

# TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN  
DIGITAL

## Artículos

Lic. Ramón Badilla González.  
Licda. Hellen Jiménez Jiménez.  
Dr. Eric Briones Briones.  
M.Sc. Yuri López Casal.  
Dr. Alban Bonilla Sandí.  
M.Sc. Daniel Jiménez Medrano.

## Documentos Digitales

Edición 15/1  
Agosto 2024

# Octava Edición Digital

# TRIBUNA LIBRE

REVISTA TRIBUNA LIBRE. OCTAVA EDICIÓN DIGITAL

ISSN 2953-7339 Tribuna Libre

Dr. Ricardo Guerrero Portilla  
Director

MSc. María Cristina Gómez Fonseca  
Editora

Consejo Editorial

Licda. Andrea Gómez Ulloa  
Dr. Albán Bonilla Sandí  
MSc. María Cristina Gómez Fonseca  
Dr. Ricardo Guerrero Portilla

Revista Tribuna Libre es una publicación sin fines de lucro, patrocinada por la Universidad Escuela Libre de Derecho, dedicada a la promoción y divulgación del libre pensamiento.

Revista Tribuna Libre. Vol. 15, No. 1 (01- 160). Mayo - Agosto, 2024. Octava Edición Digital



# AVISO LEGAL

---

La Universidad Escuela Libre de Derecho no se hace responsable de las opiniones que expresa el autor y en ningún caso representan la opinión de la Universidad Escuela Libre de Derecho. El autor se hace responsable de que la obra sea inédita y original. Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

# PRESENTACIÓN

---

En la segunda edición de este 2024 se presentan, a las personas lectoras, seis artículos con temáticas diferentes. En estos escritos se tratan temas jurídicos diversos, relevantes y actuales, siempre buscando presentar información innovadora, científica y veraz, fines últimos de esta publicación.

Inicia el Lic. Ramón Badilla proponiendo y justificando reformar la Constitución Política y las leyes conexas para otorgar a la Sala Constitucional, en palabras del autor, la posibilidad de operar: “como un órgano constitucional autónomo, independiente, especializado y con un giro ordinario de actividad exclusivo”. Procurando con esta reforma mejorar aspectos que después de casi 35 años de funcionamiento se han señalado como incorrectos o perjudiciales, por ejemplo: la mora judicial, la intervención de sus integrantes en asuntos en los que ocupan la posición de juez y de parte.

En el artículo de la doctoranda Hellen Jiménez las personas lectoras encontrarán problemas y posibles soluciones a la protección y registro de marcas que no son convencionales. Un comparativo de cuál ha sido el tratamiento jurídico que se le ha dado a estas, los retos que se presentan y sugerencias para enfrentarlos.

El Dr. Eric Briones comenta en su escrito como en nuestro país, y a pesar de ser una situación que se presenta con bastante regularidad, no existe una regulación específica sobre el acoso o mobbing laboral. Nos propone don Eric mediante su análisis de Derecho Comparado posibles formas de solucionar el problema y eliminar esta laguna legal.

El artículo “La responsabilidad patrimonial de los administradores de sociedades” del doctorando Yuri López le entrega a la persona lectora un amplio análisis sobre la labor que cumplen los administradores de las sociedades y cómo responden legalmente por la administración que realizan de éstas. De este análisis el autor arriba a conclusiones importantes que permitirían modificaciones a la legislación, consideradas por el señor López como necesarias.

En la última edición del 2023 el Dr. Álvaro Bonilla presentaba la primera parte de su artículo “Comparación Ética Abogadil- Ética Notarial”, en esta edición se encuentra la conclusión del mismo. En el que se analizan los deberes de los abogados y los notarios para reforzar su hipótesis sobre una incompatibilidad deontológica entre ambos.

La presente edición concluye con el importante y actual tema de los secretos comerciales. El doctorando Daniel Jiménez, analiza los retos, riesgos y beneficios de la información no divulgada en materia de propiedad intelectual, en su artículo “Información no Divulgada y Secretos Comerciales”. Cómo la legislación nacional no logra abarcar todas las situaciones y su propuesta para suplir esas lagunas con la guía del Derecho Comparado.

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca  
Editora

# CONTENIDOS

1

**Lic. Ramón Badilla González.**  
De la Sala al Tribunal Constitucional.

---

2

**Licda. Hellen Jiménez Jiménez.**  
Marcas no tradicionales.

---

3

**Dr. Eric Briones Briones.**  
El Mobbing en el Derecho Comparado.

---

4

**M.Sc. Yuri López Casal.**  
La responsabilidad patrimonial de los administradores de sociedades.

---

5

**Dr. Alban Bonilla Sandí.**  
Comparación ética abogadil - ética notarial.

6

**M.Sc. Daniel Jiménez Medrano.**  
Información no divulgada y secretos  
comerciales.

---

7

**Documentos Digitales.**  
Podcast.

---

# Artículos

**“DE LA SALA AL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL”.**  
*“From the Chamber to the  
Constitutional Court”.*

*“In Memoriam de Humberto Ignacio Piedra Hernández”.*

REFERENCIA: Se sugiere reformar la Constitución Política en sus numerales 10, 48 y 128, así como impulsar otras reformas legislativas indispensables.

## **LIC. RAMÓN BADILLA GONZÁLEZ**

- Especialista en Derecho Público.
- Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica.
  - Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
  - Abogado Litigante de Derecho Público.





# “DE LA SALA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”.

## “From the Chamber to the Constitutional Court”.

---

### Sumario.

Mediante Ley N.º 7135 de 11 de octubre de 1989, se creó la Sala Constitucional en Costa Rica como dependencia del Poder Judicial. Sus competencias están delimitadas en los numerales 10 y 48 de la Constitución Política, los artículos 1 y 2 de su Ley de creación y los numerales 49 y 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De manera unánime, se estima que Costa Rica alcanzó con ella la consolidación de su Estado de Derecho. Y más allá, se afirma que la Sala ha sido víctima de su propio éxito habida cuenta de que ha cumplido con creces la misión encomendada y casi 35 años después hay quienes consideran que es tiempo suficiente para desligarla del Poder Judicial.

De ahí que, con gran fuerza cada vez más académicos, magistrados actuales de dicha Sala, exmagistrados, diputados y algunos grupos de la sociedad civil se han venido pronunciando sobre la necesidad de sacar a la Sala Constitucional del Poder Judicial y convertirlo en un órgano de naturaleza constitucional, autónomo e independiente, tal como opera desde junio de 1975 el Tribunal Supremo de Elecciones y es, además, lo común en términos de Derecho Comparado. Como órgano judicial sus competencias son de naturaleza estrictamente jurisdiccionales, de ahí que se considere que en toda su existencia al participar de las funciones administrativas de Corte Plena - mínimo un día completo a la semana - dedica ese tiempo valioso a funciones que le son ajenas y son su principal fuente de mora judicial; especial-

mente en los asuntos de constitucionalidad, en donde sus propios magistrados reconocen que una acción de inconstitucionalidad tarda hasta 6 años en resolverse, lo que es contrario al principio de justicia pronta cumplida del numeral 41 de la Ley Fundamental y peor aún al 86 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (de ahora en adelante LJC) que dispone que el plazo para resolver aquellas es de un mes.

En el presente artículo, sumamos nuestra voz a favor de esta corriente, pues consideramos, entre otras cosas, que nada de lo que disponen las 21 funciones que el numeral 59 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como atribuciones de la Corte Plena, tienen que ver con la naturaleza de las funciones jurisdiccionales propias de un Tribunal Constitucional y de las que, sin embargo, participan desde su fundación. Aunque lo esencial al “desjudicializarla” sería para acentuar su independencia por las delicadas funciones que cumple en el diseño constitucional patrio, esto es la defensa y vigencia de la Constitución, garantizar la supremacía constitucional, la tutela de los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad.

### Summary.

By law number 7135 dated on October the 11 of 1989, the Constitutional Chamber was created in Costa Rica, as a dependency of the Judicial Branch. Its powers were delimited by the articles 10 and 48 of the Constitution, the articles 1 and 2 of the previous mentioned law and the articles 49 and 56 of the

## Organic Law of the Judicial Power.

Unanimously, it is considered that Costa Rica reached the consolidation of its rule of law. And furthermore, it is considered that the Chamber has been a victim of its own success given that it has fulfilled the mission entrusted to it and almost 35 years later there are those who consider that it is time to separate it from the judicial branch.

Consequently, with great force, more and more academics, current magistrates of such said Chamber, former magistrates, members of the parliament and some civil society groups, have been speaking out about the necessity to remove the Constitutional Chamber from the judicial branch and in turn transform it into an independent body of constitutional nature, as it happened before with the Supreme Electoral Tribunal in June of 1975 and is, furthermore, common in terms of comparative law.

As a judicial body, its powers are strictly jurisdictional in nature and as a consequence it is expected from all its members to participate in the administrative function of the Full Court at least one full day per week- therefore the Constitutional Chamber dedicates valuable time to functions that are unrelated to it and constitute its main source of judicial delay, mainly in matters of constitutionality, in which its own magistrates have recognize that an action of unconstitutionality could take up to six years to be resolved, which is contrary to the principle of prompt justice established in the article 41 of our Fundamental Law and, even worse is that such time frame goes against the article 86 of the Constitutional Jurisdiction Law (CJL) , which provides that the deadline to resolve such actions is one month.

In this article, we speak up in favor of this academic current, since we consider, among other things, that none of the 21 functions that establish the article 59 of the Organic Law of the Judicial Power imposes as powers of the Plenary Court, have anything to do

with the nature of the jurisdictional functions of the Constitutional Chamber and nevertheless they are forced to participate since its foundation. Although the fundamental thing in the “de-judicializing” of the Constitutional Chamber would be to accentuate its independence due to its delicate functions it fulfills in the national constitutional design, this is furthermore, a guarantee of the defense and validity of the Constitution, the protection of the fundamental rights, and the control of the constitutionality of the laws and acts of authority.

### **Palabras clave.**

Sala Constitucional. Competencias. Defensa de la Constitución Política. Supremacía de la Constitución. Protección de los Derechos Fundamentales. Control de Constitucionalidad de las Leyes y los actos de Autoridad. Tribunal Constitucional. Concepto de Órgano Constitucional. Reforma a la Constitución Política. Razones de la reforma propuesta. Otras reformas legales. Derecho Comparado. Ejemplos de constituciones extranjeras.

### **Keywords.**

Constitutional Chamber. Defense of the Constitution. Supremacy of the Constitution. Powers of the Constitutional Chamber. Protection of Fundamental Rights. Control of Constitutionality of Laws and Acts of Authority. Constitutional Court. Concept of Constitutional Body. Reform to the Constitution. Fundamentals of the proposed reform. Other legal reforms. Comparative Law. Examples of Foreign Constitutivos.

### **Contenido.**

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL. III. ¿EN QUÉ CONSISTE LA REFORMA LEGISLATIVA PROPUESTA? IV. EL PASO DE LA SALA A UN ÓRGANO DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL DENOMINADO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. ¿CUÁLES OTRAS REFORMAS LEGISLATIVAS

RESULTAN NECESARIAS? VI-LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO COMPARADO Y OTROS CRITERIOS A FAVOR. VII. CONCLUSIÓN.

## I. Planteamiento del problema.

Al disponer la Constitución Política y la Ley Orgánica del Poder Judicial que la Corte Plena ejerce las funciones de gobierno y administración del Poder Judicial, y aquella está integrada por todas las salas, una de ellas la Sala Constitucional, por mayoría de razón ésta y sus siete magistrados no pueden abstraerse de participar de las sesiones de Corte Plena, mínimo una vez a la semana, 52 veces al año, y de inmiscuirse de manera directa de las funciones que tanto la Ley Fundamental, como de manera más específica el numeral 59 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ en adelante) le atribuyen a la Corte Suprema de Justicia. Esas van desde nombrar jueces de la República, o funcionarios como el Director del O.I.J, al Fiscal General de la República, estar pendientes de temas presupuestarios, de proyectos de ley que tienen que ver con el Poder Judicial, participar e integrar diversas Comisiones – son más de 100 de ellas denuncia el magistrado Araya García - que involucran desde construcciones a temas disciplinarios, y así veintuna funciones más, participando entonces de funciones de naturaleza estrictamente administrativas y frente a una volcánica demanda de acciones jurisdiccionales que deben atender que para el año 2023, reconocen dos de sus magistrados actuales -según adelante veremos – superan casi las 30 mil acciones por parte de la población. Lo anteriormente expuesto los ha llevado a alertar al país de la necesidad de sustraer a la Sala Constitucional del Poder Judicial, y emprender para ello las reformas constitucionales y legislativas necesarias para convertirlo en un Tribunal Constitucional autónomo e independiente, de naturaleza estrictamente jurisdiccional, tal y como funciona en todas las latitudes y aprovechar de paso para emprender otras reformas legislativas afines, como la creación o no de los tribunales de

amparo en todo el país.

PROFUNDICEMOS. Dice así el presidente actual de la Sala don Fernando Castillo, en su artículo del 27 de septiembre de 2023 en el periódico La Nación y en el contexto de la celebración de los 34 años de creación de la Sala. “También resulta preocupante que son cada vez más los asuntos que ingresan a la jurisdicción constitucional. En este sentido, si bien el Tribunal procura actuar de forma celeré, en especial en lo que atañe a los procesos constitucionales de garantías, no resulta razonable ni proporcional que este año ingresen cerca de los 30,000 asuntos”. (Castillo, 2023)

Y agrega sobre el corazón del conflicto. “La sobrecarga de trabajo es el principal problema de esta jurisdicción. Nótese que desde el 2017 la Sala Constitucional no tiene ningún aumento en su personal y a pesar de esto, ha podido dictar más de 10,000 sentencias adicionales. No obstante, el esfuerzo de las magistraturas y del personal de apoyo, la situación resulta insostenible a largo plazo” (Castillo, 2023)<sup>1</sup>. Y siempre sobre la reforma que comentamos está en ciernes, injusto sería dejar de mencionar la imperdible entrevista que concedió el magistrado constitucional don Jorge Araya García al politólogo Claudio Alpízar Otoyá en su programa Noche Sin Tregua “La Política Con “P” Mayúscula del domingo 17 de noviembre de 2023<sup>2</sup>.

De manera iluminada y apasionada y con la experiencia que dan casi 40 años de docencia universitaria en el campo del Derecho Constitucional, formar parte de la Sala desde el 2005 al 2018 como Magistrado Suplente y a partir de ese último año como propietario, Araya (2023) esbozó sus razones por las cuales es un abanderado de la reforma que comentamos y sentenció además que “... no veo otra forma de salir del problema, sino que aprobando esta y por eso ese paso

1 Ver así Periódico La Nación 27 de septiembre de 2023. A 34 años de la Sala Constitucional.

2 Entrevista programa Noche sin Tregua. La Política con “P” Mayúscula del 2023

hay que darlo ya". Denunció que no conoce un Tribunal Constitucional en el mundo que tenga un circulante de 30 mil expedientes al año, donde el 92% son amparos, y aportó un dato comparativo revelador al comentar que España, con casi 10 veces el tamaño de nuestra población, su circulante no llega a 10 mil al año. Le preocupa que, en ese contexto, hasta se dé un desmejoramiento de la calidad de las sentencias que dictan dada la cantidad inmanejable de trabajo que les agobia.

Estima como altamente conveniente poner un poco de distancia del Tribunal Constitucional frente a la Corte Plena y al propio Poder Judicial porque "las funciones de Corte Plena son ajenas al Tribunal Constitucional y las que no lo son, la Sala o sus integrantes tienen que inhibirse porque temprano que tarde llegarán a sus despachos y tendrán que pronunciarse". (Araya, 2023)

También Castillo (2023) en el artículo ya citado escribió sobre ello indicando que "en muchos de los asuntos que se discuten en el seno de la Corte, deben abstenerse por imperativo de ley, sea porque serán objeto de consulta constitucional o porque hay un proceso constitucional en trámite".

Por eso incluso, al compartir Araya (2023) la posición de Castillo Víquez en cuanto a lo valioso que resultaría para ellos no tener que asistir a las sesiones de Corte Plena, los días lunes, que inician a las ocho de la mañana y se extienden, a veces, hasta las siete de la noche, causa espasmo para no decir otra cosa, cuando denuncia que gran parte de esas sesiones tienen que retirarse por la razón apuntada, de que no pueden participar de las sesiones en aquellos casos donde la Corte trata temas de los que ellos oportunamente deben atender o resolver consultas que le plantea este órgano. Y acotó que ese tiempo dedicado, es únicamente referido a las sesiones ordinarias, pues también hay sesiones extraordinarias.

Y denuncia que le da pena que la Sala de-

dique únicamente los miércoles a conocer, votar y resolver las acciones de inconstitucionalidad que son el grueso de la mora y, además, la razón de ser de los tribunales constitucionales.

Finalmente, son numerosas las sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional sobre las consultas que le ha formulado la Corte Plena, y para cerrar este apartado vamos a citar dos. A saber, la Sentencia N.º 4258-2002 que se pronunció sobre la Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N.º 7605 que reformó el Régimen de Pensiones del Poder Judicial y que deja entrever lo incómodo que resulta que en algunos casos los magistrados constitucionales sean villanos de sus propios compañeros de trabajo, cuando deben decirles no a sus consultas o pretensiones y eso es, otro argumento más para apoyar su exclusión de la órbita judicial.

Acá, la Sala dijo que el Régimen de Pensiones del Poder Judicial no tiene relación con su organización y funcionamiento "... la Sala considera que el régimen de pensiones de los servidores judiciales aquí impugnado no modifica el régimen jurídico por el que la Corte Suprema de Justicia imparte justicia, ni reordena el número o las competencias de los tribunales existentes. No puede tampoco alegarse contra la norma un efecto apenas indirecto, que sería causado por un cambio en el presupuesto general del Poder Judicial, que a su vez podría incidir sobre la función jurisdiccional. "

Y la otra que podríamos citar es la Sentencia N.º 3063-95 donde los jueces constitucionales señalaron que: "III. DE LA CONSULTA OBLIGADA A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Se acusa que la Ley Marco de Pensiones fue tramitada y aprobada por la Asamblea Legislativa sin que se hiciera la consulta obligada a la Corte Suprema de Justicia y a la Caja Costarricense de Seguro Social, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 167 y 190 de la Constitución Política. La alegada violación de procedimiento por no haberse consultado a la primera ya fue del conocimiento de

esta Sala en sentencia número 0846-92, de las trece horas treinta minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y dos; en que se señaló el carácter innecesario de la consulta por cuanto la Ley de referencia no afecta en absoluto a los servidores judiciales:

“Al respecto, carece de interés pronunciarse sobre la obligada consulta a la Corte, toda vez que ésta, con motivo de la evacuada sobre el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, acogió la modificación de la edad de jubilación de sus servidores a los sesenta años, como lo indica el proyecto; y con norma similar y sin perjuicio de reservas similares para garantizar los derechos adquiridos de buena fe.”

Además, dicha consulta resulta obligatoria únicamente en tratándose de la “organización y funcionamiento” del Poder Judicial, funcionamiento que está referido a la función jurisdiccional, teniendo como objetivo garantizar la independencia del Poder Judicial; este trámite no se refiere al otorgamiento de beneficios para los servidores judiciales, como es la materia en estudio, por lo que la consulta resulta innecesaria.”

## **II. La ley de la jurisdicción y la creación de la Sala Constitucional.**

Antecedentes. Enfoquémonos ahora en cómo nació la Sala y cómo fue que llegamos adonde estamos.

En una memorable disertación ofrecida por el Doctor Rubén Hernández Valle sobre la reforma a los numerales 10 y 48 de la Constitución Política en abril y junio de 1989, más el dictado de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y como producto de ello la creación de nuestra Sala Constitucional, Rubén (1989) da cuenta que el dictado de la misma fue posible gracias a la participación decidida de varios juristas de renombre como don Eduardo Ortiz, Rodolfo Piza Escalante y el Doctor Fernando Coto Albán. Da cuenta también este autor de dos momentos de esta

historia, una en la Administración el Expresidente Monge Álvarez y otra en la primera de Arias Sánchez que fue en la que finalmente se aprobó y entró en vigor. En ambos casos destaca el importante aporte de tres exministros de justicia, don Carlos José Gutiérrez, don Hugo Alfonso Muñoz y don Luis Paulino Mora, además de los diputados miembros de las Comisiones de Asuntos Jurídicos que brindaron – en sus palabras textuales – todo tipo de facilidades para el conocimiento, avance y aprobación de los proyectos, tanto el inicial como el final. Menciona en particular a exlegisladores como don Luis Fishman, el Doctor Rodrigo Araya y don José Miguel Corrales Bolaños<sup>3</sup>.

Como contexto también, el profesor Hernández (2023), señaló en aquella conferencia doctoral que: “Cuando la discusión del primer proyecto se encontraba bastante avanzada en la Comisión de Asuntos Jurídicos a finales de 1988, el Plenario Legislativo aprobó el “Primer Informe Legislativo sobre la Penetración del Narcotráfico en el País” en el cual se hacían serias y profundas críticas al Poder Judicial y se sugerían cambios radicales en su estructura para mejorar sustancialmente la administración de justicia”.

Entre las sugerencias figuraba – continúa diciendo Hernández (2023) – la reforma radical de la jurisdicción constitucional. Esto abrió la posibilidad de que también se reformará la Constitución Política para crear un tribunal constitucional especializado en la materia.

Narra también Hernández (2023) que la primera reforma constitucional se aprobó en abril de 1989 y la segunda en junio de ese mismo año y en punto al corazón del tema que da origen a este artículo sobre la conveniencia o no de sacar a la Sala de la órbita del Poder Judicial, dice así uno de sus padres fundadores: “A pesar de que existía consenso en que la solución óptima pasaba por ubicar a la Sala Constitucional fuera de

<sup>3</sup> Ceremonia de entrega del Doctorado Honoris Causa por parte de la UELD al Dr. Rubén Hernández Valle el día 14 de septiembre de 2023 en el Colegio de Abogados.

la órbita del Poder Judicial como un tribunal especializado, al final se llegó a la conclusión de que la creación de una nueva institución fuera de los tres poderes podría acarrear la oposición de algunos partidos políticos así como de parte importante de la opinión pública, con lo cual se daría al traste con la reforma integral a la justicia constitucional que el citado proyecto proponía”.

Y así se explica por qué, la Sala forma parte desde entonces del Poder Judicial, dado que la reforma constitucional al numeral 10 dice que corresponde a una Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia resolver lo que conocemos, esto es la defensa de los derechos fundamentales y los asuntos de constitucionalidad haciendo uso de los institutos propios de cada tema. Reitera esa ubicación y competencia el numeral 4º de la Ley de la Jurisdicción cuando reza que: “La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política”

Así las cosas, el Derecho Procesal Constitucional como ciencia, nació en 1989 con la reforma a los numerales 10 y 48 de nuestro Texto Político y el posterior dictado de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ello hizo posible crear un tribunal especializado en la materia, con un fin y un objeto claro: garantizar la supremacía de la Constitución Política, velar por la defensa de los derechos fundamentales y el reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y los actos de autoridad. Su ley de creación indica los principios que guían su accionar como oficiosidad, gratuidad e informalidad, define que sus resoluciones son vinculantes salvo para sí misma y tiene, finalmente, este Tribunal la autocapacidad para definir su propia competencia. 35 años después, su éxito ha desbordado todas las expectativas iniciales y aún y cuando se puede disentir de algunas de sus resoluciones, el país y la sociedad en general confía en ella, en sus integrantes, siente que el ensayo ha

sido altamente exitoso y para profundizar en su mejoramiento hay consenso hoy día que lo mejor es sustraerla de la órbita del Poder Judicial, que sus siete magistrados no participen de las funciones administrativas de la Corte Plena, y con ese tiempo que hoy dedican todos los lunes – sin contar su presencia en comisiones o sesiones extraordinarias - borre la única mancha que se le ha podido notar: la mora judicial.

### **III. ¿En qué consiste la reforma legislativa propuesta?**

Bajo el Expediente Número 23,967, varios diputados liderados por la congresista Gloria Navas Montero, con fecha 10 de octubre de 2023, presentaron a la Asamblea Legislativa un Proyecto de Ley para reformar el artículo 10 de la Constitución Política, que dice: ARTÍCULO 1º. Reformase el artículo 10 de la Constitución Política para que en lo sucesivo se lea como sigue: ARTÍCULO 10. Corresponde a un Tribunal Constitucional, con rango de órgano constitucional, declarar, por mayoría de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Los integrantes del Tribunal Constitucional tendrán rango de magistrados con los mismos derechos y obligaciones de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, serán elegidos y eventualmente removidos de sus cargos de igual forma que aquellos.

TRANSITORIO I- Esta norma entrará en vigor el primero de enero del año siguiente a la fecha de aprobación de esta reforma en segunda legislatura.

TRANSITORIO II- El Tribunal Constitucional asumirá todas las competencias que actualmente desempeña la Sala Constitucional.

RIGE A PARTIR DE SU PUBLICACIÓN<sup>4</sup>.

#### **IV. El paso de la sala a un órgano de naturaleza constitucional denominado Tribunal Constitucional.**

Para comprender de lo que estamos hablando, echamos mano al más universal de los constitucionalistas costarricenses, Hernández (2023), quien en su famosa obra “El Derecho de la Constitución”, Volumen II, nos recuerda que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, los órganos constitucionales pueden definirse como aquellos creados directamente por la Constitución y que gozan de recíproca independencia. Están dotados, añade, de un grado de autonomía funcional muy amplio, lo que les permite ejercitar sus respectivas competencias con absoluta independencia de los demás órganos estatales. Por tanto, entre ellos no pueden existir relaciones de subordinación ni de jerarquía sino únicamente de interdependencia. Termina diciendo el ilustre profesor, que lógicamente los tres poderes son también órganos constitucionales, pero además existen otros dos: el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República.

Ahora bien, estando claro qué es un órgano constitucional y su grado de autonomía e independencia, recordemos que para el caso nuestro, mediante Reforma aprobada por la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder reformador a la Constitución y mediante Ley N. ° 5704 del 5 de junio de 1975, y recogiendo una iniciativa del propio Tribunal Supremo de Elecciones, los señores magistrados de entonces, solicitaron a la Asamblea Legislativa que al estar cumpliendo en ese año el TSE 25 años de fundación y de ser considerado, decían ellos ayer y hoy como un poder de la República, muy respetado por los costarricenses, sugerían se reformara el artículo 9° constitucional que consagra el Principio de Separación de Poderes o la triada del poder y se elevara al TSE como un

<sup>4</sup> Ver así el Expediente Legislativo número 23.967 presentado por Gloria Navas Montero y otros en octubre de 2023 y el cual se encuentra en trámite.

cuarto poder.

Y es Bernal Arias Ramírez, quien en su magnífica obra “Reformas Constitucionales” de la Editorial Investigaciones Jurídicas, 2001 a páginas 165 a 170 explica el trámite sufrido desde la iniciativa hasta la redacción final que consensuó el Parlamento entonces y que fue, curiosamente, redactada por otro maestro del Derecho Público, don Rodolfo Piza Escalante<sup>5</sup>.

Así lo relata Arias (2001) “El Tribunal Supremo de Elecciones esperaba disfrutar de mayor categoría y rango, pasando nuestro país de la división tripartita de los poderes del Estado, a una división cuatripartita.” Piza (2001) interpretó que lo que quería el Tribunal Supremo de Elecciones no era ir tanto como crear un cuarto poder, que compartiera el ejercicio de funciones de gobierno, sino pedir el reconocimiento de rango a la independencia y a la exclusividad que corresponde a los supremos poderes del Estado. Por ello presentó una moción que le fue aprobada, eliminando la literalidad de “cuarto poder” leyéndose tal y como indica aún hoy en el 2024: “Un Tribunal Supremo de Elecciones con el rango e independencia de los poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente, la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las funciones que le atribuyen esta Constitución y las Leyes” (Reforma Constitucional, 1975)<sup>6</sup>.

Con este antecedente, nos parece, Costa Rica sabe de qué estamos hablando y lo que estaríamos creando es el sexto órgano constitucional patrio.

#### **V. ¿Cuáles otras reformas legislativas resultan necesarias?**

Por supuesto que, la reforma que se propo-

<sup>5</sup> En ese sentido, léase el libro “REFORMAS CONSTITUCIONALES” de Bernal Arias Ramírez, 11 Editorial Investigaciones Jurídicas 2001.

<sup>6</sup> Véase Reforma Constitucional Referida del mes de junio de 1975 que elevó a rango constitucional al TSE.

ne, implica además de reformar el numeral 10 del Texto Político, también conlleva reformar sus numerales 48 y 128, en tanto el 48 señala que es potestad de la Sala conocer y resolver los recursos de amparo y de habeas corpus, y por la vía del numeral 128 se le atribuye a la Sala pronunciarse en todos aquellos casos en donde el Poder Ejecutivo ejerce su derecho al veto, sobre aquellas iniciativas de ley aprobadas por la Asamblea y el primero las vete invocando razones de constitucionalidad. Serán reformados ambos para que en adelante se lea Tribunal Constitucional.

Como se apuntó líneas arriba, también habría necesidad de reformar el numeral 4º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional cuando reza que: “La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política”

De la misma manera, nos parece, deberán modificarse los numerales 1, 49 y 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto el primero señala que corresponde al Poder Judicial resolver, entre otros, procesos penales, civiles, comerciales y hasta constitucionales, lo que sin duda se refiere a los que atiende actualmente la Sala Constitucional que, de prosperar la reforma debiera ser excluido esa materia. Deberá, en igual sentido, reformarse el 49 en tanto dispone que la Corte Suprema de Justicia se compone de tres salas y la Sala Constitucional, por lo que, si se aprueba la reforma, este último integrante debe excluirse. La misma suerte habrá de correr el numeral 57 que señala de manera expresa las atribuciones de la Sala Constitucional, pues si se sustrae de la órbita del Poder Judicial, jamás podría permanecer ese artículo, en el texto normativo de comentario.

Estimamos que, en la eventualidad, serán objeto de modificación, además, los incisos 3 y 4 del numeral 143 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa que regulan, precisamente, el trámite en el Parlamento de las Consultas de Constitucionalidad en cuanto

aquellos incisos aluden a que las mismas deben enviarse a la Sala Constitucional. Y así podrían aparecer muchas menciones más. Lo anterior sería lo concreto, lo que debería hacerse de inmediato, aunque muchas voces se han escuchado de que hasta se podría ir más allá y aprovechar el momento para crear los tribunales de amparo en todas las cabeceras de provincia e incluso en aquellos lugares donde exista mucha concentración de población – idea, por ejemplo, formulada por la Comisión de Notables del año 2013<sup>7</sup>. Y reservar con ello al nuevo Tribunal Constitucional la competencia de resolver y pronunciarse únicamente sobre los Habeas Corpus y todos los asuntos de constitucionalidad. Ya que constituyen, dicho sea de paso, la razón de ser de la existencia de estos Tribunales, esto es, resolver las acciones de inconstitucionalidad, las consultas previstas en los numerales 96 y 102 de su Ley de creación y que se refieren a las consultas legislativas en sus dos modalidades preceptivas y facultativas, pronunciarse sobre las consultas judiciales y ejercer la jurisdicción constitucional orgánica, esto es conocer y resolver conflictos de naturaleza constitucional positivos o negativos que se dan entre los órganos de naturaleza constitucional.

Otro problema no menor que habría que resolver tiene que ver con la parte económica, pues se sabe que por mandato del numeral 176 de la Constitución Política, este consagra ahí las denominadas asignaciones económicas constitucionales, que anualmente vía proyecto de presupuesto se le asigna, entre otros, al Poder Judicial, y entonces también habría necesidad de resolver ese tema como parte del reordenamiento que se está proponiendo, cuánta de aquella asignación le corresponde en adelante al Tribunal Constitucional para su funcionamiento, además

<sup>7</sup> En efecto, por ejemplo, la llamada Junta de Notables que integró la administración de la expresidenta Laura Chinchilla y que presentó el denominado INFORME FINAL COMISIÓN PRESIDENCIAL SOBRE GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA propuso ese esquema de regionalizar y crear los Tribunales de Amparo, idea que ha sido secundada, por otros actores. El documento es del año 2013, editado por el Ministerio de Planificación y Política Económica.

del traslado administrativo de su personal, recursos materiales y financieros indispensables para el cumplimiento de su giro ordinario de actividad.

## **VI. Los tribunales constitucionales en el Derecho Comparado.**

En este punto vamos a echar mano a tres referencias puntuales para demostrar que la reforma que se comenta se ajusta en un todo al esquema que se sigue en resto del mundo. Esto es, los Tribunales Constitucionales forman parte del Reparto Constitucional Moderno en casi todos los países y tienen una competencia de naturaleza jurisdiccional, que se resume en la defensa de la Constitución, garantizar la supremacía constitucional, ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y otros actos de autoridad, así como, velar por el estricto cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, son tribunales creados por la Constitución, pero ejercen su función de manera independiente y autónoma de la órbita del poder judicial.

De ahí qué, primero se recomienda la exposición que realiza en un excelente artículo, el Letrado de la Sala Constitucional y profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho (UELDE), Luis Cervantes Gamboa, quien en un artículo titulado precisamente "Los Tribunales Constitucionales en el Derecho Comparado" publicación auspiciada en el año 1996 por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, aporta una frondosa recopilación de los antecedentes de los tribunales constitucionales en todo el mundo, pero de manera especial hace referencia al origen de los tribunales constitucionales de Alemania, Francia, Italia y España y que, a propósito da cuenta de sus diversos nombres como Consejo Constitucional en Francia, Corte Constitucional en Italia, Tribunal Constitucional Federal en Alemania y Tribunal Constitucional en España<sup>8</sup>.

Y sobre este último añade "El Tribunal Constitucional es considerado como "un órgano de naturaleza jurisdiccional". Su procedimiento, el estatuto de sus miembros y el valor de sus decisiones están en la órbita de la jurisdicción. Además, dicho Tribunal está compuesto por auténticos jueces con una formación jurídica sólida quienes realizan su labor por medio de procedimientos jurisdiccionales, adoptando así sus decisiones el carácter de sentencias, autos y providencias y no pueden actuar de forma oficiosa, sino únicamente a instancia de parte como sucede en los demás Tribunales" (Cervantes, 1996)

Añade Cervantes (1996) en relación con nuestro tema de fondo que "Sin embargo, es importante hacer notar que el Tribunal Constitucional se encuadra como una jurisdicción de naturaleza especial, pues el mismo no se encuentra ubicado dentro de la común organización judicial, sino que la Constitución de 1978, la cual le dio origen, lo sitúa como un órgano fuera de la estructura del mencionado poder. Es por ello, añade, que para algunos autores tales como Eduardo García de Enterría y Jesús González Pérez, el Tribunal viene a ser un superpoder o un verdadero cuarto poder, materialmente jurisdiccional pero distinto del Poder Judicial estricto."

Para el profesor Allan Brewer – Carias, en la Revista de Derecho Público, en su Edición Novena de diciembre de 2009, escribió casi que en igual sentido que "Esta confrontación, entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y el principio de separación de poderes fue, precisamente, lo que llevó a la creación de Tribunales Constitucionales en Europa continental, con la atribución jurisdiccional particular y específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, sin que ello se atribuyera, sin embargo, al orden judicial tradicional. En esta forma, se puso fin a la antinomia, creándose nuevos Tribunales o Cortes Constitucionales, ubicadas jerárquicamente por encima de los órganos que ejercen los poderes públicos horizontalmente; en consecuencia, ubicados por encima del Parlamento, del Ejecuti-

<sup>8</sup> Así lo afirma Cervantes Gamboa, Luis en su artículo LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tomo VI. 1996.

vo y de las autoridades judiciales, con miras a velar por la Supremacía de la Constitución sobre todos los órganos del Estado". (Brewer, 2009)

Y agrega este profesor venezolano que: "El llamado "sistema austríaco" de control jurisdiccional de la constitucionalidad o el "modelo europeo" como también se lo ha llamado, se caracteriza así, por el hecho de que la justicia constitucional fue confiada a un órgano constitucional en algunos casos estructuralmente independiente de las autoridades judiciales ordinarias, es decir, del Poder Judicial y de su organización. Además, en general, los miembros de los Tribunales Constitucionales no pertenecen a la carrera judicial y son más bien nombrados por los órganos políticos del Estado, en particular por el Parlamento y el Ejecutivo. Este sistema dio origen a órganos constitucionales especiales que, como se dijo, en algunos casos no pertenecen al Poder Judicial, pero que, en todo caso, ejercen una actividad jurisdiccional propiamente dicha" (Brewer, 2009)<sup>9</sup>.

Todo indica que la doctrina invocada, ha encontrado terreno fértil en Latinoamérica, pues de seguido nótese como las Constituciones de Colombia, México, Guatemala, República Dominicana, Uruguay, Perú y la propia España, contienen en sus constituciones al Tribunal Constitucional como un órgano separado del Poder Judicial.

Citemos algunas de ellas. Empecemos con la Constitución de Guatemala que en su numeral 268 crea la Corte de Constitucionalidad, indicando a texto expreso: "Función esencial de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional, actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.

La independencia económica de la Corte de Constitucionalidad será garantizada con un porcentaje de los ingresos que correspondan al Organismo Judicial".

De su lado la Constitución de Colombia, vigente desde 1991, establece en sus numerales 239 al 243, un CAPÍTULO IV denominado De la Jurisdicción Constitucional, definiendo primero, entre otras cosas, que los jueces constitucionales serán nombrados por el Senado por un plazo de 8 años, de ternas propuestas por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y como dato curioso prohíbe la reelección.

Es en el artículo 241 donde la Ley Fundamental colombiana define las competencias de la Corte Constitucional, indicando que "se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, debiendo además pronunciarse sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación" y le confía, en general, siete funciones más que tienen que ver desde pronunciarse sobre la constitucionalidad de los referendos, hasta la constitucionalidad de los proyectos de ley y finalmente dispone que sus fallos hacen o constituyen cosa juzgada material.

De su lado, la Constitución Política de 29 de diciembre de 1993 de la República del Perú también regula la creación de un Tribunal Constitucional – denominado originalmente Tribunal de Garantías Constitucionales - en sus numerales 201 y 202 y señalando en forma bastante similar que "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros y son elegidos por cinco años". El numeral 202, como se adelantó, define sus competencias, como la de conocer las acciones de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia entre otros.

<sup>9</sup> La afirmación es de ALLAN BREWER – CARIAS, y lo escribe en la revista de Derecho Público Número 06 del año 2005.

Por su parte, son los artículos 159 a 165 de la Constitución Política de España, vigente desde 1978, la que regula también a su Tribunal Constitucional, integrado por 12 miembros nombrados por el Rey atendiendo a las recomendaciones del Congreso, el Gobierno y el Consejo del Poder Judicial. Son nombrados por 9 años, deben tener al menos 15 años de ejercicio profesional, y sus competencias yacen descritas en el numeral 161 de aquella Ley Fundamental.

También la República Dominicana, en su Texto Político vigente aprobado en el año 2015, le dedica cuatro artículos al tema del Control Constitucional, señalando en su numeral 184 que: “Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria.”

Leídos estos textos, y como se acostumbra a decir: “Donde hay claridad no se interpreta, porque burro que se enreda, burro que se ahorca” lo propio entonces es que los Tribunales Constitucionales, son tribunales especializados, nombrados por los órganos legislativos, están fuera de la órbita del Poder Judicial, son autónomos e independientes, sus resoluciones son vinculantes, y con unas competencias claramente definidas.

Y mirando al espejo costarricense, tendríamos que, en ninguna de las cartas fundamentales citadas, esos tribunales o cortes constitucionales ni forman parte de la estructura del Poder Judicial y por tanto no tienen porqué, como en nuestro caso, atender parte de las funciones de Corte Plena, que como hemos dicho, los distraen de la función esencial a la cual fueron llamados y es la naturaleza jurídica de estos entes.

Y por último los magistrados actuales de nuestra Sala Constitucional, su actual pre-

sidente Fernando Castillo Viquez y don Jorge Araya García, así como el exmagistrado Carlos Arguedas Ramírez han referenciado como argumentos para validar la reforma el hecho, precisamente, de que eso es propio en aquellos países. En efecto, Castillo (2023) en ocasión de los 34 años de la creación de la Sala Constitucional escribió en lo que interesa: “De ahí la necesidad de que haya cambios estructurales en la jurisdicción constitucional con el fin de garantizar su sostenibilidad en los próximos. Para tal propósito, es necesario reflexionar si la Sala Constitucional debe seguir formando parte del Poder Judicial o debe erigirse como un verdadero tribunal constitucional al estilo europeo, colombiano, chileno, dominicano o peruano”

Por último, el exdiputado y exmagistrado de esa Sala, Arguedas (2023), se suma al objeto de este artículo sobre la conveniencia o no de separar a la Sala del Poder Judicial e indica que “en la práctica, los magistrados de la Sala están obligados a dedicar una parte considerable de su tiempo a las labores de la Corte, restándole a sus tareas de jueces constitucionales... Por consiguiente, dispensar a los magistrados de la Sala de las ocupaciones de la Corte, separándola del Poder Judicial como el proyecto pretende, o simplemente mediante una disposición que así lo estableciera, aumentaría presumiblemente la productividad del tribunal...”

## **Conclusión**

Se atribuye al escritor y pensador francés Víctor Marie Hugo (1802-1885) más conocido como Víctor Hugo, la famosa frase de que “No hay fuerza más grande que una idea a la cual le ha llegado su hora” y nos parece que, casi 35 años después de la creación de la Sala Constitucional como el más alto tribunal de la República. Creado en 1989 para garantizar la supremacía constitucional, garantizar y defender los principios, valores y, haciendo efectiva la defensa de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política en favor de los ciudadanos, ejercer el control de constituciona-

lidad de las leyes y sus actos de autoridad. Habiendo cumplido su misión aquel Tribunal con nota casi que perfecta, pero reconociendo que la naturaleza jurídica del órgano – entendiendo por naturaleza “el conjunto de ideas que componen la esencia de una cosa” – es de ser un órgano estrictamente jurisdiccional, esto es, “Jurex” – “Decere” – que se traduce como la facultad de los órganos jurisdiccionales de “decir y resolver de manera exclusiva” conflictos de naturaleza jurisdiccional conforme a normas jurídicas. Nos parece que llevan razón quienes promueven la idea de separar a la Sala Constitucional del Poder Judicial y establecerla - como lo es desde junio de 1975, el Tribunal Supremo de Elecciones en Costa Rica - como un órgano constitucional autónomo, independiente, especializado y con un giro ordinario de actividad exclusivo, tal y como funcionan los Tribunales Constitucionales en el Derecho Comparado con ejemplos concretos en Colombia, España, Perú, Guatemala, República Dominicana y otros.

Pero, además, debe insistirse en ese concepto esencial, su misión es la de impartir justicia, la justicia constitucional, de ser garante de la defensa de la Constitución Política y nada hace entonces un Tribunal Constitucional, donde sus siete miembros son sustraídos al menos una vez a la semana, 52 días laborales y productivos al año, como mínimo, para atender y compartir el gobierno del Poder Judicial. Por mandato del numeral 59 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ordena a la Corte Plena, esto es a todos los magistrados de la Salas, compartir las funciones de gobierno de la Corte Plena, funciones que van desde estudiar y resolver temas presupuestarios, disciplinarios, nombramientos e integración de comisiones, entre otros.

Otro tema no menor que acusan los integrantes del Tribunal Constitucional, académicos, y los magistrados de las otras Salas es lo incómodo que resulta para los integrantes de la Sala IV y de los restantes compañeros el hecho de que ellos se conviertan a veces en jueces y parte cuando deben o bien in-

hibirse, o bien pronunciarse en las denominadas consultas que les formula la propia Corte Plena, en los casos en que así los dispone la Ley Fundamental vía artículo 167 y que atañen a temas tan variados como nombramientos y pensiones a lo interno incluso del propio Poder Judicial.

Finalmente se acusa que, el grueso de la mora judicial que tiene este Tribunal Constitucional ha afectado de manera más que sensible el tema de atender y resolver las acciones de inconstitucionalidad – que según su Ley de creación deben estar resueltas en un mes y algunas tardan seis años o más – ver así su artículo 89 - y sus miembros estiman que de separarles de aquellas funciones y de ser posible crear los tribunales de amparo en las diversas regiones del país, ambas reformas incidirían de manera directa en resolver parte de la mora denunciada. En todo caso, a confesión de parte, relevo de pruebas se estila decir y con franqueza Araya (2023) reconoció que la Sala le dedica sólo los miércoles a resolver las acciones de inconstitucionalidad y a ese ritmo parece imposible alcanzar normalidad.

Lo importante, nos parece, es que como país ya estemos hablando del tema. Porque pocas cosas tan ciertas hay en la vida como la que afirma que “lo que no se evalúa, no se puede mejorar”. Y la reforma que se propone va, nos parece, en la dirección de mejorarla. Y es que, cuando se afirma que la Sala Constitucional ha sido víctima de su propio éxito lo es, porque nadie podría ser tan mezquino para no reconocer el impacto que este Tribunal Constitucional ha tenido en la vida republicana a través de sus míticas sentencias en temas de profundo calado como la de la reforma fiscal, empleo público, TLC, matrimonio igualitario - o la reelección presidencial que el autor de este artículo nunca compartió - y más lejanas como la del uniforme único, la educación superior o el debido proceso.

La Sala, sin duda se convirtió, también, en el “Tatica Dios Jurídico” de los costarricenses,

pues, ante la falta de respuesta del Estado y la administración pública a sus quejas, en temas tan inmediatos para ellos, como listas de espera, salud en general, falta de servicios esenciales como agua, transporte, protección al ambiente hicieron que a través del “sala cuartazo” fueran escuchadas y resueltas sus demandas.

## Referencias Bibliográficas

Araya García, J. (2024). Hacia El Fortalecimiento de la Jurisdicción de La Libertad”. Revista Tribuna Libre, 14(1), pp. 2-8. <https://revista.uescuelalibre.cr/index.php/tribunalibre/article/view/53>

Arias Ramírez, B. (2001). Reformas Constitucionales. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Cervantes Gamboa, L. (1996). Los Tribunales Constitucionales En El Derecho Comparado. Estudios Básicos De Derechos Humanos. Tomo VI. Instituto de Derechos Humanos. Editorial Mundo Gráfico S.A.

