

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo

(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

EL MANDATO EN RELACION AL DERECHO DE RETENCION

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

INTRODUCCIÓN: En el presente informe usted encontrará doctrina acerca de las figuras jurídicas del mandato y del derecho de retención. También jurisprudencia nacional que explica el tema en cuestión haciendo relaciones entre ambos temas hablando entonces del derecho de retención del mandatario.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DOCTRINA

MANDATO (Argentina)

INTRODUCCIÓN.....	3
EVOLUCIÓN AL PRESENTE.....	6
MANDATO, PODER Y REPRESENTACIÓN.....	7

DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN(Nicaragua)

1. Origen, justificación y regulación.....	10
2. Concepto.....	11
3. Caracteres.....	11
A. Accesoriedad.....	11
B. Indivisibilidad.....	12
C. Patrimonialidad.....	12
4. Naturaleza jurídica.....	13

5. Ámbito.....	13
A. El poseedor de buena fe.....	14
B. El arrendador y arrendatario.....	15
C. El mandatario.....	16
D. El depositario.....	16
E. El comprador bajo pacto de retroventa.....	17
 DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN(Chile).....	 17
 DEL MANDATO JUDICIAL(Costa Rica).....	 18

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Derecho de retención: Concepto y extinción Plazo para exigir devolución del bien.....	21
 Error de prohibición vencible: Retención de dinero para garantizar honorarios Falso conocimiento sobre el derecho de retención.....	 22
 Retención indebida: Libros de persona jurídica entregados a abogado para que realice trámite de liquidación Honorarios de abogado en asuntos penales: Inexistencia de derecho de retención sobre documentos ante el incumplimiento de pago.....	 27

DOCTRINA

MANDATO

[ETCHEVERRY, Raúl]¹

INTRODUCCIÓN

El mandato es básicamente un contrato de colaboración, por el cual el titular de un negocio jurídico, encomienda al mandatario la realización de determinados actos jurídicos, en su nombre y representación.

Mucho ha variado la institución desde su nacimiento hasta llegar al perfil que nos muestra en la actualidad, con vasta repercusión y vigencia, tanto en el ámbito civil como comercial, lo cual ha llevado a su inclusión en los proyectos de unificación de las legislaciones en la materia; aunque debe evitarse la pérdida de autonomía científica entre ambas ramas del derecho, pero procurando dotar al enfoque integral de la materia que nos ocupa de una mejor ubicación en el texto legal, diferente método y agrupando reglas sobre representación.

El ser humano no puede actuar en forma independiente. Necesita interactuar con la sociedad que circunstancialmente lo rodea, aviniéndose a determinadas reglas, que no siempre le es dado modificar. Pero a más de ello debe aceptar, cuando no requerir, la cooperación de sus semejantes. Algunas veces, porque por sí solo no puede actuar. Otras, porque no debe hacerlo, en razón de su falta de capacidad o profesionalismo en el tema. Y por último, porque puede no querer hacerlo, por comodidad o conveniencia personal.

Originariamente el pedido de ayuda, de asistencia, se mostró como una cooperación imprescindible. El ser humano debía luchar por su subsistencia en forma personal. Por ello debía abandonar circunstancialmente su núcleo familiar y su hacienda. Recorrer con esfuerzo físico largas distancias en procura de alimentos, de elementos materiales para defenderse de la naturaleza e incluso luchar con sus enemigos humanos en defensa de sus derechos de diversa índole. Entonces le era menester contar con alguien que lo reemplazara circunstancialmente, en virtud de una relación de compañerismo y basado en el principio de la confianza. Y así surgía el favor que realizaba el amigo a nombre del interesado y sin esperar más recompensa que el agradecimiento personal.

Luego, en el derecho romano, tiene posterior acogida, aunque originariamente no se lo comprendía. Son los pretores los que introducen la figura. Es que, a la sazón, era difícil de aceptar -dada la especial consideración que tenían los romanos de la persona y sus atributos y la imposibilidad de su sustitución por otra- que alguien ocupara el lugar de otro, comprometiéndolo con sus actos. Pero la evolución de las ideas, llevada de la mano por la transformador de la sociedad, impulsó a un necesario y gradual cambio en la legislación.

En un primer momento surge como un acto que se muestra, complejo, en cuanto requiere de diversas manifestaciones jurídicas. En primer lugar actúa el mandatario, llevando a cabo el acto jurídico como si lo fuera para sí. Luego, y por un acto posterior, el mandante recibía los efectos del negocio jurídico realizado con el tercero, al serles transmitidos por obra de una nueva contratación.

Para los tratadistas del derecho romano, aquél era un contrato de carácter consensual, causando efectos a partir de la

exteriorización del consentimiento, y bilateral, pero de carácter imperfecto, ya que la obligación del contrario puede nacer con posterioridad, en el devenir de su ejecución. Y sobre su base el mandatario se compromete a realizar sin cargo la gestión encomendada por el mandante, referida a su interés o al de un tercero.

Pero la evolución de la institución se da a partir de que el tercero pueda actuar jurídicamente en forma directa contra el mandante, y éste a su vez contra el tercero. Pero aun así se mantenía la responsabilidad del intermediario, no admitiéndose la representación. Las acciones podían intentarse entre quienes se encontraban en los polos lejanos, pero también contra el mandatario. Aunque eran de carácter excluyente, y la satisfacción de la obligación por cualquiera de ellos concluía con ésta.

