



Dictámenes de la PGR sobre la Incompatibilidad de Ejercer el Comercio en Virtud de la Nacionalidad

Rama del Derecho: Derecho Comercial.	Descriptor: Comerciante.
Palabras Claves: Comerciante, Extranjero, Incompatibilidad para Ejercer el Comercio, Artículo 8 del Código de Comercio, Artículo 6 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.	
Fuente de Información: Dictámenes de la Procuraduría General de la República.	Fecha: 26/06/2014.

Contenido

RESUMEN	1
NORMATIVA	2
1. Incompatibilidades para Ejercer el Comercio	2
2. Eliminación de Restricciones al Comercio	2
DICTÁMENES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.....	4
1. Incompatibilidad para que los Extranjeros Participen en el Capital Social de las Sociedades de Inversión	4
2. Ejercicio del Comercio por Parte del Extranjero y la Ley de Migración y Extranjería.....	15

RESUMEN

El presente documento contiene dictámenes de la Procuraduría General de la República sobre la **Incompatibilidad de los Extranjeros para Ejercer el Comercio**, considerando los supuestos de los artículos 8 del Código de Comercio y 6 de la Ley de la Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor.

NORMATIVA

1. Incompatibilidades para Ejercer el Comercio

[Código de Comercio]ⁱ

ARTÍCULO 8. No podrán ejercer el comercio, aunque tengan capacidad conforme al derecho común:

- a) Los privados de ese derecho por sentencia judicial;
- b) Los quebrados o insolventes no rehabilitados; y
- c) Los funcionarios públicos a quienes la ley prohíba tal ejercicio.

Los extranjeros podrán ejercer el comercio en el territorio nacional, siempre que se hayan establecido permanentemente en el país, con residencia no menor de 10 años, sometidos al régimen jurídico y a la jurisdicción de los tribunales de la República, salvo lo que sobre el particular consignen los tratados o convenios internacionales.

En cuanto a sociedades extranjeras, se estará a lo que dispone este Código

(Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 4625 de 30 de julio de 1970)

2. Eliminación de Restricciones al Comercio

[Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor]ⁱⁱ

Artículo 6. **Eliminación de restricciones al comercio.** Se eliminan las licencias y toda otra autorización para el ejercicio del comercio, así como las restricciones para ejercer actividades comerciales, en virtud de la nacionalidad y sin perjuicio de la normativa particular en materia laboral y migratoria.

Se eliminan todas las restricciones que no sean arancelarias y cualesquiera otras limitaciones cuantitativas y cualitativas a las importaciones y exportaciones de productos, salvo los casos señalados taxativamente en el artículo 3 de esta Ley y en los términos allí expresados.

La Administración Pública puede establecer, excepcionalmente, mediante decreto ejecutivo y previa recomendación favorable de la Comisión para promover la competencia, licencias de importación o exportación. Esta medida se propone restringir el comercio de productos específicos, cuando existan circunstancias anormales o desórdenes en el mercado interno o externo, debidos a fuerza mayor, caso fortuito y toda situación que genere o pueda generar un problema grave de desabastecimiento en el mercado local, que no pueda satisfacerse acudiendo a los mecanismos del mercado, o cuando estos deban aplicarse en virtud de restricciones negociadas o impuestas por socios comerciales, mientras estas circunstancias excepcionales subsistan, a juicio de esa Comisión, en los términos expresados en el párrafo siguiente. En todo caso, las causas que motivaron la medida deben revisarse dentro de períodos no superiores a seis meses.

En los casos mencionados en el párrafo anterior, la Administración Pública debe realizar un estudio técnico que sustente esa medida; además, debe recabar el parecer de la Comisión para promover la competencia y puede apartarse de ella mediante decisión razonada. Antes de resolver sobre su procedencia, los términos y las condiciones de la restricción, esa Comisión debe conceder una audiencia escrita a los interesados, por un término de cinco días, sobre el citado estudio.

Se reconoce la facultad de las cámaras y las asociaciones privadas para autorregular su actividad económica, para garantizar la prestación eficiente de servicios a la sociedad, con estricta observancia de los principios éticos y de respeto por la libertad de concurrencia de los agentes económicos y para prevenir las conductas que en esta Ley se prohíben y sancionan. La participación de esas entidades no podrá limitar el libre acceso al mercado correspondiente ni impedir la competitividad de nuevos ajustes económicos.

El Poder Ejecutivo reglamentará la presente norma y, en particular, la facultad de esas entidades para establecer registros de personas y empresas que se dediquen a la actividad respectiva.

DICTÁMENES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. Incompatibilidad para que los Extranjeros Participen en el Capital Social de las Sociedades de Inversión

[Procuraduría General de la República]ⁱⁱⁱ

Señor

MBA Carlos Murillo Scott

Gerente a.i.

Comisión Nacional de Valores

S.O.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, nos referimos a su oficio G-097-95, de fecha 3 de marzo del año en curso, mediante el cual solicita el criterio de éste Organismo Asesor en torno a la posible derogatoria tácita de los preceptos contenidos en los artículos 91 inciso 3) y 110 inciso e) de la Ley Reguladora del Mercado de Valores en virtud de la promulgación de la Ley N° 7472 de 20 de diciembre de 1994 (Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor).

Sobre lo anterior, nos permitimos realizar los siguientes comentarios:

I. NORMATIVA APLICABLE.

Para los efectos que interesan en la consulta, resulta imprescindible tener en cuenta las siguientes disposiciones normativas:

De la Ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990 (Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio) destacamos las siguientes:

"Artículo 86. Para la organización y funcionamiento de las sociedades de inversión, se requiere concesión de la Comisión Nacional de Valores.

Las sociedades de inversión tienen por objeto la adquisición de títulos seleccionados de acuerdo con el criterio de diversificación de riesgos, con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas de su capital social, entre el público inversionista o aquellas cuyo único objeto sea la administración de fondos y valores de terceras personas."

"Artículo 91. Las sociedades de inversión deberán organizarse como sociedades anónimas, con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio y a las siguientes reglas especiales:

1)..., 2)...

3) En ningún momento podrán participar en forma alguna en el capital de estas sociedades, gobiernos o dependencias oficiales extranjeras, entidades financieras del exterior o agrupaciones de personas extranjeras, físicas o jurídicas, sea cual fuere la forma que revistan, directamente, o por medio de interpósita persona. Tratándose de sociedades de inversión comunes y de las de capital, las entidades financieras del exterior, así como las agrupaciones de personas extranjeras, físicas o jurídicas, podrán participar en su capital, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 96 de esta Ley."

"Artículo 109. Las sociedades operadoras de sociedades de inversión tendrán como único objeto la prestación de servicios de administración a estas, así como los de distribución y recompra de sus acciones.

Los servicios que presten estas sociedades pueden ser realizados, igualmente, por puestos de bolsa."