Constitución Política de Costa Rica. (2019). Editorial Juricentro,

Entrevista del Lic. Claudio Alpízar Otoya a Jorge Araya García, Magistrado de la Sala Constitucional en el Programa “Política con P Mayúscula” del domingo 17 de noviembre de 2023.

Entrevista del Lic. Claudio Alpízar Otoya a la diputada Gloria Navas Montero y Don Rubén Hernández, en el Programa “Política con P Mayúscula” del domingo 17 de enero de 2023.

Hernández Valle, R. (2014). El Derecho de la Constitución. Tomo II. Editorial Juricentro.

Hernández Valle, R. (2024). Lectio Doctoralis “La Creación De La Sala Constitucional, Sus Logros Y Perspectivas” Discurso Académico Del Dr. Ruben Hernández Valle En Ocasión Del Otorgamiento De Su Doctorado Honoris Causa Por Parte De La Universidad Escuela

Libre De Derecho. 14 de septiembre de 2023 en el Colegio de Abogados. Revista Tribuna Libre, 14(1), pp. 15-25. <https://revista.uescuelalibre.cr/index.php/tribunalibre/article/view/56/87>

Informe Final Comisión Presidencial Sobre Gobernabilidad Democrática. (2013). Ministerio de Planificación y Política Económica. San José, Costa Rica.

Ley de La Jurisdicción Constitucional. (2021). Editorial Juricentro.

Ley Orgánica del Poder Judicial. (2023) Investigaciones Jurídicas S.A.

Navas Montero, G. (2023 10 de octubre). Expediente Legislativo N° 23967 de la Asamblea Legislativa relativo a la Reforma al artículo 10 de la Constitución Política propuesto el 10 de octubre de 2023 por la Diputada Gloria Navas Montero y otros. Departamento De Servicios Parlamentarios. Unidad De Proyectos, Expedientes y Leyes.

Reglamento de Orden Interior y Disciplina de la Asamblea Legislativa. (2019). Editorial Juricentro,

¿Sala o Tribunal Constitucional? Carlos Arguedas Ramírez. Exdiputado y ex Magistrado de la Sala Constitucional. Sección Columnistas. Periódico La Nación. 19 de noviembre de 2023.

34 años de Justicia Constitucional. Dr. Fernando Castillo Víquez. Magistrado Presidente de la Sala Constitucional. Sección Columnistas. Periódico La Nación. 27 de setiembre de 2023.

# **MARCAS NO TRADICIONALES.** *Non traditional trademarks.*

## **LICDA. HELLEN JIMÉNEZ JIMÉNEZ**

- Abogada y Notaria Pública.
- Mediadora y Conciliadora certificada del Centro de Resolución de Conflictos del Colegio de Abogados.
- Doctoranda del Programa de Doctorado en Derecho Comercial- Procesal Civil, Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Docente universitaria.
- Asesor legal experto en Propiedad Intelectual.





# MARCAS NO TRADICIONALES.

## *Non traditional trademarks.*

### **Resumen.**

El objetivo de esta monografía es analizar las marcas no tradicionales, los retos para su utilización y los obstáculos ante sus intentos de protección y reconocimiento en el mundo jurídico. Lo anterior mediante un análisis cualitativo que involucra doctrina, legislación internacional, Derecho Comparado y jurisprudencia internacional.

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), ha planteado diversas opciones en busca de la homogeneidad de los requisitos de protección de este tipo de signos distintivos. Los esfuerzos deberán permear más activamente en la legislación interna y los procesos de las oficinas de registro marcario locales, en busca de innovar con nuevas metodologías en colaboración la tecnología actual.

### **Summary.**

The objective of this monography is to analyze the non-traditional trademarks, the challenges for their use and the obstacles in the attempts of protection and recognition in the legal world. The above through a qualitative approach, that includes study of doctrine, international legislation, comparative law and international jurisprudence.

The World Intellectual Property Organization (WIPO) has proposed various options to homogenize the protection requirements regarding this type of distinctive signs. Furthermore, efforts should permeate actively into the internal legislation and local trademark registration processes, seeking to innovate with new methodologies in collaboration with current technology.

### **Palabras clave.**

Marcas no tradicionales, representación gráfica, marcas de color, marcas tridimensionales, marcas holográficas, marcas en movimiento, marcas de posición, marcas gestuales, marcas olfativas, marcas gustativas y marcas táctiles.

### **Keywords.**

Non-Conventional trademarks, graphic representation, color trademarks, three-dimensional trademarks, hologram trademarks, motion trademarks, position trademarks, gestural trademarks, olfactory trademarks, gustatory trademarks and tactile trademarks.

### **Contenido.**

I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO DE MARCAS NO TRADICIONALES. III. REQUISITOS DE REGISTRO DE MARCAS. IV. CLASIFICACIÓN DE MARCAS NO TRADICIONALES. V. RETOS AL USO DE MARCAS NO TRADICIONALES. VI. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL. VII. DERECHO COMPARADO. VIII. JURISPRUDENCIA. IX. CONCLUSIONES. X. BIBLIOGRAFÍA.

### **I. Introducción.**

Desde la época romana, los mercaderes han utilizado signos que permitan identificarlos frente a los consumidores. El beneficio comercial de la marca se traduce en el reconocimiento y lealtad de los clientes ante una experiencia de producto o servicio que les inspira a continuar escogiendo aquella de la que identifica su origen. Aunado al reconocimiento, las marcas proyectan calidad e imagen empresarial, por lo que en la actualidad representan uno de los activos intangibles más importantes para las empresas tanto a nivel doméstico como internacional.

Las transformaciones del comercio han hecho necesario el incursionar en nuevas for-

mas de manifestación de signos que permitan diferenciar bienes y servicios en un mercado saturado visualmente. El marketing sensorial como una forma de mercadeo que busca mediante estímulos de los cinco sentidos establecer conexiones emocionales, recuerdos, experiencias únicas o incluso despertar la imaginación del consumidor y con ello facilitar la compra de un determinado bien o servicio. De tal forma, las marcas no tradicionales surgen como signos distintivos que se perciben a través de los cuatro sentidos distintos a la vista y con ello coadyuvar en la evolución de comercio.

La protección registral de la marca históricamente se centró en solicitudes de marcas verbales o figurativas. En el momento en el que el Derecho Moderno admite el uso de otros tipos de marcas y su correspondiente protección, es que surge un gran reto para las oficinas registrales de marcas alrededor del mundo.

La novedad de estos nuevos signos distintivos y la dificultad de estandarizar criterios que permitan la verificación del cumplimiento de los requisitos de distintividad y susceptibilidad de representación gráfica ha desincentivado el uso de estas marcas por la complejidad de su inscripción.

La selección de una marca no solo debe considerar criterios comerciales, estéticos y de mercado, sino que debe de ser analizada desde un punto jurídico según el territorio en el que se pretenda inscribir. Así las cosas, el Derecho Marcario y los requisitos para su registro se encuentran frente un dinamismo constante que merece una adaptación mundial a las necesidades del nuevo comercio global.

## II. CONCEPTO DE MARCAS NO TRADICIONALES.

La marca es un signo que da a conocer al consumidor el origen del bien o servicio que adquiere y a su vez le permite diferenciarlo con respecto a otros idénticos o de similar

categoría.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), en el artículo 15, define las marcas de fábrica o de comercio al indicar: "(...) Podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso. Los Miembros podrán exigir como condición para el registro que los signos sean perceptibles visualmente"<sup>1</sup> Farida, al referirse a marcas comerciales, señala: "Las marcas comerciales se pueden definir como un signo distintivo que identifica e individualiza ciertos bienes y/o servicios los cuales han sido producidos por un comerciante determinado. Así mismo, pueden describirse como símbolos significativos y artísticos que diferencian a un producto o servicio de otros, los cuales juegan un papel fundamental al momento de ofrecer el servicio, posicionarse en el mercado por su distinción, representarse de manera distintiva en el mercado y en la publicidad de los servicios, motivo por el cual actualmente la ley establece un sistema de protección y registro a las marcas"<sup>2</sup>.

La legislación nacional define la marca como: "Cualquier signo o combinación de

<sup>1</sup> Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. ADPIC. [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/31bis\\_trips\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/31bis_trips_s.pdf). Pág. 7

<sup>2</sup> FARINA, S. Marcas no tradicionales en Colombia. [https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/23023/Arti%CC%81culo\\_SilviaFarina.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/23023/Arti%CC%81culo_SilviaFarina.pdf?sequence=2&isAllowed=y). Pag.2

signos que permita distinguir los bienes o servicios de una persona de los de otra, por considerarse éstos suficientemente distintivos o susceptibles de identificar los bienes o servicios a los que se apliquen frente a los de su propia especie o clase”<sup>3</sup>.

Con respecto a las marcas no tradicionales, es complejo conceptualizarlas, puesto que su definición se desprende por antinomia con respecto a las marcas tradicionales. De tal forma, las marcas no tradicionales son aquellos signos distintivos que permiten diferenciar bienes o servicios y que a su vez son percibidos mediante cualquiera de los cinco sentidos del cuerpo humano.

La doctrina ha indicado: “(...) las marcas no tradicionales son los signos perceptibles por los sentidos, capaces de identificar un producto o servicio de otros de su misma clase en el mercado. Estas marcas apelan a que por medio de los cinco sentidos (tacto, gusto, vista, olfato, y oído), los usuarios vivan la experiencia sensorial de la marca; apelan a las formas, los colores, olores, sabores, sonidos, sensaciones, emociones. De esta forma, las marcas no tradicionales apelan a la percepción y experiencia, generando una conexión emocional con el consumidor”<sup>4</sup>.

El Comité permanente sobre el Derecho de Marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas (SCT), de la OMPI, en su decimosexta sesión del noviembre del 2006, mediante el documento SCT/16/2 reconoce que: “Actualmente, los tipos de signos que se consideran aptos para constituir una marca ya no son sólo las palabras y los elementos figurativos. En el comercio se utilizan signos perceptibles visualmente junto con otros que, no siendo visualmente perceptibles, tienen la capacidad de distinguir bienes y

servicios. Hay también otros signos que son visibles, pero se apartan del concepto tradicional de signo constitutivo de marca en uno o varios de sus rasgos característicos”<sup>5</sup>. El SCT/16/2 plantea la clasificación de signos visibles y signos no visibles.

Para la sesión decimoséptima del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas de la OMPI, celebrada en mayo del 2007, ya se empieza a utilizar el concepto de “Marcas No Tradicionales” y se realiza un análisis entre los principios existentes en marcas tradicionales y estos nuevos tipos de marcas, así como su objeto de protección.

Los tipos de signos que pueden constituir una marca están regulados en la legislación costarricense en el artículo N.º3 de la Ley de Marcas y Signos Distintivos, que dispone en lo conducente: “Las marcas se refieren, en especial, a cualquier signo o combinación de signos capaz de distinguir los bienes o servicios; especialmente las palabras o los conjuntos de palabras -incluidos los nombres de personas-, las letras, los números, los elementos figurativos las cifras, los monogramas, los retratos, las etiquetas, los escudos, los estampados, las viñetas, las orlas, las líneas o franjas, las combinaciones y disposiciones de colores, así como los sonidos. Asimismo, pueden consistir en la forma, la presentación o el acondicionamiento de los productos, sus envases o envolturas o de los medios o locales de expendio de los productos o servicios correspondientes<sup>6</sup>.”

Por consiguiente, las marcas no tradicionales constituyen signos con carácter distintivo que permiten al consumidor identificar el origen comercial del producto o servicio que adquiere, y que son perceptibles por los otros

3 Artículo 2 de la Ley de Marcas y Signos Distintivos. Obtenido en [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=45096&nValor3=72368&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=45096&nValor3=72368&strTipM=TC)

4 AYALA, I. (2020) La protección de las marcas no tradicionales en el sistema jurídico mexicano. [https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/382/1/INFO-TEC\\_MDTIC\\_YAC\\_25022020.pdf](https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/382/1/INFO-TEC_MDTIC_YAC_25022020.pdf) Pág. 46

5 Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas. Decimosexta sesión. (2006). [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct\\_16/sct\\_16\\_2.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_16/sct_16_2.pdf) Pág. 2

6 Ley de Marcas y otros signos distintivos. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=45096&nValor3=72368&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=45096&nValor3=72368&strTipM=TC)

sentidos más allá de la vista.

El reto, más allá de su reconocimiento como signo distintivo, es lograr cumplir con los requisitos para su registro.

### III. REQUISITOS DE REGISTRO DE MARCAS.

Las oficinas de registro verifican la potencialidad de una marca mediante la verificación de los requisitos de distintividad, perceptibilidad y representación gráfica.

Propiamente, las marcas no tradicionales enfrentan obstáculos a la hora de solicitar su inscripción ante las oficinas registrales. En primera instancia, la subjetividad de su percepción; por ejemplo, en el caso de las marcas olfativas o gustativas, dependen en gran medida de la percepción de cada persona, lo que dificulta el establecimiento del nexo entre el bien o servicio y su origen empresarial. Un segundo elemento por considerar es el elemento funcional del signo, ya que podría presentarse que el signo por sí mismo también tenga carácter funcional como un sabor o color determinados. Un tercer obstáculo es el carácter distintivo, principalmente al considerar que el consumidor no relaciona un color o un sonido con un producto, con la misma facilidad que asocia las marcas figurativas. Finalmente, el registro ante las oficinas competentes representa un reto de adaptabilidad que se traduce en mayores costos económicos para las empresas.

Tanto la doctrina como la legislación internacional han abordado ampliamente el carácter distintivo y la representación gráfica de las marcas no tradicionales, según el tipo de marca. Sin embargo, en términos generales, se abordarán estos dos aspectos para luego puntualizar según el tipo de marca.

#### a. Carácter distintivo de la marca

La naturaleza de la marca como signo que permite al consumidor diferenciar y no confundirse entre bienes o servicios similares; constituye un requisito básico para todo sig-

no que se pretenda utilizar como una marca. Las oficinas de registro, lo primero que verificarán, en una solicitud, es el carácter distintivo del signo. Si el signo no logra identificar adecuadamente el bien o servicio, puede generar confusión al consumidor, y por ende carecería de distintividad por completo.

En algunas legislaciones, por ejemplo, en Estados Unidos, mediante el Lanham act, contemplan el concepto de distintividad adquirida (*secondary meaning*), mediante la cual se registra un signo que originalmente carecía de distintividad, si al haber sido utilizado de forma constante en el transcurso del tiempo, logró posicionarse en la mente del consumidor al punto de que se le otorgara distintividad y relación con su origen empresarial. En tanto el signo tenga capacidad distintiva, podrá ser susceptible de inscribirse como marca.

#### b. Representación gráfica

El ejercicio de los derechos de explotación, disposición y uso exclusivo de los signos distintivos se reconoce a partir del momento en que la marca se inscribe ante la oficina de registro competente.

De tal forma, el signo debe tener representación gráfica a la hora de su registro, por lo que se requiere precisar con claridad, integridad, precisión y objetividad al signo frente a otros. Esta representación debe mantener su carácter por todo el plazo de vigencia de la marca, ya que es la que delimita los alcances de protección y derechos de su titular.

La doctrina ha enfatizado la importancia de la representación gráfica en todas las etapas de inscripción y durante la protección del signo; así lo expresa: "En efecto, tanto en la fase inicial de la tramitación de la solicitud de la marca como a lo largo de la vida de la marca ya registrada, el requisito analizado desempeña funciones muy importantes. Es indudable que, en la fase inicial de la tramitación, la Oficina de Marcas no podría realizar las pertinentes publicaciones y proceder

a la aplicación de las prohibiciones de registro si la solicitud de la marca no contuviese una representación gráfica adecuada del signo. En esta fase inicial, los titulares de marcas anteriores tampoco podrían entablar oposiciones si las publicaciones de la Oficina de marcas no suministrasen una información suficiente acerca de la representación gráfica del signo solicitado como marca. Una vez registrada la marca, y a lo largo de toda su vida, el requisito de representación gráfica continúa siendo fundamental. Piénsese, en efecto, que en la hipótesis de colisión entre marcas registradas en el marco de un procedimiento de infracción, el Tribunal debe tener a su disposición una información clara y suficiente acerca de los signos en pugna, información que debe ser proporcionada por las publicaciones oficiales en las que los correspondientes signos son representados gráficamente.<sup>7</sup>”

Las marcas tradicionales, aquellas que se perciben con la vista, son bastante sencillas de representación gráfica y con ello se garantiza su ámbito de protección. El reto surge en aquellos signos que son percibidos por los otros sentidos.

Esta exigencia registral, si bien es cierto se encuentra claramente fundamentada, ha sido sumamente controvertida y uno de los principales motivos por los cuales las marcas no tradicionales no han sido utilizadas con la misma incidencia que las marcas tradicionales de fácil representación gráfica.

El Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas de la OMPI, en su decimosexta sesión, de noviembre 2006, solicita la elaboración de un documento que recopile los métodos existentes de representación, descripción y ámbitos de convergencia entre miembros relacionados con las marcas no tradicionales. La Secretaría preparó el documento SCT/17/2, que fue conocido en la sesión decimoséptima de mayo 2007, y

que conjuntamente con el documento SCT/18/2<sup>8</sup>, genera a su vez un nuevo documento e informe sobre ámbitos de convergencia. Finalmente, la SCT en su decimonovena sesión, de abril 2008, conoce el documento SCT/19/2, donde se señalan los posibles ámbitos de convergencia en relación con la representación y descripción gráfica de las marcas no tradicionales.

Los tipos de representación más comunes son la descripción en palabras, fotografías, muestras del objeto, reproducción digital, grabación sonora o video. Lo relevante del tipo de representación gráfica es que le permita a quien consulte el registro tener claridad de la naturaleza de la marca, siendo no solo un requisito técnico sino a su vez una manifestación del principio de precisión, además de que define el objeto y los alcances de protección.

#### **IV. CLASIFICACIÓN DE MARCAS NO TRADICIONALES.**

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual y la doctrina han clasificado las marcas no tradicionales en dos tipos: a. Las visuales que incluyen colores, formas, hologramas, imágenes en movimiento y marcas de posición; y b. las no visuales que son aquellas que se perciben por algún otro tipo de sentido y comprenden los sonidos, olores, sabores y texturas.

##### a. Marcas visuales

###### 1. Marcas de color

El sentido de la vista tradicionalmente ha sido uno de los más utilizados por la mercadotecnia, de forma que el consumidor pueda asociar mediante el uso de colores y formas al producto de su preferencia.

La doctrina ha clasificado a los colores como marcas no tradicionales, en tres grupos: a.

<sup>7</sup> Fernandez-Novoa. Pág. 43

<sup>8</sup> Relacionado con las marcas tridimensionales, marcas de olor y marcas sonoras.

Colores simples; b. Combinaciones de colores (en un orden determinado) y c. Los tonos de los colores.

El carácter distintivo del color como una marca, implica un reto porque los consumidores requieren de un período de mercadeo que les permita asociar el color con el origen comercial del producto, y no simplemente concebir el color como un elemento estético. Un color único y aislado, concebido como marca, limitaría el uso del color, en general, para la categoría en que se protege en detrimento del comercio regular. Por el contrario, la combinación de colores resulta bastante aceptable no solo para el comercio, sino para garantizar su distintividad durante el proceso de registro.

De esta forma, la distintividad del color o combinación de colores se logra en el tanto se pueda asociar de forma clara y precisa a un producto específico.

En conjunto con la distintividad del color, se ha de tomar en cuenta su funcionalidad. El color no podrá considerarse una característica funcional respecto del producto, pues bajo ese supuesto, sería inadmisibles. Dentro de estos supuestos de funcionalidad, destaca el color neón en los chalecos de seguridad, el color rojo en los extintores o incluso algunos medicamentos que se distinguen por su color.

Respecto de su representación, las oficinas competentes solicitan la individualización del color mediante el depósito de un ejemplar impreso en papel o la referencia de color de estándares reconocidos como Pantone, RAL o Focoltone. En el supuesto de combinaciones de colores, se suele sumar a los requisitos de registro una indicación de la proporción de cada color y su apariencia en la marca.

Su tutela internacional se encuentra en el Reglamento al Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, en la Regla N.º3 sobre los detalles propios de la solicitud. Respecto de las marcas de color establece lo siguiente:

“Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es una marca cuyo objeto es exclusivamente un color o una combinación de colores sin contornos delineados, la reproducción de la marca consistirá en una muestra del color o los colores. La Oficina podrá exigir que se indiquen el color o los colores utilizando su nombre común. La Oficina podrá exigir, además, una descripción de la manera en que el color o los colores se aplican a los productos o se utilizan en relación con los servicios. La Oficina podrá exigir también que se indiquen los colores mediante códigos de color reconocidos que elija el solicitante y sean aceptados por la Oficina”.

Aunque se cuenta con normativa internacional, que regula la forma de registro de la marca, este tipo de marca no ha sido muy utilizada en el comercio.

Espinoza, señala que hay tres ideas que fundamentan la teoría del porqué su poco uso al indicar: “Las ideas fundamentales de esta teoría descansan en tres pilares, (i) que el color tiene un propósito funcional, (ii) que al aceptar su registro coloca a los competidores del mercado relevante en posición de desventaja y (iii) que éste es esencial para dar a conocer ciertas características del producto. Pese a lo anterior, estos planteamientos han sido cuestionados conforme han pasado los años, principalmente debido al avance de la tecnología –particularmente gracias al perfeccionamiento de los códigos. En segundo lugar, se alude a la Teoría de la Confusión de Tonos cuyo lineamiento central versa en especulaciones respecto a futuros litigios, por lo que se encuentra muy ligada al agotamiento de colores. Por último, el tercer postulado que rebate la inscripción del color como marca se basa en la llamada Doctrina de la Funcionalidad, cuyo planteamiento central descansa en que no se puede registrar un signo que se sustente en un color de carácter funcional, por el riesgo

9 Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/290033>

de monopolizar una determinada industria o mercado: el público tiende a ver el color como un mero accesorio de ornamentación del producto principal.<sup>10</sup>

Las marcas de color, al referirse a una clasificación internacional de color que individualiza y a su vez monopoliza su uso, constituyen una afectación al comercio y un potencial problema respecto del agotamiento de los colores.

## 2. Marcas tridimensionales

Un objeto tridimensional es aquel que tiene tres planos: largo, ancho y alto, dándole por tal una dimensión de relieve. En lo concerniente a la marca tridimensional, constituye un signo distintivo que diferencia los productos por su forma o empaque.

Las oficinas de propiedad industrial de los países centroamericanos y República Dominicana, en su Manual Armonizado, les otorgan la siguiente definición: “Las marcas tridimensionales son signos que están conformados por un cuerpo con volumen y que, por tanto, ocupa las tres dimensiones del espacio: altura, anchura y profundidad. Las marcas tridimensionales utilizadas con mayor frecuencia son aquellas que consisten en la forma de un producto o la forma de los envases o envolturas.”<sup>11</sup>

En esta misma línea, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha precisado: “(...) la marca tridimensional se la define como un cuerpo que ocupa las tres dimensiones del espacio y que es perceptible no sólo por el sentido de la vista sino por el del tacto, es decir, como una clase de signos con características tan peculiares que ameritan su cla-

sificación como independiente de las denominativas, figurativas y mixtas (...).” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2010). Sentencia de 11 de noviembre, proceso N.º 87-IP-2010 marca: “Colombina S.A.”)<sup>12</sup>

Esta marca es bastante aceptada en las oficinas de registro, siempre que se logre demostrar su distintividad. Para garantizar su carácter distintivo, la forma debe distinguirse de la forma habitual de la categoría del producto que pretende diferenciar en el mercado. La Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea ha enfatizado que la forma o empaque, cuanto más típica o natural sea al producto, menor es su carácter distintivo.

El carácter funcional del signo impedirá el registro de la marca, en el tanto se evidencie que la forma que se pretende utilizar como marca tridimensional ofrece una ventaja técnica, mejor rendimiento o aporta un valor sustancial al producto en general. Un claro ejemplo es la legislación en la Unión Europea, la cual prohíbe expresamente la protección de signos cuyas características esenciales cumplen una función técnica porque su monopolio implicaría la imposibilidad de los competidores de poder usar una forma que cumple una función en el producto. La Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (OAMI) ha reiterado que los surcos de las pastillas cumplen una función útil para su ingesta y no confieren identidad.

En cuanto a su representación, se pueden acudir a diferentes maneras, siendo la más común el solicitar una imagen o dibujo en perspectiva o diversos ángulos que permitan definir el carácter tridimensional de la marca.

El Reglamento del Tratado de Singapur, en relación con los requisitos de representación, señala: “a) Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es tridimensional, la reproducción de la marca consistirá en una reproducción

10 Espinoza, J. (2019). Marcas no tradicionales en Chile: Análisis de registros tridimensionales, de color y de sonido. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173009/Marcas-no-tradicionales-en-chile-analisis-de-registros-tridimensionales.pdf> Pág. 68

11 Manual armonizado en materia de criterio de marcas de las oficinas de propiedad industrial de los países centroamericanos y la república dominicana. [https://www.rnpdigital.com/propiedad\\_industrial/Documentos/Manual%20Armonizado%20Marcas.pdf](https://www.rnpdigital.com/propiedad_industrial/Documentos/Manual%20Armonizado%20Marcas.pdf) Pág. 18

12 Avila, J. (2016) Reconocimiento de “marcas nuevas” o “no tradicionales”: Tipologías, retos y desafíos. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5973560.pdf>

gráfica o fotográfica bidimensional. b) La reproducción proporcionada conforme a lo dispuesto en el apartado a), a elección del solicitante, podrá consistir en una vista única de la marca o en varias vistas diferentes de la marca. c) Cuando la Oficina considere que la reproducción de la marca proporcionada por el solicitante conforme a lo dispuesto en el apartado a) no muestra suficientemente los detalles de la marca tridimensional, podrá invitar al solicitante a proporcionar, dentro de un plazo razonable fijado en la invitación, hasta seis vistas diferentes de la marca o una descripción de esa marca mediante palabras. d) Cuando la Oficina considere que las diferentes vistas o la descripción mencionada en el apartado c) continúan siendo insuficientes para mostrar los detalles de la marca tridimensional, podrá invitar al solicitante a proporcionar, dentro de un plazo razonable fijado en la invitación, un espécimen de la marca. e) No obstante lo dispuesto en los apartados a) a d), una reproducción lo suficientemente clara en la que se muestre el carácter tridimensional de la marca bastará para asignar una fecha de presentación. f) Los apartados a) i) y b) del párrafo 3) serán aplicables mutatis mutandis.<sup>13</sup>

Si bien la normativa supra citada dicta las pautas para las oficinas de registro, se evidencia mediante las sesiones del SCT que aún existen diferencias de criterio entre las distintas oficinas. En la reunión decimonovena del Comité, se estableció el ámbito de convergencia indicando: “Con respecto a la solicitud de registro de una marca tridimensional, cabe considerar si para obtener una fecha de presentación sería suficiente la representación de la marca tridimensional en la que se muestran sus características tridimensionales desde una perspectiva. Las Oficinas tendrán la facultad de exigir vistas adicionales en una etapa posterior del procedimiento de examen, si consideran que ese tipo de vistas son necesarias para determinar si se cumplen las condiciones para el registro de la marca

tridimensional. Si se exigen vistas adicionales y otros elementos, como la descripción de la marca tridimensional o un espécimen de la marca, el solicitante deberá disponer de plazos razonables para presentarlos. El número y el tipo de elementos adicionales exigidos estarán limitados por la necesidad práctica de aclarar la naturaleza de la marca y el alcance de los derechos reivindicados. En cuanto a la publicación de una marca tridimensional, cabe considerar si es necesario publicar distintas vistas de la misma marca tridimensional. En caso de que se entienda que únicamente debe publicarse una vista de la marca tridimensional, cabe preguntarse si el solicitante deberá seguir estando facultado para presentar diversas vistas de la misma marca tridimensional.”<sup>14</sup>

Dentro de los ejemplos más comunes de marcas tridimensionales se encuentra el chocolate Toblerone, la galleta Oreo o el empaque del agua Perrier. Todas ellas otorgan una distintividad clara al consumidor, ello evidencia que este tipo de marcas son bastante comunes y se utilizan en el comercio, superando fácilmente los requisitos para su registro.

### 3. Marcas holográficas

Un holograma constituye una grabación, mediante un láser, que con la ayuda de un segundo haz de luz, logra que la imagen original se disperse en varias direcciones, lo cual le brinda un aspecto tridimensional.

Las oficinas de registro centroamericanas y de República Dominicana los han definido como: “Los hologramas son imágenes tratadas o modificadas hasta lograr que sean percibidas por el ojo humano como tridimensionales, pudiendo ser observadas en diferentes planos, a pesar de encontrarse en un soporte bidimensional, como es el caso del papel.”<sup>15</sup>

13 Reglamento del Tratado de Singapur. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/290033> Pág. 5

14 Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas. Decimonovena sesión. La representación y la descripción de marcas no tradicionales posibles ámbitos de convergencia. (2008). [https://www.wipo.int/export/sites/www/shared/images/icon/new/e\\_doc.gif](https://www.wipo.int/export/sites/www/shared/images/icon/new/e_doc.gif) Pág. 6

15 Manual armonizado en materia de criterio de marcas

Según la perspectiva que reciba la luz, así será la proyección que recibe la imagen. De tal forma, resulta compleja la representación del objeto por su cambio de forma y color. Una propuesta generalizada para su representación consiste en la descripción con el máximo de detalles e imágenes en alta resolución que permita ver las diferentes formas. En aquellos casos en que un holograma esté constituido por varias imágenes, la oficina de registro podrá solicitar diferentes vistas que permitan identificar todos los objetos.

Con respecto a su distintividad, si bien estos signos se han utilizado en tarjetas de crédito, entradas a eventos, moneda, pasaportes e incluso empaques, su uso en el mercado es más con propósitos de seguridad que para diferenciar un bien de otro de la misma o similar naturaleza. Al encontrarse el consumidor poco familiarizado con el holograma y el origen del producto, el carácter distintivo de este tipo de marca resulta bastante complejo de demostrar.

El Reglamento al Tratado de Singapur, respecto de este tipo de marca, señala: “Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es un holograma, la representación de la marca consistirá en una o varias vistas de la marca que capten el efecto holográfico en su totalidad. Cuando la Oficina considere que las vistas proporcionadas son insuficientes para captar el efecto holográfico en su totalidad, podrá exigir al solicitante que proporcione vistas adicionales. La Oficina podrá exigir también al solicitante que incluya una descripción de la marca que consiste en un holograma”<sup>16</sup>.

Por su parte, el posible ámbito de convergencia que contempla el Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas, de la OMPI, en su última sesión, señala: “Con

respecto a la solicitud de registro de un holograma, la representación de ese tipo de marca consistirá en una única vista del signo que capte el efecto holográfico en su totalidad o, cuando sea necesario, varias vistas del holograma desde distintos ángulos. El solicitante podrá incluir una descripción en la que explique el efecto holográfico o cualquier otro detalle pertinente de la marca, especialmente en los casos en que el holograma comprenda varios elementos. Además, cabe considerar si para otorgar una fecha de presentación a la solicitud sería suficiente una representación del holograma, consistente en una única ilustración que capte el efecto holográfico en su totalidad. Asimismo, cabe considerar si en los casos en que el solicitante presente una representación de un holograma, consistente en varias vistas del holograma, por ejemplo, diferentes ilustraciones en distintos encuadres, deberían publicarse todas esas vistas”<sup>17</sup>.

Los hologramas son complejos y costosos de reproducir y pueden presentar un reto a la hora de su representación y distintividad ante la oficina del registro, esto justifica que resulte un tipo de marca poco utilizada en el comercio.

#### 4. Marcas en movimiento

Las marcas en movimiento pueden constituir elementos animados como fragmentos de películas o video, logotipos móviles, animaciones, o incluso un objeto cuyo movimiento otorgue distintividad al bien.

La distintividad en este tipo de marcas constituye un reto en tanto su movimiento se encuentre asociado con el producto que busque distinguir y su funcionalidad o movimiento habitual.

Entre los ejemplos más sobresalientes se encuentra la marca de movimiento de las

---

de las oficinas de propiedad industrial de los países centroamericanos y la República Dominicana. [https://www.rnp-digital.com/propiedad\\_industrial/Documentos/Manual%20Armonizado%20Marcas.pdf](https://www.rnp-digital.com/propiedad_industrial/Documentos/Manual%20Armonizado%20Marcas.pdf) Pág. 19

16 Reglamento del tratado de Singapur. Pág. 5

---

17 Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas. Decimonovena sesión. La representación y la descripción de marcas no tradicionales posibles ámbitos de convergencia. Pág. 7

motos acuáticas de Yamaha, que consiste en la representación gráfica de una moto de agua emitiendo un chorro de agua; la empresa Lamborghini, con el registro de las puertas de sus automóviles que se abren hacia arriba o la imagen del productor cinematográfico Columbia.

La representación de este tipo de marca se consigue mediante dibujos que describan los alcances de la marca, varias imágenes que describan el movimiento o incluso en algunas jurisdicciones mediante video, cualquiera que sea el que se utilice, se deberá acompañar de una descripción detallada<sup>18</sup>.

El Reglamento al Tratado de Singapur, refiriéndose específicamente a este tipo de marca, ha normado: "Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es una marca animada, la representación de la marca consistirá, a elección de la Oficina, en una imagen o en una serie de imágenes fijas o de movimiento que, conjuntamente, describan el movimiento. Cuando la Oficina considere que la imagen o la serie de imágenes proporcionadas no describen el movimiento, podrá exigir que se proporcionen imágenes adicionales. La Oficina podrá también exigir que la solicitud incluya una descripción en la que se explique el movimiento"<sup>19</sup>.

Las marcas en movimiento existen desde los años noventa; sin embargo, con la era digital, han evolucionado a marcas animadas, pero manteniendo siempre el concepto de distintividad basada en el movimiento.

## 5. Marcas de posición

La marca de posición constituye un signo distintivo sobre el lugar en donde se va a re-

presentar la marca en el producto. En este sentido, este tipo de marca se caracteriza en que el signo siempre estará en la misma posición del producto y esta conjunción de signo y ubicación es lo que otorgaría a la marca su distintividad.

Este tipo de marca ha adquirido relevancia, en especial para los productos relacionados con vestimenta, calzado o accesorios. Dentro de los principales ejemplos de este tipo de marcas se destaca el más conocido de las tres rayas de la marca Adidas; en contraste con el intento de la empresa K-swiss.

En la resolución de Tribunal General (Sala Segunda), del 4 de diciembre del 2015, en un caso de la empresa K-swiss, Inc contra la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) de la Comunidad Europea, sobre la denegatoria de registro de la marca por falta de distintividad. El Tribunal respalda la posición de la OAMI, al considerar que las cinco franjas paralelas e inclinadas en la parte lateral de los zapatos, resulta improbable que adquieran distintividad. Adicionalmente, se señala que no existió suficiente evidencia que permitiera determinar que el consumidor se encuentra familiarizado con las cinco franjas como para asociar su origen .

Estas marcas se regulan como una marca figurativa para efectos de su representación. En consecuencia, bastará con una sola imagen del signo acompañada de la descripción en la que se especifique la ubicación en relación con el producto para conseguir su representación.

El SCT, en su sesión del 2008 sobre estas marcas, indicó el ámbito de convergencia de la siguiente manera: "Con respecto a la solicitud de registro de una marca de posición, la representación de ese tipo de marca consistirá en una única vista de la marca. Se podrá exigir que se represente con líneas discontinuas o punteadas la materia respecto de la que no se reivindica la protección. Asimismo, se podrá exigir una descripción escrita en la que se especifique la ubicación de la marca

<sup>18</sup> La Unión Europea si bien permite cualquier medio tecnológico para su representación, ha señalado que se negará la solicitud de una marca en movimiento en aquellos casos en que, con niveles razonables y normales, una persona no sea capaz de comprender en que consiste la marca sin que tenga que hacer un esfuerzo intelectual o imaginativo.

<sup>19</sup> Reglamento al Tratado de Singapur. Pág. 5

en relación con el producto si no es suficiente la representación gráfica proporcionada<sup>20</sup>".

Con respecto a la regulación del Reglamento del Tratado de Singapur sobre este tipo de marca se dispone lo siguiente: "Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es una marca de posición, la reproducción de la marca consistirá en una única vista de la marca que muestre su posición respecto del producto. La Oficina podrá exigir que se indique la materia respecto de la que no se reivindique la protección. La Oficina podrá también exigir una descripción en la que se especifique la posición de la marca en relación con el producto".

En ciertos sistemas de registro, este tipo de marcas se trata como una marca figurativa o tridimensional. Lo cierto es que el reto que enfrentan en la práctica es demostrar su distintividad y no su representación, como sucede con otros tipos de marcas no tradicionales.

## 6. Marcas gestuales

Las marcas gestuales son aquellas conformadas por un gesto corporal que otorga carácter de distintividad a un producto o servicio.

Este tipo de marca ha sido representada por una sola imagen o secuencia de ellas, acompañada de una descripción que explique el movimiento del gesto corporal. De tal forma, este tipo de signos se ha considerado como una marca en movimiento.

La OMPI, en el documento SCT/19/2, ha establecido como ámbito de convergencia para su representación lo siguiente: "Con respecto a la solicitud de registro de una marca gestual, la representación de ese tipo de marca consistirá en una única imagen cuando la marca sea tratada como marca figurativa o

en varios encuadres en los que se describa el gesto si la marca se considera una marca animada. Asimismo, se podrá presentar una descripción escrita en la que se explique el gesto. En cuanto al resto, se aplicarán las consideraciones expuestas en el posible ámbito de convergencia N.º 4."<sup>21</sup>

Las marcas gestuales han sido utilizadas en la industria del mercadeo, y registradas ya en varios países del mundo. Sin embargo, las normas jurídicas son omisas respecto a su expresa regulación.

### b. Marcas no visuales

#### 1. Marcas sonoras

Uno de los sentidos más agudos es el oído, por ello el mercadeo lleva años utilizando sonidos o combinación de ellos para que el consumidor identifique un producto o un servicio.

Las marcas sonoras son precisamente ese sonido al que el consumidor se encuentra habituado, y que con gran facilidad le permite identificar el producto o servicio frente a la competencia.

Este tipo de marcas ha sido tan habitual que el consumidor lo tiene incorporado en su diario vivir sin percatarse de que se trata de un elemento de mercadeo o distintividad. Dentro de los ejemplos más comunes en el día a día, nos encontramos el sonido de Windows cuando enciende o apaga, los tonos de los celulares según su marca, el sonido de Netflix, el sonido de mensaje de Whatsapp, la melodía de McDonald's, entre otras.

El sonido o melodía tendrá la condición de distintividad, en tanto quien lo escucha logre asociarlo con el producto o servicio, lo relacione con su origen, y lo diferencie con respecto a los otros similares en el mercado. Por consiguiente, no es posible registrar un sonido genérico como una nota musical o algún

20 Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas. Decimonovena sesión. La representación y la descripción de marcas no tradicionales posibles ámbitos de convergencia. Pág. 9

21 OP. Cit Pág. 9

sonido de la naturaleza.

Los signos distintivos que podrán ser una marca sonora son aquellas secuencias de notas musicales o sonidos específicos e individualizables de la naturaleza, como el ejemplo más claro del rugido del león de la empresa Metro Goldwin Meyer, o la ranita de Kolbi, en Costa Rica.

Un sonido con carácter funcional no podría registrarse, como el sonido normal de una máquina o un equipo. Sin embargo, el sonido individualizable y característico de un motor de un vehículo podría ir más allá de su funcionalidad y otorgar distintividad cuando se asocia a un producto o servicio en particular.

La representatividad de una marca sonora ha evolucionado de la mano de la tecnología. Es posible representarla mediante el pentagrama, el oscilograma, el espectro sonoro, el espectrograma y el sonograma, acompañados de una descripción del sonido. Incluso en muchos países se exige la grabación analógica o digital del sonido.

El Reglamento del Tratado de Singapur, al respecto, señala: "Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es una marca sonora, la representación de la marca consistirá, a elección de la Oficina, en su notación en un pentagrama, o en una descripción del sonido que constituye la marca, o en una grabación analógica o digital de ese sonido, o toda combinación de lo anterior"<sup>22</sup>.

Por su parte, el SCT de la OMPI deja claro el ámbito de convergencia señalando: "Con respecto a la solicitud de registro de una marca sonora, la representación de ese tipo de marca consistente en un sonido musical comprenderá una notación musical en un pentagrama junto con una descripción escrita de la marca, en la que se pueda indicar los instrumentos utilizados, sus notas, su longitud y toda otra característica del sonido en

cuestión. Las Oficinas podrán exigir una grabación analógica o digital del sonido en un formato de sonido de uso corriente. Cuando se contemple la presentación electrónica, se podrá presentar con la solicitud un archivo electrónico de sonido. La representación de una marca sonora consistente en un sonido no musical consistirá en una onomatopeya del sonido, una descripción de palabras o una grabación sonora analógica o digital presentada junto con la solicitud. Cuando se contemple la presentación electrónica, se podrá presentar con la solicitud un archivo electrónico del sonido"<sup>23</sup>.

La primera marca sonora data de más de setenta años con la inscripción en la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América, por la empresa National Broadcasting Corporation-NBC. En Costa Rica, la primera marca sonora fue registrada por la empresa Distribuidora La Florida de Costa Rica, S.A. con el registro en el 2004 del sonido del águila de Imperial. Con esta inscripción, Costa Rica se convierte en el primer país centroamericano en inscribir una marca sonora.

En la Unión Europea, el Tribunal de Justicia, en el asunto C-283/01 del 2003, resuelve que los sonidos solo podrán ser presentados gráficamente, excluyendo las descripciones escritas en que se indique que el sonido son notas musicales. Esta resolución contrasta con lo indicado por el Comité Permanente de la OMPI (SCT). Con posterioridad, la OAMI, acepta la representación mediante archivos de sonido en formato MP3.

La marca sonora es una de las marcas no tradicionales más sencillas de utilizar y de registrar, al irse adaptando a los cambios tecnológicos; por ello casi un siglo después de su primer registro permanece en el tiempo como una de las más utilizadas.

## 2. Marcas olfativas

<sup>23</sup> Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas. Decimonovena sesión. La representación y la descripción de marcas no tradicionales posibles ámbitos de convergencia. Pág. 11

Un olor habitual transporta inmediatamente al momento o lugar que guarda la memoria olfativa para él.

Una marca olfativa es aquel aroma o fragancia que se utiliza para identificar un producto o servicio y permitir al consumidor distinguirlo de productos o servicios similares en el mercado. La doctrina ha considerado posible referirse a distintividad de un aroma en dos situaciones: a. cuando el olor del producto es completamente novedoso y difiere de lo que se acostumbra en la clase de productos que se busca proteger y b. cuando el olor del producto adquiere distintividad por su uso prolongado e ininterrumpido. Además, este tipo de marca va más allá de solo la distinción, por cuando busca, a su vez, evocar ese sentimiento del consumidor presente en su memoria olfativa.

Aunado a lo anterior, resultaría complejo registrar un aroma que se encuentra intrínsecamente ligado al producto y el que el consumidor de antemano espera encontrar. De tal forma, si el olor se utiliza en perfumes, jabones, detergentes y lo que otorga es un carácter funcional, tendrá el impedimento de su registro.

En cuanto a su representación, definir de forma precisa un olor podría considerarse fácil, si se parte de que existe una fórmula o composición química de por medio; sin embargo, esta fórmula lo que indica es la forma de fabricar el olor y no necesariamente como lo identifica el consumidor promedio.

De igual forma, acudir a una muestra física del aroma conservada en un frasco, con el tiempo, perdería sus propiedades, y perfectamente se tendría un aroma distinto al registrado.

En cuanto a su representación, la descripción del olor representa un reto al tener ésta un importe subjetivo importante, por parte de quien la realiza, e incluso la percepción de los consumidores puede ser distinta a esta.

La representación debe ser accesible para cualquier persona, y que en condiciones normales sea capaz de identificar el aroma. Por ello, se propone evitar técnicas altamente especializadas que dificulten al consumidor su identificación.

A nivel normativo, este tipo de marca no se encuentra en la lista contemplada en el Reglamento del Tratado de Singapur; sin embargo, el SCT sí ha encontrado un posible ámbito de convergencia al señalar: “Con respecto a la solicitud de registro de una marca olfativa, la representación de ese tipo de marca consistirá en una descripción del olor. Cabe considerar si la Oficina debería exigir, en el curso del examen, la representación de un espécimen del producto al que se aplica el olor<sup>24</sup>”.

El ejemplo más generalizado de este tipo de marca son las pelotas de tenis con olor a hierba recién cortada, y los dardos con olor acre, de la cerveza amarga de la compañía Unicorn Products, ambas registradas en la Unión Europea. En Costa Rica, la primera marca olfativa se registra para la marca país Esencial Costa Rica<sup>25</sup>, solicitada en cotitularidad por la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica y el Instituto Costarricense de Turismo.

### 3. Marcas gustativas

En los últimos años, el mercadeo gustativo ha venido desarrollándose fuertemente; su estrategia consiste en utilizar el sentido del gusto para crear una experiencia distinta en el consumidor; de esta manera, el concepto de marcas gustativas ha adquirido más relevancia.

La marca gustativa consiste en incorporar sabores distintos a los acostumbrados para un determinado producto, con el objeto de

<sup>24</sup> OP Cit. Pág. 11

<sup>25</sup> En apego de la Directriz DPI-001-2019 del Registro de la Propiedad Industrial que establece además de la solicitud general de las marcas, una descripción objetiva, clara y precisa del aroma acompañado de tres muestras.

generar distintividad.

Es complejo incorporar esta distintividad manteniendo la separación entre el carácter distintivo, el carácter funcional y el sabor inherente en los productos.

En cuanto a su representación, enfrenta dificultades importantes porque los sabores cambian con el tiempo y son difíciles de describir objetivamente. Pese a ello, en algunos países se solicita una descripción escrita de las características del sabor.