Así nacen las llamadas acciones útiles entre el mandante y el tercero, pero la teoría de la representación con los alcances hoy logrados, en cuanto a que queda ajeno el intermediario (sin perjuicio de acciones entre los distintos protagonistas), manteniéndose la relación fundamental entre quien contrata con el mandatario y el mandante, se elabora con posterioridad al derecho romano clásico, a partir del intermedio y por influjo de otras corrientes, como la que dimana del derecho canónico y que luego se advierte en el germánico propio de la Edad Media. Continúa la evolución de los conceptos, preponderantemente en cuanto a lo que se concibe por representación, sus alcances y, por último, las diversas disquisiciones referidas a si la figura del mandato comprende la representación y viceversa, o si una contiene o no la otra.

EVOLUCIÓN AL PRESENTE

Dijimos que en la antigüedad la gestión o el encargo provenía de una necesidad que se satisfacía mediante una relación de confianza y amistad; amistad por la cual nada se cobraba al no deber esperarse recompensa ante una manifestación ligada a lo íntimo de los sentimientos humanos. Mas la evolución trae aparejado un profundo cambio en la realidad social actual. El hombre debe defenderse de lo que hoy son sus enemigos en tiempo y espacio. Aumentada considerablemente su expectativa de vida, y en el ámbito de una acendrada competencia económica y social, sus urgencias exceden el sustento diario y tiende a lograr una mejor ubicación en ese tejido social, económico, cultural, dotándolo de permanencia y seguridad para el futuro. Y así debe competir con sus pares, siéndole escaso el tiempo para actuar personalmente en su profesión, en los actos de la vida civil y en aquellas gestiones que requieren un cada vez más profundo e intrincado profesionalismo y especialización. Para no perder posiciones, debe atender un conjunto de actividades al mismo tiempo y en distintos lugares. Debe repartir sus esfuerzos y multiplicar su presencia, corriendo el grave riesgo de la dispersión, con su secuela de pérdida de efectividad y eficiencia. Ya las amistades no le alcanzan para representarlo y actuar por él, y como contrapartida debe reconocer un pago por esos servicios, pues la gratuidad no es el signo característico de nuestro mundo contemporáneo. Se retribuye el servicio que se realiza y, a más eficiencia, mejor derecho a retribución.

Y esa cooperación o colaboración que dio origen al mandato hoy tiene alcances insospechados. Desde atender los negocios del mandante, pagar sus cuentas e impuestos, cobrar sus rentas, administrar su hacienda, representarlo y defenderlo en juicio e incluso en actos de la vida civil. Mucho se puede encargar a un tercero, que ya no es el amigo, sino cocontratante. Ello evita la

dispersión y el exceso de esfuerzos y gastos, asignando la atribución a un profesional que se especializa en el tema, haciendo de esto un medio de vida y compitiendo para brindar más y mejores servicios.

Todo ello no lleva sino a considerar al mandato bajo una óptica acorde con la realidad de nuestros días, actualizado en su concepción tradicional y sometido a un tratamiento normativo ajustado también a sus nuevas formas de expresión.

MANDATO, PODER Y REPRESENTACIÓN

Los dos primeros términos son corrientemente utilizados como sinónimos, o al menos análogos para referirse al instrumento de donde surge la procura, para designar al acto que se realiza en base a tal constancia, o aquel en el que se otorga la representación.

a) En primer lugar el poder no es un contrato que encaje en la definición del art. 1137 del Cód. Civil, ya que originariamente no existe acuerdo de voluntades. Es meramente una declaración de voluntad formulada por quien lo otorga, que podrá revestir la forma o los efectos del mandato una vez que él sea aceptado por el destinatario. Es, en definitiva, un acto jurídico unilateral que se configura como una expresión de voluntad recepticia. Si ésta es declarada ante el apoderado, aquél se denomina poder interno, y si lo es frente al tercero se lo llama poder externo. Von Tuhr lo define acertadamente como la facultad de representación otorgada por negocio jurídico.

Ahora bien, la concesión del poder necesario para una representación eficaz es llamada acto de apoderamiento propiamente dicho, reservándose la denominación "poder" para el acto

consecuencia del mandato y celebrado en virtud de las facultades emergentes de éste.

b) El mandato es un convenio, y en particular un contrato, se adecúa al contenido del art. 1137 del Cód. Civil: "Cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos", y el mismo plexo normativo lo define en el art. 1869, al decir que "tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza".

c) Por último la representación, para Capitant, es "el hecho de cumplir un acto jurídico en nombre o por cuenta de otra person en mérito de un poder legal o convencional y estableciendo la persona representada un derecho u obligación". Aquí lo -sucede es que cuando actúa el apoderado, lo hace invocando el nombre del mandante, y este acto jurídico es realizado por el mandatario por cuenta y orden de aquél. Mandato y representación se diferencian o distinguen en que el primero es el contrato que genera a la segunda, siendo ésta la forma de actuar frente a terceros, al llevarse a cabo el eventual negocio jurídico plasmado en el accionar frente a terceros, según lo señalado.

La representación puede surgir sólo a partir de una manifestación de voluntad que se exprese en nombre y por cuenta del representado y dentro de la órbita de las facultades conferidas. Así, los efectos jurídicos y económicos del contrato se producen en el círculo jurídico del representado, y no en el del intermediario o representante en la especie.

Puede ser calificada en voluntaria y legal. La primera, llamada convencional; pero debemos tener por imprecisa la última denominación pues no puede pasarse por alto -como ya se señaló-

que el mero acto de apoderamiento no implica convenio, tratándose de una mera manifestación unilateral de voluntad, destinada a ser o no aceptada (como es la mera oferta unilateral que si bien puede obligar al que la emite, hasta que no sea aceptada, mal puede obligar a la contraparte al no existir el entrecruzamiento de voluntades).