"Artículo 110. Las sociedades operadoras de sociedades de inversión requieren ser previamente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores. Esta autorización será otorgada cuando, a juicio de la citada Comisión, se satisfagan los requisitos siguientes: a)..., b)..., c) Estar constituidas como sociedades anónimas con régimen especial de acciones comunes y nominativas, y tener íntegramente pagado el capital mínimo que determine la Comisión Nacional de Valores, mediante disposiciones de carácter general. ch)..., d)..., e) En ningún momento podrán participar en su capital social, directa o indirectamente, las personas o agrupaciones de personas a que se refiere el inciso 3) del artículo 91 de esta ley. (...)"

Por otra parte, de la Ley N° 7472 de 20 de diciembre de 1994 (Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor), es preciso retener las siguientes disposiciones, en lo que aquí interesa:

"Artículo 1º. Objetivo y fines. El objetivo de la presente Ley es proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y al eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas."

"Artículo 6. Eliminación de restricciones al comercio. Se eliminan las licencias y toda otra autorización para el ejercicio del comercio, así como las restricciones para ejercer actividades comerciales, en virtud de la nacionalidad y sin perjuicio de la normativa particular en materia laboral y migratoria. (...)"

Precisamente, la duda que surge al interno de la Comisión Nacional de Valores radica en el hecho de si, a consecuencia de lo dispuesto por el artículo sexto de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, las restricciones contenidas en los numerales 91 inciso 3) y 110 inciso e) de la Ley Reguladora del Mercado de Valores fueron tácitamente derogadas. A los efectos que nos ocupan, conviene recabar criterios doctrinales y jurisprudenciales que nos permitan realizar la función interpretativa que interesa.

II. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA DEROGACION TACITA DE LAS LEYES.

Al abordar el tema de la derogatoria de las leyes en el sistema jurídico español, el tratadista Juan SANTAMARIA PASTOR define los siguientes criterios:

"Al contrario de lo que ocurre con otros textos constitucionales, la CE no contiene más que referencias episódicas a la derogación (así, p. ej., arts. 81,2; 84; 86.2; 96.1). La forma básica al respecto continúa hallándose en el Título Preliminar del Cc. cuyo art. 2º, 2, inciso primero, reproduce la fórmula tradicional de nuestro Derecho: "las leyes sólo se derogan por otras posteriores". La derogación, por tanto, es la acción y efecto de la cesación de la vigencia de una norma producida por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior que elimina, en todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro diverso. (...)

El art. 2º, 2 Cc continúa diciendo, tras el inicio anteriormente transcrito, que "la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior". Con este párrafo, de no muy feliz redacción, se refiere el legislador a las dos formas clásicas de producción del efecto derogatorio, conocidas con los nombres de derogación expresa y tácita.

1) Por derogación expresa se entiende la cesación de la vigencia de una norma producida en virtud del mandato explícito contenido en la norma sucesiva, con indicación concreta y inequívoca del texto o parte del mismo cuya extinción se pretende. Se trata, como fácilmente puede apreciarse, de un imperativo derogatorio en estado puro, que no tiene por que basarse necesariamente en la existencia de una incompatibilidad o contradicción de contenido entre el articulado de la norma derogante y el de la derogada: tal contradicción puede darse, o no, pero en todo caso la derogación se produce (puede ocurrir, de hecho, aunque no sea frecuente, que una norma derogue expresamente otra anterior que se refiere a una materia distinta de

aquella sobre la que versa la norma derogante: ninguna objeción formal cabe oponer a ello, aún cuando no sea una buena técnica legislativa): por ello dice categóricamente el Cc que la derogación "tendrá el alcance que expresamente se disponga", sea cual fuere.

Por las razones expuestas, no cabe calificar de derogaciones expresas, sino tácitas, las fórmulas que rezan, en estos u otros términos, "quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley", o "queda derogada la Ley X en cuanto se oponga a la presente".

Se trata, en ambos casos, de fórmulas de estilo, jurídicamente superfluas, por cuando (sic) el efecto derogatorio se produce en virtud del dato objetivo de la incompatibilidad de contenido entre ambas normas, con independencia de que así se recuerde expresamente. (...)

2) Por derogación tácita se entiende, en segundo lugar, la cesación de la vigencia de una norma producida por la incompatibilidad objetiva existente entre el contenido de sus preceptos y los de la nueva norma; puede hablarse también, en este caso, de derogación por sustitución de contenidos normativos, y su fundamento es tan obvio como en el tipo anterior. Su eficacia es la misma, con la diferencia de que la derogación tácita, al contrario de la expresa, requiere para su constatación y puesta en práctica de una operación interpretativa ulterior, tendente a fijar la existencia efectiva de incompatibilidad y su alcance. Una operación ésta que puede llegar a revestir una gran complejidad, si se tiene en cuenta que el efecto derogatorio producido por una nueva norma no es puramente bilateral, sino multidireccional: la nueva norma se inserta en el sistema normativo, de tal manera que no sólo deroga los preceptos incompatibles de la norma a la que viene a sustituir formalmente (derogación tácita directa), sino a cualesquiera otros de cualesquiera otras normas con las que se de la misma relación de incompatibilidad (derogación refleja o por vaciamiento: p. ej., una norma que suprime un determinado órgano consultivo, sin atribuir sus competencias a ningún otro, deroga también la necesidad del informe del mismo en todas aquellas otras normas que lo prevean) (SANTAMARIA PASTOR, Juan, Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 415-417)

Es oportuno aquí transcribir las normas que en nuestro Ordenamiento Jurídico tratan la materia de la derogatoria de normas, siguiendo el orden de la exposición reseñada del autor SANTAMARIA PASTOR. En este sentido, el artículo 129 de la Constitución Política establece:

"Artículo 129. Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial.

Nadie puede alegar ignorancia de la ley salvo en los casos que la misma autorice.

No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa.

La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario."

Por su parte, el numeral octavo del Título Preliminar del Código Civil dispone:

"Artículo 8. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.

Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado."

Conforme se desprende con claridad de las transcripciones hechas, las precisiones que sobre el instituto de la derogatoria tácita de las leyes realiza el tratadista español supra citado son plenamente aplicables a nuestra realidad jurídica, dada la similitud de las disposiciones jurídicas que se han indicado.

