Civil y Comercial debe aspirar a construir un “sistema”, en el tanto la “disciplina” es una labor encomendada a la doctrina. Por tal razón, la unificación del derecho civil y mercantil no solamente es posible, sino también resulta deseable en procura de la armonía y coherencia.

4 El derecho de retención no solamente garantiza su prelación frente a otras garantías mobiliarias. (Cfr., art. 53.1.a, Ley N.º 9246), sino también posibilita su *conversión*, pues el numeral 40 de la Ley de Garantías Mobiliarias dispone que una garantía con desplazamiento, al igual que un derecho de retención concedido por la ley, podrán ser convertidos en una garantía sin desplazamiento reteniendo su prelación, siempre y cuando se le dé publicidad a dicha garantía por medio de su inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias, de acuerdo con el artículo 13 de esta ley, antes de que se devuelvan los bienes muebles al deudor garante. Lo anterior, a su vez, podría suscitar algunas interesantes reflexiones en materia concursal con ocasión de lo dispuesto en el numeral 19.3 de la Ley Concursal de Costa Rica (Ley N.º 9957). Al respecto León (2021) ha expuesto —al comentar la norma en referencia— que uno de los efectos de la resolución inicial de la apertura del concurso es la suspensión del ejercicio material del derecho de retención, pero el acreedor debe mantener su condición de privilegiado en cuando al pago de la deuda en caso de venta del bien, sin dejar de advertir que también podría darse que el acreedor siga en tenencia del bien, si tal situación no afecta los intereses del concurso.

uniformidad e, incluso, un emplazamiento normativo como instituto general (v. gr., arts. 2587 a 2593, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina).

En efecto, en relación con el derecho de retención, lo más conveniente sería variar su implementación excepcional por una garantía de corte más general prevista para supuestos de hecho con un matiz indeterminado como acontece en el derecho colombiano y francés, y también se ha proyectado en Chile. Al respecto, el profesor Pizarro (2009) indica:

Un ejemplo próximo lo constituye el derecho colombiano. A partir del mismo Código civil, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha extendido el derecho de retención previsto en el artículo 2000 -que corresponde al artículo 1942, inciso 2o del Código civil chileno- a favor del arrendador a contratos de arrendamiento de obra material y de arrendamiento comercial. La Corte Suprema de Colombia en sentencia de 6 de mayo de 1969, hace aplicable dicha disposición al contrato de arrendamiento para la confección de una obra material. Si bien parte indicando la ausencia de un principio general de retención, luego por analogía y rompiendo con la interpretación restrictiva, lo extiende al arrendamiento de obra material. Sin duda la jurisprudencia francesa ha sido más prolífica en la creación pretoriana de un principio general de retención hasta antes de la reforma de 2004. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, en que comienza a decaer la denominada Escuela de la Exegesis, la Corte de Casación inicia un proceso paulatino y definitivo de construcción del principio general de retención. A mediados del siglo XX, la Doctrina francesa era unánime en la admisión de la retención como principio general.

Así, de la mano del derecho comparado, cabría pensar en incluir una naturaleza jurídica definida del derecho de retención que, a la vez, pueda operar como regla o principio general en una diversidad de hipótesis que superen el carácter de excepción, reserva de ley o tipicidad que en forma restrictiva lo acompañan hoy en día en la legislación patria vigente.

II.D.- La unificación de las garantías reales: coherencia normativa y sinceramiento de nuevas posibilidades regulatorias

De un nuevo Código Civil y Comercial para Costa Rica se esperaría la más completa recodificación del derecho privado patrimonial, pues resulta indiscutible el: “desface contradictorio existente entre la normativa general del tronco común y la normativa especial de la legislación dictada posteriormente al Código” (Zeledón, 2010, p. 308).

En este orden de ideas, la Ley de Garantías Mobiliarias (Ley N.º 9246) revela un paradigma que revoluciona muchas de las concepciones teóricas —y acaso ¡ideológicas! — ancladas en el vigente Código Civil.

La sociedad de 1888 no tenía las mismas necesidades económicas ni la valoración de los activos que la del 2015 (fecha de vigencia de la citada Ley de Garantías Mobiliarias), y es de esperar incluso la inyección de ciertas previsiones futuristas para la Costa Rica de las próximas décadas, v. gr., ¿podrán ser dados en garantía neuro-derechos? ¿Podrían servir de garantía para cumplir una obligación con los animales que sean considerados “seres sintientes”? ¿Qué papel tendrá la inteligencia artificial en la redacción de clausulados contractuales?, etc.