La otra es también denominada necesaria, además de legal. Surge de una aplicación de una disposición normativa que así establece, siéndole aplicable a las previsiones del art. 56 y ss. del Código Civil, por los presupuestos emergentes del art. 1870 de igual plexo normativo, referidos a casos de incapacidad de hecho, pues debemos recordar que la incapacidad de derecho no puede ser suplida. Algunos autores han entendido que ambos tipos de representación deben ser analizados por separado, dado que sus fundamentos y naturaleza son disímiles.

También -con criterio discutible- se clasifica a la representación en directa o indirecta. La primera se da cuando alguien pronuncia o recepta una declaración de voluntad por cuenta y en nombre de otra persona, respecto de quien ha recibido la facultad de representarla. En cambio, la segunda se refiere a los casos en que la persona actúa en nombre propio, pero en interés ajeno, y es descalificada como, forma de representación.

Por último, se la clasifica en activa o pasiva. En el primer caso, el intermediario formula una declaración de voluntad dirigida a un tercero, pero destinada a comprometer a su representado. En el segundo, recibe la de un tercero, destinada también al mandante. Es obvio que, salvo que el negocio en trámite se tratare, por ejemplo de un convenio unilateral, ambas formas o manifestaciones de ejecución de la representación se habrán de dar en conjunto, pues las manifestaciones de voluntad se entrecruzan, creando generalmente las obligaciones recíprocas, asumiendo las partes el

caracter de sujeto activo de alguna de ellas y pasivo de otras.

DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN

[ESCOBAR FORNOS, Iván]²

1. Origen, justificación y regulación

El origen del derecho legal de retención se remonta al Derecho romano. Fue una medida de equidad que otorgó el pretor ante la ausencia de acción de reembolso a favor del tercero que había hecho gastos en la cosa detentada, bajo el rigor civil del procedimiento formulario. Se introdujo en forma de excepción (*exceptio dolí malí*).

Cierto sector doctrinal, liderado por Henri Capitant, sostiene que la justificación romana ha desaparecido, pues hoy día todo derecho está tutelado por una acción, por lo que el detentor puede demandar ante los tribunales el pago de su reclamo ante la eventual insolvencia del deudor. De aquí que podría ser suprimido el derecho de retención sin que resulte ninguna injusticia.

No obstante lo expuesto, las legislaciones de todos los países la han consagrado, ampliado y perfeccionado, debido a su gran utilidad práctica como medida de garantía y seguridad, valores muy importantes en las relaciones crediticias.

Nuestro Código Civil, a diferencia del argentino, que le sirvió de modelo en varias instituciones y figuras, no hace una regulación general del derecho de retención, simplemente lo contempla para casos particulares.

El Código de Procedimiento Civil le dedica un párrafo dentro de los juicios especiales. Esta ubicación es desacertada. En primer

lugar no se regula ningún juicio especial, sino que se limita a decir que el derecho legal de retención se puede pedir como medida prejudicial, en juicio ordinario o por medio de un incidente dentro de un juicio. Esto lo pudo haber dicho en una parte más general, como el Libro III. En segundo lugar, el resto de sus disposiciones se limitan a regular el efecto de la retención, lo que evidentemente corresponde el Derecho sustantivo (Código Civil, Mercantil, etc.)

2. Concepto

El derecho de retención es la facultad que tiene el poseedor o tenedor de una o varias cosas para retenerlas mientras le paga el eudor lo que le debe por razón de ellas y, en caso de negativa, adjudicarse o realizar los bienes para pagarse con el derecho de prelación propio de la prenda o hipoteca, según sean muebles o inmuebles. Del derecho de retención pueden usar tanto el que toma la cosa con ánimo de dueño o como el simple tenedor (depositorio, etc.).

3. Caracteres

El derecho de retención presenta los caracteres siguientes: es accesorio, indivisible y patrimonial.

A. Accesoriedad

Como todos los derechos de garantía, el derecho de retención es accesorio, pues supone la existencia de un crédito a favor del acreedor que lo ejerce.

Al ser accesorio sigue la suerte de lo principal. Son muchas las

consecuencias que se derivan de esta característica: extinguida la obligación que garantiza, se extingue la retención; nula la obligación principal, es nula la retención; en la cesión o transmisión del crédito va incluida la retención; etc.

Es conveniente advertir que no es un derecho subsidiario. Esto significa que procede aunque exista otra medida de garantía o en ausencia de ésta.

B. Indivisibilidad

La indivisibilidad abarca dos aspectos. Por una parte, le concede al acreedor la facultad de ejercitarlo por la totalidad del crédito, sobre todas y cada una de las cosas en su poder. Por otra parte, el acreedor puede retener todos y cada uno de los bienes, si sólo ha recibido un pago parcial.

Este carácter no aparece contemplado expresamente, pero se le aplica la misma indivisibilidad de la prenda o hipoteca, según el bien sobre el que recaiga. Así se desprende del art. 1426 Pr. que asimila el derecho de retención a la prenda o hipoteca. Por otra parte, la equidad y la eficacia de esta figura así lo exigen.

C. Patrimonialidad

El derecho de retención tiene carácter patrimonial y como tal puede ser objeto de cesión por acuerdo entre vivos, entregándose la cosa retenida. También puede ser transmitido por causa de muerte. No existe disposición legal que lo impida.

4. Naturaleza jurídica

Su naturaleza real o personal ha sido objeto de amplia discusión.