A mayor abundamiento, se pueden traer a colación estos otros criterios doctrinales:

"Hay dos formas de derogación tácita:

a) cuando una materia se halla disciplinada por un sistema completo de normas y se establece otro sistema igualmente completo que no incluye algunas disposiciones de la anterior. La duda en cuanto a la subsistencia de éstas debe resolverse en sentido negativo.

b) cuando dos textos legales son incompatibles, de manera que el anterior no pueda recibir aplicación simultánea con el posterior por tratar del mismo objeto y tener los mismos destinatarios, aunque integren cuerpos legales distintos. Por cierto que establecer esta incompatibilidad formal es una tarea en la que el intérprete tiene la misma libertad y los mismos límites con que interpreta cualquier otra norma legal; no parece aceptable que la nueva norma debe interpretarse restrictivamente; pero menos aún, que pueda hablarse de una derogación "por analogía", (...). Para que exista derogación tácita no basta con que una norma tenga alguna relación con una anterior, sino que debe mediar una verdadera incompatibilidad en el sentido ya señalado."
(SALAS, Acdeel, Obligaciones, Contratos y Otros Ensayos, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 12)

Por su parte, DIEZ-PICAZO desarrolla los elementos estructurales en que se configura el fenómeno de la derogación tácita, o, como el la define, derogación por incompatibilidad en oposición a la derogación por nueva regulación integral de la materia:

"La derogación por incompatibilidad, como ya se ha indicado, viene definida en el art. 2.2 CC, cuando dice que la derogación "se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior". De esta definición legal y procediendo por comparación con el mecanismo de derogación expresa -que hasta ahora se ha adoptado como arquetipo-, es posible establecer cuáles son las características estructurales básicas de la derogación por incompatibilidad.

Lo primero que se debe aclarar, en este orden de consideraciones, es el concepto mismo de incompatibilidad. Según se señaló más arriba, la incompatibilidad es en sustancia una relación lógica entre normas; en el bien entendido de que, cuando se habla de normas se hace referencia a normas individualmente consideradas, no a grupos normativos.

Hay incompatibilidad cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin violar otra. La noción de incompatibilidad entre normas es, así, perfectamente equivalente a la ya analizada de antinomia: la antinomia surge de la relación de incompatibilidad entre dos normas, esto es, de que entre dos proposiciones prescriptivas medie una relación lógica de contradictoriedad o de contrariedad. Es conveniente recordar que la existencia de una antinomia requiere que la incompatibilidad sea total y, por tanto, que el ámbito de regulación (temporal, espacial, personal y material) de ambas normas sea idéntico. (...) De la incompatibilidad, así entendida, se desprenden las tres características estructurales básicas del fenómeno en examen.

En primer lugar, en la derogación por incompatibilidad no hay, en rigor, un acto de derogación; o, al menos, no hay un acto legislativo cuya finalidad directa e inmediata sea producir la cesación de la vigencia de una ley o disposición legal anterior. Ello puede parecer una afirmación puramente tautológica, ya que, si existiera tal acto legislativo, el supuesto no sería de derogación por incompatibilidad, sino, por definición, de derogación expresa. Aun así, es importante dejar constancia de este hecho, porque no dejará de ser relevante a la hora de analizar los efectos de la derogación por incompatibilidad. En ésta, pues, no hay acto de derogación en sentido propio -a lo sumo, hay un acto del Juez o del operador jurídico al constatar la incompatibilidad- sino simplemente ejercicio positivo ordinario de la potestad legislativa, o sea, creación de nuevas normas. (...)

En segundo lugar, precisamente por la falta de un acto de derogación stricto sensu, en la derogación por incompatibilidad no se da, a diferencia de lo que ocurre en la

derogación expresa, una identificación directa y precisa del objeto derogado. Este no es ya el designado por una disposición derogatoria ad hoc, sino aquello que resulte incompatible con la nueva ley. Pero es más: esta falta de delimitación formal del objeto derogado y, sobre todo, la naturaleza misma de la incompatibilidad o antinomia como relación lógica entre proposiciones determinan que el objeto de la derogación por incompatibilidad no pueda ser jamás el texto legal –como sucede en la derogación expresa-, sino que haya de ser necesariamente la norma jurídica. (...)

En tercer lugar, como consecuencia de todo lo anterior, es unánime la afirmación - aunque no lo sean las implicaciones que de ella se extraigan- de que la derogación por incompatibilidad es un fenómeno de naturaleza eminentemente interpretativa o, si se prefiere, dependiente de la interpretación que se dé a las normas hipotéticamente incompatibles." (DIEZ-PICAZO, Luis María, La Derogación de las Leyes, Madrid, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, 1990, pp. 301-304)

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado en los siguientes términos coincidentes con las precisiones doctrinales transcritas supra:

" La derogación de una norma jurídica se origina en la promulgación de otra posterior, a la cual hace perder vigencia. Tal principio lo consagra nuestro Derecho positivo en el artículo 8 del Código Civil y en el 129 de la Constitución Política. Asimismo, según se deriva de dichas disposiciones, la derogatoria puede ser expresa o tácita. La tácita sobreviene cuando surge incompatibilidad de la nueva ley con la anterior, sobre la misma materia, produciéndose así contradicción. La derogatoria opera cuando se dicta un acto legislativo proveniente del mismo órgano que sancionó la primera ley, o de otro de jerarquía superior, como la Asamblea Constituyente. Lo determinante es que el acto derogatorio, tácito o expreso, emane del mismo órgano que emitió la norma anterior, y que la derogante sea dictada dentro del límite de las facultades dadas por el ordenamiento a dicho órgano emisor. Dentro de tales lineamientos, de acuerdo con lo dicho, se dio el acto derogatorio cuestionado en el recurso.

VIII.- Hechas las precedentes consideraciones de carácter formal, en lo que es materia del recurso, procede, acto continuo, abordar lo referente al aspecto material. Sobre el particular, precisa escudriñar el texto de las normas derogatorias en referencia, para desentrañar de ellas el objetivo del legislador al emitirlas. Con arreglo a dicho fin, y a su contenido, ha de determinarse si afectan lo dispuesto por la Ley de Fundaciones, sobre la exoneración de impuestos, acordada en su artículo 10. Cabe destacar, al respecto, la claridad de la voluntad derogatoria expresada por el legislador, tocante, entre otros aspectos, a las exenciones de los impuestos específicos de consumo o ad valorem y de ventas, establecidas en cualquier otra ley general o especial. Ello, indudablemente afecta la disposición general contenida en el artículo 10 de la Ley de Fundaciones, en lo relativo a los tributos aludidos, pues no se hace excepción alguna referente a ella, la

cual se encontraba vigente al aprobarse las relacionadas leyes especiales del Impuesto Selectivo de Consumo y General de Ventas. Estas fueron promulgadas, entre otros objetivos, para lograr el ordenamiento de las obligaciones tributarias, lo cual incluye necesariamente la debida regulación de las exoneraciones. Tal cometido - el último-determina la necesidad de eliminar los regímenes especiales y generales de exoneraciones -relacionados con cada uno de los tributos especiales a los que se hace referencia- y las posibles distorsiones, consecuencia de la atomización de esos beneficios, lo cual se aborda a través de las disposiciones derogatorias de comentario. Con base en lo expuesto, tiénese que la fundamentación de lo resuelto por el Tribunal Superior es conforme a derecho." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 130 de las catorce horas treinta minutos del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y dos)

Con base en el concepto de la derogatoria tácita de las normas a que se ha hecho mención en las páginas que anteceden, resulta consecuente afirmar que, para el caso que nos ocupa, se requiere de una interpretación jurídica de los textos atinentes. A efecto de dar cabal cumplimiento a esa función hermenéutica, no es ocioso recordar algunas precisiones doctrinales en cuanto a la función de interpretación de normas jurídicas:

En este sentido, el tratadista alemán Karl Larenz precisa sobre el contenido de algunos métodos de interpretación de normas jurídicas en los siguientes términos:

"a) EL SENTIDO LITERAL. Toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal. Por tal entendemos el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en caso de que sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla, aquí en el de la ley respectiva.