Sea como fuere, desde nuestro punto de vista, las razones de coherencia, sistematicidad y seguridad jurídica justificarían que la actual legislación

sobre garantías mobiliarias sea derogada, y su contenido sea consecuentemente incorporado en el articulado del nuevo código bajo el respectivo emplazamiento en un título exclusivo que regule los “derechos reales de garantía” como se comprendió —desde un punto de vista formal o de técnica legislativa— para el modelo argentino en los numerales 2184 a 2237 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En la asimilación de la garantía mobiliaria, dentro de los cimientos del nuevo código, se deberá tener un especial cuidado en la correspondencia interna de sus definiciones; por ejemplo, el instituto de la “dación en pago” es invocada en la Ley de Garantías Mobiliarias como un medio para ejecutar, finalizar o dar por satisfecha el cumplimiento de la obligación respaldada por una garantía mobiliaria, siempre que tal dación — ¡de los mismos bienes dados en garantía! — sea aceptada por el acreedor garantizado (cfr., art 2.1, Ley N.° 9246).

Como es observable, la dación en pago tiene un sentido propio o *sui generis* dentro del contexto de la Ley N.° 9246 y más parece evocar la posibilidad de que surja en el ciclo de vida de la garantía un *pacto marciano* o un *pacto comisorio ex intervallo* que quizá por temores o clichés ideológicos no quisieron ser estipulados expresamente en el texto de la regulación de la garantía mobiliaria costarricense, a pesar de que otras leyes modelo (v. gr., OEA o CNUDMI) sí los contemplan.

Resulta conocida la proscripción que históricamente dispuso nuestro derecho positivo, con ocasión del pacto comisorio convencional (cfr., art 421, Código Civil y art 536, Código de Comercio). Sin embargo, nuevas regulaciones en el campo del derecho comparado⁵ y leyes modelos⁶ parecen que superan ciertos dogmatismos y, por ende, optan por sí reconocer las citadas figuras del pacto marciano o comisorio; pero en su modalidad *ex intervallo*, aspecto que deberá ser ponderado por la comisión redactora del nuevo código.

II.E.- La actualización del marco regulatoria de la cláusula penal: corrección teórica y seguridad jurídica

La cláusula penal no cuenta con un tratamiento armonioso en la legislación vigente. Tal aseveración no debe ser tomada desde una noción meramente academicista, sino proyectando las repercusiones prácticas que aquellas falencias o incorrecciones generan en la propia dinámica económica nacional.

A guisa de ejemplificación, la doctrina nacional (Montero, 1999, p. 95) ha señalado las inconsistencias teórico-conceptuales que contiene una de las previsiones normativas más cruciales que se asocia con la determinación de su cuantía (cfr., art. 712, Código Civil). En efecto, desde el plano literal, aquel numeral limita en forma injustificada los alcances indemnizatorios de la mentada cláusula al disponer que:

5 En Francia mediante Ordonnances del 23 marzo 2006 y de 30 enero 2009, se introdujeron sendas reformas relativas a las garantías mobiliarias y a tópicos referentes a la reserva de dominio y transmisión de la propiedad en garantía o fiducia en garantía. Al respecto la profesora de la Universidad Autónoma de Madrid, Arana de la Fuente (2012, p. 3), indica: “La disciplina de la prenda en el Code civil ha experimentado cambios radicales: ha dejado de ser un contrato real; puede gravar bienes presentes y futuros, fungibles, corporales (gage) e incorporales (nantissement), señaladamente la prenda de créditos; y, junto a la tradicional prenda de cosas muebles con desplazamiento de la posesión, se ha incorporado la prenda registral. Por otra parte, la reforma de 2006 ha dado entrada en el Código civil a formas alternativas de realización del valor, cuales son la atribución judicial de los bienes gravados al acreedor, así como la apropiación por éste de los bienes al amparo de un pacto comisorio, cuya prohibición ha sido abolida en el ordenamiento francés”. De este modo, la ruptura ideológica del Code Civil francés debería calmar los resquemores en la valoración de nuevas dimensiones de realización de las garantías reales.

6 Por ejemplo, el numeral 59.IV de la Ley Modelo de la OEA y el artículo 80.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

“[...] ésta no puede exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal; y en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquél”. Esto deviene en una limitación contraproducente al confinar las funciones típicamente coercitivas y penalizadoras del instituto en comentario.

En caso de que se tome al pie de la letra tal precepto jurídico-positivo, se avalaría la indiferencia de la parte pasiva de la obligación, pues las consecuencias del incumplimiento no generarían en tesis de principio una carga indemnizatoria realmente disuasoria. Lo reseñado también implicaría una limitación desproporcionada a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes que bien pueden vislumbrar escenarios divergentes dentro del marco de la razonabilidad y libertad que impone un Estado constitucional de derecho.

Resultaría francamente útil proyectar un marco regulatorio más sistemático como el previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26994), pues en aquella moderna codificación se dispone en su *Libro tercero* denominado de los “*Derechos personales*” el respectivo título I de las “*obligaciones generales*” y allí es dable repasar en su capítulo tercero de las “*clases de obligaciones*” donde se encuentran a nivel de su sección quinta las “*obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias*”. Así en los numerales 790 a 804, se vislumbra una “*miniteoría*” condensada de la cláusula penal que despeja debates doctrinarios en aras de propiciar un ambiente de mayor seguridad jurídica para las partes que concurren en una obligación y/o cláusula de tal tipología.

