

MEMORANDUM

**Para : Junta Directiva
Del Colegio de Abogados y de Abogadas de Costa Rica**
De: : Comisión Civil y Mercantil
Re : Opinión sobre Proyecto de Ley de Ventas Directas
Fecha : Marzo de 2024

.....

Con un atento saludo, nos permitimos externar la opinión de la Comisión Civil y Mercantil del Colegio de Abogados y de Abogadas de Costa Rica, en relación con el Proyecto de Ley Expediente N.º 23907, “*LEY DE VENTA DIRECTA MULTINIVEL*”.

1. Nota introductoria:

La actividad de ventas directas constituye, en general, una modalidad de distribución comercial legítima que opera desde hace décadas tanto en Costa Rica como a nivel global. Conviene dotar a la actividad de un marco legal que defina y tutele los derechos y obligaciones de todas las partes involucradas y del público consumidor.

El Proyecto de Ley tramitado bajo el Expediente 23907 procura colmar el vacío normativo y aclarar de manera definitiva algunas de los aspectos que, a nivel práctico, han generado más litigiosidad e inseguridad jurídica, como — principalmente— la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del vínculo entre las empresas vendedoras y las personas que integran su fuerza de ventas. Esta

Comisión no concuerda con la solución propuesta en el Proyecto, por las razones que se expondrán a continuación.

2.Sobre el concepto de distribuidor independiente: la dicotomía entre contrato mercantil y contrato laboral.

El Proyecto enuncia la siguiente definición de distribuidor independiente.

*“e) Distribuidor independiente: se entenderá por distribuidor independiente, de venta directa multinivel, a la persona física o jurídica que ejerce actividades mercantiles y que tiene relaciones exclusivamente comerciales con las compañías de venta directa multinivel, descritas en el artículo 3 de la presente ley. **No se considerará, en ninguna circunstancia, empleado de la empresa de venta directa multinivel al distribuidor independiente, siendo **que existe una relación mercantil entre las partes.**”***

Con esta definición, el Proyecto procura zanjar de manera definitiva una de las cuestiones que ha despertado más controversia a nivel jurisprudencial: la definición de la naturaleza jurídica del vínculo entre la empresa y los vendedores. Esta discusión se enmarca en la dicotomía relación mercantil/relación laboral. Un ejemplo representativo de esta antinomia lo ofrece el caso *Rena Ware de Costa Rica vs. Caja Costarricense de Seguro Social*¹. El Juzgado de Trabajo del II Circuito Judicial consideró que el vínculo entre la empresa actora y sus vendedoras/es era de naturaleza mercantil y ordenó la restitución de las sumas de cargas sociales pagadas bajo protesta. En apelación, el Tribunal de Trabajo revocó la sentencia de primera instancia, por considerar que se trataba de una relación laboral sujeta a las cargas sociales. La Sala Segunda, por su parte, en votación dividida, consideró que se trataba de una relación mercantil, con el voto salvado de una de las señoras Magistradas, quien se decantó por la calificación laboral. Este ejemplo pone de manifiesto la existencia de una zona gris donde se ubica el contrato que liga

¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, número 2013-001477 de las 10:10 horas del 20 de diciembre de 2013.

a la empresa vendedora con su fuerza de ventas, así como las importantísimas repercusiones de carácter económico y de seguridad jurídica que entraña una y otra calificación.

Esta Comisión disiente del Proyecto en cuando a calificar la relación jurídica como mercantil con exclusión del carácter laboral, por las siguientes razones. Los esquemas relacionales que pueden presentarse en la organización de sistemas de ventas directas son, potencialmente, muy variados. En la práctica, se observan tanto, vínculos que reúnen las características de la agencia o la comisión comercial independientes, como auténticas relaciones con las notas distintivas de la laboralidad: subordinación jurídica, prestación personal del servicio, sujeción al poder directivo del dador del trabajo, etc. También se presentan relaciones limítrofes, donde es difícil discernir si se está o no en presencia de una relación laboral y la cuestión ha de quedar librada, en última instancia, a la apreciación judicial, sin perjuicio de las presunciones legales. Esta incertidumbre es consubstancial a la materia, tanto en nuestro país como en otros ordenamientos².

Al quedar excluida la laboralidad en atención a un criterio formal, se corre el riesgo de que muchos trabajadores queden sin la tutela a la que tienen derecho con arreglo a la legislación laboral y social. Además, se abriría un portillo —lo que en clave de análisis económico del Derecho se denomina un “incentivo perverso”— para que otros empleadores actuales o potenciales procuren exonerarse de los costos laborales y de seguridad social encuadrando sus contratos en la figura de “distribuidor independiente” que se propone en el Proyecto, o migrando hacia ella.