El enlace con el uso del lenguaje es el más evidente, porque se puede aceptar que aquél, que quiere decir algo, usa las palabras en el sentido en que comúnmente son entendidas. El legislador se sirve del lenguaje general porque y en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos." (...)

b) LA CONEXION DE SIGNIFICADO DE LA LEY. Cuál de las múltiples variantes de significado que pueden corresponder a un término según el uso del lenguaje hace al caso cada vez, resulta, por regla general, aunque no siempre con toda exactitud, del contexto en que es usado.

La conexión de significado de la ley determina, en primer lugar, que se comprendan de la misma manera las frases y palabras individuales; como también, al contrario, la comprensión de un pasaje del texto es codeterminado por su contenido. (...) El sentido de la norma jurídica particular sólo se infiere, las más de las veces, cuando se le considera parte de la regulación a que pertenece." (...)

d) *CRITERIOS TELEOLOGICOS-OBJETIVOS. Los fines que el legislador intenta realizar por medio de la ley son, en muchos casos, aunque tampoco en todos, fines objetivos del Derecho, como el aseguramiento de la paz y la justa resolución de los litigios, el "equilibrio" de una regulación en el sentido de prestar la máxima atención a los intereses que se hallan en juego, la protección de los bienes jurídicos y un procedimiento judicial justo.*

Además de ello, la mayoría de las leyes aspiran a una regulación que sea "conforme con la cosa". Sólo cuando se supone esta intención en el legislador, se llegará, por la vía de la interpretación, a resultados que posibilitan una solución "adecuada". (...)

La pregunta acerca de qué interpretación es "conforme a la cosa" sólo puede ser contestada si se toma en consideración en su singularidad y en su especial estructura la cosa de cuya regulación se trata en la norma a interpretar. Esto está claro, sobre todo, cuando una norma (o un complejo de normas) quiere regular un extenso sector de la vida, sin que puedan obtenerse de la ley indicaciones más concretas sobre la delimitación de este sector. A modo de ejemplo, de esto se trata en la norma que trata de "la prensa", "la ciencia", "el arte", "la competencia", las "profesiones liberales", "el régimen de seguros". (LARENZ, Karl; Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona, Editorial Ariel, 1980, pp. 316, 325, 331-332)

También, debe tenerse presente el criterio de interpretación contenido en el numeral décimo del Código Civil, en tanto preceptúa que:

"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas." Asimismo, conviene recordar que el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública establece:

"Artículo 10. 1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.

2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere."

III. ANALISIS DEL CASO Y CONCLUSION

Con fundamento en las precisiones doctrinales, jurisprudenciales y legales realizadas en el aparte precedente, es oportuno abocarnos a realizar una función interpretativa que nos conduzca a establecer si lo preceptuado en el artículo 6º de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor tiene el efecto de

una derogación tácita de lo normado en los artículos 91 inciso 3) y 110 inciso e) de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

Valga desde ahora dejar sentada la premisa que, desde el punto de vista de una interpretación de tipo histórica, la revisión del expediente legislativo mediante el cual se tramitó la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, expediente número 11659, no arroja mayores elementos para establecer con claridad cuáles fueron los motivos específicos que condujeron a la introducción del artículo 6º que aquí interesa, en especial, lo relativo al criterio de la nacionalidad. Por ende, la función interpretativa que se intenta se ubica dentro de la órbita de los criterios literales, por conexión de significado y teleológicos objetivos.

Observemos, en primer lugar, que la ratio legis contenida en el primer cuerpo normativo indicado comprende una materia plenamente identificable: se pretende establecer un: *"...funcionamiento eficiente del mercado y al eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas."* (artículo 1º). Bajo esta óptica, y con el fin de ser consecuentes con la intención de hacer desaparecer restricciones no razonables para la actividad comercial, los numerales 3º y 4º introducen la intención de eliminar trámites y requisitos de control y regulación innecesarios que afecten las actividades económicas, en beneficio de la libertad de empresa; el artículo 6º elimina, amén del punto que nos interesa, restricciones que no sean arancelarias y cualesquiera otras limitaciones cuantitativas y cualitativas a las importaciones y exportaciones. Por ende, como primer punto de partida, es claro que la intención del legislador es, para el caso que nos ocupa, eliminar: *"...las licencias y toda otra autorización para el ejercicio del comercio, así como las restricciones para ejercer actividades comerciales, en virtud de la nacionalidad y sin perjuicio de la normativa particular en materia laboral y migratoria...."*.

Así, es dable concluir que el aspecto de la nacionalidad como objeto de regulación por parte de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor está directamente relacionado con actividades comerciales. Y en tanto la regulación normativa de estas actividades contengan disposiciones que limiten el ejercicio del comercio en virtud de la condición de extranjero -haciendo expresa salvedad en materia de migración y de relaciones laborales-, las mismas han sido erradicadas del Ordenamiento Jurídico.

Este esquema de análisis debe ser transplantado al objeto que norma la Ley Reguladora del Mercado de Valores, en tanto es preciso determinar si en este cuerpo normativo las restricciones que por concepto de nacionalidad se prescriben tienen o no relación con el ejercicio del comercio. Para este fin, se observa que, tanto el artículo 91 inciso 3) y 110 inciso e), establecen la prohibición a *"... gobiernos o dependencias oficiales extranjeras, entidades financieras del exterior o agrupaciones de personas*

extranjeras, físicas o jurídicas..." de participar en el capital social de las sociedades de inversión y también en las sociedades operadoras de sociedades de inversión. Cabe preguntarse aquí si estos dos tipos de sociedades realizan actividad comercial, inquietud que se contesta con lo normado en los artículos 86 y 109 supra transcritos, en que se define el específico ámbito de actividad que podrán desarrollar este tipo de personas jurídicas: para las sociedades de inversión: *"... tienen por objeto la adquisición de títulos seleccionados de acuerdo con el criterio de diversificación de riesgos, con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas de su capital social, entre el público inversionista o aquellas cuyo único objeto sea la administración de fondos y valores de terceras personas."*; y para las sociedades operadoras de sociedades de inversión su objeto se define como: *"... la prestación de servicios de administración a éstas, así como los de distribución y recompra de sus acciones."* Con base en una definición genérica de "comercio" como "negociación o actividad que busca la obtención de ganancias o lucro en la venta, permuta o compra de mercaderías." (CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., 1974, p. 423) podemos afirmar, en un primer momento, que ambos tipos de sociedades realizan una actividad comercial. Criterio que se reafirma con el enunciado del artículo primero de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, al indicar que la intención de dicho cuerpo normativo lo es *"... la regulación de las bolsas de valores y de los sujetos que en cualquier forma intervengan en la negociación de títulos y valores en los mercados bursátiles, y de capitales que éstas organicen, así como de las personas físicas o jurídicas, entidades o formas contractuales que realicen, bajo cualquier modalidad, oferta pública de valores o servicios de intermediación bursátil, en el territorio nacional."*