Además, desde nuestra experiencia jurisdiccional, nos resulta sumamente llamativo el particular artículo 804 del aquel códex que podría ser de gran ayuda en ciertos escenarios de ejecución de sentencia en procesos civiles, porque —desde el plano del derecho material y/o sustancial— se habilitaría para que la persona juzgadora pueda imponer “*condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial*”. Esta noción evoca el sistema de multas (astreintes) que contiene otras regulaciones costarricenses pensadas para el campo del derecho público (v. gr., art. 159, inc. 1, Código Procesal Contencioso Administrativo), y que bien podrían ser implementadas en las relaciones entre sujetos de derecho privado.

II.F.- La potencialización de los daños extrapatrimoniales: nuevas aristas para la expansión jurisprudencial

Dados los tiempos que enmarcan el devenir del siglo XXI, es dable y fundamental valorar como opción preponderante una dimensión más humanista y menos patrimonialista de proyectar las heterogéneas dimensiones del derecho de daños. La opción argentina⁷ de codificar las funciones de la responsabilidad civil (preventiva, compensatoria y punitiva) francamente nos resulta llamativa (cfr., arts., 1708, 1710, 1714, 1716, Ley N.º 26994).

Por otro lado, insistir en suelo costarricense en la categoría del daño moral como especie de “*varita mágica*” o “*cajón de sastre*”, donde de forma altamente genérica, desordenada e imprecisa, se suelen aglutinar todas las diversas formas en las cuales se puede afectar a un ser humano

7 La doctrina asociada con la génesis del análisis económico del derecho también comparte tal dimensión tripartita, pues indica que la responsabilidad civil busca: minimizar los costos de accidentes, compensar a las víctimas y reducir los costos administrativos del propio sistema de responsabilidad. (Calabresi citado por López Meza, 2023, p. 18). Con todo, en este ámbito, se debe también consultar a Torrealba (2011), obra nacional que, por su valor, bien merece ya el calificativo de un clásico.

(en su proyección extrapatrimonial), no parece el camino metodológicamente más aconsejable y no lo es, por la sencilla razón de que no es dable calificar y/o tratar como “moral” algo que excede ese ámbito, bien porque lo supera, restringe o simplemente porque opera en planos diametralmente distintos. No solo de moralidad vive el ser humano.

La literatura jurídica italiana con ecos en Suramérica ha sentado nuevas proyecciones de la responsabilidad civil que también deberán ser barajadas en la nueva propuesta codificadora. A guisa de mención, la categorización autónoma de los daños “*al proyecto de vida*” puede resultar de reconocimiento imperativo, pues suele ser de las afectaciones más grandes que se pueden causar a las personas, por cuanto aquel daño “impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido [...] en tanto, el ser humano, libre y coexistencial, es un ser temporal”. (Fernández Sessarego 2003, p. 660).

En complemento, existen hechos dañosos cuya causalidad genera daños de especial intensidad que no atañen ni pueden reconducirse propiamente al cuerpo, ni a la psique ni mucho menos a las emociones, sino que condicionan la *libertad autodeterminativa* del ser humano. Su vida, luego de aquel hecho generador, nunca más volverá a ser la misma, puesto que su libertad individual, vida y futuro (v. gr., a nivel laboral, académico, recreativo, afectivo, artístico, deportivo, etc.) tomarán otro camino que, naturalmente si es para mal, debe ser objeto de una particular e independiente indemnización.

Finalmente y, sin caer en falacias de la autoridad, si algún buen positivista o formalista jurídico duda seriamente acerca de la autonomía de esta categoría indemnizatoria e insiste en equipararlo con el querido, pero lastimosamente incomprensible daño moral, conviene advertir

que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado una significación emancipada y carta de ciudadanía a esta categoría indemnizatoria, aspecto que se puede verificar por ejemplo en los casos *Loaiza Tamayo vs. Perú* de 1998, “*Niños de la Calle*” vs. Guatemala de 1999 y *Cantoral Benavides vs. Perú* del 2000, entre otros (citados por Calderón, 2005).

Por tanto, el mismo respeto y las exigencias del control de convencionalidad deben brindar un tratamiento similar en Costa Rica, de cara al reconocimiento pleno de esta tipología de respuesta indemnizatoria.

Por otro lado, en el argot forense nacional, se suelen confundir ciertas categorías indemnizatorias que, presentando rasgos autónomos, son indebidamente equiparadas. El problema no es meramente una figuración dogmatizante o de gustos teórico-conceptuales, sino que encierra ondas repercusiones pragmáticas dadas las implicaciones pretensionales, probatorias y de alcance pecuniario que suponen reconducirlo en una u otra categoría.