Según el SCT, el ámbito de convergencia de este tipo de marca se representa de la siguiente manera: “Con respecto a la solicitud de registro de una marca gustativa, la representación de ese tipo de marca consistirá en una descripción del gusto. Cabe considerar si la Oficina debería exigir, en el curso del examen, la presentación de un espécimen del producto al que se aplica la marca”<sup>26</sup>.

Los casos prácticos para este tipo de marca son escasos y aún más aquellos intentos favorables de registro. Al respecto, la OAMI ha rechazado solicitudes de registro por considerar que sabores incorporados a productos para hacerlos más agradables implicaría otorgar un carácter funcional al sabor y no uno distintivo. La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos también ha rechazado similitudes abogando a la complejidad de que el consumidor identifique un producto sin haberlo probado antes.

#### 4. Marcas táctiles

El sentido del tacto permite al consumidor percibir sensaciones en varios ámbitos al incluir el contacto, la textura, la temperatura, e incluso la presión. Las marcas táctiles son un tipo de marca que busca proteger la superficie, estructura o textura, del producto.

<sup>26</sup> Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas. Decimonovena sesión. La representación y la descripción de marcas no tradicionales posibles ámbitos de convergencia. Pág. 11

Al igual que las marcas gustativas, al estar estrechamente ligadas con el producto, no podría asociarse este tipo de marca con un servicio. A su vez, su textura o superficie no debe tener un carácter funcional so pena de ser inadmisibles su registro.

Así las cosas, su distintividad, requiere ser independiente del producto y sus características innatas.

Su representación gráfica pareciera sencilla, si se utilizan diferentes opciones, como una descripción clara, precisa y completa de la textura, un dibujo tridimensional o fotografía de la forma, e incluso la muestra física en caso de texturas.

El Tratado de Singapur y su Reglamento son omisos sobre la regulación de este tipo de marca; sin embargo, la SCT respecto del ámbito de convergencia ha señalado: “Con respecto a la solicitud de registro de una marca de textura o táctil, la representación de ese tipo de marcas consistirá en una descripción detallada por escrito de la marca. Cabe considerar si la Oficina debería exigir alguna forma de representación gráfica si los elementos proporcionados no son suficientes para determinar la naturaleza y las características de la marca”<sup>27</sup>.

Una vez más, este tipo de marca no solo busca que el consumidor pueda identificar el producto, sino que brinda una experiencia complementaria de excelencia, prestigio, distintividad. Entre los ejemplos más famosos se encuentra la funda violeta de la botella de Crown Royal o la botella de la bebida Old Parr.

#### V. RETOS AL USO DE MARCAS NO TRADICIONALES.

Del análisis individualizado que se ha realizado de cada tipo de marca no tradicional, hay cuatro aspectos principales que dificultan su registro.

<sup>27</sup> Op Cit. Pág. 12

En primera instancia, la subjetividad en la percepción del signo incrementa cuando lo que está de por medio son los sentidos del olfato, gusto o tacto. La objetividad que se logra con un signo visual se pierde en gran medida, ya que el consumidor puede percibir estos nuevos signos de forma distinta, según sus gustos o predisposiciones.

Esta diversidad en la percepción trae a colación el segundo reto respecto al elemento funcional del signo. Es común que el olor, el sabor, el color, o la textura de un producto, se encuentren ligados a su naturaleza, e incluso tengan una relación funcional. Al encontrarse frente a un signo con características funcionales, resulta inadmisiblesu registro.

Un tercer elemento por considerar es la distintividad. El consumidor está acostumbrado a distinguir un producto o servicio mediante el sentido de la vista; en el momento que se introducen los otros sentidos, la primera tarea sería educar al consumidor para que logre la asociación entre lo que escucha, siente, huele o percibe y el origen del bien o servicio, según sea el caso. Esa costumbre a posteriori, que podría verse como la distintividad adquirida, implica un ejercicio previo del dueño de la marca para lograr que el consumidor se familiarice con el signo previo al tener su registro, y por ende, el monopolio de uso.

Finalmente, pese a los esfuerzos realizados por la OMPI y las oficinas de registro, el reto tecnológico para el resguardo y publicación de algunos tipos de marcas, como por ejemplo la marca olfativa o sonora, sigue latente.

## **VI. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.**

La normativa internacional respecto de las marcas ha evolucionado conforme se incorporan nuevos elementos tecnológicos que permiten crear signos distintivos no tradicionales.

a. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial

El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial data de 1883<sup>28</sup> y se suscribe con el objetivo de proteger las patentes, marcas, dibujos y modelos industriales, modelos de utilidad, nombres comerciales e indicaciones geográficas.

En la amplitud de su protección, destacan tres disposiciones fundamentales: a. Trato nacional: principio regulado ampliamente por la Organización Mundial de Comercio, mediante el cual se concede a los nacionales de los Estados Contratantes la misma protección que a sus propios nacionales; b. Derecho de prioridad: que otorga el beneficio de otorgar un período de tiempo desde la primera solicitud para solicitar la protección en cualquiera de los otros Estados Contratantes, con prioridad en la fecha de presentación y c. Normas comunes para cada derecho de propiedad intelectual que busca proteger.

El Convenio a partir del artículo N.º6 empieza a referirse a las marcas, tutelando las condiciones de registro e independencia de protección en cada país, las marcas notoriamente conocidas, los emblemas de Estado y signos oficiales, la transferencia de la marca, la cláusula “tal cual es”, marcas de servicio, los registros efectuados por los agentes o representantes sin autorización, la naturaleza del producto al que se pretende aplicar la marca y las marcas colectivas.

No se hace distinción en el convenio sobre los tipos de marcas, solamente deja claro en su artículo N.º7 que “La naturaleza del producto al que una marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no puede, en ningún caso, ser obstáculo para el registro de la marca”<sup>29</sup>.

Al ser genérico el uso de marcas y no constar una definición que las conceptualice en el tratado, no cabría hacer una distinción don-

28 Adoptado en 1883, fue revisado en Bruselas (1900), Washington (1911), La Haya (1925), Londres (1934), Lisboa (1958), Estocolmo (1967) y enmendado en 1979.

29 Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/287557> Pág. 9

de no se hizo, y debe suponerse que en él se encuentran contempladas las marcas tradicionales y las marcas no tradicionales.

#### b. Sistema de Madrid

El Sistema de Madrid tiene como principal función el ser una solución para el registro de las marcas a nivel mundial, al permitir, con una única solicitud internacional de registro, pedir la protección hasta de 130 países. Lo conforman dos tratados: el Arreglo de Madrid y el Protocolo de Madrid.

El Arreglo de Madrid, relativo al Registro Internacional de Marcas, data de 1891<sup>30</sup>, permite a los nacionales de un país obtener la protección de sus marcas registradas en el país de origen, y en el resto de los países mediante el depósito en la Oficina Internacional de Propiedad Intelectual.

Por su parte, el Protocolo al Arreglo de Madrid<sup>31</sup>, permite por la extensión, prevista en los capítulos 8 y 10, la protección de la marca derivada del registro del país de origen del solicitante.

El Sistema de Madrid constituye un sistema centralizado que admite el registro de las marcas en múltiples jurisdicciones, sin que ello implique la unificación de registro, por lo que cada país tiene la facultad de establecer los requisitos de registro que considere idóneos para la marca. De tal forma que las leyes nacionales determinan el alcance de protección de cada registro de marca.

#### c. Tratado sobre Derecho de Marcas

El Tratado sobre Derecho de marcas (TLT)<sup>32</sup>, adoptado en Ginebra, Suiza, en 1994, tiene como principal objetivo la armonización y agilización de los procedimientos de registro de marcas.

30 Revisado en Bruselas (1900), Washington (1911), La Haya (1925), Londres (1934), Niza (1957), Estocolmo (1967).

31 Texto en vigor al 1 de febrero del 2023

32 Al 1 de agosto del 2023, se encontraban 54 estados como miembros del TLT.

El texto del tratado entra en vigor el 1 de agosto de 1996, y delimita de forma expresa en su artículo N.º2 el ámbito de aplicación del Tratado, y excluye a las marcas sonoras y olfativas. El TLT limita su aplicación únicamente a aquellos signos que sean visibles. Al respecto señala en lo conducente: "Artículo 2 Marcas a las que se aplica el Tratado 1) [Naturaleza de las marcas] a) El presente Tratado se aplicará a las marcas que consistan en signos visibles, bien entendido que sólo las Partes Contratantes que acepten el registro de marcas tridimensionales estarán obligadas a aplicar el presente Tratado a dichas marcas. b) El presente Tratado no se aplicará a los hologramas ni a las marcas que no consistan en signos visibles, en particular las marcas sonoras y las marcas olfativas"<sup>33</sup>.

Al quedar excluidas las marcas no tradicionales en el TLC (Tratado de Libre Comercio), su reglamento tampoco operativiza los procesos considerando este tipo de signos.

#### d. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC)

El ADPIC corresponde al Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech, firmado el 15 de abril de 1994, modificado por el Protocolo del 6 de diciembre del 2005, y que entró en vigor el 23 de enero del 2017.

El Acuerdo en la sección 2: Marcas de fábrica o de comercio, propiamente en el artículo N.º15, regula la materia objeto de protección y establece la posibilidad de constituirse en una marca a cualquier signo o combinación de estos en tanto sean distintivos. A su vez, la lista que incorpora es de carácter enunciativo al referirse a signos como palabras, nombres de personas, letras, números, elementos figurativos y combinaciones de palabras.

El ADPIC no delimita el tipo de signos que pueden considerarse una marca, y ofrece una lista números apertus. Pese a lo anterior,

33 Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT). <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/294360> Pág. 2

el final del artículo faculta a los miembros a exigir que el signo sea perceptible visualmente. De esta forma, el ámbito de cobertura del Convenio abarca las marcas no tradicionales, pudiendo limitarse a signos perceptibles por la vista.

Finalmente, tutela la distintividad adquirida al contemplar la posibilidad de supeditar el registro de la marca al carácter distintivo generado por su uso.

#### e. Tratado de Singapur

El Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, adoptado en 2006, tiene como objetivo armonizar los trámites de registro de marcas en las distintas oficinas de registro.

La exclusión de las marcas no tradicionales del Trademark Law Treaty (TLT), fue subsanada con el Tratado de Singapur, que crea un marco normativo internacional de protección para las marcas no tradicionales.

Si bien, el Reglamento al Tratado prevé la manera en que se debe de solicitar la representación de la marca a la hora del registro, queda a discreción de cada país miembro el registro del tipo de marca que considere válido, según la legislación interna.

El Tratado, en conjunto con su Reglamento, es verdaderamente el primer instrumento internacional que reconoce los diferentes tipos de marcas no tradicionales y la forma de presentarlas, tal y como se analizó en líneas arriba para cada una de las clasificaciones de este tipo de signos distintivos.

## VII. DERECHO COMPARADO.

En complemento con la normativa internacional y en busca de cierta estandarización que garantice claridad respecto sobre la protección y alcance de las marcas, los países han elaborado normativa o guías en conjunto.

#### a. Unión Europea

Mediante el Reglamento 207/2009, se crea el sistema de protección de marcas de la Unión Europea que prevé una protección paralela a la protección de cada Estado miembro. De tal manera, el Derecho que surge para las marcas de la Unión no sustituye, sino que convive con el Derecho de marcas de los Estados miembros.

El Reglamento 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea, elimina el requisito de representación gráfica de la marca indicando: "A fin de permitir una mayor flexibilidad y garantizar al mismo tiempo una mayor seguridad jurídica en cuanto a los medios de representación de marcas, el requisito de representación gráfica debe suprimirse de la definición de marca de la Unión. Se debe permitir que un signo se represente de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología disponible, y no necesariamente por medios gráficos, siempre que la representación sea clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva"<sup>34</sup>.

Posteriormente, el Reglamento 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, deroga tanto el Reglamento 207/2009 del Consejo como el Reglamento 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo. El Reglamento vigente contempla un régimen para las marcas de la Unión, mediante un procedimiento único ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. Esta oficina, tendrá su propia personalidad jurídica e independencia.

El artículo N.º4 del Reglamento 2017/1001 dispone cuáles signos podrán constituir marcas en la Unión y los requisitos que se deben cumplir al tutelar: "Podrán constituir marcas de la Unión cualesquiera signos, en particular, las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje,

34 Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2424&from=SV> Pág. 2

o los sonidos, con la condición de que tales signos sean apropiados para: a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas; b) ser representados en el Registro de Marcas de la Unión Europea (en lo sucesivo, el "Registro") de manera que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular<sup>35</sup>".

El Parlamento amplía la lista de tipos de signos que podrán ser considerados marcas, e incorpora signos no tradicionales como sonidos, colores, formas. Sin embargo, los somete a dos condiciones: a. carácter distintivo y b. representación que permita determinar el objeto claro y la protección precisa. Este último requisito, permite la posibilidad de nuevos mecanismos de protección y el uso de la tecnología disponible.

Conjuntamente, la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, EUIPO, en las directrices sobre marcas del año 2023, destina en la parte B de Examen, Sección 4, relacionado con motivos de denegación absoluta, Capítulo 2 Definición de MUE, sección 2, el análisis sobre los requisitos de registro de las marcas no tradicionales.

La EUIPO contempla la representación gráfica de las marcas no tradicionales puesto que, aunque el Reglamento 2017/1001 elimina el requisito, la jurisprudencia sobre la representación de los signos continúa siendo relevante para determinar su adecuada representación. Con respecto a las marcas de forma, la representación requiere la reproducción gráfica o fotográfica que podrá contener distintas vistas. En cuanto a las marcas de posición, la directriz otorga el carácter de obligatoriedad el aportar una identificación sobre la posición de la marca y su tamaño o proporción, con respecto al producto y una declaración de renuncia visual de los elementos que no forman parte del

objeto de registro. En relación con las marcas de color, es obligatorio la reproducción del color y la referencia de un código conocido. Las marcas sonoras estarán representadas por archivos de audio que reproduzcan el sonido, pudiendo aceptarse otros medios de representación como notas musicales, sonogramas, onomatopeyas, entre otros. Las marcas en movimiento se representarán con un archivo de video que demuestre el movimiento o una serie de imágenes secuenciales acompañadas con la explicación de su secuencia. Respecto de las marcas olfativas, gustativas o táctiles, se excluye la presentación de muestras y se presentan ejemplos no satisfactorios para representar el signo como la fórmula química o la representación y descripción con palabras.

La Unión Europea elimina el requisito de representación gráfica y permite que el signo se represente por cualquier forma que se considere adecuada, en tanto la representación sea clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva. Esta apertura otorga un acceso a registro mucho más sencillo para las marcas no tradicionales, y logra plantear nuevas alternativas y superar los problemas de representación mediante el uso de las nuevas tecnologías.

## b. Comunidad Andina

La Comunidad Andina de naciones<sup>36</sup>, mediante la Decisión Andina 486, adopta medidas de armonización relacionadas con la propiedad industrial y el Derecho Marcario.

La Decisión 486, en su artículo N.º134, define la marca como cualquier signo con distintividad, dejando a su vez claramente tutelado que podrán registrarse como marcas aquellos signos susceptibles de representación gráfica. El numeral propone una lista enunciativa de aquellos signos que podrán constituir marca, dentro de los cuales señala: "(...)

35 Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo.

36 Conformada por Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia. Y como países asociados: Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

a) las palabras o combinación de palabras; b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; c) los sonidos y los olores; d) las letras y los números; e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores; f) la forma de los productos, sus envases o envolturas; g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores”<sup>37</sup>. De esta manera, la norma refiere a cuatro signos contemplados en la clasificación de marcas no tradicionales.

La importancia de la distintividad, como elemento esencial para el registro del signo como marca, lo reitera la Decisión 486 en el artículo N.º135, el cual expresamente dispone que no podrá registrarse un signo que carezca de distintividad, así como los signos que reflejen la funcionalidad del bien o servicio con el que pretenden asociar el signo. La norma contempla la posibilidad de registrar el signo en los supuestos en que su uso le haya otorgado una aptitud distintiva del producto o servicio al que pretende diferenciar. Siendo la distintividad un elemento determinante para que el signo pueda ser utilizado como marca, no se debe dejar de lado la obligación contemplada en el artículo N.º138, de la norma en análisis, que establece la representación gráfica como parte de los requisitos obligatorios para la solicitud de registro.

En la práctica, la jurisprudencia otorga igualmente protagonismo a la representación gráfica, puesto que, al catalogarlo como un requisito procedimental básico para el registro, mantiene el reto para las marcas no tradicionales.

Colombia, como parte de Pacto Andino, regula por la norma en estudio; sin embargo, el registro lo otorga la Superintendencia de Industria y Comercio, y es a partir de ese momento que el signo tendrá la protección de

la Ley de marcas. Previamente a su registro, la protección es limitada y evidencia la importancia del proceso de registro, al otorgarle a la representación gráfica un valor superior al de un requisito procedimental.

Argentina, si bien es un país asociado al Pacto Andino, merece la reflexión sobre su marco normativo en lo referente a las marcas no tradicionales. La Ley de Marcas y Designaciones es omisa al referirse expresamente a este tipo de signos; sin embargo, permite el registro de todo tipo de signo en tanto tenga capacidad distintiva. A su vez, en cuanto a la representación de la marca, señala que debe incluirse en la solicitud una descripción de la marca, y deja abierta la posibilidad de la utilización de cualquier medio que permita describir el tipo de marca.

En el caso de Chile, el texto refundido de la Ley N.º 19.039 de Propiedad Industrial, (2022) en su artículo N.º 19, define la marca comercial como todo signo capaz de otorgar distintividad a un producto o servicio. En la lista enunciativa el artículo incluye junto con los signos tradicionales, los sonidos, olores y formas tridimensionales. De igual forma, contempla la posibilidad de registro de aquellos signos que hayan adquirido distintividad por su uso en el mercado.

La Ley de Marcas en Paraguay, mantiene un tratamiento similar con respecto a la posibilidad de considerar cualquier signo una marca en tanto tenga carácter distintivo. En la lista enunciativa de posibles signos, no menciona ningún signo no tradicional, pero al tratarse de una lista abierta deja la posibilidad de utilizar este tipo de signos. Sin embargo, la legislación sujeta el registro del signo a su representación gráfica.

En términos generales, los países miembros y asociados del Pacto Andino dejan abierta la posibilidad de utilizar signos no tradicionales como marcas, siempre que tengan carácter distintivo y supere el reto de la representación gráfica.

37 Comunidad Andina. Decisión N°486: Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/513150>

### c. Centro América y República Dominicana

Después de 3 años de trabajo conjunto entre registradores, examinadores y abogados de marcas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana en colaboración con la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, se ha elaborado el Manual Armonizado en Materia de Criterios de Registro de Marcas para dichos países.

El Manual constituye un esfuerzo para homogenizar los requerimientos para el registro de marcas en la región, sin perjuicio de la normativa interna que regule a cada uno de los países.

El Manual hace énfasis en su definición de marca, y existe coincidencia en que sea un signo capaz de identificar y distinguir un producto o servicio. Igualmente, las legislaciones ofrecen listas enunciativas de posibles signos, y dejan abierta la posibilidad de utilizar cualquier signo que cumpla con la característica de distintividad.

En cuanto a la representación gráfica de las marcas no tradicionales, se acordó: a. Marcas tridimensionales: se debe de adjuntar una imagen gráfica o fotográfica bidimensional de una vista única, quedando facultativo solicitar una descripción e incluso ejemplar; b. Marcas sonoras: aportar el sonido en un soporte reproducible y aportar una representación gráfica, quedando a discreción de cada oficina en qué términos debe cumplirse el requisito; c. Hologramas y Marcas olfativas: al momento de la elaboración del manual aún no habían solicitudes por lo que se contempla varias recomendaciones. Con respecto a la marca olfativa, la oficina de registro de Costa Rica, ante la solicitud de la primera marca de la región, estableció un procedimiento mixto como se describió anteriormente.

## VIII. JURISPRUENCIA.

La jurisprudencia complementa e interpreta la normativa internacional e interna sobre el tema, y permite aplicar en la práctica común la legislación, además de comprender mejor los obstáculos para el registro y protección de estos signos distintivos.

### a. Marcas de color

Sobre los colores como signos distintivos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la Unión Europea, en el asunto C-49/02 del 24 de junio de 2004, ha señalado que los colores y combinaciones de colores podrán constituir una marca en el tanto “Se determine que, en el contexto en el que se emplean, tales colores o combinaciones de colores se presentan efectivamente como un signo y en la medida en que la solicitud de registro implique una disposición sistemática que asocie los colores de que se trata de manera predeterminada y permanente<sup>38</sup>”. Añade el Tribunal que, aun cuando el signo reúna los requisitos jurídicos para registrarse, la oficina de registro debe tomar en cuenta el interés general en procura de que no se restrinja indebidamente la disposición de colores para el comercio.

A su vez, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso T-36/16, del 03 de mayo del 2017<sup>39</sup>, ante la solicitud de una marca de color de forma trapezoidal vertical con degradación de colores, al no indicarse como se aplicarán los colores sobre el producto, se rechaza la solicitud de registro.

En otra jurisdicción, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso 120-IP-2021, ante la solicitud de registro del signo de color Rosado (Pantone 183C), señaló en lo conducente: “(...) si a través de una marca,

38 Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de la Unión Europea. Asunto C-49/02. <https://euiipo.europa.eu/copla/trademark/data/download/PR/ES/1fd09095-678e-46ef-99e6-7fc96326fbc1.pdf?app=caselaw&trTypeDoc=Human&sourceLang=de> Pág. 9

39 Tribunal de Justicia (Sala Octava) de la Unión Europea. Asunto T-36/16. [https://euiipo.europa.eu/copla/trademark/data/002346542/download/CLW/ECJ/2017/EN/20170503\\_T-36\\_16.pdf?app=caselaw&ca-senum=T-36/16&trTypeDoc=NA](https://euiipo.europa.eu/copla/trademark/data/002346542/download/CLW/ECJ/2017/EN/20170503_T-36_16.pdf?app=caselaw&ca-senum=T-36/16&trTypeDoc=NA)

una empresa pudiese apropiarse de un color fundamental o puro, obtendría una ventaja competitiva desmesurada y, al mismo tiempo, los competidores tropezarían con un grave obstáculo que podría llegar a bloquear el libre acceso al mercado<sup>40</sup>." Por ello, se ha señalado que las marcas no tradicionales tienen mayor potencial de restringir la competencia y, por ende, las oficinas de registro deben ser mucho más rigurosas y garantizar que el color se encuentre delimitado en una forma y no sea simplemente un color aislado lo que se pretenda utilizar como un signo distintivo.

#### b. Marcas sonoras

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) en el caso C-283/01, del 27 de noviembre del 2003, respecto de las marcas sonoras, ha reconocido la posibilidad de que los signos sonoros sean admitidos como marcas sonoras en tanto tengan carácter distintivo. Añade que puede ser marca un signo no percibido visualmente, siempre que pueda ser objeto de representación gráfica. Al respecto el Tribunal resuelve: "(...) no se cumplen dichos requisitos cuando el signo se representa gráficamente por medio de una descripción escrita como la indicación de que el signo está formado por notas que componen una obra musical conocida o la indicación de que es el canto de un animal, por medio de una simple onomatopeya sin mayor precisión, o por medio de una sucesión de notas musicales sin ninguna otra precisión. En cambio, se cumplen los requisitos requeridos cuando el signo se representa por medio de un pentagrama dividido en compases y en el que figuran, en particular, una clase, algunas notas musicales y silencios cuya forma indica el valor relativo y, en su caso, las alteraciones<sup>41</sup>".

40 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 120-IP-2021. <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/120-IP-2021.pdf> Pág. 10

41 Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de la Unión Europea. Caso C-283/01. <https://euipo.europa.eu/copla/trademark/data/download/PR/ES/6677ba9a-0a67-4c4e-99eb-6aa1d-9b4b918.pdf?app=caselaw&trTypeDoc=Human&sourceLang=nl> Pág. 15

La Jurisprudencia deja clara la interpretación que se debe dar a la norma en el sentido de que la representación gráfica de este tipo de signo debe garantizar ser clara, precisa y completa.

#### c. Marcas en movimiento

Con respecto a las marcas en movimiento, la Sala Segunda de Apelación de la Oficina de Armonización, en el caso R433/2010-2 del 23 de setiembre del 2010, ha indicado que la representación gráfica del signo debe permitir, a través de sus imágenes, ver la secuencia del movimiento.

#### d. Marcas olfativas

El Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Tercera), en el caso T-305/04, ha reiterado la sentencia del 2002 del caso C-273/00, en la que deja evidenciado que los signos sonoros o los olfativos pueden constituir una marca en tanto tengan representación gráfica de forma clara, precisa, completa, duradera, objetiva e inteligible. Aclara que la fórmula química, descripción de palabra o depósito de una muestra de un olor no cumple con el requisito de representación gráfica. Finalmente, señala que la descripción de un olor puede estar cargada de subjetividad lo que implica que no será una descripción clara, precisa e inequívoca como lo pide la norma.

#### e. Marcas tridimensionales

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso 81-IP-2020, señala que el examen de registrabilidad de las marcas tridimensionales debe hacerse tomando en cuenta que las formas de uso común, indispensables o necesarias según el producto, no podrán ser utilizadas como signo registrable. Igualmente, debe permitir que los consumidores asocien el signo con el origen empresarial.

La posición es reiterada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso 160-IP-2020, ante la solicitud de registro

del diseño de un candado como marca tridimensional.

En el proceso de Crocs Inc. respecto a la forma tridimensional del zapato, el Tribunal Andino realizó un análisis entre las marcas tridimensionales y los diseños industriales. Señala que la finalidad del diseño industrial es que el consumidor elija basado en sus preferencias estéticas, siendo el elemento de novedad un requisito esencial en el registro.

#### f. Marca táctica

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso 242-IP-2015, en relación con la inscripción de la marca de textura, señala que con las marcas táctiles es a la superficie del producto a la que se le da el reconocimiento y protección. De tal forma, una textura podrá ser protegida como un signo distintivo en tanto no comprenda la funcionalidad y tenga distintividad mediante el uso constante en el mercado.

Respecto de los requisitos de registrabilidad, de conformidad con el artículo N.º135, inciso a), y 134 de la Decisión 486, el signo distintivo debe tener distintividad, representación gráfica o perceptibilidad para poder ser registrado.

El requisito de representación gráfica implica que el signo será descrito en palabras, imágenes, soportes, fórmulas o cualquier otro medio que permita ser captado por el consumidor. Concluye que la problemática de la representación gráfica para fines de publicidad es un problema que le corresponde resolver a las oficinas de marcas y no al solicitante del registro.

Sobre la distintividad la define como: "la capacidad que tiene un signo para individualizar, identificar y diferenciar en el mercado los productos o servicios, haciendo posible que el consumidor o usuario los seleccione<sup>42</sup>."

42 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 242-IP-2015. <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/242-IP-2015.pdf>

Para tales efectos, hace una distinción entre la distintividad intrínseca, relacionada con la aptitud individualizadora del signo, y la distintividad extrínseca referida a que el signo no sea confundido con otros signos. Considera la Sala que la distintividad intrínseca en este tipo de marcas es su principal obstáculo a la hora del registro.

Siendo la publicación en la marca en el diario oficial un requisito legal, el Tribunal interpreta, de forma amplia, el carácter de representación gráfica y limita el cumplimiento de dos requisitos: 1. Descripción clara, precisa y completa que incluya un dibujo tridimensional o fotografía y 2. Una muestra física de la marca táctil. Recomienda a su vez, la implementación de mecanismos de acceso virtual que permitan ver con mayor precisión las imágenes, colores y texturas del signo.

En relación con la textura de uso común, señala que la normativa expresamente prohíbe el registro de signos de formas impuestas por la naturaleza, o que den una función al producto. Asimismo, amplía la prohibición a los empaques y envoltorios.

## IX. CONCLUSIONES.

Las necesidades de mercadeo refuerzan la evolución constante de las marcas como signos distintivos que permiten al consumidor identificar bienes o servicios, en un comercio que emerge en la innovación constante de una era globalizada.

Las marcas no tradicionales brindan un aire de frescura ante el saturado comercio basado en marcas tradicionales; sin embargo, encuentran obstáculos importantes ante sus intentos de protección y reconocimiento en el mundo jurídico.

El carácter de distintividad que implica el deber que tiene el signo de identificar adecuadamente el bien o servicio, y evitarle confusiones al consumidor, ha sido considerado y aceptado en el Derecho Comparado, lo cual ha permitido considerar la distintividad

adquirida del signo.

La representación gráfica continúa siendo el principal reto; reto que ha obstaculizado la protección de este tipo de marcas, y ha afectado directamente a sus titulares.

La legislación internacional, y en la mayoría del Derecho Comparado, las marcas no tradicionales son aceptadas, e incluso se plantean opciones para su representación gráfica.

En un esfuerzo constante, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), mediante el Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas, ha planteado diversos puntos de convergencia en busca de una homogeneidad en cuanto a los requisitos de representación gráfica.

Por tanto, al existir la normativa que ampara la existencia y registro del signo, la necesidad por parte de los titulares de las marcas, e incluso la aceptación de los consumidores de nuevas formas de distintividad, muestran claramente que la responsabilidad de superar el reto de la distintividad se encuentra en manos de las oficinas de registro.

Las soluciones a la representatividad continúan fundamentándose en métodos de publicidad que llevan décadas en uso, basados en la impresión en papel y, por ende, en una representación bidimensional. Así como este tipo de marcas surgen gracias a la tecnología, resulta indispensable replantearse el medio de publicidad e incorporar las nuevas tecnologías, en sitios web como: archivos MP3, en páginas oficiales o realidad aumentada, donde se otorga la publicidad y el acceso de estos signos a los terceros.

En Costa Rica, la normativa vigente no limita la posibilidad de utilizar este tipo de signos, e incluso, en las últimas décadas, se han realizado esfuerzos para permitir el registro de estos signos. Su esfuerzo se ha visto reflejado en las marcas sonoras y, recientemente en

las olfativas; sin embargo, la representación gráfica utilizada en términos generales continúa siendo conservadora, con soluciones de corto plazo y eventuales afectaciones en el mediano o largo plazo.

## **X. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.**

### Libros

FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. Tratado sobre derecho de marcas. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2004

LOBATO, Manuel. Comentarios a la Ley 17/2001, De Marcas. Civitas Ediciones S.L. Madrid. 2002

### Textos de internet

ALONSO, E. (2017) Las marcas no tradicionales. Problemática, tendencias y soluciones en el contexto del derecho español y europeo. <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/5551/Las%20marcas%20no%20tradicionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

AVILA, J. (2016) Reconocimiento de “marcas nuevas” o “no tradicionales”: Tipologías, retos y desafíos. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5973560.pdf>

AYALA, I. (2020) La protección de las marcas no tradicionales en el sistema jurídico mexicano. [https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/382/1/INFOTEC\\_MD-TIC\\_IYAC\\_25022020.pdf](https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/382/1/INFOTEC_MD-TIC_IYAC_25022020.pdf)

BASSINO, M. Marcas no tradicionales: cuando lo esencial es invisible a los ojos. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/download/4454/4365/>

CASTRO, J. Las marcas no tradicionales. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3273/3682#:~:text=Las%20marcas%20no%20tradicionales%20son,los%20sentidos%20del%20ser%20humano.>

Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas. Decimosexta sesión. (2006). [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct\\_16/sct\\_16\\_2.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_16/sct_16_2.pdf)

Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas. Decimonovena sesión. La representación y la descripción de marcas no tradicionales posibles ámbitos de convergencia. (2008). [https://www.wipo.int/export/sites/www/shared/images/icon/new/e\\_doc.gif](https://www.wipo.int/export/sites/www/shared/images/icon/new/e_doc.gif)

Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas. La presentación de marcas no tradicionales ámbitos de convergencia. (2009) [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct\\_20/wipo\\_strad\\_inf\\_3.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_20/wipo_strad_inf_3.pdf)

ESPINOZA, J. (2019) Marcas no tradicionales en Chile: Análisis de registros tridimensionales, de color y de sonido. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173009/Marcas-no-tradicionales-en-chile-analisis-de-registros-tridimensionales.pdf>

FARINA, S. Marcas no tradicionales en Colombia. [https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/23023/Arti%CC%81culo\\_SilviaFarina.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/23023/Arti%CC%81culo_SilviaFarina.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

GARCIA, J. (2021) La necesidad de regular las marcas no tradicionales en el Perú. [https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/10492/2/IV\\_FDE\\_312\\_TE\\_Garcia\\_Enriquez\\_2021.pdf](https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/10492/2/IV_FDE_312_TE_Garcia_Enriquez_2021.pdf)

Manual armonizado en materia de criterio de marcas de las oficinas de propiedad industrial de los países centroamericanos y la república dominicana. [https://www.rnpdigital.com/propiedad\\_industrial/Documentos/Manual%20Armonizado%20Marcas.pdf](https://www.rnpdigital.com/propiedad_industrial/Documentos/Manual%20Armonizado%20Marcas.pdf)

MORALES, A. Derecho marcario en Costa Rica: viabilidad del registro de marcas no tradicionales. <https://repositorio.ulacit.ac.cr/bitstream/handle/123456789/8998/014913.pdf?sequence=1>

[pdf?sequence=1](https://repositorio.ulacit.ac.cr/bitstream/handle/123456789/8998/014913.pdf?sequence=1)

OMPI. (2008) El SCT examina las marcas no tradicionales, los procedimientos de oposición en materia de marcas y los diseños industriales. [https://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2008/article\\_0041.html](https://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2008/article_0041.html)

Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. Directriz de UE. Obtenido en <https://guidelines.euipo.europa.eu/2058845/2199807/directrices-sobre-marcas/1-introduccion>

REVISTA DE LA OMPI. (2009) Marcas no tradicionales-entra en vigor el tratado de singapur. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2009/01/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0002.html)

REVISTA DE LA OMPI. (2009) Olfato, oído, gusto- los sentidos de las marcas no tradicionales. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2009/01/article\\_0003.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0003.html)

REVISTA DE LA OMPI. (2009) Las marcas tridimensionales en la práctica francesa y comunitaria. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2009/01/article\\_0004.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0004.html)

SOJO, C. (2016) Análisis del registro de marcas no tradicionales en la legislación colombiana y en el derecho comparado. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36603/SojoMolinaCatlina2016..pdf?sequence=4>

TORRES, M. (2021) Exclusión del requisito de representación gráfica en el régimen marcario de la Comunidad Andina de Naciones" <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/2316/2734>

Normativa

Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas. <https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/textdetails/12599>

Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con

el Comercio. ADPIC. [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/31bis\\_trips\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/31bis_trips_s.pdf)

Comunidad Andina. Decisión N°486: Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/513150>  
Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/287557>

Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, N°7978. [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=45096&nValor3=72368&strTipM=TC](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=45096&nValor3=72368&strTipM=TC)

Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT). Obtenido en <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/294360>

Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas. <https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/textdetails/12668>

Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°19.039, de Propiedad Industrial. Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1179684>

Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas. <https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/textdetails/12603>

Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2424&from=SV>

Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/484652>

Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/290033>

Jurisprudencia

Sala Segunda de Apelación de la Oficina de Armonización. Caso R433/2010-2 del 23 de setiembre del 2010. [https://euipo.europa.eu/copla/trademark/data/008581977/download/CLW/APL/2010/EN/20100923\\_R0443\\_2010-2.pdf?app=caselaw&casenum=R0443/2010-2&trTypeDoc=NA](https://euipo.europa.eu/copla/trademark/data/008581977/download/CLW/APL/2010/EN/20100923_R0443_2010-2.pdf?app=caselaw&casenum=R0443/2010-2&trTypeDoc=NA)

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 81-IP-2020. <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/81-IP-2020.pdf>  
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 160-IP-2020. <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/160-IP-2020.pdf>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 242-IP-2015. <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/242-IP-2015.pdf>

Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Tercera). Caso T-305/04. [https://euipo.europa.eu/copla/trademark/data/001122118/download/CLW/ECJ/2005/ES/20051027\\_T-305\\_04.doc?app=caselaw&casenum=T-305/04&trTypeDoc=Human&sourceLang=fr](https://euipo.europa.eu/copla/trademark/data/001122118/download/CLW/ECJ/2005/ES/20051027_T-305_04.doc?app=caselaw&casenum=T-305/04&trTypeDoc=Human&sourceLang=fr)

Tribunal General (Sala Segunda) de la Unión Europea. Asunto T-3/15 (2015). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62015TJ0003>

Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de la Unión Europea. Asunto C-49/02. <https://euipo.europa.eu/copla/trademark/data/download/PR/ES/1fd09095-678e-46ef-99e6-7fc96326fbc1.pdf?app=caselaw&trTypeDoc=Human&sourceLang=de>

Tribunal de Justicia (Sala Octava) de la Unión Europea. Asunto T-36/16. [https://euipo.europa.eu/copla/trademark/data/002346542/download/CLW/ECJ/2017/EN/20170503\\_T-36\\_16.pdf?app=caselaw&casenum=T-36/16&trTypeDoc=NA](https://euipo.europa.eu/copla/trademark/data/002346542/download/CLW/ECJ/2017/EN/20170503_T-36_16.pdf?app=caselaw&casenum=T-36/16&trTypeDoc=NA)

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 120-IP-2021. <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/120-IP-2021.pdf>  
Pag. 10

Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de la Unión Europea. Caso C-283/01. <https://euipo.europa.eu/copla/trademark/data/download/PR/ES/6677ba9a-0a67-4c4e-99eb-6aa1d-9b4b918.pdf?app=caselaw&trTypeDoc=Human&sourceLang=nl>

# EL MOBBING EN EL DERECHO COMPARADO.

## *Mobbing in Comparative Law.*

### DR. ERIC BRIONES BRIONES

- Abogado y Notario Público.
- Máster y Doctor con especialidad en Derecho Laboral.
- Académico e investigador universitario.
- Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho, por más de 15 años.
- Escritor de múltiples ensayos y libros, tanto a nivel nacional como internacional.
- Creador del Canal de YouTube: "Gotitas Laborales".

"Puede pensarse que lo mejor que se puede hacer para proteger los derechos de los trabajadores es proceder a una amplia y severa punición de las conductas que los restringen. Esta intensa intervención penal reequilibraría unas relaciones, las laborales, que de facto tienden a la asimetría y que cuando llegan a ella pueden suponer la lesión de los más importantes intereses vitales de los trabajadores como personas y como trabajadores y sus más importantes instrumentos de defensa como colectivo. Estos pensamientos son correctos solo a medias...". **Profesor/Doctor. Juan Antonio Lascuraín Sánchez**<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta. Revista (ADPCP). Universidad Autónoma de Madrid. Vol.L.VII. año 2004.





# EL MOBBING EN EL DERECHO COMPARADO.

## *Mobbing in Comparative Law.*

### Resumen.

El presente trabajo de investigación, es una ampliación y continuación de las investigaciones denominadas: **“Necesidad de una regulación formal sobre el acoso laboral en Costa Rica”** y **“El hostigamiento laboral costarricense, desde un punto de vista de la seguridad social”**, sendas realizados en la Cátedra de la Maestría en Administración de Empresas de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica (Uned), entre los años 2022 y 2023. Lo que se pretende con este, es concluir los estudios, mediante un marco de Derecho Comparado en referencia a la figura del acoso laboral y específicamente dentro del sistema español, sin perjuicio de hacer alusión a otros sistemas, cuando sea oportuno, a fin de tener otras perspectivas, en el tratamiento, prevención y represión del mismo y poner sobre el tapete ideas, que sirvan al país en la regulación formal legal, de la figura. Publicado el presente, se pasará a compilar los estudios, para realizar la emisión de un libro, con el fin de actualizar el denominado: **“Manual sobre Acoso Laboral”**, confeccionado en el año 2013, con los respectivos créditos para la Cátedra de la UNED..

### Summary.

The present research work is an extension and continuation of the investigations entitled: **“Necessity of a formal regulation on labor harassment in Costa Rica”** and **“Costa Rican labor harassment, from a social security point of view”**, both carried out in the Chair of the Master's Degree in Business Administration of the Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica (UNED), between the years 2022 and 2023. What is intended with this is to conclude the studies, through a comparative law fra-

mework in reference to the figure of labor harassment and specifically within the Spanish system, without prejudice to allude to other systems, when appropriate, in order to have other perspectives in the treatment, prevention and repression of the same and put on the table ideas that serve the country in the formal legal regulation of the figure. After the publication of the present document, the studies will be compiled in order to issue a book, with the purpose of updating the one called: **“Manual on Labor Harassment”**, prepared in 2013, with the respective credits for the Chair of the UNED. (Traducción libre del autor).

### Palabras clave.

Derecho comparado. Principio de Plenitud Hermética. Principios generales del Derecho Laboral. Mobbing/Acoso Moral/hostigamiento Laboral. Violencia Laboral. Derecho Penal. Dignidad humana. Legislación Española. Infracciones Laborales. Discriminación. Convenio 190 OIT. Guía del CSO. Derecho Penal. Delito de acoso laboral.

### Keywords.

Comparative Law. Principle of Hermetic Completeness. General principles of labor law. Mobbing/Moral Harassment/Labor Harassment. Labor Violence. Criminal Law. Human Dignity. Spanish Legislation. Labor Infractions. Discrimination. ILO Convention 190. CSO Guide. Criminal Law. Crime of harassment at work. (traducción libre del autor).

### Contenido.

1 Prolegómeno. 2. Sobre el Derecho Comparado y delimitación. 3 El tratamiento de la figura dentro del sistema costarricense. 3.1

Sede Administrativa. 3.2 La Guía del Poder Ejecutivo. 3.3 Sede Judicial. 4. La regulación del acoso laboral en el sistema español. 4.1 Delimitación. 4.2 Su tratamiento. 4.3 Del Delito. 4.4 Bien Jurídico. Conclusiones y Recomendaciones. Bibliografía consultada.

## 1. Prolegómeno.

El presente trabajo de investigación es la continuación de los ya realizados para la Cátedra de la Maestría en Administración de Empresas de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica (UNED) durante los años 2022 y 2023, denominados: "Necesidad de una regulación formal sobre el acoso laboral en Costa Rica" y "El hostigamiento laboral costarricense, desde un punto de vista de la seguridad social", los cuales han sido publicados e indexados en plataforma de Master Lex, por lo que los mismos serán consultados para la confección del presente trabajo, junto con el libro denominado: "Manual sobre Acoso Laboral", publicado en el año 2013, por la editorial investigaciones jurídicas.

Pretendiéndose -ante falta de regulación de la figura del acoso laboral y las consecuencias que conlleva en el ámbito de la seguridad social del país, como se explicó en los estudios precedentes- traer a colación un estudio de Derecho Comparado (específicamente el correspondiente al sistema Español, al ser referente del Derecho Laboral en Iberoamérica) que pueda venir a contribuir en la propuesta que debe afrontar el país, de manera pronta ante la falta de regulación formal, con rango de ley y al ser que ocupa el tercer lugar -dentro del continente americano- en donde más se ha afirmado por parte de las personas trabajadoras, haber sufrido conductas contrarias a los principios constitucionales y laborales, en que se deben desarrollar las relaciones de empleo<sup>2</sup>.

2 Según datos del Departamento de Gestión de la Inspección de Trabajo, a partir del año 2008, se atendieron 36 denuncias; en el 2009 se registraron 92 casos; para el año 2012, un total de 105 casos y para el año de 2019, 195 casos, lo cual refleja un crecimiento exponencial y ratificada esta tendencia -como se verá- para los años 2020 y siguientes, según anuario del Ministerio de Trabajo y

De inicio, se debe comprender que a falta de norma expresa, le va a corresponder a las autoridades (llámese ejecutivo y judicial), ir dictando, conforme a cada caso, resoluciones y fallos, sin que pueda objetarse el principio romano "**Non liquet**", es decir, no dictar resolución, a falta de ley; esto, por cuanto, dentro de un estado social de Derecho, prima la seguridad jurídica, por lo que debe estarse a la aplicación del principio de la plenitud hermética<sup>3</sup> y con base en los antecedentes de Derecho Comparado, ir resolviendo cada fenómeno social, que no encuentre regulación, dentro del ámbito interno de un sistema jurídico.

Por otro lado, es oportuno recordar, que la Sala Constitucional, ha admitido la utilización de instrumentos internacionales -aún no ratificados por el país- cuando se trate de materia que regula derechos humanos y conceda mejoras, dentro del entorno nacional<sup>4</sup>.

De ahí la importancia de hacer un estudio del Derecho Comparado de la figura del acoso laboral o Mobbing laboral<sup>5</sup>, entendido como un ataque o persecución hacia la víctima (mediante gestos, palabras contra la dignidad humana), que debe ser de manera constante o con prolongación en el tiempo, llevada a cabo con ocasión de una relación laboral y que en lo esencial afecte la parte

---

Seguridad Social.

En este tema, solo se es superado por Uruguay y Ecuador, pero que, a diferencias de estos países, Costa Rica, aún no ha ratificado el Convenio 190 OIT, el cual regula precisamente la figura de manera general en el ámbito internacional.

3 Este principio: "obliga a los jueces a resolver todos los conflictos que se someten a su conocimiento, aun a falta de fuente formal escrita aplicable al caso (porque en ese supuesto deben atender al sistema de fuentes formales no escritas para integrar el Derecho)", según resolución constitucional no. 2008-15447.

4 Es que, al tratar de la naturaleza propia de protección del ser humano, vienen a formar parte del parámetro constitucional y, por ende, resultan aplicables, según resolución no. 2019012242.

5 A nivel doctrinario, el acoso u hostigamiento laboral, se le conoce también, como violencia laboral, violencia psicosocial, persecución encubierta, acoso moral, hostigamiento laboral, intimidación en el trabajo, maltrato psicológico, violencia moral, la pandemia del Siglo XXI y hasta el psicoterror laboral, entre varias de sus acepciones.

de la salud moral de la víctima, poniéndola en peligro en referencia a su estabilidad y continuidad laboral, sin consideración alguna del puesto o jerarquía que ocupe la persona victimaria, dentro del trabajo. Es decir, la violencia es la generalidad de este tipo de conductas.