Pero aún más: el propio Código de Comercio elimina cualquier vestigio de duda al definir que son comerciantes las sociedades que se constituyan de conformidad con las disposiciones de ese Cuerpo Normativo -artículo 5, inciso c) en relación con el artículo 17 inciso c)- de donde las sociedades anónimas -como es el caso de las sociedades de inversión y las sociedades operadoras de sociedades de inversión que deben constituirse bajo este esquema de persona moral (vid. artículos 91 y 110 inciso c) de la Ley Nº 7201)- deben reputarse como comerciantes y así los actos que realicen (vid. artículo 438 del Código de Comercio, en especial inciso c).

Por ende, es claro para esta Procuraduría General de la República que las sociedades de inversión y las sociedades operadoras de sociedades de inversión realizan actividad típicamente comercial. Y si la voluntad legislativa contenida en el artículo 6º de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor es eliminar las restricciones para ejercer las actividades comerciales en virtud de la nacionalidad, es claro que se produce una incompatibilidad entre ambos textos normativos. Incompatibilidad que se expresa en que el objeto de regulación - ejercicio del comercio- tendría una regulación contradictoria en cuanto a la participación de

entidades o personas extranjeras en el capital social de cierto tipo de personas jurídicas, de suerte que debemos atenernos a la última disposición que, con rango legal, define el criterio aplicable. De donde, en virtud de la doctrina que sustenta el instituto de la derogatoria tácita de las normas, es dable afirmar que en el presente caso ha operado dicha figura, debiéndose tener por derogadas las limitaciones contenidas en los numerales 91 inciso 3) y 110 inciso e) de la Ley Reguladora del Mercado de Valores en cuanto a las limitaciones para que entidades o personas físicas o jurídicas extranjeros participen en el capital social de las sociedades de inversión y en las sociedades operadoras de sociedades de inversión.

Sin otro particular, nos suscribimos,

Licda. Ana Lorena Brenes Esquivel

Lic. Iván Vincenti Rojas

PROCURADORA ADMINISTRATIVA

PROFESIONAL III

2. Ejercicio del Comercio por Parte del Extranjero y la Ley de Migración y Extranjería

[Procuraduría General de la República]^{iv}

Señor

Msc. Jorge Campos Montero

Presidente Ejecutivo

Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura

S.O.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República me refiero al oficio PESJ-168-97, de fecha 9 de mayo y asignado al suscrito en fecha 14 de julio, ambas datas del año en curso. Previa a pronunciarnos en cuanto al fondo de su consulta, le ofrecemos disculpas por el atraso sufrido en la tramitación del presente estudio, motivado por circunstancias de exceso de trabajo.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se refiere en el oficio PESJ-168-97 que existe duda al interno de la Junta Directiva del INCOPECA en cuanto a la interpretación que quepa dar al artículo 8º del Código de Comercio. Lo anterior en tanto dicha disposición limita el ejercicio del comercio para los extranjeros que no cuenten con una residencia en el país mayor a diez años. Sin embargo, y ante una consulta dirigida a la Dirección General de Migración y Extranjería, se emitió criterio en el sentido de que la citada disposición se encontraba derogada tácitamente ante la vigencia de la Ley de Migración y Extranjería. Por lo anterior, se solicita el dictamen de este Órgano Asesor para sentar una posición al respecto.

NORMATIVA APLICABLE

Siguiendo un orden cronológico en cuanto a su fecha de promulgación y vigencia, resultan importantes las siguientes disposiciones normativas:

En primer término, el artículo 8º de la Ley Nº 3284 de 30 de abril de 1964 (Código de Comercio), disponía en su redacción original:

“Artículo 8º.- No podrán ejercer el comercio, aunque tengan capacidad conforme al derecho común:

- a) Los privados de ese derecho por sentencia judicial;*
- b) Los quebrados o insolventes no rehabilitados; y*
- c) Los funcionarios públicos a quienes la ley prohíba tal ejercicio.*

Los extranjeros podrán ejercer el comercio en el territorio nacional, sometidos al régimen jurídico y a la jurisdicción de los tribunales de la República, salvo lo que sobre el particular consignen los tratados o convenios internacionales.

En cuanto a sociedades extranjeras, se estará a lo que dispone este Código...”

Posteriormente, mediante Ley Nº 4625 de 30 de julio de 1970, se reforma el penúltimo párrafo de la citada norma para quedar su redacción de la siguiente manera:

“Los extranjeros podrán ejercer el comercio en el territorio nacional, siempre que se hayan establecido permanentemente en el país, con residencia no menor de 10 años, sometidos al régimen jurídico y a la jurisdicción de los tribunales de la República, salvo lo que sobre el particular consignen los tratados o convenios internacionales.”

Por su parte, de la Ley General de Migración y Extranjería (Ley Nº 7033 de 4 de agosto de 1986) conviene retener los siguientes artículos:

“ARTÍCULO 71.- Los extranjeros admitidos o autorizados como residentes permanentes podrán participar en toda tarea, actividad remunerada o lucrativa por cuenta propia, o en relación de dependencia, de acuerdo con su categoría de ingreso, con las leyes que reglamentan su ejercicio y con lo dispuesto por la presente ley y su reglamento.”

“ARTICULO 72.- Los extranjeros admitidos o autorizados como radicados temporales podrán, con las excepciones que establece el reglamento de esta ley, desarrollar tareas asalariadas o lucrativas por cuenta propia o en relación de dependencia solamente durante el período de su permanencia legal y en aquellas actividades autorizadas por la Dirección General, previo informe favorable del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.”

“ARTICULO 73.- Los extranjeros admitidos como no residentes no podrán realizar tareas o actividades lucrativas, por cuenta propia o en relación de dependencia excepto los artistas, deportistas o integrantes de espectáculos públicos y los trabajadores migrantes, según la autorización que otorgue la Dirección General, previo informe favorable del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.”