De esta manera, haciendo eco de lo expuesto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto n.º 1366-F-S1-2017 del 6 de noviembre de 2017, donde entre otras hace referencia a las resoluciones n.º 662-F-S1-2010 y 196-F-S1-2012, se ha trazado en un primer momento una nítida distinción entre el daño *moral subjetivo* y el *psicológico*. Así el primero se asociaría con una “afectación de las condiciones anímicas del sujeto”, mientras que el segundo estaría representado por una: “situación traumática que requiere constatación científica para su acreditación”. Tal distinción jurisprudencial debería quedar respaldada por seguridad jurídica en la letra del nuevo código.

Trazada la línea divisoria que separa al daño moral y al psicológico, es necesario plantear

otra separación más que nace del correcto entendimiento de lo que supone proyectar al ser humano como una verdadera unidad psicosomática y, por lo tanto, más allá de la noción amplia de la psiquis (daño moral y psicológico), estará el soma (cuerpo) donde podríamos encontrar daños a la *salud, estéticos y biológicos*, los cuales consecuentemente también deben ser objeto de una indemnización autónoma y ser reconocidos dentro de las nuevas fronteras de la codificación.

En tal sentido, el profesor José Rodolfo León Díaz (2019) recuerda que la delimitación del contenido del derecho a la salud es un tema ampliamente debatido que va desde el derecho a la autodeterminación sexual, la posibilidad de acceder a sistemas de reproducción asistida, el aborto terapéutico, así como los actos de disposición del cuerpo encaminados a obtener una mejora estética que permita a la persona un mejor desarrollo personal y social.

De esta forma, desde nuestra perspectiva, todo daño generado con ocasión de una cirugía plástica no necesariamente supone un daño moral, pues opera dentro del ámbito propio del derecho a la salud, con las características independientes y emancipadas que tal derecho ostenta, según se ha justificado en las presentes líneas investigativas. Por último, el daño *biológico* se presenta como el daño asociado a la lesión como tal, v. gr., la pérdida de un ojo, la amputación de una extremidad, la extirpación de un órgano etc., esto es: “el daño biológico, en cuanto lesión en sí misma, acarrea una serie de consecuencias que afectan la vida misma de la persona, que modifican sus hábitos, que le impiden dedicarse a ciertas actividades de su vida ordinaria” (Fernández, 1998, p. 182). Así, la noción clara de un daño biológico entendido prácticamente como daño corporal nos permite trazar una diferencia más con el daño moral, pues terminan lógicamente operando con ocasión de predomios distintos del ser humano.

Finalmente, en nuestra línea teórica, entendemos que todo daño biológico es al fin de cuentas un daño a la salud, pero no todo daño a la salud es por sí mismo un daño biológico, pues esta opera en un ámbito de bienestar más elevado que naturalmente no se limita únicamente a las afectaciones corporales, sino que incluso contempla aspectos propios del tiempo libre, vida sexual y de relajamiento, por ejemplo, el denominado *daño a la vida en relación* que también podría ser valorado por la comisión codificadora.

II.G.- La necesaria modificación denominativa del “buen padre de familia”: el lenguaje y los límites del derecho

El estándar del “*buen padre de familia*” resulta ser una categoría fundamental dentro del contexto valorativo del derecho privado patrimonial. El concepto jurídico presenta fuertes implicaciones en el marco teórico de los derechos reales, obligaciones y responsabilidad civil (concepción de culpa). Sin embargo, de la mano del paradigma transversal de la igualdad de género y noción remozada de la lectura de los institutos del derecho privado desde nociones acordes con el derecho constitucional y/o convencional, es dable cuestionar la vigencia terminológica del concepto.

Sería extraño que un nuevo Código Civil y Mercantil siga arrastrando lastres históricos que no resultan acordes con las exigencias de la sociedad del siglo XXI. Tomando en cuenta la experiencia reformadora que sufrió el Código Civil Francés, se postula un posible término sustitutivo en aras de salvaguardar una mayor comprensibilidad, inclusividad y legitimidad en una de las nociones clave que informa el derecho privado costarricense.

En efecto, es menester considerar la reforma francesa de agosto de 2014 introducida por la

Ley N.º 873-2014⁸ que proscribió la noción denominativa del “buen padre de familia”. De esta forma, se recomienda introducir una concepción sustitutiva, como, por ejemplo: “persona razonable” “razonabilidad” o “persona responsable y prudente”, etc. El cambio legislativo propuesto no es mera estética lingüística ni se enfila en una corriente esnobista; por el contrario, la legitimidad del discurso jurista pasa por su anclaje en las necesidades del tiempo y espacio donde le toca vivir.