Un sector doctrinal sostiene que tiene carácter real. Otro sector piensa que se trata de un derecho personal porque carece del derecho de persecución, que es la principal característica del derecho real, por lo que si el retenedor pierde la cosa no tiene acción contra terceros para que se le restituya; por otra parte, tampoco el retenedor tiene derecho de goce o disfrute, pero este argumento es poco válido, pues en ciertos derechos reales de garantía (hipoteca) no existe disfrute por parte del acreedor.

Por último se considera que tiene un carácter sui generis, ya que posee ciertos efectos propios de los derechos reales como su oposición a terceros y preferencia en el pago.

Nuestro sistema se ajusta a esta última tesis, pues el art. 1426 Pr. equipara el derecho legal de retención a la hipoteca o prenda para los efectos de la realización y preferencia. Tiene, pues, todas las características de un derecho real de garantía, menos la persecución. Si tuviere esta característica sería un derecho real.

También algunos especialistas consideran que es una figura procesal: una excepción y sólo en esta forma puede esgrimirse; una medida precautoria; y un secuestro privado (forma de autodefensa cautelar).

5. Ámbito

Cuando existe un precepto legal que establece el derecho legal de retención no se presenta problema de su reconocimiento. La

cuestión surge a falta de norma expresa. Sobre el particular se han formulado varias tesis.

Cierto sector doctrinal sostiene que el derecho de retención es de derecho estricto y, como consecuencia, únicamente procede cuando expresamente lo contempla la ley. Podría pensarse que el art. 1424 Pr. consagra este sistema al suponer en su texto que el derecho de retención sólo cabe en cierto caso establecido en la ley, pero no es así. Esta es una disposición adjetiva, que no puede regular intereses sustantivos como los regulados al contemplar la ley la retención.

Otro sector no exige el texto expreso, pero pide la conexión del crédito con la cosa y la retención de ésta relacionada con una convención o cuasicontrato. Pero es fácil advertir que existen casos de retención sin que esté de por medio un contrato o cuasicontrato.

La opinión mayoritaria piensa que basta la conexidad, o sea, que el crédito nazca con ocasión de la retención de la cosa (debitum cum re junctum). No exige el texto expreso que lo contemple. Nuestra legislación se adhiere a este sistema.

Una última opinión sostiene que basta la existencia del crédito, cualquiera que sea su causa. No exige ni la conexidad ni el texto legal expreso que lo contemple. Tiene poca aceptación porque su excesiva generalidad rebasa los límites de la institución.

Nuestro Código Civil contempla varios casos de derecho legal de retención. Nos ocuparemos de algunos de ellos.

A. El poseedor de buena fe

De conformidad con el art. 1749 C. el poseedor de buena fe puede

retener la cosa hasta ser pagado de los gastos que hubiere hecho para la conservación de dicha cosa. Este poseedor, frente a la demanda reivindicatoria, puede retener la cosa reivindicada hasta ser pagado de dichos gastos. También puede tomar la iniciativa.

B. El arrendador y arrendatario

De conformidad con los arts. 2840 y 2848 C. el arrendatario tiene derecho a retener la cosa arrendada, si el contrato no hubiere de continuar, en los siguientes casos: a) cuando el arrendador autorizó y se obligó a pagar los gastos y mejoras hechas por el arrendatario en la cosa arrendada; b) cuando sin ser autorizados inicialmente los gastos y mejoras, posteriormente se obligó a pagarlos el arrendatario; c) cuando las reparaciones y gastos corresponden al arrendador, pero el arrendatario las tuvo que hacer por urgencia.

También tiene derecho, de conformidad con las disposiciones citadas, al derecho de retención hasta el pago de las mejoras y gastos, en los casos siguientes: a) si fueren necesarios o útiles y sin culpa del arrendatario se resolviera el contrato, aunque el arrendador no se hubiere obligado a pagarlos ni autorizados para hacerlos; b) si fueren voluntarias las mejoras y por culpa del arrendador se resolviera el arrendamiento; c) si en el arriendo por tiempo indeterminado se autoriza al arrendatario hacer los gastos y mejoras y al pedir la restitución el arrendador, el arrendatario no ha disfrutado de ellas.

En todos los casos expuestos el arrendador está obligado a pagar las mejoras y gastos hechos por el arrendatario en la cosa arrendada y la ley le concede a éste el derecho de retención hasta el pago de ellos.

El arrendador goza del derecho de retención hasta pagarse la renta y demás cargos del arrendamiento sobre los muebles y utensilios del arrendatario existentes dentro de la cosa arrendada y sobre

los frutos de las cosechas respectivas si el predio fuere rústico. Así lo dispone el art. 2835 inc. 1C.

El art. 2835 inc. 2 C. preceptúa que la retención no procede por créditos de futuras indemnizaciones, sobre objetos no embargables ni "por alquileres por vencer posterior al año corriente y al que siga". Esta última expresión, interpretada por el argumento a contrario sensu, autoriza a usar el derecho de retención por alquileres que vencen en el año corriente y en el siguiente.

C. El mandatario

El art. 3343 C. autoriza al mandatario a retener los bienes que se le hayan entregado por cuenta del mandante hasta ser pagado a lo que éste estuviere obligado en razón al mandato (gastos, retribuciones, etc.). Sólo puede retener las cosas recibidas en razón del mandato y no otras pertenecientes al mandante que por otra causa se encuentran en su poder, porque en tal caso no existe conexidad entre la cosa y el crédito.