En cuanto a la definición de cuáles extranjeros han de considerarse residentes permanentes, radicados temporales y no residentes, conviene igualmente transcribir los siguientes artículos de la Ley General de Migración y Extranjería:

“ARTICULO 35.- Considerase residente permanente al extranjero que ingrese al país para permanecer en él en forma definitiva. Los residentes permanentes podrán ingresar como:

a) Inmigrantes, que podrán ser espontáneos, llamados o asistidos.

b) Rentistas o pensionados.

c) Inversionistas.

ch) Parientes de ciudadano costarricense, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos, padres y hermanos solteros.”

“ARTÍCULO 36.- Considerase "radicado temporal" a todo extranjero que, sin ánimo de permanecer definitivamente en el país, ingrese en alguna de las siguientes subcategorías:

a) Científicos profesionales, técnicos o personal especializado, contratados por empresas o instituciones establecidas o que desarrollen actividades en el país, para efectuar trabajos de su especialidad.

b) Empresarios, hombres de negocios y personal directivo de empresas nacionales o extranjeras.

c) Estudiantes.

ch) Religiosos que se dediquen a las actividades propias de su culto o a la enseñanza.

d) Asilados y refugiados.

e) Cónyuge e hijos menores de las personas mencionadas en los incisos anteriores.

f) Aquellos que, sin estar comprendidos en los incisos que anteceden, fueren autorizados por la Dirección General.”

“ARTÍCULO 37.- Los extranjeros que ingresen al país como "no residentes", pueden ser admitidos en alguna de las siguientes subcategorías:

a) Turistas.

b) Personas de especial relevancia en el ámbito científico, profesional, público, cultural, económico o político que, en función de su especialidad, fueren invitadas por los poderes del Estado o instituciones públicas o privadas.

c) Agentes viajeros y delegados comerciales, siempre y cuando tengan representación de su actividad legitimada en Costa Rica, de acuerdo con el artículo 366 del Código de Comercio.

ch) Artistas, deportistas e integrantes de espectáculos públicos.

d) Pasajeros en tránsito.

e) Tránsito vecinal fronterizo.

f) Tripulantes del transporte internacional.

g) Trabajadores migrantes.”

“ARTÍCULO 38.- El procedimiento, requisitos y condiciones para ingresar al país, según las categorías y subcategorías mencionadas, así como el plazo de permanencia, serán fijados en el correspondiente reglamento. Conviene destacar, desde este momento, que la posibilidad de desempeñar labores lucrativas, sea por cuenta propia o en régimen de subordinación, depende del status migratorio que se haya concedido al extranjero.”

Por último, conviene destacar el contenido del artículo 6º de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley Nº 7472 de 20 de diciembre de 1994), que en lo que aquí interesa, prescribe:

“ARTICULO 6.- Eliminación de restricciones al comercio.

Se eliminan las licencias y toda otra autorización para el ejercicio del comercio, así como las restricciones para ejercer actividades comerciales, en virtud de la nacionalidad y sin perjuicio de la normativa particular en materia laboral y migratoria. (...).”

De más está decir que el análisis que de seguido se expone tiene como parámetro interpretativo el numeral 19 de la Constitución Política.

ANALISIS DE LA CONSULTA

Resulta claro para este Órgano Asesor que el planteamiento de la presente consulta versa sobre la eventual derogatoria tácita de la disposición supra transcrita del Código de Comercio. Ello por cuanto la restricción que se impone a los extranjeros para el ejercicio del comercio pareciera confrontarse abiertamente con lo que disponen las normas atinentes de la Ley de Migración y Extranjería, e incluso del cuerpo normativo mediante el cual se facilita la implementación de los acuerdos de la Ronda de Uruguay, conocida como el GATT (Ley Nº 7472). En virtud de que sobre ese extremo debe realizarse el ejercicio hermeneúutico que se nos solicita, conviene recordar aquí algunas precisiones que han sido desarrolladas previamente por esta Procuraduría General.

Sobre lo anterior, y por su evidente relación con el tema que nos ocupa, transcribimos en lo pertinente el contenido de nuestro dictamen C-134-95 de 12 de junio de 1995:

“II. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA DEROGACION TACITA DE LAS LEYES.

Al abordar el tema de la derogatoria de las leyes en el sistema jurídico español, el tratadista Juan SANTAMARIA PASTOR define los siguientes criterios:

“Al contrario de lo que ocurre con otros textos constitucionales, la CE no contiene más que referencias episódicas a la derogación (así, p. ej., arts. 81,2; 84; 86.2; 96.1). La forma básica al respecto continúa hallándose en el Título Preliminar del Cc. cuyo art. 2º, 2, inciso primero, reproduce la fórmula tradicional de nuestro Derecho: "las leyes sólo se derogan por otras posteriores". La derogación, por tanto, es la acción y efecto de la cesación de la vigencia de una norma producida por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior que elimina, en todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro diverso. (...) El art. 2º, 2 Cc continúa diciendo, tras el inicio anteriormente transcrito, que "la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma

materia, sea incompatible con la anterior". Con este párrafo, de no muy feliz redacción, se refiere el legislador a las dos formas clásicas de producción del efecto derogatorio, conocidas con los nombres de derogación expresa y tácita.

1) Por derogación expresa se entiende la cesación de la vigencia de una norma producida en virtud del mandato explícito contenido en la norma sucesiva, con indicación concreta e inequívoca del texto o parte del mismo cuya extinción se pretende. Se trata, como fácilmente puede apreciarse, de un imperativo derogatorio en estado puro, que no tiene por que basarse necesariamente en la existencia de una incompatibilidad o contradicción de contenido entre el articulado de la norma derogante y el de la derogada: tal contradicción puede darse, o no, pero en todo caso la derogación se produce (puede ocurrir, de hecho, aunque no sea frecuente, que una norma derogue expresamente otra anterior que se refiere a una materia distinta de aquélla sobre la que versa la norma derogante: ninguna objeción formal cabe oponer a ello, aún cuando no sea una buena técnica legislativa): por ello dice categóricamente el Cc que la derogación "tendrá el alcance que expresamente se disponga", sea cual fuere.

Por las razones expuestas, no cabe calificar de derogaciones expresas, sino tácitas, las fórmulas que rezan, en estos u otros términos,

"quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley", o "queda derogada la Ley X en cuanto se oponga a la presente". Se trata, en ambos casos, de fórmulas de estilo, jurídicamente superfluas, por cuando (sic) el efecto derogatorio se produce en virtud del dato objetivo de la incompatibilidad de contenido entre ambas normas, con independencia de que así se recuerde expresamente. (...)