El lenguaje es poder, y su manipulación sesgada puede propiciar escenarios de real exclusión. Como profesores universitarios encontramos en nuestro alumnado “expresiones faciales extrañas” cuando aludimos a nociones lingüísticas arcaicas. El “buen padre de familia” es un término francamente obsoleto que —por no encuadrar en los paradigmas de pensamiento contemporáneos asociados con la defensa y tutela de los derechos fundamentales— genera diversas incomprensiones en las personas destinatarias de la norma y en las propias encargadas de su interpretación. Por tanto, la introducción de un concepto sustituto viene a armonizar y modernizar los textos legales que así lo contemplan.

II.H.- La inclusión de nuevas figuras contractuales en procura de la seguridad jurídica: tipicidad contractual y el auge de los contratos de consumo

Para efectos de cuantificación **en este apartado confluyen dos aportes**. Consideramos oportuno realizar dos acotaciones que, si bien presentan connotaciones distintas a la postre, devienen en complementarias. Valoramos fervorosamente que la autonomía de la voluntad es el terreno sobre el cual germinan los mejores rendimientos

del derecho privado patrimonial, pues este es el derecho de la libertad ejercida con equilibrio. Es con ocasión de aquella necesaria razonabilidad que el ordenamiento jurídico tiene que dibujar límites para que discurra tal autonomía de la voluntad, con el fin de que su caudal no se detenga, pero que tampoco genere desbordamientos.

La construcción de tipologías contractuales o contratos típicos no debe ser satanizada ni sacralizada, dado que simplemente es un instrumento metodológico que puede ser empleado de acuerdo con las necesidades de un tiempo y espacio determinado. La compraventa, la cesión, el arrendamiento, la sociedad, el mandato, el depósito, la transacción, etc., son figuras contractuales de sentida raíz romanista, las cuales tienen un diseño particular regulado en la codificación de 1888 y que, desde nuestro criterio, durante todo su arco temporal de vigencia han generado grandes beneficios socioeconómicos para Costa Rica. La seguridad jurídica es un valor muypreciado por la cultura jurídica nacional, lo cual explica que, a nivel forense, normalmente las personas abogadas encargadas de redactar contratos busquen encausar las manifestaciones de la voluntad por figuras contractuales expresa y previamente reguladas.

A estas alturas de nuestro desarrollo jurídico, cabría pensar en extender esta tradición histórica con la inclusión y/o construcción tipológica de otras figuras contractuales que, si bien, a la fecha, pueden ser utilizadas en Costa Rica, no cuentan con un marco normativo descriptivo que les brinde formal regulación. El valor constitucional de la seguridad jurídica sería concretizado, y repetimos que lo que se busca es proyectar los mismos beneficios socioeconómicos que se tuvieron con las figuras contractuales que, en su momento, se incluyeron en los viejos códigos.

8 La legislación francesa citada puede ser consultada en el sitio web: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000029330832>. Además, tal reforma es la base tomada por la catedrática española Gema Tomás Martínez (2015) y es una de sus valiosas reflexiones académicas asociadas con el uso del concepto del “buen padre de familia”.

Así, tomando en cuenta el paradigma argentino⁹ se considera conveniente incluir dentro del contenido del nuevo Código un catálogo más amplio de contratos en particular, extendiendo incluso el perfil regulatorio de los ahora existentes y valorando los aportes expuestos por la doctrina desde hace ya bastante tiempo (Farina, 2005); por ejemplo: agencia, concesión, *management*, *leasing*, consorcio en cooperación, contratos de juego y de apuesta, tiempo compartido, *joint venture*, etc.

Por otro lado, nos resulta importante que el nuevo código costarricense potencie la visión regulatoria de los contratos de consumo dentro de una órbita propia del marco del derecho privado patrimonial, como han hecho otras legislaciones dentro del marco del derecho comparado (v. gr., arts. 1092 al 1122 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina).

Pensar hoy en día que la mayoría de los contratos crecen sobre el “suelo fértil de la igualdad material” no pasa de ser una mera ingenuidad supina. Las redes del comercio, las plataformas digitales, inteligencia artificial, masificación de los productos y la vertiginosidad de las compras, etc., hacen que la gran mayoría de los contratos (por cierto, de adhesión) se pacten entre desiguales, v. gr., una persona consumidora frente

a una transnacional de ropa deportiva. Resulta imperativo que la codificación “civilice” y abarque ámbitos donde por antonomasia emergen nociones propias de su objeto de estudio como es el derecho de consumo.

En modo alguno, objetamos la función que cumple la Comisión Nacional del Consumidor, pero cabe indicar que los actos y/o resoluciones administrativas que al fin de cuentas dicte este órgano administrativo pueden ser discutidas judicialmente; pero en sede contencioso-administrativa, al involucrar posibles pretensiones de nulidad de actos administrativos. Aquello puede generar un camino realmente largo y tortuoso para que las personas obtengan tutela judicial en sus derechos como consumidoras, amén de que se presenta una especie de “huida” o “administrativización” del derecho de consumo, sin esquivar que tales asuntos terminan siendo resueltos con carácter de cosa juzgada material por un sector de la judicatura que, si bien cuenta con un profundo campo de conocimiento, en rigor, el derecho de consumo y el mundo de la contratación privada no suelen ser sus puntos más fuertes.