D. El depositario

De conformidad con el art. 3487 C. el depositario tiene derecho a retener] cosa depositada hasta el pago de lo que se le debe en razón del depósito, com serían los gastos de conservación y honorarios; pero quedan excluidos del derecho de retención los daños y perjuicios que el depósito le hubiere causado al depositari o por otra causa extraña al depósito.

No existe justificación para excluir los daños y perjuicios causados co ocasión del depósito. La exclusión por causa extraña sí se justifica, pero no s necesitaba expresarlo por no existir conexidad entre la causa del daño y la cosa

El mencionado artículo agrega que no cabe la retención cuando la eos depositada pertenezca a un tercero, pero que el depositario podrá reclamar a deponente.

E. El comprador bajo pacto de retroventa

De conformidad con el art. 2692 C., el comprador bajo pacto de retroventa tiene derecho a retención hasta ser pagado del precio de la venta, los gastos de entrega al vendedor, los gastos de escritura y las mejoras que no sean voluntarias.

DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN

[Stitchkin Branover, David]³

Para asegurar el pago de las prestaciones que le deba el mandante, la ley concede al mandatario el derecho legal de retención sobre los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante, artículo 2162. Tocante a los efectos y al procedimiento, se siguen las reglas especiales contenidas en los artículos 545 a 548 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 71 de la Ley de Quiebras dispone, en el inciso cuarto, que si a algún acreedor le corresponde el derecho legal de retención, no puede ser privado de la cosa retenida sin que previamente se le pague o se le asegure el pago de su crédito. Y añade que la procedencia del derecho legal de retención puede ser declarada aun después de la sentencia de quiebra. Este precepto tiene plena aplicación en el caso del mandatario, según acaba de verse. Pues el artículo 2162 le concede el derecho legal de retención sobre todos los efectos que haya recibido por cuenta del mandante para seguridad de las prestaciones que éste le deba a causa o con ocasión del mandato. El mandatario tiene, en tal caso,

un crédito privilegiado de la segunda clase, artículo 546 del Código de Procedimiento Civil. Siendo de advertir que el artículo 92 de la Ley de Quiebras crea un nuevo caso de derecho legal de retención que si bien no está referido determinadamente al mandatario, pues está concebido en términos generales a la situación que allí se prevé, puede serle aplicable si se dan los presupuestos que ese precepto señala.

DEL MANDATO JUDICIAL

[BRENES CÓRDOBA, A]⁴

Se denomina "mandato judicial", el que tiene por objeto facultar al mandatario para que intervenga en los negocios judiciales en que activa o pasivamente esté interesado el mandante.

Para su validez, el poder debe constar en escritura pública, o bien puede otorgarse en el mismo expediente del juicio, caso en el cual se llama "apud-acta".

según la extensión del poder, el mandato es general o particular. El primero confiere amplias facultades para el manejo de todos los negocios de poderdante; el segundo aunque también comprende amplias atribuciones, pues son las mismas del mandato general, se limitan al negocio o negocios que expresamente se mencionan en el poder.

Lo expresado en las secciones anteriores del presente capítulo, tiene lugar en esta especialidad del mandato, en cuanto lo permitía la índole del mismo.

El mandato general judicial otorga al mandatario las facultades siguientes: apersonarse como actor o demandado a nombre del poderdante en cualquier negocio que interese a éste; seguir el juicio en sus diversas instancias; usar de todos los recursos ordinarios y extraordinarios; pedir y absolver posiciones; reconocer documentos; otorgar y cancelar las escrituras que el negocio o negocios exijan; renunciar cualquier trámite; recusar a los funcionarios judiciales y quejarse de ellos; acusarlos por motivo de los juicios; y hacer todo lo que haría el dueño si estuviera gestionado, para llevar a término los negocios. (Art. 1289 Código Civil).

Aunque el Código Civil incluye entre las facultades del mandatario también la de transigir y comprometer en árbitros, así como la de recibir dinero y dar el correspondiente recibo, el Código de Procedimientos Civiles (art. 1054) dispone que para estos actos requiere autorización expresa del mandante, regla ésta que debe privar por tratarse de una ley posterior, y más conveniente a los intereses del poderdante.

Esta limitación de poder en cuanto a la facultad de transigir o comprometer en árbitros, la señala específicamente el Código Civil para el Promotor Fiscal, los fiscales específicos y demás representantes del Fisco, de los Municipios y demás corporaciones públicas, quienes necesitan para tales actos autorización superior. Estas disposiciones rigen también para los procuradores generales y especiales que ostentan hoy día la representación judicial del Estado.

Al que ejerza o haya ejercido la procuración de un litigante, como mandatario suyo, no le es permitido aceptar igual procuración en favor de la parte contraria, aunque renuncie al primer mandato. Tal prohibición no sólo aparece en el Código Civil, sino también

en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art.142). El procurador que lleve a cabo un acto de esa naturaleza, no solo infringiría un greve precepto de la moral profesional, sino que sería responsable civil, y aun penalmente, según el caso, por la infidencia cometida en el desempeño de sus funciones.

Dispone el Código Civil que, a falta de convenio entre el poderdante y el apoderado acerca de los honorarios que éste devengue, la fijación de la suma correspondiente se hace por peritos, previo examen de los trabajos que haya ejecutado el mandatario.

Sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles contiene una serie de disposiciones relativas al modo de hacer esa fijación , eliminando la participación de los peritos para dejarlo como atribución de los jueces según las tablas de honorarios que tanto este Código como la Ley de Honorarios Profesionales contienen. Por ello, puede decirse que en este aspecto, lo dispuesto por la ley sustantiva ha quedado inoperate.