Es que, en el país, actualmente -como se ha determinado en las investigaciones mencionadas supra- lo que existe a nivel interno administrativo, es la emisión por parte de la Inspección del Ministerio de Trabajo, de un procedimiento sumario, basado en las represalias patronales y transgresión de los principios propios de una relación laboral, sin pasar a tratar el fenómeno, desde su concepción misma, el cual en caso de comprobarse va a culminar en infracciones a las leyes de trabajo. Por su parte, la sede judicial, lo ha ventilado, dentro del proceso ordinario laboral, habiendo concedido reinstalación del puesto e indemnizaciones de tipo pecuniario<sup>6</sup>.

Sin obviar el hecho que, en el primer Poder de

---

6 Ver sentencias de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, nos. 000094 del año 2014 y 000035 del año 2012 ; en donde en la primera además de haber concedido reinstalación, al haberse considerado que hubo de por medio una destitución que resulta inválida, al estar "basado en un motivo inexistente (habida cuenta de que no medió justa causa) y ser dictado con un fin distinto al previsto por la legislación (preceptos 128 y 131 de la Ley General de la Administración Pública)", se otorga también los salarios dejados de percibir desde la data del despido hasta el momento de la reinstalación, junto con los aguinaldos que le hubieren correspondido y los rubros atinentes a la seguridad social. La segunda sentencia, a su vez, concede fuera de los rubros mencionados, el daño moral, por cuanto, consideró acreditado el nexo causal entre las enfermedades del actor y el acoso laboral que vivió. Ya que el "paro cardíaco le ocurrió mientras se encontraba suspendido, a la espera de la resolución del procedimiento administrativo, situación que le provocó una fuerte angustia al no saber lo que pasaría con su derecho a la pensión, al grado de que llamaba todos los días para averiguar cómo iba la pesquisa, (...) el demandante recibió atención médica por taquicardia y depresión. A folio 138 figura un dictamen psicológico forense que dice que "sus características depresivas son compatibles con factores de estrés traumático como las relatadas por el sujeto en sus condiciones de trabajo". El declarante W.P.R. puso en evidencia cómo le cambió la personalidad al actor después de esa experiencia, pues se volvió desconfiado. Así las cosas, la suma fijada por el tribunal se estima equitativa y razonable, habida cuenta de que el accionante tuvo un infarto, lo que implica modificaciones radicales en el estilo de vida, y además quedó con traumas emocionales, daños que merecen ser resarcidos con el monto conferido por el ad quem".

la República, se han presentado hasta ahora, ocho iniciativas legislativas (proyectos de ley nos. 15.211, 16.088, 17.460, 17.620, 18.136, 18.140, 18.184, 20.873<sup>7</sup>; junto con el proyecto no. 22569, el cual pretende aprobar el Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (Convenio 190 de la OIT)<sup>8</sup>.

De lo anterior, se puede apreciar, la carencia de contar con un instrumento legal formal, que prevenga y sancione el fenómeno como tal, como política estatal, como sucede, por ejemplo, en España, al haberle encomendado, tal función tanto a la parte administrativa, como a la jurisdicción penal (cuando haya gravedad) dentro de un debido proceso, con publicidad para la ciudadanía, bajo el principio de tipicidad penal.

Precisamente a falta de esta regulación, se puede tender a confundir la figura del mobbing, con otro tipo de situaciones que no necesariamente vienen a constituirse en un acoso laboral, sino que, si bien pueden llegar a ser actos execrables, al igual que un acoso laboral, son de distinta repercusión, entre los cuales pueden señalarse: 1) El estrés profesional: el estrés es la consecuencia sufrida por la persona trabajadora producto de la sobrecarga y las malas condiciones en el trabajo. Conocido técnicamente en el ámbito laboral como Síndrome burn out. 2) Los conflictos

---

7 Algo que rescatar es que en la mayoría de los proyectos originalmente presentados -al igual que sucede en la legislación colombiana (art. 9 de la ley 1010 del 2006)- permiten el tema de la conciliación (salvo en los proyectos 17.460, 18.136 y 20.873), lo cual es un tema necesario de valorar a nivel nacional. Como antecedente dentro de la ley no. 7476 y sus reformas del acoso u hostigamiento sexual, está vedada dicha posibilidad (artículo 31). Se ha considerado, doctrinariamente, que no es procedente la fase de conciliación, al haber de por medio en los casos de acosos, un ciclo de violencia psicológica y en algunos casos hasta física, dentro de las relaciones de poder asimétricas. Incluso el convenio no. 190 OIT, referido a "la violencia y el acoso", no hace alusión a esta posibilidad.

8 En la actualidad este instrumento, está sirviendo de norte -tanto a la OIT como a la Organización Marítima Internacional (OMI)- para adoptar con base en este, recomendaciones, destinadas a proteger a la gente de mar de la violencia y el acoso, según reunión conjunta del Grupo de Trabajo Tripartito OIT/OMI (GTT), celebrada en la sede de la OMI en Londres (Reino Unido) del 27 al 29 de febrero de 2024, a la que asistieron representantes de gobiernos, armadores y gente de mar.

laborales: generalmente se exteriorizan por medio de los reproches. En el caso del acoso, por el contrario, muchas veces se oculta el verbo, ejemplo, cuando no se le participa a la persona empleada de algún correo con información relevante, no se le invita a una reunión, entre otros. 3) La agresión aislada: por ejemplo, una agresión verbal eventual es un acto de violencia, pero no de acoso laboral, a menos que vaya precedido de múltiples pequeñas agresiones. 4) Las sanciones disciplinarias o de otra índole que estén debidamente justificadas, son facultades propias del ente patronal. 5) Las persecuciones sindicales: son aquellas acciones u omisiones de patronos o de trabajadores individuales u organizaciones sindicales o gremiales, que tienden a evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos de las personas trabajadoras o patronos y sus respectivas organizaciones. 6) Ius Variandi Abusivo, extralimitación de la potestad patronal, en cambiar las condiciones de las personas trabajadoras en su perjuicio, de manera contraria a la constitución política y la ley ordinaria (Briones e Vargas E, 2013: p. 139).

Se advierte a la persona lectora, que las opiniones vertidas en el presente trabajo son a título personal y no comprometen a las organizaciones a las que pertenece el autor; asimismo con el fin de conjurar la sobrecarga gráfica, se señala que, en muchos de los párrafos, se ha optado por emplear el masculino genérico clásico, sin que signifique discriminación o desconocimiento de las políticas de género existentes.

## **2 Sobre el Derecho Comparado y delimitación.**

Realizar un estudio de Derecho Comparado, es entrar a analizar, cómo han resuelto otros ordenamientos jurídicos internacionales, problemas sociales, por medio del Derecho, con el fin de tener un aprendizaje, a la hora de plasmarlo o querer regular un fenómeno en determinado ordenamiento jurídico.

Resulta importante hacer mención del tra-

tamiento dado, en otras latitudes, pues, por lo general, la existencia de una experiencia social que haya funcionado adecuadamente dentro de un sistema, puede generar confianza y convertirse en una herramienta valiosa dentro del ámbito interno; tomando en cuenta y siendo conscientes de las diferencias entre unos y otros.

Es decir, el estudio comparativo, se convierte en guía para poder aplicarla de manera similar o matizada, conforme a la necesidad de cada orden jurídico, muchas veces a falta de experiencia interna; es decir, viene a constituirse en una "especie" de fuente de Derecho.

Dentro del ordenamiento jurídico patrio, existen antecedentes históricos en este sentido, así, por ejemplo, el Código de Trabajo, tiene influencia de los códigos de México, Colombia, Chile, Argentina y por supuesto de España<sup>9</sup>. El sistema de la seguridad social, tiene como antecedente de Derecho Comparado, el sistema ideado por Chile, en el año de 1941<sup>10</sup>.

Por otra parte, las disciplinas como la penal, civil, mercantil nacionales, han tenido como antecedentes, a las legislaciones de otros países, entre ellas la española, chilena, francesa, mexicana, italiana, etc.<sup>11</sup>.

Es por lo que, existe la necesidad de hacer mención del tratamiento dado, en otras latitudes, al fenómeno en estudio. Se establecerán, al respecto, algunas comparaciones; pues, por lo general, la existencia de una

9 En este sentido, señala Jorge Sáenz Carbonell, lo siguiente: "Para la redacción del proyecto, además de tomar en cuenta las leyes ya existentes que enunciaban y protegían derechos del trabajador, se utilizaron fundamentalmente los códigos de Trabajo de México y Chile, así como los de Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba y Venezuela, algunas leyes especiales de España y los Estados Unidos de América y diversas recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo", p. 353.

10 Barahona Streber, 1996: p. 10.

11 En este sentido señala Sáenz Carbonell, señala: "Para elaborar el texto correspondiente al Código Civil, los miembros de la comisión se inspiraron fundamentalmente en el Código Napoleón y en el proyecto de Código Civil español preparado en 1851", p. 276.

experiencia social que haya funcionado adecuadamente dentro de un sistema, puede generar confianza y convertirse en una herramienta valiosa dentro del ámbito nacional, eso sí, tomando en cuenta y siendo conscientes de las diferencias y experiencias diversas entre unos y otros, como se ha venido enunciando.

Por lo anterior, se ha de considerar que, si se pretende mejorar o proponer algo dentro del sistema nacional, no es posible sustraerse de utilizar la técnica del Derecho Comparado; no como ciencia, sino más bien como método de investigación de análisis, en función de los objetivos propuestos. Maxime en estos tiempos de globalización, en donde con base en la comunicación oportuna, en tiempo real, producto de las tecnologías, el ser humano, venga experimentando que las barreras del tiempo y espacio, son cosas del pasado; de ahí que hoy en día, exista una internacionalización inevitable, dentro de todas las sociedades del orbe.

Es que como ha referido Alessandro Somma<sup>12</sup>: “La mirada que el comparatista dirige al derecho parte en cambio de un punto de observación externo. Es la mirada de quien contempla el derecho en su estructura, pero también en su función; en su consideración como conjunto de preceptos, pero también de instituciones que los ponen en acción para distribuir imperativamente bienes y valores. Es la mirada de quien, más que el derecho, examina la experiencia jurídica, tanto en su dimensión empírica como en su esencia de práctica discursiva”. De allí, la oportunidad de hacer una valoración de otros ordenamientos jurídicos -ajenos al del estudioso- con el fin de asumir otras experiencias o puntos de vista, que bien pueden contribuir a cuestionar certezas que se tienen como verdades indiscutibles, facilitando entonces, hacer otro tipo de exégesis, que permitan de manera diferente resolverle los problemas a la ciudadanía. Rompiendo con los paradigmas que se tenían -hasta ese mo-

mento- como incuestionables o bien -al tenerseles- ir implementándolos ante determinada necesidad regulatoria.

Así, a la hora de indagarse a nivel internacional, un determinado instituto jurídico, -bajo la pretensión de querérsele positivizar a nivel interno, consecuencia de falta de regulación en el país investigador o de querer regular de manera distinta- es que resulta oportuno recurrirse a otras legislaciones, que si bien, no pudieren ser necesariamente fuentes reconocidas dentro del ordenamiento<sup>13</sup>, sí son posible de servirse de ellas, como especie de parámetros analógicos e indicadores, para el Derecho interno, a la hora de plasmar y resolver, hechos fácticos, en el plano doméstico, como es muy común a que hagan uso de ellas la misma jurisprudencia en materia laboral<sup>14</sup>.

Ante esta situación la presente investigación, se centrará específicamente en el sistema español, sin perjuicio, que se haga mención de otros sistemas internacionales, como se ha indicado y es por ello, que, de seguido,

---

<sup>13</sup> Específicamente conforme al Código Civil de 1888, el Derecho contemplado en otras legislaciones, junto con la doctrina, no son fuentes formales para el sistema jurídico patrio. No obstante, específicamente en materia laboral, llama la atención, que, al emitirse el Código de Trabajo, se dejara señalada como disposición transitoria, lo siguiente: “ARTÍCULO XII.- Publíquense por cuenta del Ministerio de Trabajo y de Previsión Social la exposición y comentarios personales del señor Oscar Barahona Streber sobre los antecedentes legales y significado de todas las disposiciones de este Código, a efecto de que la obra respectiva sirva de información a litigantes y Tribunales y contribuya a la mejor difusión de los principios de Derecho de Trabajo en Costa Rica. Es entendido que dicha publicación se hará siempre que los originales de la obra sean entregados por su autor y propietario a la mencionada Secretaría antes de dos años contados a partir de la vigencia del presente Código, para que se haga la correspondiente confrontación con el texto de éste y se ordene su inmediata impresión en número no menor de dos mil quinientos ejemplares.”; lo cual es un reflejo, de la importancia de la doctrina, que le ha dado el legislador. En referencia a esto, señaló el maestro Alberto Brenes Córdoba, lo siguiente: “Como puede observarse, el transitorio número XII convertía a don Oscar Barahona en una especie de moderno Papiniano del Derecho del Trabajo costarricense. Desafortunadamente la exposición y comentarios personales del Sr. Oscar Barahona no llegaron a publicarse. Desconocemos, incluso, si llegaron a escribirse” 1986: p. 68.

<sup>14</sup> Por ejemplo, en la sentencia no. 001030 del año 2015 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, se acude a la doctrina emitida en España, para explicar la figura concerniente al acoso laboral.

se pasará a ponderar lo que ocurre a nivel interno, en referencia a la figura, es decir, el tratamiento que se le ha dado, a falta de ley formal, para posteriormente analizar el sistema en España y cualquier otro antecedente de Derecho Comparado.

### **3 El tratamiento de la figura dentro del sistema costarricense.**

Como se ha señalado, en Costa Rica, existe falta de regulación formal a nivel legal. En la actualidad, si bien, se han presentado, varios proyectos de ley en la Asamblea Legislativa, no ha sido posible aprobación alguna, por parte del primer Poder de la República.

Hoy en día, la práctica señala que cada vez más las empresas sobre todo las del sector público, son conscientes por tratar de regular de manera general, mediante una política interna u otro instrumento válido, el tratamiento del hostigamiento laboral.

Por lo general, el procedimiento que se ventila, consiste en la inclusión de los temas siguientes: a) definiciones; b) lo que no son conductas de acoso laboral; c) medidas preventivas y cautelares; d) conformación de comisiones; e) tipos de acoso; f) consecuencias y sanciones laborales; g) del desarrollo del procedimiento; h) protección a la víctima; i) falsas denuncias; j) temas de prescripción, entre otros<sup>15</sup>.

#### **3.1 Sede administrativa.**

En el año 2008, se incluye dentro del Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, por primera vez, el tratamiento de la figura -sin fuero de protección alguna- bajo el amparo del artículo 12 del Código de Trabajo<sup>16</sup> y dentro de un enunciado general de

<sup>15</sup> Se puede consultar a modo de ejemplo, el protocolo de Atención de la Asamblea Legislativa, el Reglamento para la prevención y atención del acoso laboral en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o bien, el Reglamento de la Universidad de Costa Rica en contra del hostigamiento en el trabajo o acoso laboral y su reforma del año 2021, entre varios instrumentos institucionales que se han emitido al efecto.

<sup>16</sup> "Queda prohibido a los patronos despedir a sus traba-

adores o tomar cualquier otra clase de represalias contra ellos, con el propósito de impedirles demandar el auxilio de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento y aplicación del presente Código, de sus Reglamentos y de sus leyes conexas".

ciclo inspectivo<sup>17</sup>, constando en la actualidad, de 2 posibilidades, una vez interpuesta la denuncia por hostigamiento laboral.

La primera es cuando exista procedimiento interno en la empresa<sup>18</sup>, en estos casos, la persona inspectora, mediante un acta que deja, denominada de inspección y prevención, ordena que se aplique el procedimiento establecido internamente -y bajo el entendido, como se ha indicado, que no se puede tomar represalia alguna<sup>19</sup> - a fin de que se atienda el caso, pudiendo la parte interesada objetarla mediante el recurso de revisión<sup>20</sup>. Adicionalmente, la autoridad administrativa asesora a la persona denunciante y le indica que debe presentar la denuncia, siguiendo el procedimiento establecido en el centro de trabajo.

Cumplido el plazo -otorgado por la autoridad administrativa- para que se iniciara el procedimiento interno, se hace la revisión para verificar si la empresa ha atendido la

17 Hoy se mantiene de manera similar dentro del Manual de Procedimientos Legales vigente, a fin de querer solucionarse el fenómeno desde una perspectiva procedimental administrativa, como parte que las relaciones laborales, fluyan en un entorno libre de violencia y en apego a los principios generales del Derecho Laboral privado y público.

18 Hoy en día la práctica señala que cada vez más las empresas sobre todo las del sector público, son conscientes por tratar de regular de manera general, mediante una política interna, el tratamiento del hostigamiento laboral.

19 Al no existir un fuero de protección en estos casos actualmente (lo cual sí se posibilita en los diferentes proyectos de ley, hasta ahora presentados en la corriente legislativa), se estila prevenir, con base en la norma general, del artículo 12 del Código de Trabajo. Llama la atención que, dentro del sistema colombiano, si bien no hay un fuero como tal, sí se opta por sustraerle a la parte patronal -y como forma de prevenir posibles "actitudes retaliatorias" o de represalias- la aplicación disciplinaria, otorgándosela a los jueces laborales del lugar de los hechos, en el caso de que la víctima sea una persona empleada particular y tratándose de servidores públicos, le corresponde al Ministerio Público, con el fin de dar garantía (artículos 10 y 12 de la ley no. 1010 del año 2006).

20 Entendido como el mecanismo para impugnar las actas de inspección y prevención, que suponen la reconsideración de las propias decisiones de la Inspección de Trabajo, junto con la fiscalización de la actividad de órganos inferiores. A la interposición del recurso, se suspende cualquier acto de continuación, hasta que no sea atendido el mismo.

reclamación de la persona trabajadora<sup>21</sup>. En caso que durante la visita de revisión, se detecte el incumplimiento, se pasa el caso a sede judicial (de ser procedente) y se asesora a la víctima, según corresponda; por el contrario, si se ha cumplido, se deja un acta de cumplimiento, con lo que se termina el ciclo inspectivo.

La segunda posibilidad, que dispone el Manual de Procedimientos Legales, es cuando no exista procedimiento interno en la empresa<sup>22</sup>, que prevenga y regule el acoso laboral<sup>23</sup>. En este presupuesto, es la inspección de

21 Sin que la autoridad administrativa, sea competente para revisar actuación alguna del mismo procedimiento, ya que la persona afectada, deberá acudir en caso de disconformidad -con lo tramitado por la empresa- a la sede judicial que corresponda, sea administrativa o laboral.

22 También indica el Manual, en su punto 3.1.2 a, cuando el patrono tenga una única persona trabajadora, es decir, no haya posibilidad de llevar a cabo procedimiento alguno, por las características propias del centro de trabajo o bien, cuando se de en una relación de servicio doméstico.

23 Oportuno recordar que el procedimiento que debe tener todo patrono, de manera obligatoria, es el que tiene relación con el hostigamiento sexual, para lo cual el artículo 5 de la ley 7476, estipula: "todo patrono o jefatura tendrá la responsabilidad de mantener, en el lugar de trabajo, condiciones de respeto para quienes laboran ahí, por medio de una política interna que prevenga, desaliente, evite y sancione las conductas de hostigamiento sexual. Con ese fin, deberán tomar medidas expresas en los reglamentos internos, los convenios colectivos, los arreglos directos o de otro tipo. Sin limitarse solo a ellas, incluirán las siguientes: 1) Comunicar, en forma escrita y oral, a las personas supervisoras, representantes, funcionarias y trabajadoras en general sobre la existencia de una política institucional o empresarial contra el hostigamiento sexual. Asimismo, darán a conocer dicha política de prevención a terceras personas cuando así convenga al cumplimiento de los fines establecidos en la presente ley. 2) Establecer el procedimiento interno, adecuado y efectivo, que permita las denuncias de hostigamiento sexual, garantizando la confidencialidad de las denuncias y el régimen sancionatorio para las personas hostigadoras cuando exista causa. Dicho procedimiento en ningún caso, podrá exceder el plazo ordenatorio de tres meses, contados a partir de la interposición de la denuncia por hostigamiento sexual. 3) Mantener personal con experiencia en materia de prevención del hostigamiento sexual. Además, los patronos podrán suscribir convenios con instituciones u organizaciones públicas o privadas en procura de obtener los conocimientos sobre los alcances de esta Ley. 4) Mantener un registro actualizado de las sanciones en firme, impuestas en el centro de trabajo o institución por conductas de hostigamiento sexual. Este registro podrá ser consultado por cualquier persona interesada, resguardando la identidad, los datos personales y cualquier otra información sensible de las víctimas. La información se mantendrá en el registro por un plazo de diez años, a partir de la firmeza de la respectiva sanción. Se exceptúan de la aplicación de este inciso a las personas menores de edad".

trabajo, la que asume a lo interno el asunto, mediante el denominado "Procedimientos Especiales" (regulado en el capítulo 111), el cual consiste básicamente en: a) Nomenclación del órgano de investigación y asignación del caso, el cual es tramitado por personas inspectoras de trabajo, que cuentan con licenciaturas en carreras atinentes a su cargo. Pudiendo ser el mismo colegiado (2 o 3 inspectores) o unipersonal; b) Citatorio para comparecencia: El órgano de investigación elabora un citatorio<sup>24</sup>, el cual debe notificarse con al menos 5 días de anticipación a la fecha en que se realice; c) Comparecencia oral y privada: La comparecencia tiene como objetivo primordial evacuar la prueba de cargo y descargo, siendo el órgano de investigación, el encargado de la dirección y la realización de la misma, en un plazo no mayor a 10 días hábiles desde su nombramiento; d) Evacuada la prueba y concedido a las partes el debido proceso, se levanta acta de lo acontecido, junto con las conclusiones de las partes; e) Informe y recomendación, se emite para la Jefatura de la cual depende el órgano investigador; f) Resolución: La Jefatura asigna al Departamento de Asesoría Legal, el análisis y la elaboración de la resolución final, la cual se dicta dentro de los 15 días posteriores a la audiencia. Esta resolución es de carácter final y da por agotada la vía administrativa salvo excepciones de ley<sup>25</sup>.

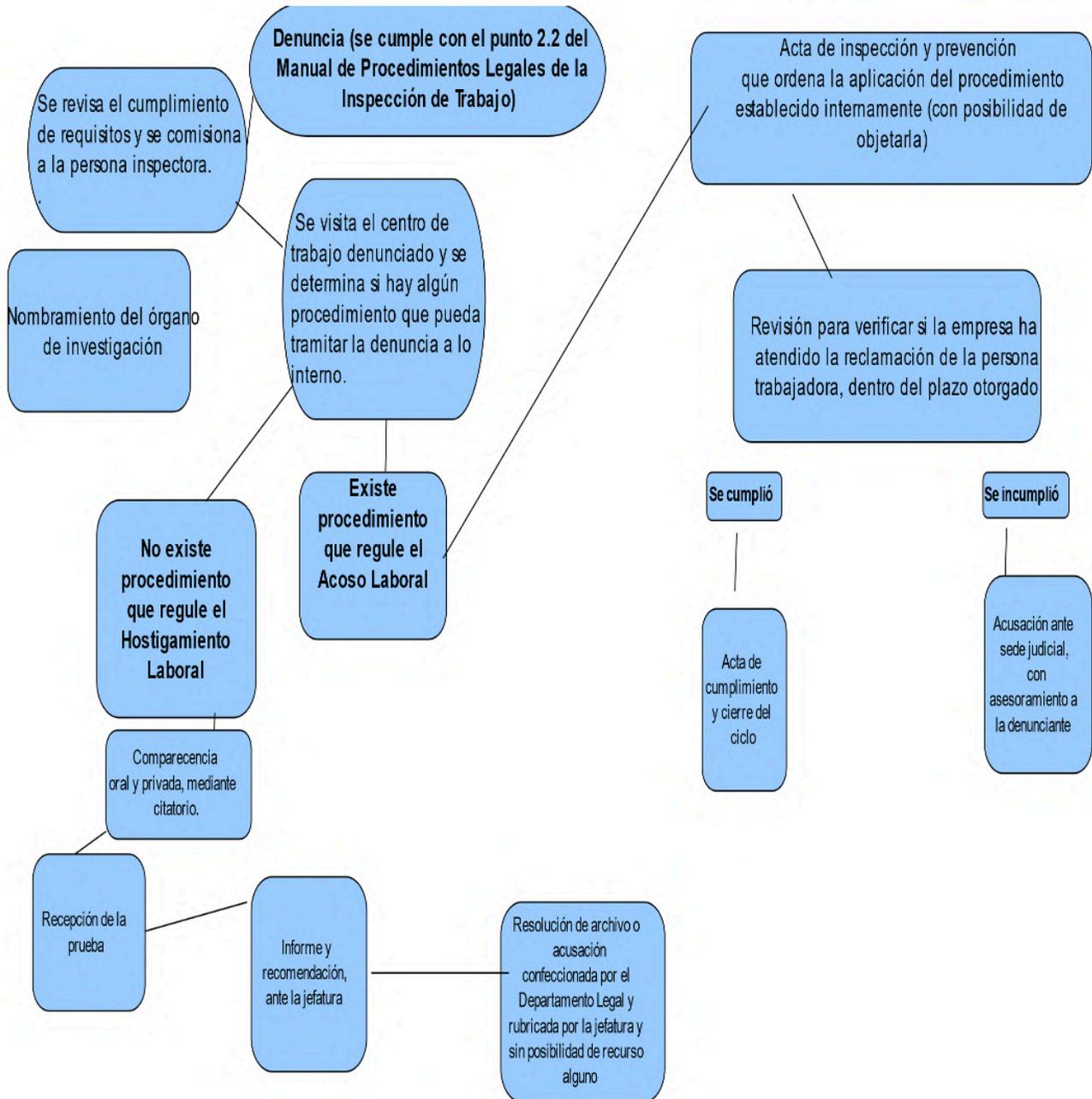
Según información pública, obtenida por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad

24 El cual contiene fundamentalmente: • Naturaleza de la investigación. • Causales invocadas. • Relación de hechos, los cuales deben ser expuestos de manera clara y precisa. • Hora, fecha y lugar de la comparecencia. • Prevenciones y advertencias de ley en cuanto a documentos de identidad, documentación sobre la representación, testigos, patrocinio letrado, disposiciones legales, conforme al Manual, punto 3.1.2.

25 En cuanto a la imposibilidad de recurrir ésta -dentro de la sede administrativa de la Inspección de Trabajo- tiene su explicación con base en el voto 4298-97 de la Sala Constitucional, en donde vino a excluir el procedimiento inspectivo de las regulaciones de la Ley General de la Administración Pública y asimismo, ratificada dicha actuación mediante voto no.1227-2002, del mismo órgano, por cuanto consideró que las partes tienen la posibilidad, de acudir a la vía judicial, como parte del ejercicio de su derecho de defensa.

Social, en el Anuario Estadístico Institucional, la atención de casos por acoso laboral, va hacia el alza, así en el año 2020, se atendieron 84 casos; 2021, 137 casos; 2022, 208 casos y en el año 2023, 285 casos<sup>26</sup>.

El siguiente flujograma, ayuda a entender lo transcrito, de manera visual y ordenada por pasos:



### 3.2 La Guía del Poder Ejecutivo.

El día 25 de julio del año 2023, en la Gaceta no. 134, se emite por parte del Poder Ejecu-

26 Anuario estadístico del MTSS <https://sites.google.com/mtss.go.cr/anuarioestadistico2023/eje-2-laboral/dir-nacional-de-inspecci%C3%B3n-del-trabajo?authuser=0>, p. 7

tivo, la Directriz no. 018-MIDEPLAN-MTSS, oficializando, como insumo base para elaborar los contenidos de futuras capacitaciones y acciones a desarrollar en materia de prevención y atención de acoso laboral, la llamada: “Guía Técnica para la prevención y atención del acoso laboral o mobbing en el lugar de trabajo<sup>27</sup>” destinada para todas las entidades y órganos, que se encuentren bajo la Rectoría del Sistema General de Empleo Público, a cargo del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, para que todo su personal realice de forma obligatoria una capacitación virtual<sup>28</sup> en materia de acoso laboral o mobbing en el lugar de trabajo, que será preparada por el Centro de Capacitación y Desarrollo de la Dirección General de Servicio Civil (CECADES) y el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA), y que estará disponible a través de la plataforma virtual de CECADES y del INA durante el período comprendido entre septiembre de 2023 y hasta el 30 de abril de 2026.

La Guía tiene como objetivo orientar técnicamente a los encargados de salud ocupacional, médicos del trabajo, psicólogos, encargados de recursos humanos, jefaturas y al personal en general del sector público, sobre la forma de detectar, prevenir y atender de manera oportuna el acoso laboral en los lugares de trabajo, consecuencia de falta de legislación formal.

Misma que fue aprobada por el Consejo de Salud Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa elaboración por un grupo de entidades y organizaciones de personas trabajadoras. No obstante, posterior a la emisión de la misma, es importante

27 Puede consultarse el contenido de la Guía en el sitio web del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (específicamente en el aparte referido al Consejo de Salud Ocupacional), junto con el trabajo denominado: “El hostigamiento laboral costarricense desde un punto de vista de la seguridad social” (versión electrónica, Master Lex//puntojuridico, desde <https://puntojuridico.com/el-hostigamiento-laboral-costarricense-desde-un-punto-de-vista-de-la-seguridad-social/>).

28 Con posibilidad que sea presencial para algunos sectores e instándose a otras instituciones con autonomía, para llevar a cabo las capacitaciones, con base en la Guía.

mencionar que existe el acuerdo de mayoría de los miembros de la Junta Directiva, de dicho Consejo, no.003 emitido en la sesión 034 de fecha 1 de octubre del año 2023, para la modificación de los artículos 11, 12 y 22 de la “Guía”; así como incluir un transitorio que viene a estipular: “Los incisos c) y d) del artículo 11, resultarán aplicables cuando el Poder Ejecutivo emita un nuevo reglamento de organización y procedimientos de la Inspección de Trabajo, por cuanto actualmente dichos supuestos no se encuentran contemplados en el Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo<sup>29</sup>” (resaltado no es del original) y una solicitud a la Inspección de Trabajo, en el sentido de realizar modificaciones procedimentales, a fin de permitir la ejecución de la mencionada “Guía”.

A pesar, que, va dirigida a las instituciones bajo rectoría del sistema general, sí, se insta para que también lleven dicha capacitación (e inclusive a adoptar las medidas recomendadas en la Guía, para prevenir y atender el mobbing), a aquellas personas que desempeñen funciones o labores administrativas, profesionales o técnicas, que sean exclusivas y excluyentes, para el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas al Poder Legislativo, al Poder Judicial, al Tribunal Supremo de Elecciones y a los entes públicos con autonomía de gobierno u organizativa, según la determinación que realice la respectiva institución.

### 3.3 Sede Judicial.

A nivel jurisdiccional, existen conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de Trabajo, competencias para las personas juzgadas, especializándose cada una con-

29 Dicha norma dispone en lo que interesa: Artículo 11. Denuncia de acoso laboral en la Inspección del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La persona denunciante podrá remitir la denuncia de acoso laboral a la Inspección General del Trabajo en la Dirección Regional de la zona en que se ubique el lugar de trabajo, solo en las siguientes circunstancias: (...) c) Cuando en el lugar de trabajo no exista una estructura jerárquica o el personal para aplicar el procedimiento interno. d) En los casos en que se demuestre la omisión de la atención de la denuncia (período superior a 3 meses) por parte de la persona empleadora.

forme a su materia. En este entendido y a falta de regulación expresa en el país, sobre la figura del acoso laboral y por darse con ocasión en relaciones de trabajo, la práctica forense, ha sido que la tramitación, se realice ante la sede judicial laboral, conforme a lo que indica el artículo 430 del Código de Trabajo, dentro del procedimiento ordinario, al no existir un trámite especialmente previsto<sup>30</sup>.

Entonces el proceso ordinario -con base en la reforma del año 2017- conlleva una investigación muy amplia, a diferencia de otros procesos, en donde las partes interesadas discuten, lo relativo a sus diferencias, con el fin de que sea resuelta cada una de sus pretensiones.

En general, se puede decir, que el proceso conlleva las siguientes etapas: 1) Demanda, sea los hechos por los que se pide el resguardo judicial y las pretensiones, sin tener a diferencia de otras disciplinas del Derecho un formalismo o ritual puro a la hora de la presentación. Dentro de esta fase y bajo el principio del debido proceso se le da traslado de la misma al demandado para que conteste y oponga lo que considere pertinente<sup>31</sup>. 2) Señalamiento de audiencia a fase preliminar, superada la anterior etapa, se convoca a las partes a audiencia oral y pública, en donde la autoridad judicial revisa pretensiones de las partes, subsanación de defectos procesales, intento de conciliación<sup>32</sup>, valoración de las pruebas, etc. 3) Audiencia fase complementaria, en este momento confor-

30 De los proyectos hasta ahora presentados en la corriente legislativa, el no. 20.873, crea un proceso sumarísimo, célere y especial, sin embargo, dispone en su artículo 50, que cuando el proceso no regule algo las disposiciones establecidas para el proceso ordinario laboral serán aplicables. El resto de proyectos -a excepción de este y el no. 18.184, que promulga la tramitación, a través del juzgamiento de infracciones laborales- se decantan por tramitarlo en la sede ordinaria laboral, como hasta ahora ha sido la práctica.

31 Es posible pedir de previo y al momento de la interposición de la demanda, medidas cautelares, tales como reinstalación al puesto, reubicación, arraigo, embargo preventivo y cualquiera otra medida, en caso de considerarse oportuna, para asegurar el eventual futuro derecho, conforme lo estipula el artículo 490 del Código de Trabajo.

32 Para efectos de esta fase, estarse a lo comentado en la nota al pie de página no. 8.

me a lo preceptuado por el artículo 518 y siguientes del Código de Trabajo, es donde se lleva a cabo el juicio de forma plena -de manera oral y pública-, recibéndose la prueba (pericial, documental, declaración de parte, confesional, etc.), mediante el desarrollo de un procedimiento, que va a terminar con las conclusiones de las partes en litigio. 4) Dictado de la sentencia y recursos, el proceso ordinario concluiría con el dictado de la o las sentencias -según se haya o no recurrido- en firme y por supuesto la ejecución de la misma<sup>33</sup>, conforme a lo indicado en el artículo 571 y siguientes del Código de Trabajo.

Importante indicar, que a la hora de la tramitación de este tipo de proceso, el mismo, se rige por los principios de celeridad, informalidad, oficiosidad relativa, gratuidad y la aplicación de las reglas "In dubio pro operario", norma más favorable y condición más beneficiosa, de modo -señala el artículo 422 del Código de Trabajo- que en la solución de los conflictos se cumplan los principios cristianos de justicia social y la desigualdad de la parte trabajadora no se exprese en el resultado del proceso.

Los procesos laborales, conforme a estadísticas que se reflejan en el Observatorio Judicial<sup>34</sup>, y bajo las variables, del año 2023, de la provincia de San José, Materia Laboral, Juzgados del Segundo Circuito Judicial, Mayor Cuantía, aproximadamente entran mensualmente, 459 nuevos casos, se resuelven en el mismo período 637 y con un promedio de relación de casos resueltos vs casos nuevos, de 117,84% y al mes de diciembre de dicho año, un total de 10.328 expedientes se encuentran en trámite<sup>35</sup>.

A pesar, de que la práctica, es que se lleve el tratamiento del acoso laboral, por la vía

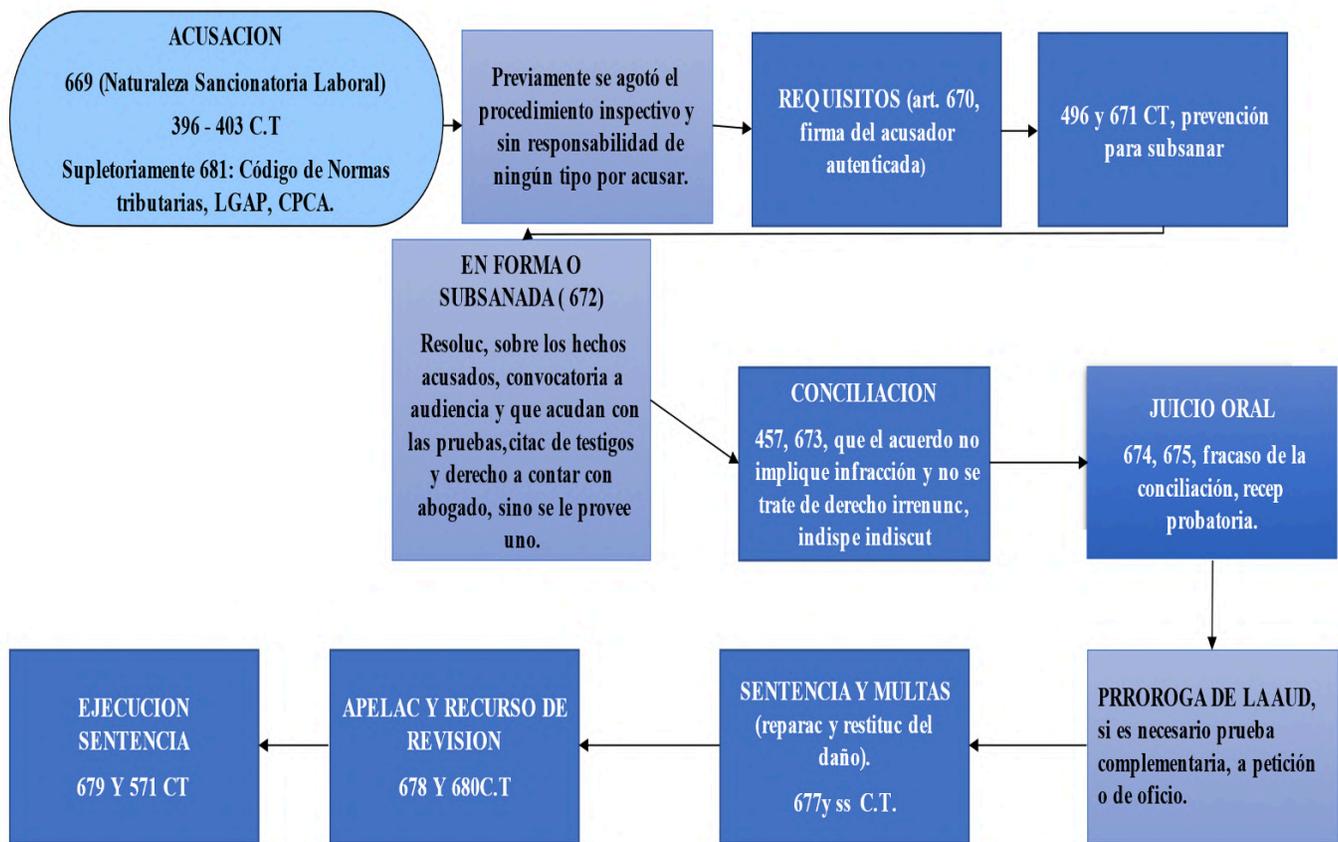
33 En esta fase final, lo vertido en la sentencia en contra de la parte demandada, se materializa en la práctica, mediante los instrumentos legales posibles.

34 Es un servicio que da el Poder Judicial, tal y como lo indica en su sitio web site, con el fin de la innovación y del compromiso en reforzar la transparencia y la rendición de cuentas, para el mejor servicio a la ciudadanía.

35 Enlace para consulta: <https://observatoriojudicial.poder-judicial.go.cr/pages/inicio>.

ordinaria laboral, es oportuno, valorar -tal y como lo propone el proyecto de ley no. 18.184-si convendría mejor, llevar la tramitación por el Título décimo, del capítulo decimoquinto, del Código de Trabajo, concerniente al juzgamiento de las infracciones a las leyes de trabajo o previsión social, al ser un proceso, dentro de la jurisdicción laboral, que ostenta 2 componentes puntuales, el de la sancionabilidad laboral y por otro, el de la posibilidad indemnizatoria (con responsabilidad solidaria, cuando se trate de personas jurídicas, como ente patronal y la actuación se haya dado en nombre de la misma), sin obviar el hecho, que es más célere<sup>36</sup>, que el presupuestado para la vía ordinaria laboral común.

El siguiente flujograma, ayuda a entender el proceso por infraccionalidad laboral, de manera visual y ordenada por pasos, conforme a lo estipulado en el artículo 669 y siguientes del Código de Trabajo:



Es oportuno mencionar, que actualmente hay un proyecto, denominado: "Ley Contra el Acoso Predatorio" (no. 23.325), que fue aprobado en primer debate, en fecha 16 de abril

36 Su regulación se hace a través de los artículos 669 al 681 del Código de Trabajo; presuponiendo un procedimiento expedito, que consta básicamente de una acusación y que estando en forma la misma (conforme a lo dispuesto por el artículo 670), se dicta resolución judicial, en donde se intiman los hechos y se convoca de una vez a audiencia, fijándose hora y fecha. Así convocada la audiencia, mediante una única resolución concentrada, en la primera fase, se procurará una solución conciliada (tema a valorar en caso del acoso laboral), entre las partes, recordando, que la autoridad judicial debe velar porque se respeten los derechos que son irrenunciables o que el arreglo, no conlleve violación de disposiciones legales, con el fin de no incurrir en infraccionalidad laboral. En caso de no proceder la conciliación o que las partes no se pongan de acuerdo, se continuará con la recepción de la prueba, debiéndose leer al acusado los cargos que se le imputan y oír sus argumentos. Si los acepta se dictará sentencia sin más trámite. En caso contrario, de seguido se le dará la palabra a las partes acusadora y acusada, y se recibirán las pruebas admitidas; finalmente, previo alegato de conclusiones, se dictará y notificará la sentencia (la cual además de la multa como sanción, debe reparar integralmente el daño a la víctima). La sentencia, tiene fase recursiva, disponiéndose de 3 días, para ser apelada ante el superior (Briones, Infracciones Laborales, 2016: pp. 59-60).

del año 2024, por la Asamblea Legislativa, el cual si bien, no es sobre el acoso en el ámbito específicamente laboral, sí podría venir a contribuir en constituirse en un instrumento jurídico útil, a tomar en cuenta, a la hora de la defensa de los derechos laborales, al ser de orden general, sus conductas aquí plasmadas, en el entendido, que se sale de instancias laborales, para ventilarse en la instancia judicial penal.<sup>37</sup>

## 4 La regulación del acoso laboral en el sistema español.

### 4.1 Delimitación.

Se hará alusión específicamente al régimen español, por ser uno de los países que mayor desarrollo, ha tenido en referencia a la figura del acoso laboral, tanto a nivel doctrinario, como jurisprudencial, dentro del entorno jurídico, como clínico concerniente a la salud mental. Lo cual, no obsta, como se pudo comprobar, en hacer acopio, de otros sistemas a modo de referencia, dentro del campo del Derecho Comparado.

Entendiendo por doctrina, que la misma en los inicios del Derecho -específicamente del Derecho Romano- se constituyó en fuente formal de normas jurídicas y tal como lo se-

---

37 En este sentido, se viene a adicionar al Código Penal actual, 2 artículos bis y ter, específicamente dentro del general, que es el artículo 193, referido a la coacción, como forma de limitar la libertad de determinación, ante amenazas o violencia, para que una persona haga o deje de hacer, algo a lo que no está obligada. El primer tipo que se viene a crear, es el referido a reprimir con días multa o prisión, a aquella persona que hostigue reiteradamente, sin consentimiento y afecte a la víctima, en su intimidad, integridad y en general su vida como parte de sus actividades cotidianas. Dicho acoso, debe provocarse, mediante el merodeo, persecución, contactos físicos/cibernético o de terceras personas, mediante controles irracionales, etc. El segundo tipo (artículo 193 ter), define las circunstancias que van a ser agravantes (aumentándose en un tercio de las máximas), para aumentar las penas, estipulándose como tales: cuando la víctima esté en estado de minoridad de edad; medie violencia; haya contenido sexual; se cometa por 2 o más personas; existan lazos de parentesco por afinidad o consanguinidad; la victimaria tenga antecedentes de violencia perpetrada contra una persona víctima, en el ámbito laboral u otros; o haya cometido el hecho en razón de la participación, del cargo o la actividad política de la víctima, entre otras. La propuesta estipula que el delito, viene a constituirse en acción pública perseguible a instancia privada.

ñala Máximo Pacheco: “No puede discutirse la enorme fuerza de convicción que siempre ha tenido la opinión de los tratadistas en la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho” (resaltado no es del original) (pp. 350 y 351).

La doctrina -entonces- cumple un papel fundamental en la sistematización teórica de un ordenamiento jurídico; pudiendo servirse de la misma, para ir posicionando determinados principios particulares en torno a un instituto, por lo que, en este caso, se hace alusión al sistema español, a fin de poder ir construyendo para el país preceptos de referencia en torno a la figura del acoso laboral, como estudio del Derecho Comparado.

### 4.2 Su tratamiento.

El sistema español, tiene la particularidad que trata el acoso laboral, desde el plano administrativo inspectivo, imponiendo multas<sup>38</sup> y a la vez, facilita llevar el caso ante la sede judicial<sup>39</sup>, pero a diferencia de Costa Rica, lo

---

38 Y posibilitando la extinción unilateral del contrato de trabajo, con ocasión del desempeño laboral, según señala Lascurain Sánchez et al. En similar sentido, la legislación mexicana, en su Ley Federal de Trabajo, posibilita como causa de extinción del mismo, sin responsabilidad para los trabajadores, cuando la parte patronal e incluso sus familiares o cualquiera de sus representantes, dentro del servicio, incurran en hostigamiento (artículo 51). Dentro de lo laboral y administrativo, en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 2/2015 (el que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) se les otorga, a las personas trabajadoras: “el respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”. Asimismo, se pueden mencionar las siguientes conductas, catalogadas de muy graves, conforme al Real Decreto Legislativo 5/2000: artículos. 8, incs 11 y 13 bis: “11. Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores (...).13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

39 Por otra parte, también y al margen de lo meramente jurídico, desde hace más de 20 años, se ha tratado la figura del acoso laboral, dentro de las relaciones de empleo, como parte de riesgos y enfermedades, es decir, con

ventila en el plano penal<sup>40</sup>, como forma de prevenir y sancionar la violencia en el trabajo; señalando en este sentido, el profesor Lascuráin et al, lo siguiente: “En el título dedicado a los delitos contra la integridad moral se pena con prisión de seis meses a dos años a quien, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realice contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima” (Resaltado es propio) (Revista de Derecho penal económico y de la empresa, 2024).