Poco se ha polemizado en las implicaciones que tiene la Ley Acceso a la Justicia para las personas consumidoras, Ley N.º 10360, que en su contenido reforma entre otros el numeral 53 de la

9 El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina introdujo varias novedades en materia de contratos, incorporando nuevos tipos de contratos y regulando algunos que ya se utilizaban en la práctica, pero que no tenían un marco normativo claro. Entre los nuevos contratos o modificaciones relevantes, citamos los siguientes: **Contratos de franquicia:** Se incorpora una regulación específica para este contrato que establece derechos y obligaciones tanto para el franquiciante como para el franquiciado. **Contrato de fideicomiso:** aunque ya existía regulación para el fideicomiso en leyes específicas, el nuevo código lo integra al Código Civil y Comercial, clarificando algunas cuestiones sobre la administración y la finalidad del patrimonio fideicomitado. **Contrato de leasing:** también regulado en la legislación especial previa, se incorpora al Código Civil y Comercial. Se aclaran aspectos como la opción de compra y la responsabilidad sobre los bienes. **Contrato de arbitraje:** Este contrato, que regula la resolución de disputas por medios alternativos (sin acudir a los tribunales), recibe una regulación específica en el código. **Contrato de agencia comercial:** Se regula el contrato por el cual un comerciante independiente actúa en nombre de otro, intermediando en la celebración de contratos. **Contrato de suministro:** Se le da un marco legal claro al contrato por el cual una parte se obliga a proveer productos o bienes de manera periódica o continua. **Contrato de concesión:** Se introduce la regulación de la concesión de bienes o servicios, fijando reglas para la relación entre concesionarios y concedentes. **Contratos asociativos:** Se regula la figura de los contratos asociativos, como las uniones transitorias de empresas (UTE) y consorcios de cooperación que permiten a las empresas y personas asociarse sin crear una persona jurídica, etc.

Ley N.º 7472 para otorgar a la Comisión Nacional del Consumidor la potestad de: “*i) Declarar la nulidad de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión que se ajusten al artículo 42 de esta ley, salvo en lo relativo a contratos de adhesión en materia financiera que serán regulados por ley especial*” advirtiendo que, para el resarcimiento de daños y perjuicios, deberá acudir a los órganos jurisdiccionales competentes.

Este tipo de reformas pueden ser matizadas desde diversos ángulos visuales y, si bien es de celebrar que se dote de nervio de acción a la citada Comisión, también puede verse como el potencial fracaso o huida del sistema judicial y, en particular, de las regulaciones estrictas de derecho privado para dar una solución oportuna a los reclamos de la persona consumidora.

Es conveniente reflexionar acerca de esas bifurcaciones de vías que crea el ordenamiento jurídico costarricense, pues de una u otra manera, también podrían ser fuente para la multiplicación de procedimientos innecesarios y de potenciales conflictos entre órganos administrativos y judiciales.

II.I.- La potencial inclusión de supuestos normativos que habiliten los reclamos por responsabilidad civil colectiva, anónima y/o por sujeto indeterminado de grupo

La responsabilidad civil colectiva importa un progreso en el desenvolvimiento del sistema tradicional de la responsabilidad civil, superando los “viejos moldes” de la visión individualista en el tratamiento de la cuestión indemnizatoria, de allí que en el fondo constituya una nueva aplicación de la teoría objetiva del riesgo creado por una parte y una orientación marcada hacia la repartición de los daños con un criterio de socialización de los riesgos por otra, creando en consecuencia, el basamento teórico idóneo para

no dejar en impunidad los daños sufridos por una víctima, cuya complicación en la determinación de la autoría singular del hecho generador del daño no puede ser óbice para excluir su derecho fundamental resarcitorio.

En la actualidad, el Código Civil vigente no tiene una norma positiva expresa que sea idónea para sustentar tal procedencia. Por eso consideremos que es valioso repasar la experiencia alemana y la argentina como modelos de referencia.

En efecto, conviene indicar que el modelo paradigmático a nivel legal en esta materia viene impuesto por el Código Civil alemán de 1900. En efecto, en el artículo 830, el citado BGB regula la comentada responsabilidad civil colectiva y reconoce su modalidad solidaria bajo el siguiente alcance:

Si varios han causado un daño por un acto ilícito realizado en común, cada uno es responsable del daño. Lo mismo vale si no se puede saber quién, entre varios partícipes, ha causado el daño con su acto. A los coautores se equiparán los inductores y partícipes.