La Comisión Civil y Mercantil reconoce la conveniencia, a los fines de la seguridad jurídica, de delimitar con mayor precisión la frontera entre la relación laboral y los contratos mercantiles de agencia, comisión y correduría independientes. Consideramos que el legislador podría contribuir a tal

² V., para el Derecho estadounidense: **HYNES**, J. Dennis, **LOEWENSTEIN**, Mark J.: *Agency, Partnership and the LLC*. Tenth Edition, Carolina Academic Press, 2019, p. 77; para el Derecho italiano: **VILLANACCI**, Gerardo (dir.): *I contratti della distribuzione commerciale*, Utet Giuridica, 2019, p. 64; para el Derecho francés: **DISSAUX**, Nicolas, **LOIR**, Romain: *Droit de la distribution*, LGDJ, Paris, 2017, p.564.

definición. Sin embargo, tal tarea amerita ser abordada en los códigos generales, sea de Trabajo o de Comercio.

La Comisión Civil y Mercantil sugiere tomar en cuenta las experiencias de otras naciones con tradición jurídica comercial y social afín a la nuestra, a fin de tutelar a los agentes no cubiertos por la legislación laboral. En Francia, por ejemplo, las ventas directas se realizan principalmente a través del estatuto de los “vendedores a domicilio independientes” (*vendeurs à domicile indépendents, VDI*), regulado en los artículos L-135-1 a L-135-3 del *Code de Commerce* (Ley n° 2008-776 de 4 de agosto de 2008), a quienes el *Code de la Sécurité Sociale*, su artículo L.311-3 equipara a los asalariados, en cuanto concierne a los beneficios de la legislación social. El estatuto de los VDI contempla diversos esquemas relacionales, como el mandato, la comisión, la distribución en sentido estricto (compra y reventa) y la correduría.

Esta categoría de vendedores, en caso de alcanzar ciertas métricas definidas por la ley (art. L.135-3), pueden ascender a estatus de agentes comerciales y, desde allí, tener derecho a una indemnización en caso de cesación de relaciones por con el mandante (la denominada indemnización por clientela). Lo anterior, de conformidad con los artículos L-134-12 y 134-13 del *Code de Commerce*.

El Código de Trabajo francés, en sus artículos L. 7311-1 a L.7313-18, contempla otra figura de representantes de comercio, sujetos a un régimen particular de naturaleza laboral (los “VRP” o *voyageurs, représentants, placiers*), quienes realizan una actividad comercial para sus empleadores en un régimen de semi-autonomía y también gozan de derecho a indemnización por clientela (al término de la relación) y de derechos de seguridad social.

Si bien se acepta la dificultad de distinguir, en la práctica, entre agentes comerciales (VDI) y representantes comerciales sujetos a la legislación laboral (VRP)³, la dicotomía se hace menos drástica a causa de la similitud de derechos de ambas clases de personas trabajadoras.

³ DISSAUX, Nicolas, LOIR, Romain: *Droit de la distribution*, LGDJ, Paris, 2017, p.564 y ss.

En síntesis:

1. No es conveniente establecer que, en los todos casos, la relación entre la empresa preponente y su fuerza de ventas es de carácter mercantil, pues, en la práctica, bien pueden llegar a concurrir los elementos característicos del contrato de trabajo.
2. Para los agentes o distribuidores comerciales no sujetos a contratos de trabajo, conviene instaurar un régimen jurídico de protección de derechos de indemnización por clientela al término de la relación y de seguridad social.

Sobre el desequilibrio de las relaciones entre la empresa y los distribuidores independientes:

El Proyecto de Ley es omiso en cuanto a dispositivos de orden público que equilibren la asimetría entre las empresas preponentes y sus “distribuidores comerciales independientes”. Al quedar excluida la laboralidad, el contrato entre la empresa y los vendedores queda librada a la libertad contractual, lo cual puede ser terreno fértil para situaciones de abuso de dependencia económica. La Comisión sugiere tomar en cuenta las experiencias legislativas de otros ordenamientos jurídicos afines a nuestra tradición jurídica, donde se contemplan dispositivos de protección el contratante más débil en la distribución comercial⁴, como, por ejemplo: indemnizaciones de cesación del contrato (indemnización por clientela); preaviso e indemnización sustitutiva del preaviso; proscripción de traslado del riesgo crediticio al agente comercial; etc.

Sobre el fraude piramidal y su prevención:

La Comisión reconoce que el negocio de ventas directas, en la modalidad multinivel, es una actividad comercial lícita que amerita ser distinguida del

⁴ Ver, por ejemplo, para Italia: **VILLANACCI**, Gerardo (dir.), en: *I contratti della distribuzione commerciale*, Utet Giuridica, 2019: “*La protezione del contraente debole e del consumatore nella distribuzione commerciale*”, p. 36 y ss.

fraude piramidal. El Proyecto procura establecer dicha distinción y propone sancionar la estafa piramidal, la cual se define así:

“Estafa piramidal: es el resultado final de un negocio en el que se invita a personas para que inviertan una suma de dinero bajo la promesa de rendimientos que no son sostenibles en el tiempo. Se promete aumentar dichos rendimientos mediante la atracción de muchas personas más, generando una red en la que no se distribuyen productos sino solo la promesa de un rendimiento atractivo”.