Importante rescatar de lo citado anteriormente, que hay delito de acoso laboral, tanto el que ocurra con ocasión de una relación

---

preeminencia de la Seguridad Social. Así, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Social no. 2 de Girona del 2002, introdujo al acoso laboral, dentro del plano de la seguridad social, al indicar: “El mobbing podría considerarse como una forma característica de estrés laboral, que presenta la particularidad de que no ocurre exclusivamente por causas directamente relacionadas con el desempeño del trabajo o con su organización, sino que tiene su origen en las relaciones interpersonales que se establecen en cualquier empresa entre los distintos individuos. Una característica de la situación es la de ser un conflicto asimétrico entre las dos partes, donde la parte hostigadora tiene más recursos, apoyos o una posición superior a la del trabajador hostigado. Artículo de la Dra. Carolina Gala, <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/58223>.

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de España consideró que la enfermedad padecida por una trabajadora podría haber devenido como consecuencia del trabajo y producto de la conducta de un compañero que generó un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado. Esta situación menoscabó su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra, por lo que se atentó contra la dignidad personal. De ahí que consideró presumible la existencia del nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico que padecía la actora (Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 30 de abril 2001). Briones et Vargas, 2013: p. 33.

40 En este sentido el Código Penal, en su artículo 173 inc.1, señala en lo que interesa, lo siguiente: “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años (...) Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima (...) Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”(resaltado no es del original).

privada como pública/funcionarial, en donde además medie una relación de superioridad, actos hostiles/humillantes de manera reiterada, pero, que no constituya “trato degradante”<sup>41</sup>, ya que, en caso de darse una degradación, la sanción y el delito serían más graves<sup>42</sup>.

Se podría decir, que el sector público, al regirse por los principios de jerarquía y reglamentación (principio de legalidad) a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, podría resultar ser más referenciado en la transgresión del mismo tipo penal, al ser uno de sus elementos que lo constituyen o lo caracterizan, precisamente el de la prevalencia de una “relación de superioridad”, para la constitución del delito mismo. En este sentido, revisando las sentencias judiciales, se hace alusión más a lo público que a lo privado, dentro del engranaje penal<sup>43</sup>.

### 4.3 Del delito.

---

41 Entendiendo por trato degradante, según lo ha ventilado la sentencia STS no. 325 del Tribunal Supremo de Madrid (Sala de lo Social): “el crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, resistencia física o moral “(resaltado no es del original).

42 El sistema francés, por su parte, le da carácter de sancionabilidad a la figura, pero dentro del marco laboral, con reorganización de la carga probatoria -a diferencia del español- en este sentido, se ha señalado: “Resulta ser un sistema muy particular, que regula, en su propio Código de Trabajo, la conceptualización en una primera instancia, al disponer que acoso laboral son aquellas conductas reiteradas de molestias morales, cuyo objeto o por efecto, producen un deterioramiento de las condiciones de trabajo, susceptibles de lesionar los derechos y dignidad junto con la salud psicofísica de cualquier trabajador dependiente (art. 122-49). Como se deja entrever, se le da énfasis al aspecto moral del trabajador, prohibiéndose, dentro del mismo articulado, tal sufrimiento. Asimismo, dentro del ámbito probatorio, el artículo 122-52 del código en mención señala que es suficiente que el trabajador dependiente presente elementos de hechos que dejen suponer la existencia de una molestia. A partir de ahí, la parte acusada debe probar que su comportamiento no es constitutivo de las molestias morales y que sus actuaciones son justificadas y extrañas a cualquier forma de vejación. En este sentido, ocurre una reorganización probatoria a favor de la víctima, y se deja de lado el principio procesal del onus probandi (el que acusa debe probar su dicho)” (resaltado no es del original) Briones et Vargas. P.31.

43 Se puede revisar la dirección electrónica <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/>, correspondiente al Poder Judicial de España, en el aparte correspondiente al Tribunal Supremo, en referencia a la jurisprudencia de la Sala de lo Penal o de lo Social, bajo el buscador y la variable acoso laboral.

La tipificación expresa del acoso laboral en el Código Penal<sup>44</sup>, se introdujo por la ley no. 5 en el año 2010, en este sentido, se ha considerado: “Indudablemente el mayor y más reciente avance en España se ha dado en el año 2010, al promulgarse una modificación al Código Penal de 1995, que tipifica el acoso laboral como delito, dentro del título de los delitos contra la integridad moral, para lo cual contempla penas de prisión desde los seis meses hasta los dos años de cárcel” (el resaltado no es del original) (Briones et Vargas, p.33).

No obstante, hay que tomar en cuenta que la última razón dentro del sistema en estudio, es la parte penal, por cuanto, ha considerado la doctrina en general, que si esta conducta, es factible de ventilarse por el Derecho Laboral -administrativo sancionador, que se dirige a tutelar un bien jurídico similar- esta debería ser la vía prioritaria<sup>45</sup>. Es decir, lo penal queda circunscrito a la sanción de un acoso laboral, bajo supuestos graves, como se indicó supra.

Se resalta que la figura delictuosa del acoso laboral, introduce también la posibilidad de

44 También dentro del sistema español penal, se castigan otros tipos de acosos, tales como el sexual; el concerniente al ciberacoso laboral; el llamado Stalking o acecho silencioso, como forma de espiar; el de tipo Inmobiliario; junto con el que se pueda suscitar dentro de las fuerzas armadas. De lo cual se deduce, que el ser humano, cada vez, es más consciente, del derecho que se tiene a no ser perturbado, de manera programática, en ninguna esfera en que se desarrolle.

45 Es que la materia penal es muy distinta en cuanto a tratamiento, principios, procedimientos y valoración de la prueba. Es que, al estarse ventilando un caso que se suscitó consecuencia de las relaciones laborales, en sede penal, puede ser que quede sin sanción de ningún tipo; lo cual, no sería así, si se llevara al ámbito exclusivamente laboral, incluso, por el de infracciones laborales, en vista que rigen evaluaciones procesales en favor de la víctima y no del victimario.

Por su parte, el sistema colombiano opta por dar el tratamiento (al acoso laboral) dentro de la vía jurisdiccional laboral, cuando se trate de empleados particulares y con la posibilidad de llevar a cabo la sanción por parte del Ministerio Público (ente estatal, encargado de la vigilancia y de la aplicabilidad del poder disciplinario de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive de los servidores de elección popular), cuando se trate de funcionarios públicos. Esto conforme a la ley no. 1010 del año 2006; sustrayéndose a cualquier posibilidad de ventilarse por la vía de lo penal. [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2006\\_col\\_ley1010.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2006_col_ley1010.pdf).

sancionar a una persona jurídica, con multa, cuando sea responsable, por omisión o comisión del acoso laboral, en concordancia con los artículos 31 bis y 171, ambos del Código Penal, salvo las exoneraciones que puedan ser valederas, conforme lo indica su misma legislación<sup>46</sup>.

46 Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.º el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.º la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.º los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.º no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.º En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.º del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.º del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción

En Costa Rica, tratándose de las sanciones por infracción a las leyes laborales, no sanciona a ambos -como ocurre en el sistema español penal- sino que se hace alusión al instituto de la solidaridad, cuando la conducta que se catalogue como infracción laboral, sea realizada por “un representante patronal de una empleadora persona jurídica o grupo de interés económico” (el resaltado no es del original), recayendo también la sanción de manera solidaria, conforme lo estipula el artículo 399 del Código de Trabajo<sup>47</sup>.

El delito como se indicó, se basa dentro de sus presupuestos en la “superioridad” (bossing-g)<sup>48</sup> que ostenta el victimario sobre su víctima,

---

de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios (el resaltado no es del original).

47 Ya desde el año 2007, la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, de Buenos Aires, Argentina, en sentencia no. 88.908, sostuvo la viabilidad de condenar solidariamente por acoso laboral, tanto a la empresa como a los hostigadores que laboraban para la misma y que eran superiores de la acosada, sosteniendo la viabilidad de una condena solidaria, con base en la normativa civil, bajo el siguiente argumento: “ En autos quedó acreditado que los autores del acoso moral fueron los demandados (...) El Código Civil establece que el deber de respetar los derechos y libertades de los demás no se agota en la mera abstención de ejecutar una voluntad dañina (artículo 1072 del Código Civil), sino que se extiende al deber de guardar cierto cuidado o prudencia en los comportamientos para evitar la expansión innecesaria del riesgo al que, con nuestros actos, exponemos a las demás personas (artículo 1109 del Código Civil). En tal entendimiento, todos tenemos derecho a un cierto cuidado por parte de los demás o a demandar una indemnización por la omisión de ese deber (artículos 1077, 1078 y 1109 del Código Civil)”(el resaltado no es del original).

48 Es decir, una relación de jerarquía vertical descendente. Por su parte la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica -referenciando doctrina española (María Dolores Rubio de Medina. Extinción del contrato laboral por acoso moral “mobbing”. Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2002, pp. 10-11)- ha considerado este tipo de acoso, cuando la conducta hostigadora provenga del jefarca. Asimismo, existen además los denominados, acosos de tipo horizontal cuando el acoso es provocado por los propios compañeros y el mixto cuando se da por una combinación entre el acoso propiciado por la jefatura – por acción u omisión- y los compañeros (voto no. 001436-2018).

para que se configure como tal<sup>49</sup>, siendo que se encuentra en general, dentro del aparte referido a los tipos contra la integridad moral, del título V11, del Código Penal, es decir, va relacionado con la afectación psíquica de la persona que la sufre.

En el entendido, que no se debe confundir, el acoso moral -caracterizado por el hostigamiento psicológico intencionado y reiterado<sup>50</sup> - que el agotamiento o cansancio, producto de malas condiciones laborales, horarios poco flexibles, exceso de trabajo, no descansos oportunos, no desconexión en momentos de vacaciones, conflictos esporádicos, no disfrute de feriados y de días libres, ya que si bien, son manifestaciones contrarias al orden legal, no van necesariamente intrínsecamente relacionadas con el fenómeno del mobbing, tal como lo define el sistema español penal, en sí.

Por otra parte, para que se configure el delito debe existir una subordinación de superioridad, por lo que, no sería factible pensar en el tipo a los trabajadores autónomos (hoy en día en boga), aún y cuando sean la fuente principal de dependencia económica la persona física/jurídica, por cuanto las interpretaciones analógicas resultan contrarias al principio de legalidad, en materia penal.

#### 4.4 Bien Jurídico.

Por bien jurídico se entiende, todo aquello vital para una convivencia sana en comunidad, por su significación social es que precisamente se le pasa a proteger por medio del Derecho. Entonces, es todo aquello que es importante para el orden social, cuyo mantenimiento pacífico es asegurado mediante normas jurídicas. Entre los mismos son comunes los bienes jurídicos, tales como la vida, la

---

49 En México, si bien la regulación del acoso laboral, está dentro de su Ley Federal de Trabajo, el mismo se configura, dentro de una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor, según el artículo 3 bis.

50 Argentina, ha venido considerando la afectación psicológica consecuencia del hostigamiento laboral, como parte de los riesgos que ocurren en el trabajo, por lo que es indemnizable. Briones et Vargas. 2013: P. 24.

propiedad, la libertad sexual, la igualdad, el trabajo, la seguridad social, entre otros. Así, el orden jurídico está compuesto, precisamente, por el conjunto de todos los bienes jurídicos, como una unidad orgánica. Para que esos bienes, no sean lesionados ni puestos en peligro las normas jurídicas prescriben la manera como deben conducirse las personas y en caso de inobservancia se les impone una sanción debidamente presupuestada y publicitada entre la comunidad, a la que va dirigida.

Entonces, los bienes jurídicos, son aquellos que la sociedad, les confiere un valor relevante, por medio del Derecho. En este sentido, el Voto Constitucional no. 6410 del año 1996, al explicar los mismos, vino a determinar:

**La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno (...), le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno (...). no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino, además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social (resaltado es propio).**

Conforme a esto, los bienes jurídicos, deben nacer de la misma constitución política y a la hora de plasmar sus consecuencias de transgresión en una norma de tipo penal, se debe estar dentro de ciertos límites, como la tipicidad, legalidad y conocimiento previo de la población, como parte relevante para una sociedad de Derecho y protección garantista constitucional.

En este entendido, se podría afirmar que, del texto del Código Penal español, el bien jurídico que se protege dentro del delito de acoso laboral, sería la dignidad<sup>51</sup> de la persona trabajadora, con base en los principios generales del Derecho Laboral en común y su consecuente entorno, a la integridad humana (física y moral), libre de humillaciones, vejaciones, intranquilidades y cualquier otro factor que afecte un transcurrir normal de las relaciones laborales.

## **Conclusiones y recomendaciones.**

Llegados a esta etapa, no resta más que reafirmar lo importante que resulta el estudiar el Derecho de otros lares (a modo de Derecho Comparado), en cuanto a su desarrollo y aplicación, en casos reales de la sociedad; por cuanto, viene a facilitar -a falta de regulación nacional y/o modificación que se pretenda- tener una perspectiva y visión general, del tratamiento que se está teniendo y los problemas que puedan estarse ventilando, a la hora de la aplicación de un determinado instituto jurídico, en el plano interno de un determinado sistema social.

En el caso del sistema español -como quedó plasmado- le ha apostado tanto al tratamiento del acoso laboral, desde un plano laboral/administrativo y uno penal. Este último, cuando haya de por medio, mayor gravedad en la conducta desplegada por el victimario y los bienes jurídicos infringidos, sean de tal envergadura, que se salen de la esfera común de lo laboral. No obstante, como señala el Profesor Lascuráin, esta fórmula, es correcta "a medias", ya que, para los conocedores del Derecho, no es secreto, que la materia penal, se rige por principios muy distintos a los laborales, por lo que, a la hora de su aplicación, se revierte, por ejem-

<sup>51</sup> Conforme al diccionario usual del Poder Judicial, la dignidad viene a significar que una persona es merecedora del respeto, la honra, el reconocimiento, etc. Y, que, al estar enmarcada sobre la persona humana, se debe entender que engloba a esta como sujeto individual y social, dentro de circunstancias iguales en referencia a sus congéneres, y con las particularidades y condiciones propias, según la situación de cada quien.

plo, el principio del “in dubio pro operario”, por el del “indubio pro reo”, por lo que se torna más difícil, su prevención y castigo en el ámbito criminal.

Para el caso costarricense, a la hora de pensarse en plasmarlo dentro de un ámbito jurisdiccional, es tema a tomar en cuenta, si se equipara al estudiado o por el contrario, como sucede en México y Colombia, se deja dentro del ámbito laboral, con las particularidades del país y pensándose asimismo, en la posibilidad de regularlo y tratarlo, dentro de la infraccionalidad (ya no como ocurre en la práctica, como un ordinario laboral), lo que con ello, se estaría consiguiendo un castigo (multa, junto con la solidaridad sancionadora, hacia las personas jurídicas o grupo de interés económico, cuando la conducta, sea realizada por un representante patronal) y a la vez una reparación total del daño causado, dictado por una sentencia, dentro de un procedimiento más célere, que el estilado actualmente en la práctica forense.

A título de recomendaciones, sería oportuno, tener en cuenta a falta de ley actualmente, el hecho, de que el Convenio 190 OIT, podría tomarse en cuenta (aún y cuando no esté ratificado), a la hora de resolver algún caso, como parte de lo que se ha ventilado por la Sala Constitucional, en su voto no. 2019012242, tal y como se explicó. Así como tomar en cuenta el proyecto, denominado: “Ley de Acoso Predatorio”, para que venga a constituirse en un posible instrumento jurídico referencial, a la hora del tratamiento de la figura.

Sería también, oportuno pensar en permitir o no, la posibilidad -dentro de una futura ley- de la conciliación, que como se pudo ver en la mayoría de los países, que se han mencionado, se permite este instituto; no obstante, se ha considerado, por parte de la doctrina (incluida la del hostigamiento sexual en el país), su no viabilidad, por cuanto, al haber de por medio ciclos de violencia psicológica y relaciones de poder asimétricas, no habría libertad para negociar.

Finalmente, se concluye la presente investi-

gación, con la esperanza, que pueda ir dando algunas luces en el tratamiento del tema (acoso laboral), que se está dando en otros países, a fin de que Costa Rica, opte por lo mejor de cada uno y pueda por fin -ante la desregulación formal (dentro del contexto de seguridad jurídica)- llegar a tener una legislación, que regule, prevenga, desaliente y sancione la llamada “pandemia del siglo XXI”, como parte fundamental, en el tratamiento de los derechos humanos, dentro del entorno laboral, tanto de empleo público, como privado.

### **Referencias Bibliográficas.**

Barahona Streber, O. (1996). Memorias y Opiniones: aspectos de la verdadera historia de la reforma social en Costa Rica y Guatemala; del pasado, presente y futuro de la situación económica y discal de Costa Rica. Editorama.

Brenes Córdoba, A. (1986). Tratado de las Personas. Vol. 1. (4 ed.). Editorial Juricentro.

Briones Briones, E. y Vargas E. (2013). Manual Sobre Acoso Laboral. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Briones Briones, E (2015). Procedimientos Laborales de la Inspección de Trabajo (Con las directrices unificadas). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Briones Briones, E. (2016) Infracciones Laborales. Conforme a la Reforma Procesal Laboral. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Briones Briones, E. (2016). Hacia un Cambio de Paradigma del Sistema Sancionatorio Costarricense por Infraccionalidad Laboral. Editorial Master Lex.

Briones Briones, E. (2017) Juicios sobre la Reforma Procesal Laboral. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Lascurain Sánchez, J. A. (2024). Derecho penal económico y de la empresa. Editorial Dy-

kinson.

Pacheco, M. (1976). *Introducción al Derecho*. Imprenta Universidad de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

Sáenz Carbonell, J.F. (2016). *Breve Historia del Derecho Costarricense*. Ediciones Isolma.

Somma, A. (2015). *Introducción al derecho comparado*. Editorial Committee . Universidad Carlos III de Madrid. <https://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r34961.pdf>.

## REVISTAS

El hostigamiento laboral costarricense desde un punto de vista de la seguridad social (versión electrónica, Master Lex//punto jurídico). Recuperado el 13 de febrero del 2024, desde <https://puntojuridico.com/el-hostigamiento-laboral-costarricense-desde-un-punto-de-vista-de-la-seguridad-social/>

Necesidad de una regulación formal sobre el acoso laboral en Costa Rica (versión electrónica, Master Lex//punto jurídico). Recuperado el 1 de abril del 2024, desde <https://puntojuridico.com/necesidad-de-una-regulacion-formal-sobre-el-acoso-laboral-en-costa-rica/>.

## RESOLUCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES

Sala Constitucional. Voto no.4.298 de las 16:45 hrs, del 23 de julio del año 1997

Sala Constitucional. Voto no. 1227 de las 8:31 hr, del 8 de febrero del año 2002.

Sala Constitucional. Voto no. 15.447 de las 14:53 hrs, del 15 de octubre del año 2008.

Sala Segunda. Voto no.000035 de las 10:40 hrs, del 20 de enero del año 2012.

Sala Segunda. Voto no.000094 de las 9:35 hrs, del 31 de enero del año 2014.

Sala Segunda. Voto no.001.030 de las 11:30 hrs, del 18 de setiembre del año 2015.

Sala Segunda. Voto no.001436 de las 19:05 hrs, del 24 de agosto del año 2018.

Sentencia no. 88.908, causa no. 22.012/05. Veira C/ Editorial Perfil S.A. Juzgado no. 56. Recuperada el día 26 de febrero del año 2024, desde <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-veira-monica-patricia-editorial-perfil-sa-despido-fa07040502-2007-07-12-123456789-205-0407-0ots-eupmocsollaf#>

STS 325/2013 de 2 abril, Recuperada el día 23 de febrero del año 2024, desde <https://www.poderjudicial.es/search/DeActualidad/TS/Social/>

ACUERDOS, DIRECTRICES, DECRETOS, LEYES, REGLAMENTOS Y PRONUNCIAMIENTOS.

Acuerdo No. 003-2023, Sesión 034-2023, de la Junta Directiva del Consejo de Salud Ocupacional, de fecha 1 de noviembre del año 2023.

Código de Trabajo de Costa Rica (versión electrónica) con la reforma de la ley no. 9343. Recuperado el día 5 de febrero del 2024, desde [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=8045](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=8045)

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperado el 1 de marzo del 2024, desde <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>.

DIRECTRIZ No. 018-MIDEPLAN-MTSS. Gaceta no. 134 de fecha 25 de julio del año 2023. Recuperada el día 16 de febrero del 2024, desde [https://www.cso.go.cr/documentos\\_relevantes/manuales\\_guias/guias/Directriz%20018-MIDEPLAN-MTSS%20Oficializacion%20de%20Guia%20tecnica%20de%20Prevenccion%20del%20MOBBING%20y%20Capacita](https://www.cso.go.cr/documentos_relevantes/manuales_guias/guias/Directriz%20018-MIDEPLAN-MTSS%20Oficializacion%20de%20Guia%20tecnica%20de%20Prevenccion%20del%20MOBBING%20y%20Capacita)

cion%20Obligatoria.pdf.

Ley no. 7476 y sus reformas (8805) contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia (versión electrónica), Recuperado el 17 de febrero del 2024, desde [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=22803](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=22803).

Ley Orgánica del Poder Judicial (versión electrónica), Recuperado el 19 de febrero del 2024, [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=33635](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=33635)

Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo. Recuperado el día 1 de marzo del 2024, desde [https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-nacional-inspeccion/manual\\_procedimientos\\_inspeccion.pdf](https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-nacional-inspeccion/manual_procedimientos_inspeccion.pdf)

## INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Código Penal de España. Recuperado el 22 de febrero del año 2024. Desde <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal/>.

C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190). Recuperado el 23 de marzo del año 2024. Desde [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190).

Ley de Colombia no. 1010 del año 2006. Diario Oficial No. 46.160, de 23 de enero de 2006. Recuperad el 13 de abril del año 2024. Desde [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2006\\_col\\_ley1010.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2006_col_ley1010.pdf).

Ley Federal del Trabajo México. Recuperada el 29 de febrero del año 2024. Desde [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044\\_Ley\\_Federal\\_del\\_Trabajo.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf).

Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del

Estatuto de los Trabajadores (versión electrónica). Recuperado el 29 de febrero del año 2024, desde <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>.

Real Decreto Legislativa 5/2000 del Gobierno Español (versión electrónica). Recuperado el 26 de marzo del año 2024. Desde <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

## PROYECTOS DE LEY

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2005). Expediente Legislativo 15.211: Proyecto de Ley contra el acoso psicológico y moral en el trabajo. Recuperado el 24 de marzo del 2024, desde [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2006). Expediente Legislativo 16.088: Proyecto de Ley para prevenir y sancionar el acoso laboral. Recuperado el 2 de marzo del 2024, desde [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2009). Expediente Legislativo 17.460. Proyecto de Ley contra el hostigamiento laboral en el empleo y la docencia. Recuperado el 2 de marzo del 2024, desde [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2010). Expediente Legislativo 17.620. Proyecto de Ley para la prevención; tratamiento contra el acoso psicológico en el trabajo. Recuperado el 9 de marzo del 2024, desde [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2011). Expediente Legislativo 18.136.

Proyecto de Ley para prevenir y sancionar el hostigamiento laboral en las relaciones de empleo público y privado. Recuperado el 9 de marzo del 2024, desde [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2011). Expediente Legislativo 18.140. Proyecto de Ley contra el acoso laboral. Recuperado el 3 de marzo del 2024, desde [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2011). Expediente Legislativo 18.184. Proyecto de Ley contra el acoso laboral. Recuperado el 4 de marzo del 2024, desde [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2020). Expediente Legislativo 20.873. Proyecto de Ley para prevenir y sancionar el acoso laboral en el sector público y privado. Recuperado el 4 de marzo del 2024, desde [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2021). Expediente Legislativo 22.569. Proyecto de aprobación del Convenio sobre la eliminación de la violencia y el Acoso en el mundo del trabajo (Convenio 190). Recuperado el 5 de marzo del 2024, desde [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2021). Expediente Legislativo 23.325. Proyecto de Ley Contra el Acoso Predatorio. Recuperado el 21 de abril del 2024, desde [https://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](https://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx)

Diccionario Usual del Poder Judicial (versión electrónica). Recuperado el 28 de marzo del 2024, desde <https://diccionariusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario>

Guía Técnica para la prevención y atención del acoso laboral o “mobbing en el lugar de Trabajo”. Recuperada el 1 de abril del 2024, desde [https://cso.go.cr/ver/documentos\\_relevantes/manuales\\_guias/guias/Guia%20para%20la%20prevencion%20y%20atencion%20del%20acoso%20laboral%20en%20los%20lugares%20de%20trabajo.pdf#.ZGPpD3ZBy39](https://cso.go.cr/ver/documentos_relevantes/manuales_guias/guias/Guia%20para%20la%20prevencion%20y%20atencion%20del%20acoso%20laboral%20en%20los%20lugares%20de%20trabajo.pdf#.ZGPpD3ZBy39)

## OTRAS FUENTES

Acoso laboral, suicidios. Empresa Telecom en Francia. Recuperada, el 4 de febrero del año 2024, desde <https://youtu.be/M6dVMgZ-q3wk?si=ZgkGCF19fGdIIQBS>.

Datos estadísticos sobre hostigamiento laboral emitidos por el Departamento de Gestión y Calidad de la Inspección de Trabajo del silac, recuperados en fecha 1 de marzo del año 2023. Información obtenida de la Licda. Grettel Largaespada, asesora de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo.

Datos estadísticos sobre hostigamiento laboral emitidos por el Departamento de Gestión y Calidad de la Inspección de Trabajo del silac, recuperados en fecha 1 de marzo del año 2023. Información obtenida de la Licda. Grettel Largaespada, asesora de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo.

Datos estadísticos del Poder Judicial en materia laboral, 2 circuito de San José. Recuperado el 22 de febrero del año 2024, desde <https://observatoriojudicial.poder-judicial.go.cr/pages/inicio>.

France Telecom, condena por acoso laboral. Recuperada el día 16 de febrero del año 2024, desde [https://youtu.be/WDJaS3rX3pl?si=cVIRa\\_7leZAU9UYE](https://youtu.be/WDJaS3rX3pl?si=cVIRa_7leZAU9UYE)

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Pu-

blicación del Anuario Estadístico Institucional 2023. Recuperado el 1 de abril del año 2024, desde Anuario estadístico del MTSS <https://sites.google.com/mtss.go.cr/anuarioestadistico2023/eje-2-laboral/dir-nacional-de-inspecci%C3%B3n-del-trabajo?authuser=0>

Noticia de mideplan sobre la oficialización para implementar la Guía Técnica para la prevención y atención del acoso laboral. Recuperada el 14 de febrero del 2024, desde <https://www.mideplan.go.cr/se-oficializa-guia-tecnica-para-la-prevencion-y-atencion-del-acoso-laboral-o-mobbing-en-el-lugar-de>

La consideración del acoso moral o “mobbing” como accidente de trabajo. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Girona de 23-9-2003 (AS 3434). Dra. Carolina Gala Durán. Recuperado el 24 de febrero del 2024, desde <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/58223/68315>

La OIT y la OMI recomiendan nuevas medidas contra la violencia, el acoso y las agresiones sexuales a bordo de los buques. Recuperada el día 10 de marzo del año 2024, desde [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_916138/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_916138/lang--es/index.htm).

Protocolo de Atención de la Asamblea Legislativa, Recuperado el 15 de enero del 2024, desde [http://www.asamblea.go.cr/sd/Publicaciones\\_T\\_C/Protocolo%20de%20atenci%C3%B3n%20del%20acoso%20laboral%20en%20%20Asamblea%20Legislativa\(versi%C3%B3n%20final%202013\).pdf](http://www.asamblea.go.cr/sd/Publicaciones_T_C/Protocolo%20de%20atenci%C3%B3n%20del%20acoso%20laboral%20en%20%20Asamblea%20Legislativa(versi%C3%B3n%20final%202013).pdf)

Reglamento para la prevención y atención del acoso laboral en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Recuperado el 15 de enero del 2024, desde [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=88841&nValor3=116346&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=88841&nValor3=116346&strTipM=TC).

Reglamento de la Universidad de Costa Rica

en contra del hostigamiento en el trabajo o acoso laboral y su reforma del año 2021. Recuperado el 15 de enero del 2024, desde [https://www.fcs.ucr.ac.cr/images/1\\_acoso\\_laboral.pdf](https://www.fcs.ucr.ac.cr/images/1_acoso_laboral.pdf).

Un hostigamiento sexual fuera de una relación laboral, en la serie cómica argentina, “Pone a Francella. Ojitos Azules”. Recuperada, el 24 de febrero del año 2024, desde <https://youtu.be/BUTaB7FNWhs?si=NG5u-f4g-913qaOHf>.

# LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES.

*The patrimony responsibility of corporations administrators.*

**M.SC. YURI LÓPEZ CASAL**

- Juez del Tribunal de Apelaciones Civil y Laboral de Heredia.
- Magistrado suplente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
  - Licenciado en Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Egresado del programa de Doctorado en Derecho, área Derecho Procesal Civil y Derecho Comercial de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Máster en Derecho Civil (énfasis en responsabilidad civil por productos defectuosos) de la Universidad de Heidelberg, República Federal de Alemania.
  - Autor de libros y ensayos jurídicos.

4



# LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES.

## *The patrimony responsibility of corporations administrators.*

### **Resumen.**

Este ensayo pretende explicar la importante labor que llevan a cabo los administradores de las sociedades, así como las normas legales y los requisitos con base en los cuales la sociedad, sus socios o los acreedores podrían exigirles responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de sus deberes. El principal resultado del trabajo es la ausencia de una regulación clara y ordenada de las acciones de responsabilidad contra los administradores de sociedades y lo complicado que es exigirles responsabilidad por los daños causados.

### **Summary.**

This essay attempts to explain the paramount importance of the work performed by the corporation administrators, as well as the legal norms and requirements on which the corporation is based. The partners or creditors could demand patrimony responsibility for non-compliance of their duties. This works main result is the absence of a clear and ordered regulation of liability actions against the corporation administrators, and how complex it is to demand responsibility for damages caused.

### **Palabras clave.**

administrador, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, deber de lealtad, conflicto de interés.

### **Keywords.**

Manager, corporation, limited liability corporation, duty of loyalty, conflict of interest.

### **Contenido.**

I. CAPÍTULO PRIMERO: GENERALIDADES SOBRE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES Y SU FUNCIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA. a. El contenido de la función administrativa en la sociedad comercial. b. Composición y funciones de la Junta Directiva o Consejo de Administración. c. El nombramiento de los administradores y los requisitos de su designación. d. Cesación del cargo de los administradores. II. CAPÍTULO SEGUNDO: LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. a. Concepto. b. Requisitos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. c. Legitimación activa. d. Legitimación pasiva. e. Exoneración de responsabilidad. f. Prescripción. III. CAPÍTULO TERCERO: LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. a. Concepto y finalidad. b. Requisitos constitutivos. c. Legitimación activa. d. Legitimación pasiva. e. Exoneración de responsabilidad. f. Prescripción. IV. CAPÍTULO CUARTO: OTROS REGÍMENES JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADORES. a. Acción de responsabilidad por deudas sociales. b. Responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos. c. Responsabilidad por el pago de tributos. d. Responsabilidad civil derivada de la impugnación de actos o contratos. CAPÍTULO V. EXCURSUS: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS GERENTES Y SUB GERENTES EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL D & O. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## Introducción.

El tema de este trabajo, a saber, la responsabilidad patrimonial de los administradores en las sociedades mercantiles más usadas en Costa Rica (la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada), no solamente es muy amplio, sino que, al mismo tiempo, de vital importancia para la sociedad, los socios y los acreedores sociales, dado que les permite, cumplidos los requisitos legales correspondientes, ejercer pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, contra los administradores sociales, en la medida en que éstos, con sus acciones u omisiones, hubiesen causado daños y perjuicios a la sociedad, a los socios o a los acreedores sociales.

El presente trabajo consta de cinco capítulos, en los cuales se aborda la transversalidad que posee la responsabilidad patrimonial de los administradores sociales de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada en Costa Rica.

En el capítulo primero, el lector encontrará una sucinta base jurídica sobre la función administrativa que, legalmente, les compete a los administradores de esas sociedades mercantiles. Es por eso que en ese apartado se hace referencia a las atribuciones específicas que engloba la función administrativa, la composición y funciones de la Junta Directiva en una sociedad anónima, el nombramiento de los administradores y los requisitos para su válida designación y los supuestos de hecho en los cuales pueden cesar en el ejercicio de sus cargos.

El capítulo segundo se refiere a la acción social de responsabilidad y en él se tratan los aspectos que se han considerado más relevantes para su correcta comprensión y aplicación, entre los cuales figuran sus requisitos, la legitimación activa, la legitimación pasiva, la exoneración de responsabilidad y lo relacionado con el plazo de prescripción y otros detalles sobre ésta.

Luego, en el capítulo número tres, se hace una breve aproximación a la llamada acción individual de responsabilidad, la cual, como se verá en el desarrollo de la monografía, plantea preguntas y retos muy importantes a nivel jurídico, los cuales se derivan de su absoluta falta de regulación normativa en el Código de Comercio de Costa Rica y sus reformas. En dicho capítulo, de una manera análoga a lo que se explica en el capítulo segundo, se tratan los aspectos que se han considerado más relevantes para su correcta comprensión y aplicación, entre los que figuran sus requisitos, la legitimación activa, la legitimación pasiva, la exoneración de responsabilidad y lo que concierne a suprazo de prescripción y otros detalles relacionados con ésta.

En el capítulo cuarto del trabajo se procede con la explicación de otras fuentes de responsabilidad patrimonial de los administradores sociales, tales como la llamada acción de responsabilidad por deudas sociales, la responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos en los cuales pueden incurrir, como autores, los administradores sociales, la responsabilidad que les asiste a éstos por la falta de pago de tributos de la sociedad y el interesante tema de la responsabilidad civil que también puede nacer como consecuencia de la impugnación de actos o contratos que hubieran celebrado en contravención con su deber de lealtad.

Finalmente, el quinto y último capítulo de la monografía versa sobre la responsabilidad patrimonial que pueden llegar a tener los gerentes y sub gerentes en la sociedad de responsabilidad limitada y hace una breve referencia al seguro de responsabilidad civil de los administradores sociales (conocido por sus siglas en inglés D&O), el cual se erige como una alternativa muy atractiva para ellos, dado que el nivel de diligencia y de lealtad que la ley les impone es elevado y los puede exponer a múltiples riesgos en el ejercicio de su importante función a lo interno de la sociedad comercial.

La responsabilidad patrimonial de los administradores de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada

## **Capítulo I: Generalidades sobre los administradores sociales y su función en la sociedad mercantil.**

### **a. El contenido de la función administrativa en la sociedad comercial.**

De acuerdo con el autor Gastón Certad Maroto, "la función administrativa en sentido lato ha sido distinguida en deliberativa, ejecutiva y representativa: la primera comprende el poder, dentro de ciertos límites discrecionales, de decidir sobre el cumplimiento de los negocios sociales; la segunda, está dirigida a ejecutar las decisiones de los socios en asamblea y de las de los propios administradores en el consejo (consejo de administración) y la tercera está destinada a realizar, frente a terceros, actos estipulados a nombre y por cuenta de la sociedad, y como tales, directamente productores de efectos jurídicos que inciden en su esfera jurídica y patrimonial"<sup>1</sup>.

La función deliberativa coincide con el llamado "poder de gestión" de los administradores sociales, cuyo núcleo consiste en la adopción y ejecución de todos los actos que se orienten a dar cumplimiento al objeto social<sup>2</sup>, salvo las limitaciones que resulten de la ley o del pacto constitutivo. Según Certad Maroto, "el objeto social constituye el límite y determina la extensión, tanto del poder de gestión, como también del poder de representación de los administradores"<sup>3</sup>.

El poder de gestión recae en el consejo de

1 Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, página 147.

2 El objeto social hace referencia al objeto que persigue la sociedad, de la manera en que así lo refiere el artículo 18 inciso 5) del Código de Comercio y sus reformas.

3 Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima. II. Poderes de gestión y poderes de representación. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, página 16.

administración o Junta Directiva, que es un órgano colegiado, compuesto, como mínimo, por tres miembros (presidente, secretario y tesorero), que pueden ser socios o no, cuyas decisiones deben ser tomadas por la mayoría de los consejeros presentes en la sesión respectiva (artículos 181 y 184 del Código de Comercio y sus reformas), en tanto que el poder de representación<sup>4</sup> recae sobre el presidente de la Junta Directiva<sup>5</sup> y también en los demás consejeros que se hubieran indicado en la escritura constitutiva de la sociedad, de conformidad con los artículos 18 inciso 12) y 182 del Código de Comercio y sus reformas.

### **b. Composición y funciones de la Junta Directiva o Consejo de Administración.**

La Junta Directiva o Consejo de Administración es un órgano social colegiado, compuesto, como mínimo, por tres miembros (presidente, secretario y tesorero), los cuales pueden ser socios o no.

De acuerdo con el Código de Comercio y sus reformas, le corresponde al presidente de la Junta Directiva llevar a cabo las siguientes labores:

a) Representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad frente a terceros. Es importante aclarar que los socios tienen la facultad de extender esta función a otros consejeros,

4 El poder de representación consiste en el poder de manifestar, frente a terceros ajenos a la sociedad, la voluntad social. Al respecto consúltese Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima. II. Poderes de gestión y poderes de representación. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, página 13.

5 Según Certad Maroto, "la circunstancia de que nuestra ley disponga en el (nuevo) artículo 182 que es el presidente quien deberá ejercer la representación social significa, a nuestro criterio, que los poderes representativos han sido trasladados ex lege del Consejo de Administración (al que por competencia generalmente corresponden, al presidente". El mismo autor agrega también: "La situación después de la reforma del '90 es tal que nos lleva a preguntarnos ¿no será el presidente un nuevo órgano de la sociedad anónima cuya esfera de competencia es, precisa y limitadamente, la representación judicial y extrajudicial de la sociedad?" (al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, página 158 y nota de pie de página número 30, en página 158).

para que actúen conjunta o separadamente. (artículo 182 del Código de Comercio).

b) Ejercer en las sesiones del Consejo de Administración el doble voto en caso de empate. (artículo 184 párrafo segundo del Código de Comercio y sus reformas).

c) Presidir las asambleas de accionistas. (artículo 168 del Código de Comercio y sus reformas).

d) Firmar las actas de las asambleas de socios (artículo 172 del Código de Comercio y sus reformas) y las del consejo de administración (artículo 260 del Código de Comercio y sus reformas).

e) Nombrar funcionarios administrativos, apoderados o agentes, para atender los negocios sociales o aspectos especiales de éstos. (artículo 187 párrafo primero del Código de Comercio y sus reformas)<sup>6</sup>.

f) Convocar a sesiones al Consejo de administración y dirigirlos. (artículo 184 párrafo primero del Código de Comercio y sus reformas).

Por su parte, al secretario de la Junta Directiva le corresponden las siguientes funciones:

a) Asistir y fungir como tal en las asambleas de socios (artículo 168 del Código de Comercio y sus reformas).

6 El autor Certad Maroto expresa que "(...) nuestra legislación contempla dos procedimientos distintos para articular el órgano gestor: indirectamente al no prohibirlo y siempre que el pacto social la faculte (la delegación) y además el apoderamiento. Con fundamento en el primero, como hemos visto, se pueden crear las figuras del comité ejecutivo y del consejero o consejeros delegados, mientras que con base en el segundo es posible dar vida a una amplia gama de figuras que abarcan desde el director o gerente general hasta el simple apoderado singular para el negocio concreto. En síntesis, ambos procedimientos consisten en atribuir a determinadas personas una esfera de competencia integrada por funciones que en principio corresponden al órgano administrativo en sentido estricto (administrativa y ejecutiva) o a quienes ejercen la representación social (representativa)". (Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, páginas 170-171).

b) Firmar las actas de las asambleas de socios. (artículo 172 del Código de Comercio).

c) Firmar las actas del consejo de administración (artículo 260 del Código de Comercio y sus reformas).

d) Ser depositario de los libros de actas de asamblea, del consejo de administración y del registro de socios. (artículo 253 párrafo primero del Código de Comercio y sus reformas).

Finalmente, al tesorero de la Junta Directiva, la ley le encomienda la obligación de ser el depositario de los libros contables y del registro de obligaciones. (artículo 253 del Código de Comercio y sus reformas).

### **c. El nombramiento de los administradores y los requisitos de su designación.**

En términos generales, los administradores de la sociedad son nombrados por la asamblea ordinaria de accionistas (artículo 155 inciso c) del Código de Comercio y sus reformas)<sup>7</sup> y el acuerdo respectivo debe ser inscrito en el Registro Mercantil (artículo 235 inciso e) del Código de Comercio y sus reformas).

El hecho de que los administradores sean nombrados por la asamblea ordinaria de accionistas no significa que estén subordinados a seguir las instrucciones de los socios, pues "los administradores se han transformado de simples mandatarios de los socios en órganos autónomos de la sociedad, que reciben sus facultades directamente de la ley o de la es-

7 El nombramiento de los administradores sociales también puede hacerse de las siguientes maneras: a) en la escritura social (artículo 18 inciso 12) del Código de Comercio y sus reformas); b) en la asamblea de suscriptores (artículo 116 inciso e) del Código de Comercio y sus reformas); c) en asamblea general, para el supuesto de hecho del artículo 185 del Código de Comercio y sus reformas); d) por el propio órgano gestor (sustitución por cooptación); e) por el órgano de vigilancia; f) por algún o algunos terceros designados y; g) en cualquier otra forma establecida por los socios en el pacto social. Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima. II. Génesis y conclusión de la relación de administración. Retribución de los administradores. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 70, año 1991, página 123.

critura social (artículo 152 párrafo segundo del Código de Comercio y sus reformas), de modo que no pueden estar vinculados a seguir las instrucciones de los socios”<sup>8</sup>. Nótese, incluso, cómo el Código de Comercio y sus reformas le atribuyen al consejo de administración la facultad de dictar los estatutos y reglamentos de la sociedad. (artículo 188 del Código de Comercio y sus reformas).

El Código de Comercio y sus reformas no establece cuáles deben ser los requisitos subjetivos que deben tener las personas para ostentar el cargo de administradores de una sociedad anónima. Por ello, los socios pueden, en la escritura constitutiva, establecer esos requisitos, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 18 inciso 19) del Código de Comercio y sus reformas.

Del mismo modo, ese cuerpo normativo no prescribe cuáles son los supuestos de hecho que impiden elegir a una persona como administradora de una sociedad anónima. Por ello, con base en el artículo 2 del Código de Comercio, es menester acudir a las reglas jurídicas sobre capacidad de las personas, previstas en el Código Civil y con base en esta integración normativa, es posible concluir que no pueden ser designados como administradores de sociedades anónimas el menor de edad (artículo 37 del Código Civil) y el incapaz legal de actuar (artículo 41 del Código Civil)<sup>9</sup>.

Si la causa de inelegibilidad se verifica o el requisito de idoneidad establecido en la escritura constitutiva se pierde con posterioridad a la aceptación del cargo por parte del administrador designado, ambas situaciones producen la caducidad del nombramiento,

8 Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, página 155.

9 De acuerdo con la doctrina societaria costarricense, “En principio es dable admitir la posibilidad de que una sociedad anónima integre la administración de la otra”. Al respecto ver Hernández Aguilar, Alvaro. Nuevas propuestas sobre la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas. En: Revista Iustitia, año 18, número 213-214, setiembre-octubre de 2004, página 19.

la cual genera, ipso facto, la cesación del cargo de administrador<sup>10</sup>.

Los administradores de la sociedad anónima serán nombrados por un plazo fijo, el cual se definirá en la escritura constitutiva, la cual podrá además disponer el nombramiento de consejeros suplentes. (artículo 185 párrafo segundo del Código de Comercio y sus reformas).

El consejero debe ejercer su cargo de manera personal, de modo que no lo puede desempeñar a través de representante. (artículo 183 del Código de Comercio y sus reformas)

#### **d. Cesación del cargo de los administradores.**

Los administradores de una sociedad anónima pueden finalizar sus funciones con base en las siguientes causas:

a) Por la revocación de su nombramiento: En términos generales, la asamblea general de accionistas es el órgano de la sociedad competente para revocar el nombramiento de los administradores sociales, de conformidad con el artículo 155 inciso c) del Código de Comercio y sus reformas.

La revocación no tiene que ser motivada, salvo que se fundara en una justa causa, precisamente para evitar el ejercicio, por parte del administrador destituido, de una demanda de responsabilidad civil en contra de la sociedad<sup>11</sup>.

Existe justa causa para revocar el nombramiento de los administradores sociales cuando ha habido un incumplimiento grave e injustificado de las obligaciones consustanciales con la función administrativa lato sensu considerada o bien porque surja una situación que vulnere o ponga en tela de duda el

10 Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima. II. Génesis y conclusión de la relación de administración. Retribución de los administradores. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 70, año 1991, página 124.

11 Ibidem., página 129.

vínculo de confianza y de colaboración que debe existir entre la sociedad y sus administradores.

La revocación produce efectos inmediatos y la asamblea general ordinaria de accionistas debe proceder a nombrar los sustitutos de los administradores destituidos.

b) Por el vencimiento del plazo del nombramiento: Esta causa de cesación está prevista en los numerales 185 y 186 del Código de Comercio y sus reformas<sup>12</sup>.

c) Por renuncia.

d) Por muerte.

## Capítulo II: La acción social de responsabilidad.

### a. Concepto.

La acción social de responsabilidad es aquella en virtud de la cual la sociedad actúa contra sus propios administradores para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que ha sufrido, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que, a tales administradores, les impone la ley, la escritura constitutiva o los estatutos<sup>13</sup>.