Como es de notar, esta fórmula germana encapsula —con un deseable nivel de síntesis— la esencia de la respuesta indemnizatoria que resulta operativa frente a casos de responsabilidad civil generada por un sujeto indeterminado de grupo. Las dudas y cavilaciones se esfuman cuando se deja equiparado que la modalidad será cimentada bajo un marco de solidaridad similar a la presente en los daños causados de forma ilícita en común; esto es, cualquier dificultad o imposibilidad probatoria de vincular una causalidad con uno o más sujetos determinados dentro del grupo no será pretexto ni subterfugio para no indemnizar a la víctima, siendo por tanto un modelo —en igual sentido se enlista el holandés— que deviene en una propuesta legal tajante en razón de evitar

cualquier tipo de impunidad en esta modalidad de daños causados.

En segundo término, respecto a esta hipótesis indemnizatoria, sería conveniente valorar también lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, pues aquel reconoce el instituto de la responsabilidad civil colectiva en diversos numerales. El artículo 1760 respecto a cosas suspendidas o arrojadas viene a recoger el ideal indemnizatorio inspirado en los antecedentes romanos del *positis vel suspensis* y *effusum vel deiectum* (Rodríguez, 2020 y también en general se puede consultar a Tamayo, 2015), así con el carácter de resarcir —y bajo el entendido de que se tratan los supuestos de caída de cosas y las cosas arrojadas de la misma forma— si la cosa cayó sobre la calle, consecuentemente serán legitimados a nivel pasivo los dueños y ocupantes del frente del edificio únicamente, eximiéndose el dueño u ocupante que demuestre que no participó en la producción del daño.

Por otro lado, el numeral 1761 del citado Código consagra a todas luces la responsabilidad del miembro no identificado de un grupo o por autoría anónima, disipando los temores, al disponer que *“responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción”*. Este numeral establece como requisito que el grupo sea determinado como elemento subjetivo para establecer la responsabilidad que se estudia. Además, es dable aclarar que el grupo al que se refiere la disposición normativa no debe estar formalmente constituido de previo al hecho, de modo que la responsabilidad objetiva (de la que se eximirá quien compruebe de forma suficiente que no contribuye a generar el daño) recae sobre un colectivo accidental, circunstancial, esporádico o simplemente momentáneo.

Por último, respecto al sistema argentino, también merece la pena citar el numeral 1762 que, con

afán diferenciador aunque complementario, recoge los supuestos de actividad peligrosa de grupo. De esta manera, el numeral en mención presenta por finalidad responder a la actividad de las denominadas “barras bravas” en eventos deportivos y que regula lo referente a la “actividad peligrosa de un grupo” (v. gr., en nuestro país, existen las denominadas: “Ultra Morada” “La 12” o “La Garra”). Se aclara que, bajo esta disposición y a diferencia de las que se han explicado, no interesa tanto el anonimato, ya que el elemento de mayor importancia es haber integrado el grupo, de modo que la única causal para eximirse de la responsabilidad no es acreditar que un sujeto no tuvo una intervención directa en el daño y, menos aún, la individualización de la culpa, sino que no integró el grupo, siendo entonces la actividad riesgosa el factor objetivo de atribución.

No obstante, siguiendo a Christello (citado por López, 2017), el hecho o culpa de la víctima, así como el caso fortuito ajeno a la actividad grupal producen rupturas del nexo causal y, por ende, pueden ser consideradas como eximentes del supuesto en análisis.

III.- CONCLUSIONES

Un nuevo Código Civil y Comercial para Costa Rica debe aspirar a ser la nueva “constitución sistemática” del derecho privado nacional.

- Se requiere renovar los vigentes textos codificados. Si no se toma esa valiente decisión, en las próximas décadas, el proceso de la “descodificación” será irreversible. La emisión de nuevas leyes especiales, “parches regulatorios” o reformas parciales hará erosionar el derecho privado patrimonial a tal punto que será prácticamente imposible reconocer la existencia de un verdadero sistema.

- La unificación del derecho civil, mercantil y de consumo coloca realmente las cosas en su sitio. La divergencia de tratamiento que presenta el Código Civil y de Comercio entre institutos análogos no resulta ya justificable. La búsqueda de la coherencia y potencialización de la igualdad forma parte del “ADN” del civilista. Desde la ley decenviral romana hasta el numeral 33 constitucional, la consolidación de un código común siempre ha sido una prioridad de primer orden.
- Un nuevo Código Civil y de Comercio generará efectos colaterales en diversos sectores. La academia verá renovado su objeto de estudio. La Administración de Justicia encontrará un instrumento actualizado para resolver conflictos. La economía, la banca, el Registro Nacional y la abogacía en general encontrarán una oxigenación en sus campos con nuevas posibilidades regulatorias. Finalmente, la persona de carne y hueso (destinataria de los efectos de la codificación) encontrará un nuevo texto que garantizará su dignidad respondiendo a las exigencias y necesidades del siglo XXI.
- El decálogo propuesto en este trabajo es simplemente la punta de lanza para abrir el debate y buscar la apertura de círculos de estudio y reflexión. Costa Rica se ha centrado en las últimas décadas en muchas reformas procesales; pero llegó la hora del derecho de fondo. Sea cual sea el resultado, busquemos robustecer los estudios de nuestra amada disciplina jurídica.