2. Por derogación tácita se entiende, en segundo lugar, la cesación de la vigencia de una norma producida por la incompatibilidad objetiva existente entre el contenido de sus preceptos y los de la nueva norma; puede hablarse también, en este caso, de derogación por sustitución de contenidos normativos, y su fundamento es tan obvio como en el tipo anterior. Su eficacia es la misma, con la diferencia de que la derogación tácita, al contrario de la expresa, requiere para su constatación y puesta en práctica de una operación interpretativa ulterior, tendente a fijar la existencia efectiva de incompatibilidad y su alcance. Una operación ésta que puede llegar a revestir una gran complejidad, si se tiene en cuenta que el efecto derogatorio producido por una nueva norma no es puramente bilateral, sino multidireccional: la nueva norma se inserta en el sistema normativo, de tal manera que no sólo deroga los preceptos incompatibles de la norma a la que viene a sustituir formalmente (derogación tácita directa), sino a cualesquiera otros de cualesquiera otras normas con las que se de la misma relación de incompatibilidad (derogación refleja o por vaciamiento: p. ej., una norma que suprime un determinado órgano consultivo, sin atribuir sus competencias a ningún otro, deroga

también la necesidad del informe del mismo en todas aquellas otras normas que lo prevean) (SANTAMARIA PASTOR, Juan, Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 415-417)"

Es oportuno aquí transcribir las normas que en nuestro Ordenamiento Jurídico tratan la materia de la derogatoria de normas, siguiendo el orden de la exposición reseñada del autor SANTAMARIA PASTOR. En este sentido, el artículo 129 de la Constitución Política establece:

"Artículo 129. Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial.

Nadie puede alegar ignorancia de la ley salvo en los casos que la misma autorice.

No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa.

La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario."

Por su parte, el numeral octavo del Título Preliminar del Código Civil dispone:

"Artículo 8. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario.

La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.

Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado."

Conforme se desprende con claridad de las transcripciones hechas, las precisiones que sobre el instituto de la derogatoria tácita de las leyes realiza el tratadista español supra citado son plenamente aplicables a nuestra realidad jurídica, dada la similitud de las disposiciones jurídicas que se han indicado.

A mayor abundamiento, se pueden traer a colación estos otros criterios doctrinales:

"Hay dos formas de derogación tácita:

a) cuando una materia se halla disciplinada por un sistema completo de normas y se establece otro sistema igualmente completo que no incluye algunas disposiciones de la

anterior. La duda en cuanto a la subsistencia de éstas debe resolverse en sentido negativo.

b) cuando dos textos legales son incompatibles, de manera que el anterior no pueda recibir aplicación simultánea con el posterior por tratar del mismo objeto y tener los mismos destinatarios, aunque integren cuerpos legales distintos. Por cierto que establecer esta incompatibilidad formal es una tarea en la que el intérprete tiene la misma libertad y los mismos límites con que interpreta cualquier otra norma legal; no parece aceptable que la nueva norma debe interpretarse restrictivamente; pero menos aún, que pueda hablarse de una derogación "por analogía", (...). Para que exista derogación tácita no basta con que una norma tenga alguna relación con una anterior, sino que debe mediar una verdadera incompatibilidad en el sentido ya señalado." (SALAS, Acdeel, Obligaciones, Contratos y Otros Ensayos, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 12)

Por su parte, DIEZ-PICAZO desarrolla los elementos estructurales en que se configura el fenómeno de la derogación tácita, o, como el la define, derogación por incompatibilidad en oposición a la derogación por nueva regulación integral de la materia:

"La derogación por incompatibilidad, como ya se ha indicado, viene definida en el art. 2.2 CC, cuando dice que la derogación "se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior". De esta definición legal y procediendo por comparación con el mecanismo de derogación expresa -que hasta ahora se ha adoptado como arquetipo-, es posible establecer cuáles son las características estructurales básicas de la derogación por incompatibilidad.

Lo primero que se debe aclarar, en este orden de consideraciones, es el concepto mismo de incompatibilidad. Según se señaló más arriba, la incompatibilidad es en sustancia una relación lógica entre normas; en el bien entendido de que, cuando se habla de normas se hace referencia a normas individualmente consideradas, no a grupos normativos. Hay incompatibilidad cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin violar otra. La noción de incompatibilidad entre normas es, así, perfectamente equivalente a la ya analizada de antinomia: la antinomia surge de la relación de incompatibilidad entre dos normas, esto es, de que entre dos proposiciones prescriptivas medie una relación lógica de contradictoriedad o de contrariedad. Es conveniente recordar que la existencia de una antinomia requiere que la incompatibilidad sea total y, por tanto, que el ámbito de regulación (temporal, espacial, personal y material) de ambas normas sea idéntico. (...) De la incompatibilidad, así entendida, se desprenden las tres características estructurales básicas del fenómeno en examen.

En primer lugar, en la derogación por incompatibilidad no hay, en rigor, un acto de derogación; o, al menos, no hay un acto legislativo cuya finalidad directa e inmediata sea producir la cesación de la vigencia de una ley o disposición legal anterior. Ello puede parecer una afirmación puramente tautológica, ya que, si existiera tal acto legislativo, el supuesto no sería de derogación por incompatibilidad, sino, por definición, de derogación expresa. Aun así, es importante dejar constancia de este hecho, porque no dejará de ser relevante a la hora de analizar los efectos de la derogación por incompatibilidad. En ésta, pues, no hay acto de derogación en sentido propio -a lo sumo, hay un acto del Juez o del operador jurídico al constatar la incompatibilidad- sino simplemente ejercicio positivo ordinario de la potestad legislativa, o sea, creación de nuevas normas. (...)

En segundo lugar, precisamente por la falta de un acto de derogación stricto sensu, en la derogación por incompatibilidad no se da, a diferencia de lo que ocurre en la derogación expresa, una identificación directa y precisa del objeto derogado. Este no es ya el designado por una disposición derogatoria ad hoc, sino aquello que resulte incompatible con la nueva ley. Pero es más: esta falta de delimitación formal del objeto derogado y, sobre todo, la naturaleza misma de la incompatibilidad o antinomia como relación lógica entre proposiciones determinan que el objeto de la derogación por incompatibilidad no pueda ser jamás el texto legal - como sucede en la derogación expresa-, sino que haya de ser necesariamente la norma jurídica. (...)

En tercer lugar, como consecuencia de todo lo anterior, es unánime la afirmación - aunque no lo sean las implicaciones que de ella se extraigan- de que la derogación por incompatibilidad es un fenómeno de naturaleza eminentemente interpretativa o, si se prefiere, dependiente de la interpretación que se dé a las normas hipotéticamente incompatibles." (DIEZ- PICAZO, Luis María, La Derogación de las Leyes, Madrid, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, 1990, pp. 301-304)

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado en los siguientes términos coincidentes con las precisiones doctrinales transcritas supra:

"La derogación de una norma jurídica se origina en la promulgación de otra posterior, a la cual hace perder vigencia. Tal principio lo consagra nuestro Derecho positivo en el artículo 8 del Código Civil y en el 129 de la Constitución Política. Asimismo, según se deriva de dichas disposiciones, la derogatoria puede ser expresa o tácita. La tácita sobreviene cuando surge incompatibilidad de la nueva ley con la anterior, sobre la misma materia, produciéndose así contradicción. La derogatoria opera cuando se dicta un acto legislativo proveniente del mismo órgano que sancionó la primera ley, o de otro de jerarquía superior, como la Asamblea Constituyente. Lo determinante es que el acto derogatorio, tácito o expreso, emane del mismo órgano que emitió la norma anterior, y que la derogante sea dictada dentro del límite de las facultades dadas por el

ordenamiento a dicho órgano emisor. Dentro de tales lineamientos, de acuerdo con lo dicho, se dio el acto derogatorio cuestionado en el recurso. VIII.- Hechas las precedentes consideraciones de carácter formal, en lo que es materia del recurso, procede, acto continuo, abordar lo referente al aspecto material.