De conformidad al Código de Procedimientos civiles (art. 1050) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (art.140) solo se concede la facultad de ejercer la procuración ante los tribunales de justicia a los Abogados, Bachilleres en Leyes y Procuradores especiales: Pero en aquellos lugares de la República en donde no hubiere domiciliadas por lo menos dos personas de las autorizadas por la ley para litigar en representación, podrá ser apoderado judicial, quien no tenga ninguna de las cualidades indicadas.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- *Derecho de retención: Concepto y extinción*
- *Plazo para exigir devolución del bien*

[Sala Primera]⁵

Texto del extracto:

"X.- El derecho de retención constituye una garantía de cumplimiento de las obligaciones, por el cual la ley autoriza al acreedor a mantener la posesión de un bien, que no es de su propiedad, como medio de coacción para el pago de una obligación jurídica. El acreedor no puede disponer del bien de ninguna forma, solo tiene derecho a retenerlo, siempre y cuando la ley lo autorice expresamente. Como ejemplos pueden citarse los artículos 279, inciso 3, 502, 1072, 1073, 1143, 1182, 1195, 1277 y 1338 del Código Civil, y 336 inciso g) del Código de Comercio, este último referido a la materia que nos ocupa. Cuando cesa la situación que la ley toma en cuenta para autorizar el derecho de retención, éste se extingue y surge para el propietario del bien el derecho de poseerlo nuevamente, pudiendo ejercer las acciones necesarias para tal efecto, dentro del plazo de prescripción ordinaria que rija en la materia de que se trate, sea civil o comercial. Es claro que ese derecho para exigir la devolución del bien, deriva de la propiedad y no del contrato de transporte, por lo que es independiente de éste. Lo derivado del contrato de transporte es el derecho de retención del transportista, el cual está directamente ligado al derecho de cobro del flete, que es su presupuesto necesario. Al extinguirse ambos, pues uno va ligado al otro, desaparece la legitimación que tenía el transportista para retener un bien ajeno, concretamente la cocina del demandante, por

lo que, al no existir ya ningún título para retenerla, lo lógico y justo es que deba ser devuelta a su legítimo propietario. El plazo de prescripción para solicitar la devolución del objeto transportado corre entonces a partir de la fecha en que se extinguió la obligación de pago por prescripción, y feneció en consecuencia el derecho de retención que asistía al transportista. Claro está que, si bien el actor tiene derecho para reclamar la devolución del bien que es de su propiedad, no lo tiene para reclamar daños y perjuicios por la retención que se produjo con motivo del no pago del flete, puesto que el acreedor actuó en su legítimo derecho, hasta que se operó la prescripción del derecho de cobro derivado del contrato de transporte, según se dijo. Por ese motivo, y por la extinción del derecho del actor a reclamar los daños y perjuicios derivados del transporte, el Tribunal declaró sin lugar la demanda en cuanto a los reclamos del actor para el pago de los daños causados a la mercadería transportada y perjuicios irrogados por la retención misma."

• ***Error de prohibición vencible: Retención de dinero para garantizar honorarios***

• ***Falso conocimiento sobre el derecho de retención***

[Sala Tercera]⁶

Texto del extracto:

"V.- Recurso por el fondo. Por economía procesal y porque realmente los aspectos planteados por vulneración de la ley sustantiva se dirigen hacia un mismo fin genérico, esto es si el sentenciado podía o no -a título de honorarios- retener y dejarse

el dinero que le fue entregado para afianzar costas, la Sala procede -por mayoría- a resolver directamente el tercer motivo del recurso de casación por el fondo. En este el recurrente argumenta que su conducta se encuentra amparada por lo dispuesto en el artículo 1277 del Código Civil, toda vez que existe un derecho de retención en su favor de la suma a él entregada con el fin de que fuera depositada como afianzamiento de costas. Adicionalmente afirma que el mandato judicial se encuentra equiparado al mandato civil por disposición expresa del artículo 1288 también del Código Civil. Los razonamientos del recurrente se complementan con abundantes citas doctrinales, legales y jurisprudenciales que pretenden dar sustento a su tesis de que ha de aplicarse lo preceptuado por el artículo 25 del Código Penal vigente, ya que la conducta que se le reprocha habría sido realizada en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho. La argumentación del impugnante, en este sentido, se divide en dos partes: por un lado, pretende resolver el problema del momento para el análisis de la antijuridicidad de la conducta y, por el otro, acude a la teoría de la armonía o complementariedad del orden jurídico, la cual afirma que no pueden coexistir espacio-temporalmente disposiciones que permitan y a la vez prohíban una conducta. En cuanto a la primera parte de este esquema, la propuesta de aquel consiste en ofrecer como solución que la concurrencia de una "ausencia de justificantes" más la tipicidad legal de la conducta configuran el "delito". Este acerto lo lleva a sostener asimismo, y esto dentro del contexto de la teoría de los elementos negativos del tipo penal (la cual aparentemente acepta), que la "ausencia de causas de justificación es indispensable para la existencia de la antijuridicidad penal". En lo que se refiere al tema del principio "armonía" del ordenamiento jurídico, apoyado principalmente con citas de Antolisei, concluye que mientras exista un derecho que sea ejercitable, y debidamente admitido por alguna parte del orden jurídico, opera éste como una causal de "exclusión de la antijuridicidad". La abundante