IV. FUENTES DE CONSULTA

IV.A. Doctrina

Anzures, J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*. (22), 3-51.

Arana de la Fuente, I. (2012). *La reforma francesa de las garantías mobiliarias*. InDret.

Argüello, L. (2022). *Garantías mobiliarias: ciclo de vida y ejecución*. Editorial Jurídica Continental.

Barroso, L. (2007). El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho en Brasil (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil). *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. 6 (12), 25-50.

Cal Laggiard, M. (2016). Las sentencias en el Estado constitucional de derecho: A propósito de un caso. *Revista Derecho Público*. (50), pp. 133-144.

Calegari, L. (2015). *Usucapión. Tercera edición ampliada y actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N.º 26994*. Rubinzal-Culzoni Editores.

Calderón, J. (2005). La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura. AAVV. *Memorias del Seminario los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura*. México: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores.

Caramelo, G. Herrera, M. y Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Infojus.

Díez-Picazo, L. (1992). Codificación, descodificación y recodificación. *Anuario de Derecho Civil*. 45 (2), 473-484.

- Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*. Civitas.
- Espitia, F. (2012). *Historia del derecho romano*. Universidad Externado de Colombia.
- Estrada, J. (2007). *Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta.
- Farina, J. (2005). *Contratos comerciales modernos*. Astrea.
- Fernández, C. (1998). Daño a la persona y daño moral en la doctrina y jurisprudencia latinoamericana Actual. *Revista Themis*. (38), pp. 178-209.
- Fernández, C. (2003). El daño al «proyecto de vida» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. (56), pp. 659-700.
- Jerez, C. (2017). Textos internacionales sobre garantías mobiliarias: reflexión y análisis. Vol. 12. *Boletín Oficial del Estado*.
- León, J. (2019). *Aspectos prácticos para la tutela de los pacientes en casos de responsabilidad por cirugías estéticas: aportes del nuevo Código Procesal Civil para la protección de sus derechos. Constitución y derechos humanos en tiempos de crisis*. Instituto Costarricense para la Promoción del Derecho Procesal. Edinexo.
- León, J. (2021). *Ley Concursal de Costa Rica. Comentada*. Editorial Jurídica Continental.
- López, J. (2017). Algunas reflexiones sobre los fundamentos de la responsabilidad colectiva y anónima. *Revista de la Facultad de Derecho*. 8 (1), pp. 211-228.
- López Meza, M. (2023). *Manual de derecho de daños. La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*. Editorial B de F Ltda.
- Lorenzetti, R. (28 de julio de 2020). *El Código Civil y Comercial en acción*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Archivo de video. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=nZR3vzSAONA&list=PLAC4pZ_OCFqcZPIAyIUN8QZYVM-gUuush
- Montero, F. (1999). *Obligaciones*. Premia Editores.
- Pizarro Wilson, C. (2009). El derecho de retención: una garantía bajo sospecha. *Ius et Praxis*. 15 (1), pp. 339-352.
- Rodríguez, L. (2020). La *Actio de positis vel suspensis* y la aparición de los modernos delitos de peligro. En López-Rendo, M. (coord.).
- Fundamentos romanísticos de derecho europeo e iberoamericano. *Boletín Oficial del Estado*. Universidad de Oviedo, pp. 181-202.
- Tamayo, J. (2015). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Editorial Legis.
- Tomás Martínez, G. (2015). La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: reforma en Francia y valoración de su alcance. *Revista de Derecho civil*. 2 (1), pp. 57-103.
- Torrealba, F. (2011). *Responsabilidad civil*. Editorial Juricentro.
- Varios (2008). *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*. Editorial Juritexto.
- Zagrebel'sky, G. (2010). *Contra la ética de la verdad*. Trotta.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.

Zeledón, R. (2010). *Problemática histórica de la codificación civil*. Contemporánea.

IV.B.- Jurisprudencia

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 312-F-03 de las once horas quince minutos del cuatro de junio de dos mil tres.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 821 de las quince horas treinta y cinco minutos del primero de noviembre de dos mil.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 856 de las quince horas veinticinco minutos del quince de noviembre de dos mil.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 320 de las quince horas del veintisiete de abril de dos mil uno.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1366-F-S1-2017 del 6 de noviembre de 2017.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto n.º 369 de las diez horas cincuenta minutos del doce de noviembre de dos mil catorce.