Sobre el particular, precisa escudriñar el texto de las normas derogatorias en referencia, para desentrañar de ellas el objetivo del legislador al emitir las. Con arreglo a dicho fin, y a su contenido, ha de determinarse si afectan lo dispuesto por la Ley de Fundaciones, sobre la exoneración de impuestos, acordada en su artículo 10. Cabe destacar, al respecto, la claridad de la voluntad derogatoria expresada por el legislador, tocante, entre otros aspectos, a las exenciones de los impuestos específicos de consumo o ad valorem y de ventas, establecidas en cualquier otra ley general o especial. Ello, indudablemente afecta la disposición general contenida en el artículo 10 de la Ley de Fundaciones, en lo relativo a los tributos aludidos, pues no se hace excepción alguna referente a ella, la cual se encontraba vigente al aprobarse las relacionadas leyes especiales del Impuesto Selectivo de Consumo y General de Ventas. Estas fueron promulgadas, entre otros objetivos, para lograr el ordenamiento de las obligaciones tributarias, lo cual incluye necesariamente la debida regulación de las exoneraciones. Tal cometido -el último- determina la necesidad de eliminar los regímenes especiales y generales de exoneraciones -relacionados con cada uno de los tributos especiales a los que se hace referencia- y las posibles distorsiones, consecuencia de la atomización de esos beneficios, lo cual se aborda a través de las disposiciones derogatorias de comentario. Con base en lo expuesto, tiénese que la fundamentación de lo resuelto por el Tribunal Superior es conforme a derecho." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 130 de las catorce horas treinta minutos del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y dos).

De conformidad con las precisiones que se realizan en el dictamen recién transcrito, es preciso acometer la labor de interpretación del texto normativo que motiva la presente consulta.

En primer término, debe fijarse cuál es el contenido de la restricción que se establece en el Código de Comercio. En este sentido, tenemos que el extranjero no podrá realizar actos de comercio y hacer de ello su ocupación habitual (artículo 5, inciso a) del Código de Comercio) si no ha residido permanentemente en el país por un lapso no menor a diez años. De lo cual se deriva que el objeto de la norma es restringir un determinado tipo de actividad en atención a una condición subjetiva - nacionalidad- de la persona.

Por su parte, las normas oportunamente destacadas de la Ley General de Migración y Extranjería permiten a los extranjeros, de acuerdo a su status migratorio, el desarrollar actividades lucrativas, ya sea por cuenta propia o bien subordinadamente. En el

supuesto de realizar actividades lucrativas que impliquen la celebración de actos de comercio, evidentemente el extranjero estaría adoptando la condición de comerciante. Aún con mayor claridad, el artículo 6 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor persigue eliminar restricciones para que se realicen actos de comercio que estén basadas en la nacionalidad, haciendo salvedad de la materia migratoria y laboral.

Y precisamente, son las normas migratorias las que avalan la posibilidad de que los extranjeros desempeñen labores lucrativas.

Por ello, en lo que se refiere al objeto de la norma contenida en el artículo 8 del Código de Comercio, se evidencia que el mismo ha sido modificado por una normativa posterior. La restricción que contiene aquel artículo ha perdido vigencia con la promulgación de una normativa de igual rango que vacía de contenido la limitación de los diez años de residencia permanente en el país. De suerte tal que, de no existir disposición de tipo migratorio o de orden laboral que impidan la actividad lucrativa ejercida por un extranjero, esta podrá ser desarrollada.

Por otra parte, la eventual vigencia del párrafo que aquí se estudia del artículo 8 del Código de Comercio tiene, en criterio de esta Procuraduría, reparos de orden constitucional. Al efecto, conviene citar el siguiente pronunciamiento de la Sala Constitucional:

“En cuanto a la exclusión que establece el artículo 14 de la Ley Nº 7012 para participar como comerciante en el Depósito Comercial de Golfito, en contra de los extranjeros, estima la Sala que lesiona el artículo 19 de la Constitución... Las limitaciones establecidas en los términos que determina ese artículo se refieren principalmente a los derechos políticos, sin permitir el establecimiento de discriminaciones irrazonables, por ejemplo en materia de libertad de comercio, donde del artículo impugnado ni de la Ley de Creación del Depósito se deduce la razonabilidad de la medida, por lo que eliminar la posibilidad a los extranjeros para participar como comerciantes en el Depósito Libre Comercial de Golfito, es inconstitucional y así debe declararse.” (Voto 319-95. Tomado de Constitución Política de la República de Costa Rica, San José, Asamblea Legislativa, Investigaciones Jurídicas S.A., Centro para la Democracia, 1996, p. 67)

De lo anterior, perfectamente podría cuestionarse la validez constitucional de la norma que se comenta, toda vez que no se evidencia una razón válida para establecer un término de diez años de residencia en el país para optar al ejercicio de un derecho fundamental como lo es el reconocido por el artículo 46 de la misma Constitución. Sin embargo, este tipo de discusión corresponde a la Sala Constitucional, amén de que, por las mismas conclusiones de este pronunciamiento, carece de vigencia la restricción aludida.

CONCLUSION

De conformidad con lo expuesto, se concluye que la restricción para que los extranjeros ejerzan el comercio, contenida en el artículo 8 del Código de Comercio, ha sido derogada tácitamente por normativa de igual rango. En este sentido, dependerá del status migratorio que ostente el extranjero el que pueda ejercer actividad comercial en los términos del citado Código.

Sin otro particular, me suscribo,

Lic. Iván Vincenti Rojas

PROCURADOR ADJUNTO

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 3284 del treinta de abril de 1964. **Código de Comercio**. Vigente desde 27/05/1964. Versión de la norma 13 de 13 del 10/09/2012. Publicada en: Gaceta N° 119 del 27/05/1964. Alcance: 27.

ⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7472 del veinte de diciembre de 1994. **Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor**. Fecha de vigencia desde 19/01/1995. Versión de la norma 12 de 12 del 22/07/2008. Datos de la Publicación Gaceta N° 14 del 19/01/1995.

ⁱⁱⁱ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 134 del doce de junio de mil novecientos noventa y cinco.

^{iv} PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 156 del veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y siete.