Consideramos que dicha definición es imprecisa.

El sistema de ventas multinivel es un método de ventas en las que los vendedores perciben al menos dos tipos de retribución: a) una comisión sobre sus propias ventas y b) una comisión sobre las ventas realizadas por las personas que integran su línea de descendencia, es decir, las personas reclutadas por el vendedor.

El fraude piramidal, conocido en inglés como *“Ponzi scheme”*, es un esquema fraudulento de captación de inversiones, caracterizado por el pago de altos rendimientos con el mismo capital recibido. La estructura se mantiene en tanto se agreguen continuamente nuevos inversionistas, o que los antiguos reinviertan los rendimientos. El Proyecto de ley define el fraude como *“una red en la que no se distribuyen productos sino solo la promesa de un rendimiento atractivo”*. Sin embargo, se dan casos en los que se estructura un fraude piramidal bajo el camuflaje de una red de distribución de productos o servicios. Si bien hay algunos indicios de este tipo de esquemas (los agentes deben comprar grandes cantidades de inventario, o se premia el reclutamiento *per se*), su descubrimiento requiere una revisión más profunda de la estructura financiera y contable de la empresa.

Se sigue, de lo expuesto, que para prevenir fraudes piramidales o de otro tipo, se requieren mecanismos robustos de fiscalización y control de las empresas de ventas directas.

El Proyecto de Ley comentado, a diferencia de la Ley colombiana que, según la exposición de motivos, sirvió de modelo (la Ley 1700 de 2013), no contempla la facultad de revisión de la contabilidad de las empresas, por parte de las autoridades a cargo de su fiscalización y vigilancia.

En efecto, la ley colombiana número 1700 de 2013, que sirvió como modelo al Proyecto confiere la Superintendencia de Sociedades amplias potestades de fiscalización de las empresas de ventas multinivel.

“Artículo 8°. Facultades de la Superintendencia de Sociedades. En virtud de la presente ley, la Superintendencia de Sociedades tendrá las siguientes facultades, además de las que actualmente posee:

1. Realizar, de oficio o a solicitud de parte, visitas de inspección a las compañías multinivel y a sus puntos de acopio, bodegas y oficinas registradas, ejerciendo, de ser procedente, el principio de coordinación administrativa con otras autoridades para este fin.

2. Revisar los libros de contabilidad de las compañías multinivel y exigirles aclaraciones sobre su información contable y su política de contabilización, incluidos los soportes, según sea necesario para el cumplimiento de sus funciones.

3. Adelantar los procedimientos administrativos y sancionatorios previstos en esta ley, y los demás ya existentes y propios de su resorte con respecto a las compañías multinivel y sus actividades.

4. Emitir órdenes de suspensión preventiva de todas o algunas de las actividades a determinada compañía multinivel, cuando cuente con evidencia que permita suponer razonablemente que esta está ejerciendo actividades multinivel en sectores o negocios sin dar cumplimiento a los requisitos o exigencias legales, o contra expresa prohibición legal, o no está dando cumplimiento a cualquiera de las previsiones y requisitos establecidos dentro de esta ley, o en las normas que la modifiquen, complementen o desarrollen.”

El Proyecto comentado encarga la fiscalización de las compañías de ventas multinivel al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, confiriéndole, a tal propósito, las siguientes potestades:

“a) Realizar, de oficio o a solicitud de parte, visitas de inspección a las empresas de venta directa multinivel.

b) Ejecutar los procedimientos administrativos y sancionatorios existentes y propios de su competencia, con respecto a las empresas de venta directa multinivel y sus actividades.

c) Emitir órdenes de suspensión preventiva de todas o algunas de las actividades a determinada empresa de venta directa multinivel, cuando cuente con evidencia que permita suponer, razonablemente, que está ejerciendo actividades multinivel en sectores o negocios sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o contra expresa prohibición legal, o no está dando cumplimiento a cualquiera de las previsiones establecidas dentro de esta ley, o en las normas que la modifiquen, complementen o desarrollen.”

En síntesis:

1. Se sugiere corregir la definición de fraude piramidal, para incluir las hipótesis de fraudes ínsitos en redes de distribución de productos y servicios.
2. Se sugiere dotar a las autoridades de fiscalización de suficientes prerrogativas que le permitan detectar a tiempo la presencia de un fraude piramidal, incluida la posibilidad de revisar libros y registros contables.

Lic. Federico Torrealba Navas

Coordinador

Comisión Civil y Mercantil