Su fundamento jurídico se encuentra en los artículos 189 a 192 del Código de Comercio y sus reformas.

### b. Requisitos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

<sup>12</sup> En relación con la interpretación y aplicación del numeral 186 del Código de Comercio y sus reformas puede consultarse, entre muchos otros, la sentencia número 20-F de las 15:35 horas del 12 de enero de 2000 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y el voto número 66 de las 15:10 horas del 26 de febrero de 2010 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda.

<sup>13</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias números 12-88 de las 16:00 horas del 11 de marzo de 1988 y 879-F de las 8:20 horas del 14 de diciembre de 2007. Del mismo modo, sobre esa misma acción, ver Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias números 308-F de las 9:00 horas del 21 de junio de 1996 y número 1384-2008 de las 9:21 horas del 21 de noviembre de 2008.

Es necesario que concurren los siguientes requisitos:

a) Comportamiento activo u omisivo de los administradores consistente en la transgresión de deberes legales o de la escritura constitutiva o de los estatutos o de sus deberes inherentes al cargo (deberes de diligencia y de lealtad).

b) La producción de un daño.

c) Culpa o dolo.

d) Nexo de causalidad entre el comportamiento del administrador y el daño causado a la sociedad.

En relación con el primer requisito, es menester recalcar la pluralidad de fuentes de atribución de responsabilidad civil, así como la relación que tiene este primer requisito con el de la culpa o el dolo, pues la acción social de responsabilidad civil es de tipo subjetivo<sup>14</sup>.

Dentro de las violaciones de obligaciones estrictamente legales, que son capaces de activar el ejercicio de la acción social de responsabilidad, se encuentran las de los artículos 27, 30, 129, 155 inciso a), todos del Código de Comercio y sus reformas, la violación de la obligación de convocar a la asamblea de accionistas por solicitud de uno o más socios, el deber de la sociedad de cancelar obligaciones tributarias, la no rendición de cuentas de su administración, el incumplimiento de lo establecido en el artículo 32 del Código de Comercio y sus reformas en cuanto a aporte de créditos u otros valores, el incumplimiento de la obligación contenida en el penúlti-

<sup>14</sup> Al respecto ver Certad Maroto Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio de 1992, página 46. Por otro lado, según este mismo autor, en el marco de aplicación de la acción social de responsabilidad, la responsabilidad de los administradores es considerada, pacíficamente, como una responsabilidad contractual y así lo ha establecido la Sección Única de la casación italiana, en sentencia número 5241 del 6 de octubre de 1981. Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). En: Revista Judicial número 57, setiembre de 1992, nota de pie de página número 2, página 14.

mo párrafo del artículo 32 bis del Código de Comercio y sus reformas, relacionado con el pago de sus acciones al socio recedente, el incumplimiento en aumentar o disminuir el capital social cuando hubiere habido delegación por parte de la asamblea general de accionistas a tenor de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 106 del Código de Comercio y sus reformas, la violación al artículo 124 de ese mismo cuerpo normativo, el incumplimiento de lo establecido en los artículos 126 y 128 del Código de Comercio y sus reformas, la no emisión de las acciones sociales dentro de los plazos establecidos en la ley (artículo 133) o en el pacto social, la no formación de la reserva legal o el uso injustificado o ilegítimo de ella (artículo 142), el no pago oportuno de dividendos a los socios y la inexecución oportuna de los acuerdos tomados por las asambleas de socios.

Otra de las fuentes de responsabilidad de los administradores es el posible incumplimiento de sus deberes de diligencia y de lealtad<sup>15</sup>.

El artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas establece que los administradores de la sociedad anónima deben actuar con la diligencia del mandatario. Según la doctrina costarricense<sup>16</sup>, los aspectos que deben tomarse en consideración para valorar la diligencia del administrador son:

- a) La expectativa de la sociedad de lograr un resultado económico positivo y;
- b) La naturaleza de la actividad ejercida, es decir, la naturaleza de la específica relación jurídica y todas las circunstancias de hecho que concurren a determinarla. En relación con este aspecto, agrega Certad Maroto que “esta adecuación del modelo abstracto de la diligencia a la concreta actividad del

sujeito se traduce —con referencia a los administradores de sociedades— en una valoración más rigurosa de la diligencia exigida, porque la medida de la normalidad debe tomar en consideración exclusivamente conductas referidas a una actividad específica (administración de sociedades), que es particularmente calificada y que requiere prudencia, cuidados y atenciones superiores o más específicas que las del hombre medio”<sup>17</sup>.

Dado que el nivel de diligencia que se le exige a los administradores es elevado, la doctrina española ha establecido que, para la consecución del objeto social, ellos gozan de un marco de actuación exento de responsabilidad, el cual recibe el nombre de discrecionalidad empresarial.

De acuerdo con la autora española Eva María Martínez Gallego, ese concepto implica “que el administrador actúa con la diligencia de un ordenado empresario (“duty of care”) cuando sus decisiones estratégicas y de negocios se ajustan a los siguientes requisitos: a) adopción de la decisión con información suficiente y con arreglo a un procedimiento adecuado y; b) actuación de buena fe y sin interés personal en el asunto objeto de decisión. Cumplidas estas condiciones, el juez no puede enjuiciar el mayor o menor acierto de la decisión tomada por el administrador a efectos de determinar su responsabilidad (“business judgment rule”). Con ello se asienta el principio general de que los administradores sociales sólo responden cuando, en la toma de decisiones empresariales, hayan sido negligentes”<sup>18</sup>. Debido a lo anterior, si los administradores han cumplido con todas sus obligaciones pero, a pesar de ello, cometieron errores o asumieron iniciativas excesivamente riesgosas o efectuaron operaciones o negocios poco convenientes para la socie-

15 Estos deberes ya cuentan con un asidero legal claro y vigoroso en el artículo 189 párrafo segundo del Código de Comercio, el cual fue reformado por el artículo 1 de la Ley de protección al inversionista minoritario, Ley número 9392 de 24 de agosto de 2016.

16 Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio de 1992, páginas 37 a 38.

17 *Ibidem.*, página 38.

18 Martínez Gallego, Eva María. Responsabilidad mercantil. Obligaciones del administrador. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, página número 34, número al margen 211.

dad, no hay responsabilidad<sup>19</sup>.

El otro deber que le asiste al administrador es el deber de lealtad. Esto significa que el administrador debe actuar con buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

El deber de lealtad se materializa en una serie de obligaciones genéricas tales como<sup>20</sup>:

a) Ejercitar sus facultades conforme a los fines para los que le han sido concedidas;

b) Guardar secreto sobre las informaciones a que ha tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso tras su cese, salvo en los casos en que la ley permita o requiera su divulgación;

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos en los que él, o una persona vinculada, tenga un conflicto de intereses, excluyendo aquellos que le afectan en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración (en estos casos, el administrador sí puede participar en la votación);

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal, con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros y;

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

19 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio de 1992, página 35.

20 Guillamón Ruiz, Moisés. Responsabilidad mercantil. Acciones derivadas de la infracción de los deberes del administrador. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, página número 77, número al margen 509.

De tales obligaciones generales, particular importancia tiene el conflicto de intereses<sup>21</sup>. Según la doctrina española, la obligación de prohibición de conflicto de interés del administrador social se traduce en las siguientes prohibiciones concretas<sup>22</sup>:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad;

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas;

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, para fines privados;

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad;

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía y;

21 Según el jurista costarricense Gastón Certad Maroto, "el conflicto de intereses afecta el poder de representación orgánica del administrador; se presenta como un impedimento para el normal desarrollo de la relación representativa. Quien actúa en conflicto de intereses queda privado del ejercicio del poder representativo por incompatibilidad con el fin por el que le ha sido conferido. De ello nace un peligro de daño para el representado, a causa de este ejercicio ilegítimo, peligro que no se determina en relación con las consecuencias patrimoniales del acto por sí mismo, sino con referencia a la ilegitimidad del ejercicio del poder". Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima III. Poderes de gestión y poderes de representación. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, página 28. La definición del conflicto de interés se encuentra en el numeral 2 del Reglamento al artículo 3 de la Ley Protección al Inversionista minoritario No. 9392 del 24 de agosto de 2016. Ese reglamento corresponde al Decreto Ejecutivo número 40406 de 9 de mayo de 2017.

22 *Ibidem.*, página 77, número al margen 510.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad (prohibición de competencia).

En Costa Rica, "el administrador que, en una determinada operación, tenga, por cuenta propia o ajena, un interés en conflicto con el interés social, debe denunciarlo así a los restantes administradores y abstenerse de participar en aquellos acuerdos del consejo que, directa o indirectamente, tengan que ver con dicha operación. En el caso de inobservancia, el administrador responde personalmente de las pérdidas que se deriven para la sociedad de la ejecución de tal operación; además, el acuerdo del consejo, siempre que pueda causar un daño a la sociedad, puede, dentro de un determinado plazo, generalmente corto, ser impugnado judicialmente, siempre que, sin el voto del administrador que debía abstenerse, no se hubiera podido alcanzar la mayoría necesaria. Tenemos entonces, por un lado, una sanción directa al administrador que actúe no obstante el conflicto, consistente en el hecho de tener que asumir las pérdidas generadas por el negocio concluido y, por el otro, la posibilidad de impugnar el acuerdo del consejo por parte de los administradores ausentes o disidentes, siempre que se den dos supuestos inderogables, que responden al principio general de la "conservación del negocio jurídico": que el acuerdo pueda perjudicar a la sociedad y que el voto del administrador en conflicto haya sido esencial para alcanzar la mayoría necesaria"<sup>23</sup>.

23 Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima III. Poderes de gestión y poderes de representación. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, página 28. Antes de la entrada en vigor del artículo 1 de la Ley Protección al inversionista minoritario número 9392 de 24 de agosto de 2016, el mismo autor decía que "Inexplicablemente, nuestro código sólo contempló el conflicto de intereses para el fiscal o fiscales (art. 200) y no para la Junta Directiva, ni para la asamblea de accionistas". *Ibidem.*, página 28. Para solucionar tal vacío normativo, Certad Maroto propuso aplicar analógicamente el artículo 200 del Código de Comercio y sus reformas "al administrador que, encontrándose en conflicto, no se abstiene de actuar (...). Esta solución nos lleva a concluir que no sólo el

El segundo requisito necesario para el ejercicio de la acción social de responsabilidad es la producción de un daño al patrimonio de la sociedad.

La jurisprudencia costarricense conceptualiza el daño como el resultado derivado de la comparación entre la situación del patrimonio del damnificado, después del acaecimiento del hecho dañoso y la situación patrimonial, que habría tenido, si el hecho generador del daño no hubiera sucedido<sup>24</sup>. De este modo, sin decirlo expresamente, se avala la llamada "teoría de la diferencia" (en alemán: "Differenzhypothese", que es una de las teorías que, en la doctrina del Derecho de Daños, se ha propuesto para explicar qué es el daño<sup>25</sup>.

El daño, para que tenga el atributo de "daño resarcible", debe tener las siguientes características: a) Debe ser cierto, real y efectivo. Es necesario aclarar que no debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto, pero futuro; b) Debe mediar una lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de tutela, por parte del Ordenamiento Jurídico; c) Debe poder serle imputable al deudor de la obligación (en la responsabilidad civil contractual) o al agente causante del daño (en la responsabilidad civil extracontractual); d) Debe tratarse de un daño subsistente, es decir, que no hubiese sido reparado por la persona que lo causó o bien por un tercero (por ejemplo, el asegurador) y; e) Debe existir una relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo causó<sup>26</sup>.

El tercer requisito de la acción social de res-

administrador quedaría obligado a resarcirle a la sociedad los daños y perjuicios ocasionados con su maldada actitud sino, además, la sociedad podría impugnar aquellos negocios ejecutados por sus administradores en conflicto de intereses". *Ibidem.*, página 29.

24 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 590-F de 18 de agosto de 2000.

25 Mehrings, Jos. Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts. München, Vahlen Verlag, 3. Auflage, Seite 435.

26 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 139 de las 14:15 horas del 16 de octubre de 1992.

ponsabilidad es el actuar culposo o doloso del administrador.

De acuerdo con Certad Maroto, "la confirmación de que la responsabilidad de los administradores es una responsabilidad por culpa emerge: a) de la expresa referencia en el párrafo primero del artículo 189 a la diligencia como criterio de responsabilidad, pues el legislador ha unido la responsabilidad no al hecho de que los administradores no hayan objetivamente cumplido sus obligaciones, sino que las hayan cumplido "con diligencia"; b) del penúltimo párrafo del artículo 189, el cual le permite al administrador eximirse de responsabilidad si prueba que estaba inmune de culpa; c) de la circunstancia de que, si los administradores tienen la obligación fundamental de administrar con diligencia y esta diligencia se pone, indudablemente, como criterio de responsabilidad, no sería coherente que, refiriéndose a las obligaciones especificadas por la ley o el pacto social, los administradores tuviesen una responsabilidad objetiva"<sup>27</sup>.

Con base en lo anterior, para que surja la responsabilidad del administrador es necesario que haya actuado con dolo o culpa y corresponde a la sociedad probar alguno de esos criterios de imputación de la responsabilidad civil subjetiva, salvo que la acción u omisión consista en una obligación concreta y específica consagrada en la ley o en el pacto constitutivo o en los estatutos, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba: en tal caso, bastará con que la sociedad alegue que la acción u omisión es culposa y le corresponderá al administrador demostrar la ausencia de culpa o de dolo, para poder liberarse de responsabilidad<sup>28</sup>. De esta manera, cuando al administrador social se le imputa el incumplimiento de alguna obligación que forma

parte de sus deberes de diligencia y lealtad, la sociedad tiene la carga de la prueba en relación con el comportamiento culposo o doloso del administrador social<sup>29</sup>, es decir, no opera ninguna inversión de la carga de la prueba en cabeza del administrador social.

Finalmente, el cuarto requisito constitutivo de la acción social de responsabilidad es la necesaria existencia de nexo de causalidad entre el comportamiento del administrador y el daño causado a la sociedad.

### **c. Legitimación activa.**

La legitimación activa para la interposición de la acción social de responsabilidad le corresponde a la sociedad.

Para tal fin, es necesario que la asamblea general de accionistas se reúna y adopte el acuerdo respectivo y también tendrá que designar a la persona que ejercerá la acción social de responsabilidad. (artículo 192 del Código de Comercio y sus reformas)<sup>30</sup>.

Como acertadamente lo ha expuesto el autor Certad Maroto, el requisito probatorio que establece esa norma jurídica normalmente dificulta mucho el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores porque éstos "están generalmente ligados, de múltiples maneras, a la mayoría de la asamblea que los ha nombrado, la que frecuentemente no es ajena a sus violaciones y que, por ende, no intentará actuar en

<sup>27</sup> En contra de esta opinión se manifiesta Certad Maroto, quien afirma que "para probar el incumplimiento de una obligación de diligencia consideramos necesario y suficiente rendir prueba de una conducta objetivamente negligente; no nos parece, de conformidad con la disciplina vigente, que se deba demostrar también la culpabilidad del comportamiento". Al respecto Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio de 1992, página 34.

<sup>30</sup> Contra esta norma jurídica fue planteada una acción de inconstitucionalidad, la cual fue declarada sin lugar, mediante voto número 1207-98 de las 15:54 horas del 24 de febrero de 1998 de la Sala Constitucional. Según el Tribunal Constitucional, el hecho de que, con ocasión de la aplicación de esa norma, se dé prevalencia a la voluntad de la mayoría por encima de la voluntad de la minoría, no constituye afectación alguna al principio de igualdad.

<sup>27</sup> Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio de 1992, página 46.

<sup>28</sup> Martínez Gallego, Eva María. Responsabilidad mercantil. Obligaciones del administrador. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, año 2019, página número 43, números al margen 274 y 275.

responsabilidad contra sus propios administradores. Es ilusorio pensar que la mayoría, que escoge, nombra, sostiene y, en algunos casos, se identifica con los administradores, pueda realmente ser el medio a través del cual se puedan evitar y reprimir los ilícitos cometidos por los administradores y se pueda eficazmente asegurar una gestión correcta y diligente; al contrario, frecuentemente los administradores son el instrumento de que se vale la mayoría para cometer abusos en perjuicio de una minoría<sup>31</sup>.

Para evitar esos abusos, en países como España se les reconoce y confiere, a los socios y acreedores sociales, legitimación activa subsidiaria<sup>32</sup> para que puedan ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores sociales.

Dicha legitimación surge cuando la acción social de responsabilidad no es ejercida por la sociedad, por alguna de las siguientes causas:

- a) Cuando los administradores no convocan la junta general, pese a haber sido solicitada por algún socio;
- b) Convocada y celebrada la Junta, ésta no toma ninguna decisión o decide no ejercer la acción y;
- c) Acordado el ejercicio de la acción por la Junta, la misma no se ejercita en el plazo de

31 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). En: Revista Judicial número 57, setiembre 1992, página 14.

32 Martínez Gallego, Eva María. Responsabilidad mercantil. Obligaciones del administrador. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, páginas número 38 y 41, números al margen 255 y 261. De acuerdo con los autores Ricardo Juan Sánchez y Manuel Ortells Ramos, los supuestos de hecho previstos en los numerales 239 y 240 de la Ley de Sociedades de capital española no corresponden a ejemplos de sustitución procesal, sino a casos especiales de legitimación activa, porque el legitimado no pretende para sí, sino para la persona jurídica. Al respecto ver Juan Sánchez, Ricardo y Ortells Ramos, Manuel. La legitimación. En: Ortells Ramos, Manuel (Coordinador). Derecho Procesal Civil. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 18. edición, año 2019, página 125.

un mes desde la adopción del acuerdo.

De esta manera, con carácter subsidiario a la sociedad, el artículo 239 de la Ley de Sociedades de capital española concede legitimación activa para el ejercicio de la acción social al socio o socios que posean, individual o conjuntamente, una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, es decir, socios con al menos el cinco por ciento del capital social.

Por su parte, el numeral 240 de la Ley de Sociedades de capital española le confiere legitimación activa subsidiaria, a los acreedores sociales, para ejercer la acción social de responsabilidad, siempre y cuando se verifiquen los siguientes requisitos:

- a) Que no haya sido previamente ejercida por la sociedad o los socios y;
- b) Que demuestren la insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de sus créditos.

Otro factor que frustra la adopción del acuerdo de la asamblea general de accionistas, previsto en el numeral 192 del Código de Comercio y sus reformas lo es que, de conformidad con el numeral 163 de ese mismo cuerpo normativo, la decisión sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad debe incluirse, obligatoriamente, en el orden del día, lo cual da margen, a los administradores sociales, para preparar debidamente su defensa y para pedir y fraguar el apoyo de los socios que los respaldan y lograr así que no se alcance la mayoría suficiente y necesaria para obtener, en la asamblea mencionada, el acuerdo afirmativo para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad no conlleva, necesariamente, la revocación automática de los administradores sociales, salvo que la asamblea disponga lo contrario, en cuyo caso deberá proceder a nombrar los sustitutos respectivos.

#### **d. Legitimación pasiva.**

La acción social de responsabilidad debe dirigirse contra los administradores sociales que hubiesen incumplido, culposa o dolosamente, las obligaciones establecidas en la ley o en el pacto constitutivo o en los estatutos o hubiesen transgredido sus deberes de diligencia y de lealtad y ello se hubiese materializado en un daño en el patrimonio de la sociedad.

La asamblea general de accionistas puede tomar la decisión de ejercer la acción social de responsabilidad solamente contra algunos (no todos) de sus administradores sociales, quienes son responsables solidarios frente a la sociedad.

#### **e. Exoneración de responsabilidad.**

Dado que la responsabilidad civil de los administradores sociales es una responsabilidad civil de tipo subjetivo, ellos pueden exonerarse de responsabilidad si logran demostrar alguno de los supuestos de hecho que tienen la virtud de romper el nexo causal, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero<sup>33</sup>.

Adicionalmente, como ya se explicó *ut supra*, los administradores sociales pueden invocar y probar que actuaron en ejercicio de la discrecionalidad empresarial.

Los artículos 189 y 191 del Código de Comercio y sus reformas establecen, respectivamente, otros supuestos de exoneración y de extinción de la responsabilidad civil de los administradores sociales, que se exponen a continuación.

El primer numeral antes mencionado contiene una serie de supuestos específicos de exoneración de responsabilidad civil de los

<sup>33</sup> En el mismo sentido aquí indicado ver Parra Lucán, María Ángeles. Responsabilidad civil de administradores de sociedades. En: Busto Lago, José Manuel y Reglero Campos, Luis Fernando (Coordinadores). Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 5. edición, año 2014, páginas 844 a 846.

administradores.

En primer lugar, el párrafo primero del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas establece, como regla general, que todos los administradores son solidariamente responsables frente a la sociedad, pero contiene una excepción, cual es que, si se tratase de obligaciones específicas de uno o varios consejeros, entonces solamente éste o éstos serán los responsables frente a la sociedad y no aquéllos que no tenían a su cargo el cumplimiento de dichas obligaciones específicas.

Ejemplo de lo anterior es la delegación de funciones que puede hacer la Junta Directiva (si el pacto constitutivo así lo permite) en alguno de sus miembros (comité ejecutivo) o en uno solo o varios de ellos (consejero o consejeros delegados). Así, de acuerdo con Certad Maroto, “la delegación excluye la responsabilidad solidaria de los consejeros delegantes por la inobservancia de los deberes relativos al ejercicio de las atribuciones delegadas (doctrina del párrafo primero del art. 189). En consecuencia, aparte de la responsabilidad —que evidentemente permanece— respecto a las funciones no delegadas, los delegantes responden sólo por la falta de vigilancia sobre el andamio general de la gestión delegada y por no haber hecho lo posible para impedir el cumplimiento de actos u omisiones perjudiciales”<sup>34</sup>.

En segundo lugar, el párrafo segundo de esta disposición legal<sup>35</sup> no contiene ningún supuesto de exoneración de responsabilidad civil de los administradores sociales, sino que lo que realmente contempla es la atribución, a dichos administradores, de los siguientes

<sup>34</sup> Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, página 167.

<sup>35</sup> El actual párrafo segundo del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas no existía en la versión original, es decir, en la versión normativa existente antes de la entrada en vigor de la Ley de protección al inversionista minoritario, Ley número 9392 de 24 de agosto de 2016. El artículo 1 de esa ley especial tuvo la virtud de agregar el texto que, actualmente, es el párrafo segundo del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas.

deberes en el ejercicio de sus funciones: el deber de diligencia, el deber de lealtad y el deber de actuar en el mejor interés de la empresa (teniendo en cuenta, para ello, el interés de la sociedad y de los accionistas). La inobservancia de esos deberes se convierte en el hecho generador de responsabilidad civil solidaria frente a la sociedad.

En tercer lugar, el párrafo tercero de esa misma norma legal impone una responsabilidad civil solidaria, en cabeza de los administradores, por no haber vigilado la marcha general de la gestión o por sí, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no hubieran hecho lo posible por impedir su realización o para eliminar o atenuar sus consecuencias.

Ejemplo de lo anterior sería el caso en el cual, a lo interno de un consejo de administración, hubiese uno o alguno de ellos que pudiese verse afectado por una prohibición de competencia o concurrencia. Al respecto, Certad Maroto explica que “los demás administradores (o sea, aquellos que no están afectados o inmersos en la prohibición de competencia o concurrencia) o alguno o algunos de ellos pueden resultar responsables si se demuestra cuál es el incumplimiento en que incurrieron (por lo general se tratará de la violación de los deberes de vigilancia e intervención ejemplo art. 189, por no haberse dado cuenta del incumplimiento de los demás administradores o por no haber hecho lo posible por impedirlo o eliminar o atenuar sus dañinas consecuencias); pero no obstante tratarse de una obligación distinta (art. 189) respecto a lo violado por los administradores en situación de competencia, el daño es solidariamente resarcible por todos los administradores, porque cuando varios sujetos, aunque con hechos y medidas diversas y aunque violando obligaciones distintas, han concurrido a determinar un único evento dañino, ellos responden, cada uno por la totalidad, es decir, en sólido con los otros copartícipes”<sup>36</sup>

36 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio 1992, página 47.

En cuarto lugar, el párrafo cuarto del artículo 189 del Código de Comercio contiene otra causal de exoneración de responsabilidad civil de los administradores, la cual consiste en que éstos no serán responsables cuando hayan ejecutado acuerdos de la asamblea de accionistas y en la medida en que dichos acuerdos se caractericen por (i) no ser notoriamente ilegales o (ii) no ser contrarios a normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad. Llama la atención la gran similitud que existe entre esta norma jurídica y la dispuesta en el numeral 191 inciso c) del Código de Comercio y sus reformas. La única diferencia parece estar en que ésta última norma se refiere solamente a acuerdos de la asamblea general que no fueran notoriamente ilegales, mientras que el artículo 189 párrafo tercero del Código de Comercio lo amplía a los acuerdos contrarios a normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad. Sin embargo, en el fondo el efecto jurídico, que persiguen ambas normas, es el mismo.

La doctrina societaria costarricense no ha analizado por qué razón no le asiste, a los administradores sociales, ninguna responsabilidad en la hipótesis prevista por el artículo 189 párrafo cuarto del Código de Comercio y sus reformas. Nuestro criterio es que ello es así debido a que esa norma jurídica establece, implícitamente, una causa de justificación, a saber, el cumplimiento de la ley o el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 25 del Código Penal). En efecto, como así se expuso en los albores de este trabajo, forma parte del contenido de la función administrativa, asignada por ley a los consejeros, la ejecución de los acuerdos adoptados por los socios en las respectivas asambleas, de modo entonces que los administradores, al llevar a cabo esa labor, se limitan a dar cumplimiento a uno de los deberes ínsitos en la función administrativa que les corresponde<sup>37</sup>.

37 El autor Certad Maroto expresa que “administrar la sociedad significa ser titulares de un “droit-fonction” (poder-deber), porque administrar no es únicamente ejercer un poder, sino también y sobre todo cumplir un deber”. Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio 1992, página 43.

En quinto lugar, el párrafo quinto del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas establece dos causales de exoneración de responsabilidad civil, que son las siguientes: a) Por un lado, en beneficio del administrador o administradores que, no siendo culpables del incumplimiento de los deberes que les impone la ley y los estatutos, hubiese hecho anotar, por escrito, sin retardo, un disentimiento<sup>38</sup> y hubiese dado inmediata noticia de ello, también por escrito, al fiscal y; b) Por otro lado, si el consejero hubiera estado ausente en el acto de deliberación del acuerdo del Consejo de Administración.

En sexto y último lugar, el párrafo sexto del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas estatuye que los consejeros y demás administradores serán solidariamente responsables, conjuntamente con sus inmediatos antecesores, por las irregularidades en que éstos hubieran incurrido en una gestión, si en el momento de conocerlas no las denuncia por escrito al fiscal.

Esta norma parece ser una reiteración de lo dispuesto en su párrafo tercero. La lógica del mandato jurídico es que, si los nuevos administradores conocen las irregularidades de sus inmediatos antecesores y no las denuncian por escrito al fiscal de la sociedad, entonces se convierten en cómplices culpables de los ilícitos societarios y deben por ello responder solidariamente de los daños causados a la sociedad. Solamente se podrán exonerar de responsabilidad si denuncian por escrito, al órgano de vigilancia de la sociedad, las irregularidades que pudieron haber cometido los inmediatos anteriores administradores sociales.

Finalmente, el artículo 191 del Código de Comercio y sus reformas contempla un elenco taxativo de supuestos de hecho que tienen

38 Este disentimiento y sus formalidades se asemeja a las excepciones que los artículos 108 y 109 de la Ley General de la Administración Pública establecen al deber de obediencia del funcionario público frente a las órdenes que le imparte su superior jerárquico. Al respecto puede consultarse Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 290-F de las 13:30 horas del 12 de mayo de 2005.

la virtud de producir la extinción de la responsabilidad civil de los administradores frente a la sociedad.

La sociedad bien podría renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad, siempre y cuando así lo acuerde la mayoría de la asamblea general de accionistas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 191 inciso b) del Código de Comercio y sus reformas.

Según Certad Maroto, el hecho de que se verifique el supuesto fáctico previsto por el artículo 191 inciso c) del Código de Comercio y sus reformas, ciertamente exonera de responsabilidad a los administradores frente a la sociedad, "pero no ante los acreedores sociales, ni mucho menos frente a los socios o terceros"<sup>39</sup>.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad le corresponde a la persona que designe, por acuerdo de mayoría, la asamblea general de accionistas. (artículo 192 del Código de Comercio y sus reformas).

## **f. Prescripción.**

La acción social de responsabilidad cuenta con el plazo prescriptivo de 1 año, de conformidad con el artículo 984 inciso a) del Código de Comercio y sus reformas.

Contrario a la opinión de algunos<sup>40</sup>, se trata de un plazo de prescripción, no de caducidad, porque el término de la caducidad es rígido, mientras que el término de la prescripción es susceptible de reproducirse indefinidamente mediante la interrupción y puede ampliarse mediante la suspensión<sup>41</sup>. El artículo 976 inci-

39 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). En: Revista Judicial número 57, setiembre 1992, página 18.

40 Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, página 165.

41 Al respecto ver Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. San José, Litografía e Imprenta LIL, 2. edición, año 1991, páginas 205 y 206 y Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 43 de las 14:40 horas del 28 de mayo de 1997.

so f) del Código de Comercio establece que es causal de suspensión de la prescripción el hecho de que los administradores estén ejerciendo los cargos, de modo entonces que es posible concluir que el plazo |, previsto por el numeral 984 inciso a) del Código de Comercio, es un plazo de prescripción y no de caducidad.

En relación con el día inicial del cómputo (dies a quo) del plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad, es menester indicar que, al tratarse de una acción expresamente regulada por el Código de Comercio y sus reformas, le resultaría aplicable lo dispuesto en el numeral 969 de ese cuerpo normativo, de manera tal que el punto de partida sería el día en que tal derecho pudo hacerse valer.

Sin embargo, lo que allí establece la ley no es nada claro y se presta para diversas interpretaciones. Por ejemplo, en Costa Rica, el autor Certad Maroto consideraba que el dies a quo del plazo de prescripción previsto en el numeral 984 inciso a) del Código de Comercio y sus reformas era el momento en el cual se causaba el daño a la sociedad<sup>42</sup>. Por el contrario, en España se debatía en torno a si el punto de partida era el cese del administrador (con base en el artículo 949 del Código de Comercio español) o desde el momento en que la acción social de responsabilidad pudo haber sido ejercida, conforme lo prescribe el artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de capital española<sup>43</sup>.

Con base en la opinión del autor español Manuel Jesús Marín López<sup>44</sup>, nosotros considera-

42 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). En: Revista Judicial número 57, setiembre 1992, página 17.

43 Al respecto ver García-Villarrubia Bernabé, Manuel. Responsabilidad de administradores de sociedades. En: Soler Presas, Ana y Del Olmo García, Pedro (Coordinadores). Practicum Daños 2019. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, año 2019, página 558.

44 Marín López, Manuel Jesús. La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: Influencia del Derecho alemán y efectos en el Derecho español. En: Revista CESCO de Derecho de Consumo, número 42/2022, ISSN 2254-2582, página 159. En sentido similar ver Blanco García-Lomas,

mos que el dies a quo del plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad es el día en el cual concurren los siguientes requisitos:

a) Que concurren o se verifiquen todos los requisitos de la acción social de responsabilidad, expuestos en el punto número 2 del capítulo segundo de este trabajo;

b) Que la sociedad tenga conocimiento efectivo o bien, debiera haber conocido, si hubiese actuado diligentemente, de los requisitos de la acción social de responsabilidad y;

c) Que la sociedad tenga la posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión, esto es, que no concorra alguna circunstancia (verbi gratia, un evento constitutivo de fuerza mayor) que le impidiese reclamar.

### **Capítulo III: La acción individual de responsabilidad.**

#### **a. Concepto y finalidad.**

La acción individual de responsabilidad es aquella que se dirige a la reparación de los daños directos causados por los administradores en el patrimonio de los socios y terceros. En consecuencia, la compensación o indemnización que se pueda obtener a resultas de la acción individual ingresará directamente en el patrimonio de esos socios o terceros<sup>45</sup>.

No está regulada en el Código de Comercio de Costa Rica, pero algún sector de la doctrina costarricense<sup>46</sup> considera que se trata

Leandro. Acción individual. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, año 2019, página número 53, número al margen 353.

45 García-Villarrubia Bernabé, Manuel. Responsabilidad de administradores de sociedades. En: Soler Presas, Ana y Del Olmo García, Pedro (Coordinadores). Practicum Daños 2019. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, año 2019, página 570.

46 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). En: Revista

de una acción de responsabilidad civil contractual, que puede sustentarse en los artículos 702, 703 y 704 del Código Civil, con base en el artículo 2 del Código de Comercio.

No consideramos que se trate de una responsabilidad civil contractual, pues entre los administradores sociales (legitimados pasivos) y los socios o terceros (legitimados activos) no existe ninguna relación contractual.

Al no estar expresamente regulada por el Código de Comercio y sus reformas, consideramos que, con base en lo dispuesto en el artículo 2 de ese mismo cuerpo normativo, la acción individual de responsabilidad ejercida por socios o terceros (como lo podrían ser, ad exemplum, los acreedores de la sociedad) podría basarse en el numeral 1045 del Código Civil<sup>47</sup>.

## **b. Requisitos constitutivos.**

Es necesario que concurren los siguientes requisitos:

a) Comportamiento activo u omisivo de los administradores consistente en la transgresión de deberes legales o de la escritura constitutiva o de los estatutos o de sus deberes inherentes al cargo (deberes de diligencia y de lealtad).

b) La producción de un daño.

c) Culpa o dolo.

d) Nexo de causalidad entre el comportamiento del administrador y el daño causado a la sociedad.

Con la excepción que se dirá más adelante, son aplicables, a los requisitos antes mencionados, las explicaciones que se dieron en el punto número 2 del capítulo segundo de

---

Judicial número 57, setiembre 1992, páginas 19 y 23.

47 De acuerdo con el autor Gastón Certad Maroto, "es opinión mayoritaria en la jurisprudencia y doctrina italianas, que la responsabilidad de los administradores frente a socios y terceros tiene naturaleza extracontractual". *Ibidem.*, página 23.

este trabajo.

Sin embargo, la diferencia esencial entre la acción social y la acción individual de responsabilidad yace en el requisito de la producción del daño.

En efecto, mientras que en la acción social de responsabilidad el daño repercute o incide en el patrimonio de la sociedad, en la acción individual de responsabilidad debe tratarse de un daño directo en el patrimonio de los socios y de los terceros<sup>48</sup>.

La clave está en definir qué debe entenderse por daño directo en el patrimonio de los socios y de los terceros<sup>49</sup>. Según la doctrina española, en el caso de los socios, "En términos generales, pueden calificarse como daños directos a los socios los derivados de la ilícita intromisión del administrador en las relaciones societarias del socio con la compañía. Son hipótesis de privación de la condición de socio o de infracción de derechos de participación y económicos de los socios, que tienen como efecto una lesión directa del socio en su condición de tal, bien por provocarle un quebranto económico, bien por disminuir el valor de su participación en el capital de la sociedad. Se han identificado como comportamientos de este tipo el impedimento del ejercicio del derecho de voto, el desconocimiento del derecho de suscrip-

---

48 En el mismo sentido ver Hernández Aguilar, Alvaro. Nuevas propuestas sobre la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas. En: *Revista Iustitia*, año 18, número 213-214, setiembre-octubre de 2004, página 25.

49 En la doctrina española, el daño indirecto al socio no es susceptible de reparación mediante el ejercicio de la acción individual de responsabilidad. Un ejemplo de daño indirecto al socio (también llamado reflejo o secundario) es, por ejemplo, la disminución del patrimonio social. "La disminución del patrimonio social genera la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede determinar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida. En tal caso, la conducta ilícita del administrador produce un daño indirecto al socio (también llamado reflejo o secundario), pero no un daño directo. Ese daño indirecto no es susceptible de reparación mediante el ejercicio de la acción individual". García-Villarrubia Bernabé, Manuel. *Responsabilidad de administradores de sociedades*. En: *Soler Presas, Ana y Del Olmo García, Pedro (Coordinadores). Practicum Daños 2019*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, año 2019, página 571.

ción preferente, la amortización indebida de acciones o la negativa del administrador a realizar el pago de un dividendo acordado en junta general<sup>50</sup>.

Por su parte, en el caso de daños directos a los terceros (especialmente a los acreedores de la sociedad), sobresalen hipótesis tales como las siguientes<sup>51</sup>:

a) Daños extracontractuales causados por los administradores por omisión de los deberes generales de seguridad y protección frente a terceros ajenos a la sociedad;

b) El suministro de informaciones falsas o incorrectas durante el periodo de formación de una relación contractual o el de ocultación de información relevante que, de haberse proporcionado, hubiera sido decisiva para la concertación del negocio jurídico.

### **c. Legitimación activa.**

La legitimación activa la tiene el socio o el tercero que resultaran directamente afectados por la conducta culposa o dolosa del administrador.

### **d. Legitimación pasiva.**

La legitimación pasiva recae sobre el administrador societario autor del daño directo en perjuicio del socio o del tercero.

### **e. Exoneración de responsabilidad.**

Dado que la responsabilidad civil de los administradores sociales es una responsabilidad civil de tipo subjetivo, ellos pueden exonerarse de responsabilidad si logran demostrar alguno de los supuestos de hecho que tienen la virtud de romper el nexo causal, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero<sup>52</sup>.

50 *Ibidem.*, página 571.

51 *Ibidem.*, páginas 572 y 573.

52 En el mismo sentido aquí indicado ver Parra Lucán, María Ángeles. Responsabilidad civil de administradores de sociedades. En: Busto Lago, José Manuel y Reglero Campos, Luis Fernando (Coordinadores). Tratado de responsa-

Adicionalmente, como ya se explicó *ut supra*, los administradores sociales pueden invocar y probar que actuaron en ejercicio de la discrecionalidad empresarial.

Con base en el artículo 1046 del Código Civil, la responsabilidad de los administradores causantes de los daños a los socios o a los terceros es de tipo solidario, salvo que alguno o algunos de ellos demostraran que no actuaron culposa o dolosamente.

### **f. Prescripción.**

Dado que el Código de Comercio y sus reformas no regula, en lo absoluto, la acción individual de responsabilidad por parte de socios y de terceros, somos del criterio de que, al estar basada en el numeral 1045 del Código Civil<sup>53</sup>, el régimen jurídico de la prescripción aplicable es el que disponen los numerales 865 y siguientes de dicho cuerpo normativo.

De este modo, consideramos que el plazo de prescripción aplicable sería el de 10 años, previsto en el artículo 868 párrafo primero, oración primera, del Código Civil, si bien es respetable también la posición jurídica de quienes consideran que el plazo de prescripción debería ser el de 4 años, previsto por el Código de Comercio y sus reformas, por tratarse de una acción de responsabilidad civil que surge con ocasión de daños causados en el marco de sociedades mercantiles.

Ahora bien, tomando en cuenta que hemos aceptado la doctrina del daño directo en el

bilidad civil. Tomo II. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 5. edición, año 2014, páginas 844 a 846.

53 Compartimos el criterio jurídico del autor español, Ángel Carrasco Perera, para quien "la acción individual no es propiamente societaria, sino una pretensión de daños de derecho civil (TS 6-9-13), por lo que, a su juicio, las reglas de prescripción quedarían fijadas, en su caso, por la normativa autonómica (y en este sentido el artículo 121.21.d del Código Civil de Cataluña fija en tres años el ejercicio de las acciones de responsabilidad)". Al respecto ver Blanco García-Lomas, Leandro. Acción individual. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, página número 53, número al margen 351.

patrimonio del socio o del tercero, como criterio distintivo entre la acción social y la acción individual de responsabilidad y en vista de que tal tipo de daño es, según lo expuesto en el punto 2 del capítulo tercero de este trabajo, más fácilmente constatable, somos del criterio de que el inicio del plazo de prescripción de la acción individual de responsabilidad sería, de conformidad con el numeral 874 del Código Civil, aquél en el cual se hubiera generado el daño directo en el patrimonio del socio o del tercero.

#### **Capítulo IV: Otros regímenes jurídicos de responsabilidad patrimonial de los administradores sociales.**

##### **a. Acción de responsabilidad por deudas sociales.**

Cuando se verifica alguno de los supuestos de hecho que establece el numeral 201 del Código de Comercio, es decir, aquéllos que dan lugar a la disolución de la sociedad mercantil, los administradores tienen la obligación de llevar a cabo una serie de acciones tendentes a lograr dicha disolución y, con ello, entrar de lleno al posterior proceso de liquidación de la sociedad.

El incumplimiento de esas acciones, por parte de los administradores, es lo que da lugar al ejercicio de la llamada acción de responsabilidad por deudas sociales, cuyo principal efecto jurídico es convertir a los administradores en responsables solidarios de las obligaciones sociales surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad.

Como lo explica el autor español Manuel García-Villarrubia Bernabé, “El incumplimiento de los deberes específicos de los administradores a que se acaba de hacer referencia tiene consecuencias de gran relevancia para dichos administradores. Según el artículo 367.1 LSC, responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación

de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se ha constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución”<sup>54</sup>.

El Código de Comercio y sus reformas no establece, de una manera clara y sistemática, este tipo de responsabilidad patrimonial que puede corresponderles a los administradores sociales.

Sin embargo, consideramos que el fundamento jurídico de esa responsabilidad patrimonial se encuentra en los artículos 189 párrafos primero y tercero y 208 del Código de Comercio y sus reformas.

En el marco de este régimen jurídico de responsabilidad, los hechos generadores de responsabilidad patrimonial de los administradores son: a) el incumplimiento del deber convocar a asamblea de socios para discutir y decidir sobre la disolución de la sociedad, por la concurrencia de la causa legal que le da sustento y; b) la omisión de presentar, ante el Juez competente, formal solicitud de disolución judicial de la sociedad, en caso de que el acuerdo de la asamblea de socios hubiese sido contrario a la disolución de la sociedad o dicho acuerdo no hubiera podido conseguirse por cualquier otro motivo distinto<sup>55</sup>.

Sobre la naturaleza jurídica de dicha acción de responsabilidad por deudas sociales, la doctrina española indica que “Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de este singu-

<sup>54</sup> García-Villarrubia Bernabé, Manuel. Responsabilidad de administradores de sociedades. En: Soler Presas, Ana y Del Olmo García, Pedro (Coordinadores). Practicum Daños 2019. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, año 2019, página 579.

<sup>55</sup> Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, Sección Primera. Sentencia número 601/2019 de 8 de noviembre de 2019 (ROJ: STS 3526/2019),

lar régimen de responsabilidad. Se ha hablado de si podía considerarse un supuesto de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva, o de responsabilidad-sanción. Con mayor propiedad podría hablarse de una responsabilidad formal ex lege, con un régimen propio y específico que se aparta de la tradicional responsabilidad por daños<sup>56</sup>. En el Derecho de sociedades español, “El Tribunal Supremo, tras una primera etapa que defendía la naturaleza extracontractual y culpabilística de la acción de la LSC art. 367, ha superado esa posición y defiende que la mentada acción es una acción de responsabilidad por deuda ajena ex lege<sup>57</sup>”.

Según el profesor español, Alberto Díaz Moreno, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil<sup>58</sup>, ha indicado, en cuanto a la acción de responsabilidad del administrador por deudas sociales, lo siguiente:

1) El artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) constituye a los administradores en garantes personales y solidarios de las obligaciones de la sociedad posteriores a la fecha de concurrencia de la causal de disolución;

2) El plazo de prescripción de la acción para exigir esta responsabilidad no puede ser el del artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que se refiere exclusivamente a la acción social y a la acción individual de responsabilidad y no juega en relación con la acción de responsabilidad por deudas sociales prevista en el referido artículo 367 de

<sup>56</sup> Ibídem., página 579.

<sup>57</sup> Blanco García-Lomas, Leandro. Responsabilidad por deudas. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, página número 61, número al margen 410. Recientemente, sobre la acción de responsabilidad del administrador por deudas sociales pueden consultarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil: Sentencia número 1512/2023 de 31 de octubre de 2023, 217/2024 de 20 de febrero de 2024 y 275/2024 de 27 de febrero de 2024.

<sup>58</sup> Las sentencias están identificadas en la nota de pie de página número 57 de este trabajo.

dicha ley; de hecho, desde el punto de vista sistemático, el primer precepto está incluido en el capítulo V (“La responsabilidad de los administradores”) del título VI (“La administración de la sociedad”) de la Ley de Sociedades de Capital, mientras que el artículo 367 se ubica en el Capítulo I (“La disolución”), sección 2 (“Disolución por constatación de causal legal o estatutaria”) del título X (“Disolución y liquidación”) de esa misma ley.

3) Las acciones de responsabilidad individual y social tienen una naturaleza diferente a la de la acción de responsabilidad por deudas, puesto que las dos primeras son típicas acciones de daños, mientras que la última es una acción de responsabilidad legal por deuda ajena con presupuestos propios.

4) Con posterioridad a la ley 31/2014 de 3 de diciembre, el artículo 949 del Código de Comercio (C. Com.) sólo resulta aplicable a las sociedades personalísimas reguladas en dicho cuerpo legal.

En consecuencia:

a) La acción de responsabilidad por deudas sociales del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital tendrá el mismo plazo de prescripción que la obligación garantizada cuyo cumplimiento se reclama (la deuda social) según la naturaleza de ésta (por tanto, según se trate de obligación contractual, dimanante de responsabilidad civil extracontractual, etc.);

b) La relación entre el administrador responsable y la sociedad deudora es de solidaridad “propia” por su origen legal, de manera que juegan frente al administrador las causas de interrupción previstas en el artículo 1973 del Código Civil (CC) en los mismos términos previstos en el artículo 1974 del mismo cuerpo legal (aunque, sobre este extremo, véanse las observaciones formuladas más adelante en relación con la aplicación de la normativa mercantil) y;

c) el día a quo del plazo de prescripción de

la acción contra el administrador será el mismo que el de la acción contra la sociedad deudora<sup>59</sup>.

En cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de esta acción, la posee aquel acreedor de la sociedad, cuyo derecho de crédito hubiese nacido con posterioridad al acaecimiento de la causal de disolución.

Por su parte, la legitimación pasiva recae sobre quien ocupe el cargo de administrador en el momento en el que nace la obligación social objeto de reclamación judicial, siempre que este momento sea posterior al acaecimiento de la causa de disolución, pues el administrador solo responde, en virtud de este título, de las deudas posteriores.

Estrechamente relacionado con el tema que nos ocupa, el autor Certad Maroto consideraba lo siguiente: “Un análisis especial amerita la hipótesis del administrador que efectúa nuevas operaciones (no dirigidas, directa ni indirectamente a la liquidación) después de haberse producido la disolución de la sociedad (art. 208). Como es bien sabido, la disolución de la sociedad limita automáticamente la responsabilidad de los administradores, al verse restringida la personalidad jurídica de la sociedad, que sólo puede realizar válidamente actos tendentes a su propia liquidación (art. 209). Siendo ésta una limitación que se deriva de la ley, en estricto rigor normativo, la sociedad puede oponerles a los terceros dichas limitaciones al poder del administrador y, por lo tanto, negarse a responder de esas operaciones. Pero en la práctica es muy raro que la sociedad se niegue a responder: las causas legales de disolución (art. 201) —con excepción del plazo social, por razones obvias— están sujetas a publicación en el periódico oficial (art. 207) y a inscripción en el Registro Mercantil (art. 206 in fine); de modo que hasta que no se haya cumpli-

do con la publicidad prescrita en virtud de normas generales de publicidad registral, son inoponibles a terceros (salvo, claro está, el vencimiento del plazo social)”<sup>60</sup>.

En relación con el plazo de prescripción y el dies a quo del plazo prescriptivo, nos parece que, para el Derecho de Sociedades costarricense, resultaría aplicable lo dispuesto, para el caso español, por las recientes sentencias del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, números 1512/2023 de 31 de octubre de 2023, 217/2024 de 20 de febrero de 2024 y 275/2024 de 27 de febrero de 2024, así como los comentarios que, sobre tales sentencias, ha expresado el profesor español, Alberto Díaz Moreno<sup>61</sup>.

## **b. Responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos.**

El artículo 74.8 de la Ley Concursal de Costa Rica, ley número 9957 de 14 de abril de 2021, reformó varios artículos del Código Penal, que tienen relación directa con la materia concursal.

Concretamente, la Ley Concursal de Costa Rica reformó los siguientes artículos del Código Penal: a) artículo 238 (Concurso fraudulento); b) artículo 239 (Concurso culposo); c) artículo 240 (Responsabilidad de personeros legales) y; d) artículo 241 (Administración fraudulenta concursal).

De esos artículos del Código Penal, reformados por la Ley Concursal, tiene especial relevancia el numeral 240, por cuanto establece que se les puede imponer las penas previstas en los artículos 238 y 239 de ese mismo código, cuando se les impute los hechos tipifi-

<sup>59</sup> Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima. III. Poderes de gestión y poderes de representación. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, página 30. Según este mismo autor, “la disolución de la sociedad origina una incapacidad o carencia de legitimación de la sociedad al cumplimiento de operaciones que nada tengan que ver, directa ni indirectamente, con su liquidación, como consecuencia de una mutación en el objeto social que se proyecta al poder representativo de los administradores”. *Ibidem.*, nota de pie de página número 31, página 30.

<sup>61</sup> Díaz Moreno, Alberto. *supra* nota número 58.

<sup>59</sup> Díaz Moreno, Alberto. De nuevo sobre el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del administrador por deudas sociales (y un apunte para mercantilistas). En: [https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2024/03/Plazo\\_prescripcion\\_376LSC.pdf](https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2024/03/Plazo_prescripcion_376LSC.pdf)

cados en esas normas penales, a los representantes legales, apoderados generales o generalísimos de las personas concursadas, los directores, administradores, gerentes, apoderados o liquidadores de las personas jurídicas.

El tipo objetivo del artículo 238 del Código Penal dice lo siguiente: “Concurso fraudulento. Artículo 238- Se impondrá prisión de dos a seis años e inhabilitación de tres a diez años para el ejercicio del comercio o de las actividades productivas que realiza, a la persona deudora declarada en concurso judicial que, en fraude de sus acreedores o causando perjuicio a la masa concursal o a los derechos de ellos, haya incurrido en alguno de los hechos siguientes: 1) Simular deudas, enajenaciones, gastos, pérdidas o créditos; 2) Sustraer u ocultar bienes que correspondan a la masa o no justificar su salida o su enajenación; 3) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor; 4) Haber sustraído, destruido o falsificado, en todo o en parte, los libros u otros documentos contables, o los haya llevado de modo que se haga imposible la reconstrucción del patrimonio o el movimiento de los negocios, cuando tenga obligación de llevarlos”.

Por su parte, el numeral 239 del Código Penal dispone lo siguiente: “Concurso culposo. Artículo 239. Se impondrá prisión de seis meses a dos años, e inhabilitación de uno a cinco años para ejercer el comercio o las actividades productivas que realiza, a la persona declarada en concurso judicial que, por sus gastos excesivos en relación con el capital, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o actividades productivas, o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta, haya provocado su situación patrimonial general y no transitoria que le haya impedido satisfacer oportunamente sus obligaciones dinerarias, causando perjuicio a sus acreedores”.

Los administradores de sociedades mercantiles podrían tener que resarcir daños y perjuicios derivados de la comisión de esos de-

litos<sup>62</sup>, con base en los artículos 122 incisos 2) y 3), 135, 136 y 137 inciso 3) del Código Penal de 1941<sup>63</sup>, que son reglas vigentes sobre responsabilidad civil según Ley número 4891 del 8 de noviembre de 1971.

### **c. Responsabilidad por el pago de los tributos.**

Los administradores son responsables (en los términos en que así lo define el numeral 20 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley número 4755 de 3 de mayo de 1971) del pago de las obligaciones tributarias de las sociedades en las cuales se desempeñan (artículos 21 inciso b), 36 y 67 de esa misma ley especial. Se trata de una obligación solidaria. (artículo 16).

### **d. Responsabilidad civil derivada de la impugnación de actos y contratos.**

Otra manera en virtud de la cual puede surgir responsabilidad civil para los administradores es mediante la impugnación de actos o contratos que hubiera celebrado en contravención con su deber de lealtad.

En el Derecho de sociedades español, esta posibilidad tiene asidero jurídico en el artículo 232 de la Ley de Sociedades de capital de ese país.

El autor español, Moisés Guillamón Ruiz lo explica de la siguiente manera: “Aparte de la responsabilidad de exigir responsabilidad personal al administrador por los daños causados por su conducta desleal, se pueden impugnar los actos y contratos desleales celebrados por él, con el objeto de eliminar los mismos y, en su caso, los efectos que hayan podido producir. A tal fin, la LSC art. 232 contempla una acción de impugnación que tie-

62 Otros hechos punibles que pueden acarrearle responsabilidad civil ex delicto a los administradores sociales son la estafa (artículo 216 del Código Penal), la administración fraudulenta (artículo 222 del Código Penal) y la apropiación y retención indebidas (artículo 223 del Código Penal).

63 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 492-F-93 de las 11:00 horas del 31 de agosto de 1993.

ne por objeto: a. Tratándose de actos del administrador (p. e., el uso personal que hace de un bien de la sociedad), se puede solicitar el cese del acto y, en su caso, la remoción de sus efectos; b. Tratándose de un contrato (p. e., el administrador compra un activo social, en condiciones ventajosas para él y perjudiciales para la sociedad), se puede pedir su anulación, con la consiguiente restitución de prestaciones, conforme al C.C. art. 1303. En todo caso, deben respetarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe, lo que sucedería si el administrador vende a un tercero un activo que previamente compró a la sociedad, desconociendo dicho tercero el proceder desleal del administrador”<sup>64</sup>.

La legitimación activa para el ejercicio de esta acción la tiene la sociedad.

La nulidad del contrato celebrado por el administrador en contraposición con el deber de lealtad se fundamentaría en que el negocio jurídico, celebrado en esas condiciones, tendría una causa ilícita, con lo cual el contrato sería absolutamente nulo<sup>65</sup> y junto con los efectos retroactivos y restitutorios, que trae consigo la nulidad absoluta del contrato, también podría surgir el efecto resarcitorio, es decir, el deber de pagar daños y perjuicios causados por el contrato absolutamente nulo.

## **Capítulo V: Excursus: La responsabilidad patrimonial de los gerentes y sub gerentes en la sociedad de responsabilidad limitada.**

Brevemente haremos algunos comentarios en relación con las normas del Código de Comercio, relacionadas con la responsabilidad patrimonial de los gerentes y sub gerentes,

64 Guillamón Ruiz, Moisés. Acciones derivadas de la infracción de los deberes del administrador. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, página número 82, número al margen 545.

65 Ibidem., página 84, número al margen 550. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sentencia de 8 de abril de 2013.

tes, en la sociedad de responsabilidad limitada.

El numeral 89 de ese cuerpo normativo establece que las sociedades de responsabilidad limitada serán administradas por uno o varios gerentes o sub gerentes, los cuales pueden ser socios o personas ajenas a la sociedad.

Luego, el artículo 90 del Código de Comercio y sus reformas establece ciertas manifestaciones concretas del deber de lealtad, que están obligados a observar los gerentes o sub gerentes. En la medida en que todos los socios les hayan dado autorización expresa, a los gerentes y sub gerentes, para realizar las acciones mencionadas en esa norma jurídica, éstos pueden seguir ejerciendo sus cargos y no son responsables de los daños y perjuicios<sup>66</sup>. Por el contrario, si los gerentes y sub gerentes llevan a cabo esas acciones sin autorización expresa de todos los socios, pierden inmediatamente sus cargos y serán responsables de los daños y perjuicios derivados de las acciones indicadas en esa disposición legal.

Pareciera que lo dispuesto en el numeral 90 del Código de Comercio y sus reformas hace referencia a una acción social de responsabilidad<sup>67</sup>. Ante lo lacónico que es la regulación jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada, nos parece que sí son aplicables, vía analogía (artículo 2 del Código de Comercio y 12 del Código Civil), a la acción social de responsabilidad contra gerentes y

66 En cuanto a la llamada dispensa del deber de lealtad, el autor Moisés Guillamón Ruiz expresa lo siguiente: “El régimen relativo al deber de lealtad, así como la responsabilidad por su infracción es de carácter imperativo, por lo que no son válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. No obstante, en casos singulares, el administrador o persona vinculada al mismo, puede ser dispensado de su deber de lealtad, previo acuerdo de la junta general o en su caso del órgano de administración. Estos casos se refieren a: a) la realización de una determinada transacción con la sociedad; b) el uso de ciertos activos sociales; c) el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio o; d) la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero”. Ibidem., página 77, número al margen 511.

67 En igual sentido ver Certad Maroto, Gastón. La sociedad de responsabilidad limitada. San José, Imprenta Lil S. A., año 1996, página 131.

sub gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, lo dispuesto en los numerales 189, 191 y 192 del Código de Comercio.

El artículo 92 del Código de Comercio hace alusión a una especie de acción individual de responsabilidad, prevista en beneficio de terceros, quienes, normalmente, podrían ser los acreedores de la sociedad mercantil. Por la amplitud que muestra la norma, podría decirse que se parece mucho a lo dispuesto, para las sociedades anónimas, en el numeral 189 párrafo segundo del Código de Comercio y sus reformas<sup>68</sup>.

Para finalizar, tomando en cuenta la gran cantidad de deberes jurídicos que pesan sobre los administradores sociales y para hacer frente a demandas que podrían plantearse en contra de ellos, por presuntos incumplimientos de esas obligaciones, es que nacen los seguros de responsabilidad civil para directivos, también conocidos como seguros D&O, por sus siglas en idioma inglés, *directors & officers*<sup>69</sup>.

Estos seguros no sólo asumen la responsabilidad económica objeto de condena, sino también los gastos de defensa jurídica, constitución de fianzas que pudieran resultar impuestas, multas, gastos de defensa en el caso de responsabilidad penal de la sociedad, pago de créditos concursales en caso de concurso en el que se declara la culpabilidad del administrador o el directivo, pago de deudas tributarias respecto de las que el directivo haya resultado declarado responsable subsidiario, garantía de retribuciones en caso de inhabilitación profesional, etc.

## CONCLUSIONES

Después del desarrollo de este trabajo, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

68 Hay que recordar que el párrafo segundo del artículo 189 del Código de Comercio fue incorporado o agregado en virtud del artículo 1 de la Ley de protección al inversionista minoritario, Ley número 9392 de 24 de agosto de 2016.

69 Para obtener más información sobre este importante tema puede consultarse a Roncero Sánchez, Antonio. El seguro de responsabilidad civil de los administradores. En: Revista InDret, Revista para el análisis del Derecho, número 1/2005, páginas 1 a 39.

1. La función administrativa que ejercen los administradores de la sociedad mercantil es de vital importancia para el debido cumplimiento del objeto social, dado que, en términos amplios, dicha función abarca las labores deliberativa, ejecutiva y representativa.

2. El nuevo párrafo segundo del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas —el cual fue agregado por imperio del artículo 1 de la Ley de protección al inversionista minoritario, Ley 9392 de 24 de agosto de 2016— produjo la introducción, con rango legal, en el campo del Derecho de Sociedades costarricense, de la atribución, a los administradores sociales, de los siguientes deberes en el ejercicio de sus funciones: el deber de diligencia, el deber de lealtad y el deber de actuar en el mejor interés de la empresa (teniendo en cuenta, para ello, el interés de la sociedad y de los accionistas). La inobservancia de esos deberes se convierte en el hecho generador de responsabilidad civil solidaria de los administradores sociales frente a la sociedad.

3. El Código de Comercio y sus reformas no contiene una disciplina ordenada, completa y detallada sobre las condiciones y requisitos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad ni para el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas sociales.

4. A pesar de que el Código de Comercio y sus reformas regula, de manera lacónica, la llamada acción social de responsabilidad, lo cierto del caso es que el artículo 192 de ese mismo cuerpo normativo se ha erigido en un serio obstáculo para su real y efectivo ejercicio, el cual se agrava por el hecho de que la ley mercantil carece de la atribución legal, a los socios y acreedores sociales, de la legitimación activa subsidiaria, tal y como, *verbi gratia*, lo contemplan los numerales 239 y 240 de la Ley de Sociedades de capital española.

5. La ausencia de regulación legal de la acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales en el articulado del

Código de Comercio y sus reformas, conspira contra la existencia de un régimen propio, unitario y específico de acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades mercantiles.

6. Lo indicado en la conclusión anterior queda en evidencia con la acción individual de responsabilidad civil contra los administradores sociales, dado que, al tener que acudir, para su ejercicio, a las reglas de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, con base en el artículo 2 del Código de Comercio y 1045 y siguientes del Código Civil, dicha acción pierde, de cierta manera, su pertenencia al campo del Derecho de Sociedades y se convierte, en lo esencial, en una acción propia y característica del Derecho de Daños, perteneciente al campo de la responsabilidad civil que regula el Código Civil y sus reformas.

7. La dificultad para cumplir con el requisito previsto en el numeral 192 del Código de Comercio y sus reformas y la ausencia legal de la legitimación activa subsidiaria en cabeza de cierto grupo de socios o de acreedores sociales, puede causar que la acción social de responsabilidad sea inoperante y que socios y acreedores prefieran ejercer la acción individual de responsabilidad, la cual gozaría de ventajas adicionales, tales como un plazo de prescripción negativa más extenso para su ejercicio.

8. El Código de Comercio y sus reformas no establece, de una manera clara y sistemática, la llamada acción de responsabilidad por deudas sociales. Sin embargo, consideramos que el fundamento jurídico de esa responsabilidad patrimonial se encuentra en los artículos 189 párrafos primero y tercero y 208 del Código de comercio y sus reformas.

9. La responsabilidad patrimonial de los administradores es un asunto jurídico transversal, que impacta en determinadas ramas del Ordenamiento Jurídico, tales como el Derecho Concursal, el Derecho Penal, el Derecho Contractual y el Derecho Tributario.

10. En lo que se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada, pareciera que lo dispuesto en el artículo 90 del Código de Comercio y sus reformas hace referencia a una acción social de responsabilidad. Ante lo lacónico que es la regulación jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada, nos parece que sí son aplicables, vía analogía (artículo 2 del Código de Comercio y 12 del Código Civil), a la acción social de responsabilidad contra gerentes y sub gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, lo dispuesto en los numerales 189, 191 y 192 del Código de Comercio.

11. El artículo 92 del Código de Comercio hace alusión a una especie de acción individual de responsabilidad civil, prevista en beneficio de terceros, quienes, normalmente, podrían ser los acreedores de la sociedad mercantil. Por la amplitud que muestra la norma, podría decirse que se parece mucho a lo dispuesto, para las sociedades anónimas, en el numeral 189 párrafo segundo del Código de Comercio y sus reformas.

12. Debido a la gran cantidad de deberes jurídicos que pesan sobre los administradores sociales y para hacer frente a demandas que podrían plantearse en contra de ellos, por presuntos incumplimientos de esas obligaciones, es que nacen los seguros de responsabilidad civil para directivos, también conocidos como seguros D&O, por sus siglas en idioma inglés, directors & officers.

## Referencias Bibliográficas.

### I. LIBROS

Busto Lago, José Manuel y Reglero Campos, Luis Fernando (Coordinadores). Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 5. Edición, año 2014, 2144 páginas.

Certad Maroto, Gastón. La sociedad de responsabilidad limitada. San José, Imprenta Lil S. A., 1996, 187 páginas.

Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Madrid, Ediciones Francis & Taylor, año 2019, 265 páginas.

Mehring, Jos. Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts. München, Vahlen Verlag, 3. Auflage, 2015, 739 Seiten.

Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. San José, Litografía e Imprenta LIL S. A., 2. Edición, año 1991, 501 páginas.

Ortells Ramos, Manuel (Coordinador). Derecho Procesal Civil. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 18. Edición, año 2019, 855 páginas.

Soler Presas, Ana y Del Olmo García, Pedro (Coordinadores). Practicum Daños 2019. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, año 2019, 812 páginas.

## II. ARTÍCULOS DE REVISTAS JURÍDICAS.

Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. San José, Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, páginas 143-171.

Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima II. Génesis y conclusión de la relación de administración. Retribución de los administradores. San José, Revista de Ciencias Jurídicas número 70, año 1991, páginas 107-142.

Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima III. Poderes de gestión y poderes de representación. San José, Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, páginas 9-36.

Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). San José, Revista Judicial número 56, año XVII, junio 1992, páginas 31-53.

Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). San José, Revista Judicial número 57, año XVII, setiembre 1992, páginas 13-24.

Díaz Moreno, Alberto. De nuevo sobre el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del administrador por deudas sociales (y un apunte para mercantilistas). En: [https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2024/03/Plazo\\_prescripcion\\_376L-SC.pdf](https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2024/03/Plazo_prescripcion_376L-SC.pdf)

Hernández Aguilar, Alvaro. Nuevas propuestas sobre la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas. En: Revista Iustitia número 213-214, año 18, setiembre-octubre 2004, páginas 12-37.

Marín López, Manuel Jesús. La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios: Influencia del Derecho alemán y efectos en el Derecho español. En: Revista CESCO de Derecho de consumo, número 42/2022, ISSN 2254-2582.

Roncero Sánchez, Antonio. El seguro de responsabilidad civil de los administradores. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, número 1/2005, páginas 1-39.

## III. RESOLUCIONES JUDICIALES.

Sala Constitucional. Sentencia número 1207-98 de las 15:54 horas del 24 de febrero de 1998.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 20-F de las 15:35 horas del 12 de enero de 2000.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 12-88 de las 16:00 horas del 11 de marzo de 1988.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 879-F de las 8:20 horas del 14 de marzo de 2007.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 590-F de 18 de agosto de 2000. de 2024.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 139 de las 14:15 horas del 16 de octubre de 1992.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 290-F de las 13:30 horas del 12 de mayo de 2005.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 43 de las 14:40 horas del 28 de mayo de 1997.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 308-F de las 9:00 horas del 23 de junio de 1996.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1384 de las 9:21 horas del 21 de noviembre de 2008.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 492-F de las 11:00 horas del 31 de agosto de 1993.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto número 66 de las 15:10 horas del 26 de febrero de 2010.

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. Sección primera. Sentencia número 601/2019 de 8 de noviembre de 2019 (ROJ: STS: 35261/2019).

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. Sentencia de 8 de abril de 2013.

Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil. Sentencia número 1512/2023 de 31 de octubre de 2023.

Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil. Sentencia número 217/2024 de 20 de febrero de 2024

Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil. Sentencia número 275/2024 de 27 de febrero

# COMPARACIÓN ÉTICA ABOGADIL - ÉTICA NOTARIAL.

## COMPARISON OF LAWYER ETHICS - NOTARIAL ETHICS.

### II PARTE.

**Nota de la editora: Por la extensión de este artículo se ha dividido en dos partes sólo para efectos de la publicación, siendo que el formato de revista requiere de otros autores y artículos, para evitar que se convierta en una monografía. A continuación, la segunda parte.**

## DR. ALBAN BONILLA SANDÍ

- Licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica.
- Doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho.
- 43 años de docencia universitaria (UNA-UCR-UELD) en los campos de la Filosofía de la Educación, Filosofía del Derecho, Realidad Nacional, Ética Profesional (en diferentes campos profesionales), Derecho de Familia y Teoría General del Derecho, entre otras.
  - Catedrático de la Universidad Nacional y de la Escuela libre de Derecho.
- Ha sido Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNA, Presidente de Carrera Académica de la UNA, Presidente y Secretario Ejecutivo del Consejo de Facultades Humanísticas de Centroamérica, Director Académico del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Director Ejecutivo de la Unidad de Rectores de Universidades Privadas de Costa Rica (UNIRE), Director Ejecutivo del Sistema de Acreditación de Carreras Universitarias Privadas (SUPRICORI) y Coordinador de la Comisión de Ética del Consejo Superior Notarial.



# COMPARACIÓN ÉTICA ABOGADIL - ÉTICA NOTARIAL.

## COMPARISON OF LAWYER ETHICS - NOTARIAL ETHICS.

### Resumen:

Este trabajo es un estudio comparativo, desde la perspectiva deontológica, entre dos profesiones: la abogacía y el notariado público. Se hace un contrapunto entre ambas, se señalan las diferencias y cómo éstas pueden entrar en colisión. Finalmente se concluye que es conveniente separarlas, como sucede en otros sistemas en donde resulta incompatible ser abogado y notario.

### Abstract:

This work is a comparative study, from a deontological perspective, between two professions: the legal profession and the public notary. A counterpoint is made between the two, the differences are pointed out and how they can collide. Finally, it is concluded that it is convenient to separate them, as happens in other systems where it is incompatible to be a lawyer and a notary.

### Palabras clave.

Imparcialidad-parcialidad. Fe pública. Comparecientes-rogantes- Obligación de resultados- obligación de medios- Dirección Nacional de Notariado-Juzgado Notarial-Fiscalía Colegio Abogados.

### Keywords.

Impartiality-partiality. Public faith. Appearing - supplicants - Obligation of results - obligation of means - National Directorate of Notaries - Notarial Court - Prosecutor's Office College of Lawyers.

### Sumario.

- II. Comparación deontológica entre notarios y abogados.
- n. Función preventiva
- o. Sede voluntaria.
- p. Papel en los contratos.
- q. Prohibiciones e incompatibilidades.
- r. Rogantes, otorgantes, comparecientes, no clientes.
- s. El notario actúa con ambas partes.
- t. Naturaleza autorizativa y legitimadora.
- u. El notario cartula, no aboga.
- v. Función rogada.
- w. Motiva negativa.
- x. No por salario.
- y. Oficina abierta al público.
- z. Notariado: Obligación de resultados. Abogacía: obligación de medios.
  - 1. Pacto de "cuota litis".
  - 2. Garantía patrimonial.
  - 3. Control disciplinario.
  - 4. La prescripción disciplinaria.
  - 5. Vigencia de las sanciones e inhabilitaciones.
  - 6. El efecto inhabilitante de las condenas penales.
- III. Cuadro comparativo.
- Bibliografía..

### n. Función preventiva.

En este aspecto el notario está llamado a cumplir una **función preventiva, justicia reguladora** (Véase el artículo 134 inciso a-c Código Notarial), de hecho, se conoce su labor como magistratura preventiva y autores como Rodríguez Agradados la llama "jurisprudencia cautelar" (RODRÍGUEZ ABRADOS, 1981), De Castro "**jurisprudencia notarial**",

Larraud “**asistencia preventiva**”, Vallet “**profilaxis jurídica**”<sup>1</sup>, BHÜRMAN (1971) lo llama “... el **notario o escribano** es el ‘**Magistrado de la paz jurídica**’”.

El juez, el fiscal, el defensor público, el abogado intervienen en la “post facto”. El notario anticipa el conflicto y su misión es prevenirlo. “La diferencia más importante entre el notario y los demás profesionales del Derecho se encuentra en este punto: la función notarial va dirigida preferentemente al futuro, configura y predetermina derechos, conductas futuras, anuncia, predice y garantiza acontecimientos futuros” (FIGA FAURA, s.f.). Es una diferencia de la oportunidad de la intervención.

El notario confecciona y autoriza el instrumento para prevenir el conflicto, no para crearlo. Esta es una función que prevalece a lo largo de toda su intervención, desde el requerimiento hasta la inscripción, y desaparece cuando los tribunales intervienen. (RODRÍGUEZ ADRADOS, 1981):

Este entendimiento de la labor asesora del notario como jurisprudencia cautelar viene determinado por el momento de su inserción en el **íter** formativo el instrumento público: El notario asiste al nacimiento del sinalagma genético, y en este nacimiento actúa de catalizador, y por eso el juicio del notario, a diferencia del juicio del juez, es prospectivo y no retrospectivo, es un juicio jurídico a **priori**... respecto a la regulación negocial de los intereses privados en constitución, en una palabra, tratándose de hechos humanos, y especialmente de declaraciones negociales, el notario actúa en la zona de los hechos, **antes de que ocurran**, y por tanto puede y debe sugerir y aconsejar para evitar peligros o hacer ver consecuencias de los actos.

Negocios privados que se quedan en la esfera privada, sin trascender a los tribunales, evitan y precaven el conflicto, privilegia la

voluntad negocial sobre el divorcio de voluntades.

No sucede lo mismo con el abogado que suele intervenir en la fase conflictiva, cuando las partes no se han puesto de acuerdo; es decir, interviene en la **fase “curativa”**, para requerir a la judicatura que realice la **“fase restitutiva”**.

La actuación moral del notario lo obliga a un actuar “...con apego a normas que le permitan mantenerse imparcialmente equidistante de las partes y le impriman, por tanto, a aquellos actos y contratos, legalidad y equidad, a fin de hacer prevalecer el principio al que está llamado el notario en nuestro tiempo: realizar la justicia preventiva” (SAENZ JUÁREZ, 1984). Hoy se ha diversificado el concepto de justicia, y por eso hablamos de justicia restaurativa, de justicia preventiva, curativa, retributiva, alternativa, etc. Cada forma de justicia corresponde con alguna función. Al notario le compete, por definición, la justicia preventiva que ni el juez, ni el abogado, ni el conciliador ni ningún otro funcionario despliegan con tanta propiedad. Es su especificidad funcional. Por eso el Derecho Notarial es Derecho cautelar<sup>2</sup>, pues cumple una función preventiva que el Estado delega en el notario para dar seguridad jurídica y eficacia al tráfico privado. Es un derecho precautorio, pues busca adelantarse y prevenir y precaver los riesgos que la incertidumbre jurídica pudiera acarrear a sus otorgantes. LARRUD (1966) apunta que “...la función notarial tiene carácter preventivo, y tiende a lograr la inobjetablez de los derechos privados, haciendo ciertas las relaciones y situaciones subjetivas concretas que de ellas derivan”. Si el derecho cumple dos fines esenciales: seguridad jurídica y justicia, en la labor preventiva del notario se conjugan ambos fines.

El abogado concilia o confronta (35-22 Códici-

<sup>1</sup> Así citados por RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Op. Cit, Pág. 1406

<sup>2</sup> El derecho cautelar implica “... la acción depuradora sustantiva, la acción antiligtigiosa o de economía procesal” (GARRIDO CERDA, Emilio. Funciones públicas y sociales del notariado. En: XXI Congreso Internacional de Notariado Latino, Berlín, 1995. Gráficas Minaya, Guadalajara, 1995, Pág. 19)

go de Moral), el Código de Moral recomienda las soluciones extraprocesales (22 Código de Moral), pero no inhibe las contenciosas; en cambio el notario no puede participar en asuntos contenciosos. A pesar de que con la ley de Resolución Alternativa de Conflictos se ha ido introduciendo en el país la cultura de la conciliación, mediación y arbitraje como instrumentos de paz social, la ley la aplican los abogados, notarios, jueces, mediadores y conciliadores certificados, sin desnaturalizar, por ello, sus funciones. Tan es así que cuando la "solución alternativa" no funciona, el notario no puede intervenir, mientras que el juez y el abogado sí, pues el notario no puede intervenir donde hay contención, y prueba de ello es que cuando un asunto se tramita en sede voluntaria (competencia material notarial, artículo 129 Código Notarial), ésta cesa cuando surge contención y hay oposición (artículo 134 Código Notarial). La doctrina nacional se ha pronunciado en el mismo sentido "La fe pública Notarial tiene su esfera de acción en las relaciones jurídicas privadas extrajudiciales, lo que hace que el Notario sea un magistrado de la paz, que se desempeña en la justicia preventiva" (MORA VARGAS, 1999). Justicia preventiva en la esfera privada, pues el notario solo interviene en asuntos privados, aunque una de las partes sea el Estado<sup>3</sup>.

El notario participa donde hay acuerdo, trata de poner a las partes de acuerdo cuando surja alguna desavenencia en el negocio, y que se quedan en sede notarial, precisamente, cuando hay acuerdo o se requiere evitar el conflicto. En estos casos el notario no debe tener una actitud pasiva, de esperar la restauración o mantenimiento de la paz de forma espontánea. "La fe pública notarial es preventiva, ya que las partes acuden al notario antes que se presente conflicto entre

ellos, precisamente para evitarlos y no tener que acudir a los tribunales a comprobar los hechos y derechos que les interesan. Es así que el documento notarial por estar impregnado de la fe pública hace plena prueba por sí, por eso la fe pública notarial existe por la necesidad de probar la existencia de ciertos hechos o actos jurídicos" (CASTILLO PRADO, 1987). La seguridad jurídica es fuente de armonía social, y el notario está llamado a implementarla. Peisino (1998) sostiene que "La tarea del notario es evitar el pleito posterior y el riesgo de las encontradas interpretaciones judiciales en base a una adecuada instrumentación". Su deber es armonizar a las partes, y si no lo logra, al menos debe tratar que el conflicto no se profundice, su tarea es evitar que los asuntos lleguen a los tribunales. Como todo derecho cautelar, la función notarial tiene tres propósitos: a) que toda relación jurídico-privada nazca sin daño ilícito para los terceros. Es un amparo preventivo para preservar los intereses de terceros que se encuentren en riesgo (suplir, reconstituir y atribuir títulos formales); b) que las relaciones sean firmes entre las partes. De esta manera la función asume la exclusividad extrajudicial, sirve para corroborar la correcta formación de la voluntad negocial (control de identidad subjetiva, presupuestos del negocio, libertad de la voluntad, capacidad, libertad de decisión y legitimación. El notario debe controlar la legalidad, todos los tipos de ineficacia, nulidades absolutas y relativas, anulabilidades y rescindibilidades, actos fraudulentos (con respecto a la ley y a terceros) c) y la promoción del equilibrio contractual. Esta función fijadora no es meramente pasiva. Esta función incide en el ámbito social (confianza general de la estabilidad de las relaciones jurídicas privadas) y d) que las relaciones sean efectivas frente a terceros. Esta función tiene que ver con la publicidad negocial.

Permite privar a los terceros de su legitimidad para impugnar el negocio y oponer, frente a terceros, la parte sustantiva del negocio.

PELOSI (1980) lo dice de la siguiente manera:

3 Cuando le pregunté a la Licda. Gladis Herrera Raven, Notaria Pública del Estado, Procuraduría General de la República, en entrevista concedida el 15 de noviembre del 2004: ¿Participa el Estado en la esfera privada? Respondió: "Privada entre comillas, porque es el Estado con un particular, pero haciendo un negocio privado", pues el estado tiene capacidad privada de acuerdo al artículo 1º de la LGAP 15 de noviembre del 2004

“El notario cumple así una función preventiva, de profilaxis jurídica, y cuando está capacitado para cumplir su función y efectivamente la ejerce con plena conciencia de su trascendencia y sentido de responsabilidad, confirma cotidianamente la frase feliz de don Joaquín Costa: Notaría abierta, juzgado cerrado.”. CARNELLUTTI (1954) lo expresa de otra forma: “Cuanto más notario, menos juez; cuanto más consejo del notario, cuanta más cultura del notario, cuanta más conciencia del notario, tanta menos posibilidad de litis”.

#### **o. Sede voluntaria.**

El notario solamente actúa en sede voluntaria, ya sea que cartule o ejerza la competencia material que, aunque sustituye al juez, lo hace únicamente cuando las partes están de acuerdo (artículo 129 del Código Notarial y no hay menores ni personas en salvaguardia) pues, al aparecer la oposición, desaparece la competencia notarial (artículo 134 inciso b. Código Notarial). La función notarial es un poder-deber que otorga el Estado para la administración de la justicia cautelar, preventiva, y da relevancia a ciertos actos jurídicos, por medio de la fe pública, en sede de jurisdicción voluntaria no judicial. Esta función se realiza por medio del documento (elemento objetivo) que el notario autoriza (elemento subjetivo). También es justicia cautelar la celebración de capitulaciones matrimoniales, la constitución de patrimonio familiar, el matrimonio y a partir del 1 de octubre del 2024 en virtud de la entrada en vigencia de nuevo Código Procesal de Familia, podrán tramitar divorcios por mutuo consentimiento e inscribirlos directamente en el Registro Civil, sin necesidad de homologación judicial, pero solo en caso de que la pareja no tenga menores y no tengan bienes a su nombre.

El conflicto es extraño a la naturaleza de la función notarial. La competencia se puede determinar por exclusión o por inclusión. Las materias litigiosas, las que revisten potestades de imperio están excluidas de la competencia notarial. Están incluidas las materias

de los artículos 34 y 129 del Código Notarial. Hay que entender que esta competencia es “númerus clausus”, lo que no está permitido en el artículo 129 Código Notarial no lo puede hacer el notario, pues tratándose de transferencia de competencia de sede judicial a privada, ésta debe ser taxativa. Según MARTÍNEZ SEGOVIA quedan fuera de la competencia material de los notarios los siguientes actos: “1) Actos Administrativo o legislativo (interés de la comunidad); 2) acto judicial (interés jurídico de los individuos con voluntades divergentes); 3) tareas fiscales o tributarias (interés jurídico de la comunidad)”<sup>4</sup>.

La competencia material de los notarios costarricenses, según el mencionado artículo 129, comprende las sucesiones testamentarias y “ab intestado”, las adopciones, las delimitaciones de derechos indivisos, las informaciones “ad perpetuam”, las divisiones de cosas comunes, la distribución de precio, deslindes, amojonamientos y consignaciones de pago. “... el objeto material de la función notarial es el interés jurídico de los individuos: En el sector de las relaciones jurídicas voluntarias comprende los actos y negocios jurídicos patrimoniales de esos individuos; en el sector extrapatrimonial del derecho de familia, el matrimonio como acto constitutivo de estado; en el sector de los hechos jurídicos, el presenciamiento y la fijación de las manifestaciones unilaterales consideradas como hechos y, además, los hechos humanos involuntarios o los naturales, comprendiendo entre éstos los extrapatrimoniales del nacimiento y muerte del individuo. Ese objeto se extiende a los actos entre vivos o por causa de muerte” (MARTÍNEZ SEGOVIA, 1989). Entonces a la competencia expresa indicada habría que agregar los matrimonios, divorcios y separaciones judiciales por mutuo acuerdo. Estos últimos requieren homologación judicial cuando hay menores y bienes de por medio, pero ese es un trámite que busca, más bien, auditar la actuación del notario, aunque, ciertamente, la constitución la hace el juez y no el notario.

4 MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. Op. Cit. Pág. 198.

Por lo anterior, el abogado se desenvuelve fundamentalmente en sede contenciosa, sin excluir la resolución alternativa de conflictos, y la posibilidad de recurrir supletoriamente a ésta (artículo 22 CÓDIGO DE MORAL), mientras el notario se desenvuelve solamente en sede voluntaria.

#### **p. Papel en los contratos.**

Una de las expresiones en las que mejor se manifiesta la diversa naturaleza de la función notarial y abogadil es en el papel que juega cada profesional en la formulación y asesoría contractual.

El notario está obligado a buscar el equilibrio entre contratantes (artículo 35 del Código Notarial); mientras el abogado, en las discusiones contractuales, está obligado a la exclusiva defensa de los intereses de su cliente (artículo 14 y 39 CÓDIGO DE MORAL), lo cual no incluye, desde luego, los medios ilegítimos (artículos 36-38-54-60-71 CÓDIGO DE MORAL) “El notario en su actuación, no ha de favorecer a una de las partes, a diferencia de otros profesionales del derecho que sí actúan salvaguardando sólo los intereses de sus clientes, como los abogados./// Muy por el contrario, es propio de su función y tiene el deber de asesorar a los contratantes con absoluta imparcialidad, y bregar dentro y conforme al ejercicio de su competencia, por una equitativa administración de derecho que le es posible ejercer a cada uno de los partícipes en un negocio jurídico” (PEISINO, 1998). Una de las funciones esenciales del notario es la asesoría jurídica, ésta ha de ofrecerse con imparcialidad, evitando que alguna parte obtenga ventajas indebidas. Esta asesoría forma parte del honorario, de modo que no se puede cobrar por aparte, excepto que los requirentes no hagan el negocio.

El abogado tiene patrocinado, sea en sede privada o en sede judicial. El notario no patrocina a nadie, pues, como se ha dicho, no es “notario de ...”, como sí es permisible llamar a alguien “abogado de ...”. Por eso

LARRUD (1966) considera que el notario es “...de las partes, y de ninguna en particular: preside las relaciones de los particulares y, su sitial equidista de los diversos interesados”.

La neutralidad del notario es activa, promotiva, configurativa, él no es un observador interesado de la voluntad de las partes. Las partes son las que van a asumir las consecuencias del negocio, sean éstas positivas o negativas, pero es el notario el autor responsable que instrumentalizará esas consecuencias. “Además el notario tiene función extremadamente importante en el campo de las relaciones legales entre los ciudadanos individuales. //// Mediante su actividad, configurada por el contrato, por un lado, y su estricta obligación de permanecer neutral por otro, el notariado facilita que se garantice la configuración de los contratos para los ciudadanos que acuden al Derecho de forma satisfactoria para las dos partes y que se formule y ejecute de tal modo que se tengan en cuenta los intereses de las dos partes” (OTT, 1998). Evidentemente se trata de intereses en algunos casos contrapuestos, la misión del notario es convertirlos en complementarios.

Estas diferencias operan en el momento en que se negocia un contrato. Tampoco debería permitir, el notario, que las partes simplemente lleguen con la minuta concluida, pues su deber de calificación lo obliga a realizar las prevenciones que considere oportunas en aras del equilibrio. Recordemos que el notario latino es responsable del contenido de las escrituras y no solo la firma de los contratantes, Así lo indican los Principios Deontológicos del Notariado Costarricense, ver el “29) Deber de modelación del acto notarial: por la naturaleza autorizante de su función, **el notario es responsable de la forma y contenido de los instrumentos**, por ello, debe asesorar a las partes para que sus voluntades se ajusten al bloque de juridicidad de modo que respondan a la equidad, lealtad y buena fe”<sup>5</sup> (subrayado propio).

<sup>5</sup> Aprobados por el Consejo Superior Notarial en sesión 002-2014 del 29 de enero del 2014

La imparcialidad alcanza a la asesoría. La autonomía privada y la libertad contractual priman sobre la configuración que el notario hace, pero el respeto a éstas tiene el límite de la autorización. Es decir, las partes deben operar a derecho, en su defecto, el notario, se excusará o simplemente denegará la autorización. Ciertamente el notario no es, normalmente, experto en temas económicos, constructivos o de naturaleza distinta a las materias jurídicas, por lo que en esas técnicas puede sugerir, pero no hacer de su opinión un elemento determinante. Sin embargo, debe pronunciarse sobre los presupuestos jurídicos de toda la negociación, este es un mínimo obligado.

Lo anterior significa que las partes eligen el consejo cuando eligen a un notario o a un abogado, pues en el primer caso los beneficiados serán los rogantes, en el otro ambos clientes.

#### **q. Prohibiciones e incompatibilidades.**

Con relación a las prohibiciones e incompatibilidades lo que interesa es verificar la relación que se puede establecer entre el régimen de prohibiciones e incompatibilidades de los notarios y de los abogados, orientadas a garantizar la imparcialidad de unos y la parcialidad de otros.

En razón del carácter imparcial del notariado y para garantizarlo, los notarios tienen un régimen de prohibiciones e incompatibilidades (artículo 7 del Código Notarial y conexos), del que carecen los abogados. Las prohibiciones e incompatibilidades están diseñadas para proteger la imparcialidad, en consecuencia, no alcanzan a los abogados.

“En la mayoría de los países que siguen el sistema de notariado latino —Argentina, México, España, etc.— este problema no se presenta porque no se permite el ejercicio de ambas profesiones concurrentemente; el profesional o es abogado o notario, nunca podrá ser ambos. Es claro que en Costa Rica se presenta en estos casos, un problema ético,

porque muchas veces el profesional actúa como abogado —parcial— en actos notariales en donde debe ser imparcial” (SANDÍ BALODANO, 2002). En el sistema costarricense, una de las causas de los problemas deontológicos, es la doble condición que suelen tener los notarios, que son abogados a la vez.

¿Qué es una incompatibilidad? Las incompatibilidades, impedimentos y prohibiciones son cautelas para la imparcialidad. “... la incompatibilidad es una regulación o tacha legal para ejercer una determinada función o cargo; mientras que la prohibición es una medida tendente a impedir el ejercicio de ciertos actos o actividades con finalidades diversas, como evitar un posible conflicto de intereses, favorecer la imparcialidad y la objetividad” (GARRIDO MELERO, 2004). Hay quienes han caracterizado al notario como un testigo profesional, lo cual no es del todo exacto, pero para efecto de este análisis, podrían atribuirse las cautelas que se aplican a los testigos instrumentales, peritos e intérpretes, que suelen ser las mismas para un conjunto de funcionarios públicos.

Como la función del notario es pública, aunque él no sea funcionario público, lo alcanzan ciertas incompatibilidades de éste como los impedimentos para que un funcionario público pueda ejercer más de dos cargos simultáneamente. No se relacionan con el agente, sino con la función, porque ponen en peligro la imparcialidad. No se trata de dudar de la imparcialidad del notario, sino de no ponerlo en situación que favorezca la parcialidad o hagan dudar de la imparcialidad.

No se habla solamente de funciones incompatibles también de “actividades incompatibles”. Estar vinculado a una cierta situación o realizar una determinada actividad, son incompatibles con el ejercicio del notariado. Por ejemplo, el pertenecer a una organización (persona jurídica) lo inhibe de actuar notarialmente en ella, por tener un interés directo. Tener un pariente en ciertos puestos, lo convierte en interesado (ver 7 inciso c.

Código Notarial). Este inciso enumera la lista de parientes a los que no puede autorizar actos o contratos. También menciona que, si esos parientes son directores, gerentes, administradores o representantes legales de la empresa, no puede darse la intervención notarial. Aunque el artículo 7 inciso c. Código Notarial no menciona expresamente que un notario está inhibido de actuar si tiene un pariente socio en una empresa, habría que entender que sí existe una convergencia de intereses que hace incompatible la actuación.

Los notarios latinos suelen tener, también, ciertas incompatibilidades vinculadas con el hecho de que el notario debe dedicarse solamente al notariado. En tesis de principio un notario no puede ser funcionario público (artículo 4 inciso f. Código Notarial). Esto no tiene que ver con el hecho de que tenga o no dedicación exclusiva, la ley no hace esa referencia. Tiene que ver, más bien, con lo que FRESE (1998) llama “dedicación adecuada” porque se relaciona con la imparcialidad, lo que comporta un interés público. Interesa la imparcialidad y no la eficiencia, ésta puede ser un problema vinculado a la cantidad de notarios existente. El problema de la eficiencia, el problema ético, no se resuelve con incompatibilidades. Es decir, aquí no se trata de si hay superposición horaria, pues ese es un tema que no está vinculado a la función notarial (Cfr. 32 Código Notarial), o de si el ser simultáneamente notario y funcionario público lo hace más o menos eficiente. El problema es el conflicto de intereses que puede surgir y que pone en dudoso predicado la imparcialidad.

Un abogado se puede representar a sí mismo o a sus parientes, o ser abogado de sus empresas o laborar en aquellas donde sus parientes sean administradores, sin embargo, un notario está inhibido de hacerlo. Un notario no puede cartular donde sea parte o tenga interés él, su cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos, sobrinos por consanguinidad o afinidad, o cuando alguno de estos parientes sea director, gerente, administrador o representan-

te legal de la persona jurídica en nombre de la cual, el personero comparece (artículo 7 inciso c. Código Notarial). Curiosamente la ley no excluyó dentro de la prohibición, a los parientes accionistas de las empresas. Precisamente por estas prohibiciones es que un profesional en derecho no puede ser simultáneamente abogado y notario en un mismo proceso. Así, por ejemplo, en tesis de principio, un abogado no puede utilizar como prueba un instrumento que emitió como notario, pues como abogado ha actuado en interés de su cliente, lo que es compatible con la naturaleza parcial de la abogacía e imparcial del notario<sup>6</sup>.