referencia doctrinal a autores del derecho civil, funciona en el recurso como una herramienta para hacer transparente la solicitud del recurrente, repetida a lo largo de este motivo del recurso, de que le asistía, en su condición de mandatario judicial, la facultad de retener los bienes entregados hasta tanto se le satisficiera la deuda originada en el conflicto de honorarios. No obstante, estos alegatos resultan ineficaces para concederle la razón. El cuestionamiento que plantea el recurrente en este motivo del recurso, según el criterio de la mayoría de esta Sala, atañe más bien a un aspecto que el a-quo no analizó correctamente: la aplicación en el caso concreto del artículo 35 del Código Penal referido al error de prohibición. Los juzgadores realizan un análisis amplio y circunstanciado del aspecto mencionado (v. folios 705 fte a 707 vto.) para desembocar en la conclusión de que el imputado no podía exculpar su conducta en un error de prohibición, toda vez que en su condición de profesional en derecho se encontraba en posibilidad de comprender el carácter ilícito de su hecho y de determinarse de acuerdo a esa comprensión. Empero se desprende de los hechos probados de la sentencia que el imputado L.M. recibió la suma de un millón veinte mil colones de parte de B.M.B. con el fin de que fuera depositada en el despacho correspondiente para realizar el afianzamiento de costas; y que luego el Lic. L. solicitó al Juez Cuarto Civil que le entregara esa suma, lo que así ocurrió. Tal y como queda claro en la circunstanciación de los hechos, y en la misma argumentación del Tribunal a quo, resulta que el imputado mantuvo el dinero en su poder, aún después del apercibimiento de ley de que lo devolviera en el plazo de cinco días. Este comportamiento del autor se dio en el falso conocimiento de que podía mantener los mencionados dineros en su esfera de disposición amparado en un "derecho de retención", el cual justificaba en la existencia de una deuda correlativa que debía ser satisfecha, en su condición de mandatario judicial, y en la creencia de que en tal condición podía tener las mismas atribuciones de un mandato civil, lo que le

autorizaba también a retener dineros que le fueron dados para otras diligencias, en carácter de honorarios. Dichos elementos llevan a concluir que el imputado, en su calidad de profesional en derecho, se creyó falsamente amparado en causales de atipicidad (como admite la doctrina el cumplimiento de un deber legal o de justificación (el ejercicio legítimo de un derecho), ambas reconocidas por nuestra legislación penal en el artículo 25 del Código de la materia (aunque las dos como causas de justificación) por lo que su actuar puede ser exculpado, sin bien no totalmente, haciendo uso de la figura del error de prohibición vencible [...]. Existencia de un error de prohibición vencible en la especie.- El error de prohibición se produce cuando el sujeto que actúa cree, por error, falso conocimiento o ignorancia, que su conducta no se encuentra sujeta a pena. Esto ocurre cuando, por ejemplo, el autor cree que se encuentra justificado para realizar un determinado hecho sin que así sea (verbigracia, defenderse de un ataque supuestamente ilegítimo sin que existen las circunstancias propias de una legítima defensa acorde con la legislación). La falsa suposición de la concurrencia de una causal de justificación encuentra sustento en el artículo 35 del Código Penal como un supuesto de exculpación, aún cuando el legislador la haya ubicado como un segundo párrafo del artículo 34. Lo anterior no sólo porque dicho párrafo hace referencia a un efecto de pena que corresponde directamente a la aplicación de una exculpante, sino porque el primer párrafo del 34, como ya lo ha sostenido esta Sala en el fallo indicado, se refiere exclusivamente a un problema de atipicidad relacionado con la ausencia de dolo en el actuar de un sujeto, cuando éste puede ser circunscrito a las hipótesis de un error de tipo invencible, o cuando siendo vencible es posible aplicar un tipo culposo correlativo. Un análisis de los aspectos subjetivos presentes en la especie, permite observar que el imputado comprendió falsamente que se encontraba bajo los efectos liberatorios de la antijuridicidad de su conducta por la existencia de un ejercicio legítimo de un derecho o del

cumplimiento de un deber legal. La misma argumentación del motivo del fondo permite observar que el oscuro punto legal acerca del posible derecho de retención de los dineros entregados para afianzar costas llevó al imputado a creerse en el derecho de apropiarse de esos dineros, en una falsa comprensión de lo establecido por los artículos 1277 y 1288 del Código Civil. Esta falsa comprensión, si bien es cierto, y como bien lo argumentan los juzgadores de mérito, resulta ser vencible para L.M., toda vez que existen medios para superar ese falso conocimiento. Si los dineros fueron entregados para afianzar costas, el abogado no debe retenerlos con fines de pago de honorarios, no sólo porque existen medios para que dentro del mismo proceso civil el juez, ante la solicitud legítima de pago de unos honorarios en descubierto, ordene que los dineros entregados para un rubro sean entregados al abogado para cancelar dicha deuda generada por la tramitación del proceso; sino también porque existe el proceso incidental de cobro de honorarios, en donde el abogado, incluso de manera privilegiada a otros acreedores, puede actuar a fin de que se le cancelen los dineros que su actividad profesional merezca. Es cierto que en materias tan delicadas como la aplicación del derecho, la experiencia sugiere que, antes de actuar en un determinado sentido, se realice un estudio concienzudo y profundo de la materia objeto de discusión, a fin de determinar el camino correcto a seguir. Pero igualmente es cierto, que existen puntos jurídicos que por su dificultad también ofrecen a la doctrina la posibilidad de equívocos o incluso de soluciones incorrectas. Al profesional en derecho se le puede reprochar una aplicación o interpretación incorrecta de la Norma Jurídica, pero también deben considerarse algunas circunstancias propias del sujeto actuante, como en el caso en cuestión, que cree estar profundamente convencido que le asiste un derecho que en realidad no tiene. Siendo vencible el error resulta necesario que se produzca una disminución facultativa del reproche acorde con las condiciones en que se verificó la comprensión del injusto. Por ende debe

estimarse que el encartado actuó en la falsa comprensión de que le asistía un derecho de retención de los dineros originalmente entregados para el afianzamiento de costas en un proceso civil, y, por consiguiente, en correcta aplicación del artículo 35 del Código Penal en relación con el artículo 34, párrafo segundo, del mismo cuerpo legal, se considera su conducta parcialmente exculpada en dicha comprensión, debiéndosele reducir la pena impuesta acorde a las circunstancias en que se verificó el actuar del imputado."

- ***Retención indebida: Libros de persona jurídica entregados a abogado para que realice trámite de liquidación***

- ***Honorarios de abogado en asuntos penales: Inexistencia de derecho de retención sobre documentos ante el incumplimiento de pago***

[Tribunal de Casación Penal]⁷

Texto del extracto:

"V.- [...].- En el primer reparo por supuestos vicios in iudicando, el impugnante aduce la violación de las normas de fondo arriba citadas, por lo siguiente: a) Al fin y al cabo, lo que dice el órgano de mérito es que el imputado no tiene dolo en su proceder; b) Sobre esta base, no puede existir delito, al no estar presente el elemento volitivo; c) La motivación del imputado era "recusar" su patrimonio, no retener ilegítimamente, de donde -contrario a la sentencia- no se configuró el elemento subjetivo del tipo; d) En el fondo de la relación contractual, al imputado

le asistía un derecho de retención; e) No se ha demostrado que la ofendida haya sufrido daño alguno. El reproche debe declararse sin lugar. En lo que a los puntos a), b), c), y e) del motivo, que se refieren a impropios cuestionamientos subjetivos de la base fáctica que se estableció en la sentencia de mérito, el recurrente deberá remitirse a lo que ya se expuso en los considerandos anteriores. Por otra parte, y en lo que atañe al argumento que se identifica como d), es necesario indicar que -tal y como de forma expresa y acertada lo razonó el juez de instancia- en este caso debe descartarse por completo que al imputado le asistía un derecho de retención sobre los libros de la persona jurídica que le fueron entregados para cumplir con el trámite de liquidación. En efecto, tal y como se explica en el fallo, la situación que se tuvo por demostrada hace necesario concluir que el imputado (un abogado que se contrata para que realice un trámite de liquidación de una persona jurídica, a quien, con tal fin, se le entregan los respectivos libros de la misma), no es titular de un derecho de retención que alega en su favor, pues no nos encontramos ante ninguna de las hipótesis excepciones y taxativas que, como autorizaciones reconocidas por el ordenamiento jurídico para realizar ciertas conductas de auto tutela en supuestos en los que la normativa no ofrecería una solución eficiente y ágil, contemplan los artículos 279 inciso 3°, 502 párrafo 1°, 1040, 1072, 1073, 1143, 1182, 1195, 1277, 1338 del Código Civil. Y es que, de acuerdo con lo anterior, no resultaría proporcional que para supuestos como el que nos ocupa, el ordenamiento jurídico le reconociera al abogado un derecho de retención sobre documentos que un cliente le entregue a efectos de que aquel realice un trámite legal, si además de ello está prevista una vía procesal privilegiada (incluso sobre otros acreedores) para que se procure la cancelación de los dineros que su actividad profesional haya generado y merezca, cual sería -conforme en efecto se explica en el fallo- el incidente de cobro o, si fuese del caso, el juicio abreviado. Es por esta razón que si en la especie, conforme se

acreditó, el encartado actuó en la falsa comprensión de que le asistía un derecho de retención de los documentos originalmente entregados por la ofendida para que realizara una trámite de liquidación de una persona jurídica, en correcta aplicación del artículo 35 del Código Penal en relación con el artículo 34, párrafo segundo, del Código Penal, por parte del juzgador se consideró su conducta parcialmente exculpada, por cuanto su condición de abogado con experiencia en el ejercicio profesional le hubiera permitido, con un mínimo esfuerzo de estudio y consulta, vencer ese error en el que se encontraba. Así las cosas, al no haberse presente ningún error de fondo en la decisión, se declara sin lugar el motivo planteado."

FUENTES CITADAS:

- 1 ETCHEVERRY, Raúl Anibal. Derecho Comercial y Económico. Contratos Parte Especial. Volumen dos. Editorial Astrea. Buenos Aires 1994. Pp. 35-39
- 2 ESCOBAR FORNOS Iván. Derecho de Obligaciones. Editorial HISPAMER. Segunda Edición. 2000. Managua Nicaragua. Pp. 345-349
- 3 STITCHKIN BRANOVER David. El Mandato Civil. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición. Santiago de Chile 1989. Pp. 377-378
- 4 BRENES CÓDOBA Alberto. Tratado de los Contratos. Primera Edición revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez. San José Costa Rica Editorial JURICENTRO. 1985. Pp. 224-226
- 5 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 35 de las quince horas del veintidós de marzo de mil novecientos noventa y uno. Expediente: 91-000035-0004-CI.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 486 de las diez horas del veintitres de mayo de mil novecientos noventa y siete. Expediente: 96-000903-0006-PE.
- 7 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 633 de las once horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de agosto de dos mil dos. Expediente: 98-002942-0175-PE.