Una tesis interesante la encontramos en el artículo 139 del Reglamento Notarial español: “Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignent derechos a su favor, pero sí en las que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma “por mí y ante mí”. /// En tal sentido, los notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su esposa o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias” (GARRIDO MELERO, 2004). En Costa Rica no existen pronunciamientos previos sobre esta materia, porque siempre se ha entendido que en todos los casos donde el notario sea parte debe abstenerse, sin considerar el concepto mismo de “interés”. No obstante, según algunas posiciones doctrinales no aplicables al caso costarricense, hay una serie de actos, en los que el notario es parte y en los que eventualmente podría configurarse su actuación como presuntamente verdadera. Por ejemplo, el reconocimiento de un hijo en su propio protocolo, la cancelación de obligaciones del notario para con terce-

<sup>6</sup> “En la mayoría de los países de notariado latino, el ejercicio de la notaría es incompatible con la abogacía, salvo casos de defensa personal; por excepción, algunos países de Centroamérica las compatibilizan dentro de ciertas restricciones” (GATTARI, Carlos Nicolás. Op. Cit. Págs. 1-2)

ros (GARRIDO no señala esta última condición); la adquisición de obligaciones propias; su propio testamento, por tratarse de manifestación de última voluntad, siempre que se haga con las formalidades civiles. Actos que desde luego no deben ser simulados, porque en todo caso, la simulación admite acción "pauliana" cuando haya sido hecha por el notario, por sí o a favor de un tercero. Ninguno de los actos enunciados es permitido en Costa Rica, aquí el notario no puede ser parte del todo en su propio protocolo. Este tipo de razonamientos no tiene cabida cuando se trata de abogados que pueden trabajar en beneficio de sus propios intereses.

Por otra parte, siempre han existido presiones sobre el notario para que abandone la imparcialidad, para doblegar su moral. "Piénsese en los grandes capitales —dice ARMELLA (s.f.)—, en la contratación privada, en la desigualdad cada vez mayor entre las partes del negocio jurídico, compañías multinacionales, etc. Que tratan de fijar sus pautas, muchas veces imperialistas en la contratación. Ante ello la figura del notario debe mantenerse incólume, y siempre atender a la igualdad de las partes y a que ésta se realice en el plano de la equidad. Por ello las leyes establecieron la prohibición e incompatibilidades de actuar en casos de parentesco, de interés propio, etc., en el negocio; limitando la parcialidad". Es legítima la presunción de que ciertas relaciones enturbian la función. Amor y odio han sido históricamente causas de abstención en diversas funciones públicas. Tanto jueces, funcionarios públicos como árbitros, deben abstenerse de participar en asuntos que se consideran de su interés, en razón del parentesco o de ciertos vínculos comerciales o jurídicos, véanse por ejemplo el artículo 49 del Código Procesal Civil y los artículos 230 a 238 la Ley General de la Administración Pública.

Las incompatibilidades pueden ser previas o sobrevinidas, así los impedimentos establecidos en el artículo 4 Código Notarial enervan la licencia y pueden hacer que se pierda cuando estos impedimentos sobrevienen

a la licencia, en realidad son causales de inhabilitación. También pueden ser relativas (a ciertos parientes, verbigracia) o absolutas (el ser funcionario público). Pueden ser definitivas (locura permanente) o temporales (cierto nombramiento a plazo). En el sistema costarricense solo interesa que la incompatibilidad exista en el momento del acto y con respecto a la relación enervante: "Las incompatibilidades e inhibiciones que obstan para el ejercicio profesional tienen como gran fundamento el mantener la imparcialidad del notario, asegurando su independencia frente a todo tipo de sentimiento o interés en juego que pueda desviarlo del principio que la ley pretende mantener de todas maneras./// Las incompatibilidades son impedimentos de carácter legal que la ley exige a efectos de mantener la independencia del notario en el ejercicio profesional./// Todas estas incompatibilidades impiden recibir la investidura, o la hacen perder, mientras ellas subsistan" (PÉREZ MONTERO, 1981). Por tratarse de materia odiosa, debe ser taxativa<sup>7</sup>. No podrían establecerse incompatibilidades, impedimentos, prohibiciones por analogía, ni por la integración o interpretación de las normas existentes. Por tratarse de materia odiosa debe ser taxativa y literal. En el país aparecen diluidas las incompatibilidades, prohibiciones, impedimentos en el artículo 4 inciso f, 5 y 7 incisos a, b, c, e y 8, todos del Código Notarial. Diluida no significa tácita.

#### **r. Rogantes, otorgantes, comparecientes, no clientes.**

La correcta denominación de las personas que utilizan los servicios de ambos profesionales tiene efectos diferenciadores.

Los notarios tienen rogantes, comparecientes, otorgantes, usuarios. Los abogados tienen clientes o patrocinados. Ambos tienen partes. Cuando se trata de un notario, éste tiene partes, el abogado, tiene parte y otro

<sup>7</sup> En la entrevista realizada a Jaime Weisleder el 24 de noviembre del 2004 se le preguntó: ¿Podría decirse que podría hacer todo lo que no le está prohibido? A lo que contestó: "Yo diría que sí"

abogado, contraparte. En la función notarial no hay contrapartes.

Por eso no es técnicamente correcta la definición que establece el artículo 2 inciso g. del Decreto de Honorarios "Cliente: Persona física o jurídica que solicite o se beneficie con los servicios profesionales de Abogacía", puesto que dicho Decreto abraza a abogados y notarios.

El abogado patrocina, toma bajo su cuidado, defiende en causa contenciosa. El notario otorga un servicio público por el que es requerido. "La función típica del abogado es el postulare, es el patrocinio procesal; consiste en defender procesalmente los intereses de su cliente ante una situación preconstituida dada. Se trata (...) de hacer prevalecer, por los medios y formas legales, el interés de su patrocinado sobre el interés del contrario; el abogado no, ni tiene que ser, imparcial, porque, (...) el abogado no es más que la pieza aislada de un sistema que funciona, por definición, a base del sistema de contraposición" (RODRÍGUEZ ADRADOS, 1981) .El servicio público notarial es un proceso que está, en su totalidad, a cargo personal del notario, pues, con el requerimiento el notario inicia el servicio y él, y sólo él debe concluirlo con la inscripción. Por el contrario, en el ejercicio de la abogacía siempre habrá una parcialidad procesal a favor de su cliente y en oposición a la contraparte. En el notariado no hay contraparte.

Aunque en la doctrina se habla a veces de los clientes de los notarios, se alude a los usuarios de los servicios. Generalmente los autores aluden a los clientes de los notarios precisamente cuando no están discutiendo sobre el tema de la relación rogante/notario, por una laxitud doctrinaria. Existe la concepción general, recogida por el Directorio de la Real Academia de que cliente es la persona que utiliza los servicios de un profesional, sea cual sea, sin especificar. También se llama cliente al usuario frecuente de un negocio. Pero eso no es técnicamente correcto, pues tratándose de un servicio público, como lo

es el notariado, uno no es cliente del Inspector de Tránsito que lo va a multar ni el funcionario que me va a autorizar un permiso.

Pero cuando se trata de una función pública, además, el término no es adecuado por la connotación mercantil que tiene. Sería muy extraño hablar de clientes referidos a los alumnos de un colegio público o a los pacientes del Seguro Social. Los jueces no tienen clientes ni patrocinados.

En la función pública no se utiliza esa categoría, por lo que conviene precisar el término, aunque, la doctrina ha dedicado poco espacio al tema, y más bien de una manera despreocupada, ha utilizado el término cliente con harta frecuencia, sin que se haya preocupado mucho por precisarlo. No obstante, una de las voces más autorizadas en el notariado latino: ARMELLA (s.f.) indica: "Este principio es el que veda hablar de clientes, con respecto al escribano, y obligarnos a la terminología de requirentes y es la más tajante diferencia que distingue esta profesión con la del abogado, cuya función es precisamente abogar por su cliente; pudiendo y debiendo ser parcial ante el requerimiento".

Los notarios tienen rogantes, otorgantes, partes o comparecientes (artículo 39 Código Notarial), mientras que los abogados tienen clientes o patrocinados (Capítulo IV CÓDIGO DE MORAL). "... no queremos utilizar deliberadamente la palabra clientes para eliminar la connotación que tiene dicho término en relación con el abogado, que responde a la defensa de los intereses de sus clientes; de este modo reafirmamos el deber del notario de no tomar bandos ni responder a los intereses de persona alguna" (URRUTIA de BASORA)<sup>8</sup>

Ni en el Código Notarial aparece la categoría "cliente" o "patrocinado", ni el Código de Moral aparecen las categorías de rogantes, otorgantes, comparecientes. Ambos cuerpos normativos utilizan la categoría "parte".

8 URRUTIA de BASORA, Cándida Rosa. Op. Cit., Pág. 2

El término parte es un poco más neutro, pues puede tratarse de la parte actora o demandada en un proceso contencioso, o puede tratarse de alguno de los rogantes.

Llamar cliente al usuario frecuente de un notario significa desnaturalizar su función, pues deontológicamente está obligado a velar por el interés público que representa y no por el interés del otorgante frecuente. Aunque en ocasiones empiece a parecerse a un cliente, y lo que es peor, a un patrono. Si se estableciera la relación notario-cliente-patrono la independencia correría peligro. El problema de estas ambivalencias se presenta cuando los abogados de las empresas o de personas físicas le dan servicios abogadiles y notariales a las mismas.

El abogado sí puede llamar cliente al usuario de sus servicios, sea frecuente o no, y sí puede tener patrono.

### **s. El notario actúa con ambas partes.**

Esto significa que el notario necesariamente actúa con ambas partes, debe asesorarlas por igual, salvo en los actos unilaterales, como actas notariales, los testamentos o declaraciones juradas.

Por el contrario, el abogado no puede actuar con ambas partes, ni siquiera puede dirigirse a la contraparte, pues solo puede establecer un canal de comunicación con el abogado de la contraparte (artículo 69 Código de Moral).

“Conotariado”. Lo que pareciera un contrasentido del sistema notarial costarricense, es la figura del “conotariado” (es una particularidad, pues la figura no existe en otros países), porque siendo el notariado una actividad que debe ser imparcial, en nombre del Estado, los “conotarios”, que a su vez fueron abogados de distintas partes durante las tratativas preliminares, actúan conjuntamente en representación de sus partes (clientes de su condición de abogados). Esta pareciera una fórmula muy “a la tica” que trata de

conciliar la imparcialidad con la parcialidad, o lo que es lo mismo, que trata de neutralizar la desconfianza que se le puede generar a los clientes cuando es uno de los notarios el que hace la escritura, un ejemplo nos lo puede aclarar: en un divorcio por mutuo consentimiento, por lo regular las partes desconfían entre sí, y delegan en sus abogados las tratativas preliminares del divorcio, al momento de suscribir el convenio no se sentirán bien si se realiza en el protocolo de uno de los profesionales que atendió la negociación, y se sentirán más tranquilos si connotarían la escritura de divorcio. Es posible que esta figura se inscriba dentro del espíritu de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos (aunque es anterior), en el sentido de que abogados contrapuestos llegan a un acuerdo en representación de sus partes, y para plasmar el acuerdo, la mejor garantía de imparcialidad está en el hecho de que ellos mismos tutelan la escritura en que se plasmará el acuerdo, estableciendo así un control cruzado. No tendría sentido que dos contrapartes, que han llegado a un acuerdo extrajudicial, tengan que buscar a un notario que no ha intervenido en el proceso, para que dé fe pública del acuerdo.

Mientras en el notariado la exigencia es la imparcialidad, en la abogacía es la parcialidad. Imparcialidad significa todas las partes, parcialidad significa atención y audiencia a solo una parte.

El abogado es el jurista que conoce el caso cuando una relación jurídica, de la materia que fuere, sufre o va a sufrir una lesión y lo conoce en forma parcial, esto es, a través de la versión de una sola de las partes, que es la que tendrá que asesorar y defender (el abogado tiene el deber de proteger a una de las partes y éticamente está obligado a realizar todo cuanto pueda hacer por su cliente; puede aprovecharse de las deficiencias de la otra parte, porque no está obligado a protegerla; su deber fundamental es defender a su cliente); por lo tanto, en principio, no resulta posible identificar al valor de la imparcialidad con la actuación del abogado incluso,

podría afirmarse, que este valor es incompatible con su actividad, puesto que debe conducir sus actos y orientar sus argumentos en un solo sentido, el de su cliente y deberá presentar los hechos, si bien con absoluta objetividad, también con argumentos contundentes que orillen al juez a resolver a favor de su cliente (FIGUEROA MÁRQUEZ, 2004).

El notario debe oír a ambas partes, o a todas las partes, y satisfacer el interés de todos para poder cartular; el abogado solo se interesará por su parte.

#### **f. Naturaleza autorizativa y legitimadora.**

Por su naturaleza ambas funciones tienen otra expresión: mientras el notariado tiene **naturaleza autoritativa<sup>9</sup> y legitimadora** (incisos c-e- del artículo 34 Código Notarial), es decir, el notario no es un reflejo pasivo de la voluntad de los otorgantes<sup>10</sup>, ni un simple dador de forma, ni un simple autenticador de firmas como el notario sajón, sino que es responsable tanto de la forma como del fondo, es contralor de legalidad del acto, por lo que lo autoriza y legitima o lo deniega.

Cuando se refiere a la naturaleza de la función notarial el magistrado González sostenía que su función “Es autorizativa. Tiene potestad para autorizar el acto. Yo estoy ejerciendo frente a los privados el ejercicio de una potestad que un común no tiene”<sup>11</sup>.

Si fuera un simple testigo, sería un tercero ob-

<sup>9</sup> “AUTORIZACIÓN: Es el acto mediante el cual el escribano, con su firma autenticante, asume la paternidad del instrumento para constituir fehacientemente hechos y dichos de las partes, los suyos propios y el instrumento” (GATTARI, Carlos Nicolás. Op. Cit. Pág. 19) Ver el artículo 7 incisos c. y d. del CN.

<sup>10</sup> Voto # 130-2001, TRIBUNAL DE NOTARIADO .San José, a las diez horas diez minutos del veintitrés de agosto del dos mil uno. “El notario público –reiteradamente se ha dicho– no es un simple intermediario para autorizar libremente cualquier acto, ante la simple solicitud de los interesados, sino que debe calificar si el mismo es moldeable y ejecutable legítimamente y, abstenerse de hacerlo, en forma absoluta, respecto de aquellos actos o negocios que sean contrarios a las normas prohibitivas, porque de lo contrario, incumple su deber fundamental de observar y de defender las disposiciones legales vigentes”

<sup>11</sup> Entrevista al Doctor Oscar González, Magistrado de la Sala Primera, realizada el 1° de diciembre del 2004.

servador, pero es algo más, da fe, pero a la vez emite un acto de voluntad: la autorización. “Es evidente que el Escribano no es parte ni tercero con relación al documento que autoriza. Es mucho más que ello: es el funcionario autorizante, aquél que da valor al documento como instrumento público y permite al mismo atribuirle fe pública, con lo que está estableciendo pruebas calificadas en relación a la persona y al acto, que exceden la naturaleza del mismo” (LAMBER, 1996). En nombre del Estado vuelve auténtico el acto y lo hace producir efectos jurídicos.

Mientras el notario asume la paternidad (o maternidad) del documento, pues es su autor y responsable; el abogado, aunque redacta el documento, no aparece como responsable ante terceros, sino el cliente que lo firma. Así, por ejemplo, si el instrumento autorizado contuviera un delito contra el honor, el notario sería responsable de él, lo único que habría que determinar es su grado de participación. El abogado también es responsable del contenido del documento que autentica según indica el artículo 20 inciso 2 del Código Procesal Civil. Por eso ya no se permite las antiguas siglas “u.p.l.p.” (únicamente para la presentación) que era cuando un abogado quería dar a entender que solo se responsabilizaba de la autenticidad de la firma, pero no del contenido del documento.

La abogacía no tiene esta naturaleza, pues el abogado puede tratar de legitimar o deslegitimar actos, según convenga a los intereses de su cliente (25 Código de Moral), y el abogado es autorizado, pero no autoriza; el abogado es mandatario, no así el notario que tiene rango de funcionario (artículo 1 Código Notarial), el primero por actuar en nombre del Estado, el segundo por actuar en nombre de su cliente.

#### **u. El notario cartula, no aboga.**

El notario cartula (del latín Chartularium: escritura pública), ejerce la escribanía en nombre del Estado, se ubica en una posición equidistante entre los otorgantes, e incurre

en una falta sancionable cuando actúa parcialmente.

El notario es un “fedante público, “... Lo sustancial del notariado, del ejercicio funcional, del derecho— deber de dar fe, que le insufla al acto así autorizado su valor probatorio erga omnes” (ARMELLA, 1998). De esta forma le corresponde “La autorización de la escritura (que) es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, quien ejerce sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto de que se trate, permite en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena” (MÁRQUEZ GONZÁLEZ, 1998).

Por su parte el abogado aboga a favor de una parte (del latín *advocare*: defender en juicio), pide, vela por el interés de una de las partes, actúa en nombre de su patrocinado. La doctrina nacional se ha referido a este tema, Mora expresó en la Comisión de Asuntos Jurídicos, Subcomisión N° 6, el 14 de octubre de 1996: “... desde el principio conversamos en el sentido de que uno de los elementos éticos del abogado es defender a su cliente dentro de los márgenes que indica la ley. La ética del notario radica en la objetividad e imparcialidad, en no inclinar la balanza por uno u otro lado”<sup>12</sup>.

La función notarial es imparcial, la abogadil parcial “El abogado no puede ni debe ser imparcial, toda su imaginación y creatividad la tiene que enfocar a favor de la causa de su cliente y en contra de la otra parte. Tiene que ser eficaz técnica y jurídicamente, su función es conseguir una sentencia favorable para su cliente y condenatoria para su contraparte. No así el notario, que tiene obligación de ser asesor y proteger los intereses de los que concurren ante su presencia, debe redactar el contrato con la imparcialidad que el litigante no le es posible” (FIGUEROA MÁRQUEZ, 2004).

El notario no patrocina a nadie, no aboga por nadie, gestiona inscripciones en los registros, pero carece de funciones de representación ante los tribunales, por el carácter público de su función, por autorizar negocios privados en nombre del Estado. La fe pública del abogado se limita a autenticar las firmas de sus clientes (artículo 83 inciso b. Código de Moral, y 10 inciso 4. Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas), pero debe recurrir a otros profesionales notarios para conseguir documentos que utilizará como abogado. Tampoco, en su función abogadil, los puede emitir para que los utilicen otros abogados.

No corresponde al abogado cartular, ni al notario abogar.

#### **v. Función rogada:**

Esta función determina otra diferencia que genera implicaciones deontológicas. El notariado está caracterizado por ser una función rogada, es decir, la función del notario comienza con la rogación del servicio, como la del juez, pues, el notario solamente puede actuar a petición de parte y no oficiosamente (artículos 6 y 36 Código Notarial). La rogación puede definirse así: “La rogación, como principio notarial, indica que no existe actividad del notario sin requerimiento de un sujeto de derecho, a quien se entiende como parte, interesado, rogante, requirente, otorgante, compareciente, etc. (...) rogación es el acto jurídico por el cual se solicita al notario la prestación de su ministerio” (PELSINO, 1998). La rogación es un requerimiento y, por eso quien solicita el servicio recibe el nombre de rogante, y tiene el deber de requerir para obtener el servicio. Como hay ciertos actos para los cuales es necesario el notario “... el notario está forzado a cumplir la rogación, pero el requirente está obligado a rogar a un notario” (GATTARI, 1997). No es para el notario optativo dar el servicio, es obligatorio por tratarse de una función pública, mientras que para el abogado es optativo dar el servicio.

<sup>12</sup> Expediente Legislativo N° 7764 # 4/11, folio 1239

La obligatoriedad del notario de prestar un servicio no deriva del supuesto carácter de funcionario público que algunos le atribuyen, sino, más bien, del interés público que representa su función "... motivo que exige del notario su actuación en defensa del interés jurídico de los particulares que requieren su servicio y que verían desprotegidos sus derechos, si el notario se negara a actuar" (ARMELLA, 1998). Desde luego que este principio reconoce causas justas de excusa, previstas en los artículos 36 y 6 del Código Notarial.

La oficiosidad atentaría contra la imparcialidad. Es la persona que necesita seguridad jurídica en sus negocios la que debe solicitar el servicio. De acuerdo con el principio de rogación el notario público solo "... puede actuar cuando las partes solicitan al notario que intervenga y no se puede hacer de oficio. Esto viene directamente relacionado con la imparcialidad que debe tener el notario, ya que, a diferencia del abogado, este tiene usuarios y no clientes debido a que (...) desempeña una función pública, de ahí la obligación de éste de lograr que el acto o contrato que se realice sea lo más conveniente para cada una de las partes intervinientes en el negocio jurídico" (CALVO MASSÍ, 2003) (el subrayado no es original).

Lo anterior significa, además, que está obligado a actuar, es decir, que la petición convierte el servicio en un deber. La obligatoriedad "... no sólo deriva de su función sino de la misma esencia del notario como profesional imparcial. Al profesional que se precisa imparcial, sólo cabe exigirle una competencia moderada, no limitada" (ROMERO HERRERO, 1998). Por eso debe motivar la negativa y una negativa infundada podría generarle responsabilidad civil.

La Dirección Nacional de Notariado ha determinado el carácter rogado de la función en su Lineamiento número "15. Rogación. El servicio que brinda el notario al usuario está cimentado en el principio de rogación, de manera que el notario público no podrá llevar a cabo actos que vulneren dicho princi-

pio, y su arraigo a una oficina abierta para brindar ese servicio, consolida el hecho de que, en materia notarial, no existe intermediación alguna y éste sólo podrá excusarse por las razones establecidas por ley"<sup>13</sup>.

Al ser una función pública el servicio no puede depender del talante del notario: "El ejercicio de la profesión notarial requiere pues, la disponibilidad del Notario respecto de los que puedan requerir su actuación, disponibilidad que no es una facultad del Notario, sino una obligación" (GARRIDO CERDA, 1995). La obligación de brindar el servicio está directamente vinculada con la obligación de tener oficina abierta al público. La disponibilidad, entonces, es material y de disposición de ánimo. Sería ajeno a la función pública que el servicio dependiera del servidor. Sería tan extraño como que un juez deniegue su servicio, una vez requerido legalmente (artículo 5 Ley Orgánica del Poder Judicial).

Una vez requerido, tanto el juez como el notario, deben actuar de oficio<sup>14</sup>, diligentemente. "La intervención del notario se efectúa a solicitud de la parte interesada. Así su actuación es producto de un acto rogado y nunca es de oficio. Sin embargo, por ser un servicio público y porque así lo dispone la ley es obligatoria. Por lo tanto, solo puede excusarse o abstenerse de intervenir cuando: no pueda actuar con imparcialidad; exista incompatibilidad con su profesión" (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 1993); salvo, desde luego, que los asistan motivos de excusa, que se explicarán en el ítem siguiente.

La función abogadil no es rogada, pues el abogado puede actuar tanto a petición de parte como de oficio. No tiene la obligación de aceptar ningún caso, no tiene la obligación de mantenerse en ningún caso; de ahí

13 LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA PRESTACIÓN Y CONTROL DEL EJERCICIO Y SERVICIO NOTARIAL Dirección Nacional de Notariado San José a las dieciséis horas veinte minutos del seis de julio del dos mil cinco.

14 "La obligatoriedad del servicio notarial no es pasiva, todo lo contrario, tiene que traducirse en una gran eficacia legal, jurídica y moral en todos los frentes de la actividad fedataria" (ORTIZ RIVAS, Hernán. Op. cit. Pág. 60)

que existen reglas para renunciar (artículo 46 CÓDIGO DE MORAL). Tampoco tiene obligación de tener oficina abierta al público por que no está disponible, la suya es una función privada, y por eso no tiene obligación de motivar su negativa.

#### **w. Motiva negativa.**

Por tratarse de una función pública un notario debe motivar su negativa a brindar un servicio y solamente se le admiten excusas cuando, bajo su responsabilidad, considere que la actuación que se le solicita es ilegítima (es contralor de legalidad), ineficaz o inmoral (artículos 6 y 36 Código Notarial)<sup>15</sup>, tan es así que podría incurrir en responsabilidades civiles si se excusa injustificadamente de brindar un servicio y provoca un daño.

Desde luego que las excusas admisibles deben estar previstas en la ley, deben ser taxativas. En el caso costarricense, se hace una enumeración en los artículos 6 y 36 del Código Notarial. Además artículo 12 del Código Procesal Civil y los artículos 230 a 238 la Ley General de la Administración Pública, en el entendido de que los envuelven los motivos de impedimento, excusa y recusación que si bien son propios de los funcionarios públicos por analogía le serían aplicables al notario "... el servicio notarial es obligatorio, una vez requerido el funcionario notarial para que preste su ministerio, no puede negarse a hacerlo, sino en los casos expresamente previstos en la ley" (ORTIZ RIVAS, 1993). El principio de taxatividad que informa esta materia se deriva del carácter público de la función.

Aparte de las causas morales o legales que pueda invocar el notario para excusarse del

<sup>15</sup> Igualmente el notario debe analizar los fines de las sociedades, y en aquellos casos en cuales sospecha fines ilícitos en las sociedades que se le solicita constituir, tiene el deber moral de investigarlas para no quebrantar los deberes que le imponen los artículos 6, 7 inciso d y 36 del Código Notarial. Igualmente, no es éticamente correcto la autorización de contratos en daño ilegítimo a terceros. El notario debe tener la habilidad para advertir el estado de ánimo de los rogantes y si percibe animus nocendi, debe aconsejar mejores soluciones o excusarse en c caso de que la conducta requerida riña con la moral.

deber de prestar el servicio, hay otras que la doctrina acepta como son las "... causas personales del notario, como serían motivos de salud, de excesos de trabajo, y causas materiales; es decir, razones ajenas al notario, que le impiden brindar la asistencia profesional, como por ejemplo la imposibilidad de dar el servicio que se le solicita, o bien, cuando el fedatario considere que, ya sea a través de su actuación, o por la voluntad de las partes manifestada en el momento de la rogatio que se busca perfeccionar en un acto jurídico válido y eficaz, se desnaturalizaría la función notarial" (OVIEDO SÁNCHEZ, 2003). Habría que agregar genéricamente el caso fortuito, la fuerza mayor y el requerimiento de servicios gratuitos.

La negativa no necesariamente debe ser expresa, puede ser tácita, y una de sus formas es la carencia oficina abierta al público, o un horario razonablemente disponible. "La obligatoriedad del servicio la impone la ley, por su naturaleza pública y oficial, la justicia fedataria no es facultativa ni tiene un horario discrecional. La inasistencia del funcionario notarial al despacho constituye falta disciplinaria sancionable ejemplarmente" (ORTIZ RIVAS, 1993). El notario solamente puede inscribir una oficina como asiento fedatario<sup>16</sup>, que debe tener la posibilidad de estar permanentemente abierta al público en un horario razonable debidamente publicado mediante rótulo. No obstante, como el notario tiene competencia en todo el territorio nacional (artículo 32 Código Notarial), en nuestro país es admisible una notaría por días, como suelen hacer algunos notarios que tienen oficina en San José donde laboran dos o tres días por semana, y otra en la zona rural donde prestan sus servicios dos o tres días por semana, pero esa situación debe ser anunciada en un rótulo. De acuerdo con el artículo 4 inciso b. del Código Notarial el notario que no cumple con el deber de tener oficina abierta al público, puede ser inhabilitado, precisamente porque se considera una ne-

<sup>16</sup> Ver artículo 71 de los Lineamientos: Resolución de la DNN de las 16:20 horas del 6 de julio del 2005

gativa de brindar servicio. El artículo 16 de los Lineamientos de la Dirección Nacional de Notariado establece que "Horario. El horario para brindar el servicio notarial lo define el usuario y en los casos que por su naturaleza requieran determinada hora, el notario la establecerá en convenio con las partes. Al ser todos los días y horas hábiles para el ejercicio del notariado, el servicio que resulta de ese ejercicio consolida un acto potestativo del usuario, y correlativamente, una disposición continua por parte del notario público. Por esa razón, el notario no puede adquirir compromisos que vayan en detrimento de la imparcialidad e independencia que identifica la fe pública depositada."<sup>17</sup>. En consecuencia, un problema horario podría convertirse, en la práctica, en una negativa a otorgar el servicio.

Por el contrario, el abogado puede actuar oficiosamente (siempre que esté legitimado) o a petición de parte (artículo 37 del CÓDIGO DE MORAL), pero, en ningún caso está obligado a actuar, mientras no acepte el encargo, pues tiene absoluta libertad de aceptación de los casos, pues su función constituye competencia privada. Esto se expresa en el hecho de que los abogados no están obligados a motivar su negativa (artículo 37 CÓDIGO DE MORAL), salvo, desde luego, que el nombramiento sea de oficio (fiscal, defensor público o abogado de planta), en cuyo caso podrán excusarse cuando tengan que sostener tesis contrarias a sus convicciones. El abogado tiene garantizada su plena libertad de aceptación del cargo, el notario no. Al notario le está permitida la excusa moral (artículo 6 Código Notarial), pero esta excusa también tiene sus límites. Así, por ejemplo, un notario católico no estaría obligado a oficiar un matrimonio civil o un divorcio, ¿pero si se le requiere para un testamento? ¿Habría excusa moral admisible?

#### **x. No por salario.**

17 LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA PRESTACIÓN Y CONTROL DEL EJERCICIO Y SERVICIO NOTARIAL Dirección Nacional de Notariado San José a las dieciséis horas veinte minutos del seis de julio del dos mil cinco.

Para salvaguardar su independencia e imparcialidad, la norma es que no puede arrendar sus servicios por salario o remuneración fija, hipótesis ésta última en la que la Sala Constitucional ha venido cediendo<sup>18</sup> y, en consecuencia, desmejorando deontológicamente el notariado costarricense.

Bardallo citado por Ortiz Rivas señala que "... nada quebranta más el principio de imparcialidad que la dependencia económica; nada atenta más contra la libertad del escribano para cumplir estrictamente su ministerio, que la subordinación al pagador del salario" (ORTIZ RIVAS, 1993). No puede ser imparcial quien está sometido a una dependencia de poder, a una subordinación jurídica como la que se da en la relación laboral.

Por eso, en principio, no puede ser funcionario público, salvo los notarios del Estado, los notarios consulares, los docentes, funcionarios judiciales con menos de tres meses de nombramiento y los funcionarios de confianza o interinos, no adscritos al Servicio Civil (artículo 5 Código Notarial). Hipótesis esta última en la que también la Sala Constitucional ha venido cediendo espacios en detrimento de la independencia e imparcialidad del notariado costarricense.

Estos límites no los tiene el abogado cuya función no exige el mismo nivel de independencia funcional. Tanto es así que el mismo Código de Moral prevé la posibilidad del nombramiento de oficio, en el que se pierde, en cierto grado el principio de libre aceptación (artículo 37 Código de Moral), y se permite que un abogado pueda ser contratado por salario y ser funcionario público o privado (artículo 7 Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas, 27 y 80 del Código de Moral).

Estas diferencias están recogidas en la Directriz 002-99 de la Dirección Nacional de Nota-

18 Ver por ejemplo Res: 05417 - 2003, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del veinticinco de junio del dos mil tres.-

riado que establece: "... la función la ejerce el notario público (...) cumpliendo los requisitos esenciales que califican su autonomía y objetividad: 1.-.... 2.... 3.... 4.... 5.. 6.- cobro de honorarios según el arancel respectivo. Este aspecto lo desarrolla la Dirección Nacional de Notariado en sus Lineamientos Artículo 21. que pone dentro de las Condiciones para el ejercicio del servicio notarial. Para brindar ese servicio la ley exige al notario público: "c) El servicio se paga por honorarios según el arancel respectivo, con excepción de los notarios consulares y aquellos en régimen de empleo público autorizados por la D.N.N. según criterio de la Sala Constitucional, que brindan ese servicio únicamente para la institución para la cual laboran, sin pago de honorarios, solamente mediante salario"<sup>19</sup>.

Nada vulnera más la imparcialidad e independencia del notario que la dependencia económica.

#### **y. Oficina abierta al público.**

Por ser el notariado un servicio público tener oficina abierta al público es un requisito de habilitación y causa de inhabilitación el no tenerla (artículo 3-e, 4b y 148 del Código Notarial).

Para el ejercicio de la abogacía no es requisito tener oficina, no hay sanción para el abogado que no tenga oficina abierta al público. La abogacía tiene carácter privado, y se puede ejercer en condiciones privadas. Aunque se exija que el lugar de trabajo sea un lugar digno (artículo 28 Código de Moral), no se exige su apertura. Como el abogado puede serlo de una empresa o del Estado o de una institución, tampoco está obligado a tener oficina abierta al público.

Una expresión de la exigencia de tener oficina abierta al público es el distinto impacto que tiene la prisión preventiva en cada profesión.

<sup>19</sup> LINEAMIENTOS de la Dirección Nacional de Notariado, San José a las dieciséis horas veinte minutos del seis de julio del dos mil cinco.

Mientras el notario es inhabilitado por prisión preventiva (artículo 4 inciso d. del Código Notarial), el abogado no (artículo 10 inciso 1. Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas). Esto quedó así establecido por el legislador. El diputado Villanueva Monge, subcomisión N° 3 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, 16 de septiembre de 1996: en cuanto a impedimentos expresó: "... quienes guarden prisión preventiva mientras no sean excarcelados (...). Lo que pasa es que como es un requisito tener oficina abierta, a veces no es tan necesario decirlo. Con solo que se sepa que el notario no está atendiendo esa oficina abierta, ya es causa para inhabilitarlo en el ejercicio, no porque esté en prisión, sino porque ya no tiene oficina abierta. O sea, es una consecuencia, o si la tiene abierta no la atiende, no la puede atender, sería una imposibilidad para atenderla"<sup>20</sup>. De hecho, el impedimento establecido en el artículo 4 inciso b. del Código Notarial, es causal de inhabilitación "Quienes se encuentren imposibilitados para tener oficina abierta al público", no solamente aplica a quienes estén presos, independientemente de su condición, sino que también aplica a otras situaciones. Por ejemplo, a un notario que pase mucho tiempo hospitalizado o recluido en un sanatorio, podrían inhabilitarlo con fundamento en esta norma, porque no puede dar el servicio al público. En cualquier caso, que se aplique esta norma, se trata de una inhabilitación y no de una suspensión, pues la pérdida temporal de la licencia es consecuencia de la ausencia de un requisito (artículo 3 inciso c. Código Notarial).

Otra de las razones, no la única, por las cuales se inhabilita a un notario es el nombramiento en un cargo público (artículo 4 inciso f. Código Notarial). No es únicamente por la pérdida de independencia que eso significa, sino también por la imposibilidad de mantener oficina abierta al público, a pesar de que el notario tiene potestad de dar fe pública 24/7 (37 Código Notarial). Eso quedó establecido

<sup>20</sup> Expediente Legislativo N° 7764 # 4/11, folio 983

desde el principio de la discusión legislativa sobre el Código Notarial. De esta forma, manifestó el magistrado Aguirre en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, subcomisión N° 4, 23 de septiembre de 1996: "Ningún notario puede comprometerse a trabajar como Notario Público; o sea, que el notario es independiente, es una cosa totalmente separada y tiene la obligación de tener abierta una oficina al público (...)... si acepta un cargo público que tiene alguna incompatibilidad, obviamente, no va a poder cumplir con una obligación legal: tener abierta la oficina al público"<sup>21</sup>. Esta tesis, con posterioridad, ha sido reiterada por la Sala Constitucional si debe tener oficina abierta al público y estar disponible a la prestación del servicio, por el tipo de función que ostenta, no se concibe cómo pueden coincidir en el tiempo, la prestación de servicios a la administración pública (como tal servidor) y el ejercicio de la función notarial, que a su vez implica tener oficina abierta, en la que no podrá estar presente la mayor parte del tiempo. Desde el ángulo estrictamente jurídico es imposible encontrar conciliación en la prestación del doble servicio: uno, la prestación del servicio al Estado, como funcionario de planta, que implica dedicación exclusiva, simultáneamente con otro, el ejercicio de la función notarial (revestida de un carácter igualmente público), en una oficina diferente, abierta a una clientela, pero que, asimismo, de principio, implica dedicación a ella, pues requiere el despliegue de actividad adicional fuera de la oficina profesional"<sup>22</sup>.

Este criterio fue recogido, con posterioridad, por la Sala Segunda, que en lo que interesa señaló en el 2003: "Además de la imposibilidad material de ejercer conjuntamente dos funciones, la habilitación para el ejercicio de la función notarial a quien se encuentra comprometido en una relación de servicios con una entidad del sector público, enfrenta la exigencia impuesta por la propia ley a todos

los notarios públicos, de tener oficina abierta al público. Esta obligación se encuentra reiterada en varias disposiciones del CN (artículos 3 inciso e), 4 inciso b), 6, 10 y 143 inciso h.), lo cual refleja el interés del legislador en obligar al notario a garantizar la efectiva prestación de una función que debido al interés público que representa, está sujeta a una serie de regulaciones. De acuerdo con el artículo 3 inciso e), uno de los requisitos para ser y ejercer la función notarial, es tener oficina abierta al público dentro del territorio nacional; la que a su vez deberá registrar ante la Dirección Notarial. La obligación de tener oficina abierta al público, supone entonces la necesaria presencia del notario en una oficina en la que se encuentra obligado a prestar sus servicios ante el requerimiento de quienes concurren con ese fin, y de lo cual sólo puede excusarse en las circunstancias que le autoriza la ley; es decir, cuando existe causa justa, moral o legal. Enunciada en tales términos, no es posible considerar que aquella obligación pueda ser cumplida sólo en forma parcial, es decir, limitada por un horario, ante la necesidad de cumplir con otras funciones con las cuales su función se superpondría. Por esa razón, la existencia de un vínculo laboral dentro de una institución pública, en la que está obligado a cumplir con una jornada semanal de 44 horas, impide en el caso del licenciado (.....) , otorgarle la autorización para el ejercicio del notariado, no sólo en virtud del impedimento establecido por el artículo 4 citado, sino porque además, el cumplimiento de un horario de labores en una institución, le impide el cumplimiento de uno de los requisitos también exigidos por la ley, para autorizar su ejercicio"<sup>23</sup>. Entonces, la inhabilitación al notario que es nombrado en un cargo público tiene dos causas: incompatibilidad funcional, incompatibilidad material.

La Dirección Nacional de Notariado ha establecido claramente las reglas que deben observarse en el tema de la oficina abierta al

21 Expediente Legislativo N° 7764 # 4/11, folio 1116

22 Sala Constitucional en el Voto No. 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993. Véase además SCV # 4444 de 12 de enero del 2000, SCV # 3932-95, # 649-93.

23 Res: 2003-00126, SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las nueve horas veinte minutos, del diecinueve de marzo de dos mil tres.

público en sus Lineamientos números 70 y 71: "Artículo 70. Oficina abierta al público. La oficina abierta es el espacio que evoca el arraigo del fedatario en el territorio nacional. Es el requisito-deber que todo notario público debe inscribir en el R.N.N. y es indispensable para que el notario público, desde esa oficina, brinde el servicio notarial. Por razones de legalidad, seguridad, razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, el fedatario sólo podrá contar únicamente con un despacho notarial inscrito, el cual, para todos los efectos, es el oficial, sin que ello, obviamente, limite su capacidad de actuar y brindar sus servicios en todo el país.

Artículo 71. Requisitos mínimos de la oficina. La oficina notarial o notaría tiene que reunir las siguientes características mínimas para su consideración de "abierta al público":

a) Posibilidad de una apertura continua y permanente, que garantice la prestación del servicio al momento en que éste es rogado, con excepción del notario de planta establecido por la Sala Constitucional<sup>24</sup>.

b) Sin sujeciones ni limitaciones incongruentes con los principios, la naturaleza y normativa del ejercicio del notariado. Lo anterior, sin perjuicio de la fijación, para efectos prácticos, de un horario mínimo, dentro de los parámetros de razonabilidad, en atención a la jornada normal ordinaria de las oficinas públicas que reciben y tramitan los documentos notariales y sin que ello signifique desconocer el requerimiento de la posibilidad de apertura continua y permanente, ni el acatamiento de lo dispuesto por el C.N.

c) Libre acceso al público.

d) Exhibición de la credencial de notario público extendida por esta Dirección en los casos respectivos, o una copia fiel de ésta. Identificación por medio de rotulación adecuada, que haga constar que allí se encuen-

tra la oficina de un notario. Espacio para la atención de los usuarios, en forma privada y sin interrupciones.

e) Medios de comunicación (deseable: teléfono, fax, correo electrónico, internet, apartado postal y cualquier otro que la tecnología moderna provea).

f) Si la oficina se ubica dentro un inmueble destinado por vocación a otros usos (casas de habitación, por ejemplo), deberá entonces ubicarse en un aposento aparte, con libre acceso al público, que garantice la privacidad al usuario y la seguridad en la guarda y custodia de los medios materiales para el ejercicio del notariado.

g) Estar inscrita en el R.N.N. (podrá inscribirse solamente un despacho notarial por cada notario) para todos los efectos que establece el ordenamiento jurídico. La omisión en la comunicación dentro del plazo de ley del cambio de dirección de la oficina notarial, podría acarrear eventuales procesos disciplinarios.

h) Los notarios de planta tendrán como oficina registrada la del patrono para el cual labora bajo esa modalidad."<sup>25</sup>

### **z. Notariado: Obligación de resultados. Abogacía: obligación de medios.**

La responsabilidad de cada uno depende, también, de lo que es esperable de su ejercicio.

a) La obligación del notario es de RESULTADOS, es decir, el notario debe garantizar que el instrumento se va a inscribir porque él, es el autor responsable, garante de legalidad, y que si no se inscribe debe ser por causas no atribuibles al notario (artículo 144-a Código Notarial). El artículo 64 del Decreto de Honorarios establece dentro de los rubros que comprende el honorario, la inscripción, y el artículo 34 inciso h. del Código Notarial

<sup>24</sup> Amplíese este tema con la Directriz #01-2005 de la Dirección Nacional de Notariado

<sup>25</sup> Dirección Nacional de Notariado. San José a las dieciséis horas veinte minutos del seis de julio del dos mil cinco.

dispone la obligación de inscribir, pues con-  
signa que, entre las obligaciones del notario,  
está “efectuar las diligencias concernientes  
a la inscripción de los documentos autoriza-  
dos por él”. Desde luego que hay documen-  
tos no inscribibles (como las actas notariales  
o las declaraciones juradas), en este caso  
el resultado es solo la eficacia del mismo.  
La obligación del notario es obligación de  
resultados, también llamadas obligaciones  
determinadas. En las obligaciones indicadas  
hay garantía de ejecución, por lo que el no-  
tario debe concluir con la obra que se com-  
prometió a realizar, o en su defecto reparar  
el daño. Por eso no es correcta la práctica  
de algunos notarios de dar el testimonio al  
compareciente para que lo inscriba, aunque  
este lo haya solicitado, porque lo impide el  
segundo párrafo del artículo 35 del Código  
Notarial, en relación con el artículo 34 inci-  
so h. del Código Notarial que estatuye como  
obligación del notario la inscripción y al artí-  
culo 64 del Decreto de Honorarios que esta-  
blece que el honorario incluya la inscripción.  
La excepción a esta obligación está prevista  
en el artículo 69 del Decreto de Honorarios  
que es cuando el compareciente no abone  
la totalidad de derechos, en ese caso el no-  
tario debe primero apartar sus honorarios y  
presentar la escritura con los derechos defi-  
citarios, advirtiéndole al compareciente que  
hasta que abone el faltante se inscribirá o en  
su defecto la presentación se cancelará en  
tres meses. Este esta hipótesis el notario no  
tiene responsabilidad por la no inscripción.

Trigo Represas (2000) resume la obligación  
de resultados de la siguiente forma: “...  
en general se ha entendido, partiendo del  
distingo entre obligaciones de medios y  
fines, que el escribano asume una obliga-  
ción de resultado; en razón de que se com-  
promete a otorgar un instrumento válido  
en cuanto a la observancia de las formalida-  
des legales exigidas, idóneo para el  
logro de la o las finalidades perseguidas por  
su o sus otorgantes, como así también  
adecuado en su caso para su inscripción en  
el registro que corresponda, a los efectos de  
que el negocio en cuestión pueda

adquirir oponibilidad erga omnes. Por eso su  
responsabilidad concluye con el asiento del  
instrumento, no antes, tan es así que su de-  
fecto es causal de suspensión indefinida (ar-  
tículos 144 inciso a. y 148 Código Notarial),  
aunque en la práctica la Sala Constitucio-  
nal la redujo a 10 años mediante resolución  
3884-94.

Por supuesto que la distinción entre ambas  
obligaciones proviene de los imponderables  
que cada profesión tiene. El abogado debe  
enfrentarse con un abogado adversario ma-  
ñoso y con un juez a veces ideologizado, y  
no siempre puede prever cómo actuarán, el  
abogado no conoce la calidad de los testi-  
gos ni propios ni los otros, ni sabe con cua-  
les pruebas cuenta la parte demandada y  
a veces los propios clientes mienten. No su-  
cede lo mismo con el notario que solamente  
se encuentra con el registrador, con una téc-  
nica y no con un adversario. “La distinción  
entre ‘obligación de resultado’ y ‘obligación  
de medios’, efectuada por parte de la doc-  
trina, encontraría la propia razón de ser en  
la diferente disciplina jurídica prevista en las  
dos categorías de obligaciones: en efecto,  
cuando se habla de obligación de resulta-  
do se quiere poner de relieve el vínculo del  
deudor de prestar un resultado objetivamen-  
te determinado, mientras, cuando se habla  
de obligación de medios se quiere poner a  
la luz que el deudor es tenido, exclusivamen-  
te, para una actividad cuidadosa en pro del  
acreedor, cuya actividad puede llevar a un  
resultado concreto, conforme a los deseos  
del acreedor, sólo con la concurrencia de  
otras circunstancias externas, favorables, las  
cuales no pertenecen a la esfera del dominio  
del deudor” (Lasagna, 1975). El notario tiene  
bajo su control las circunstancias, el aboga-  
do no. La abogacía es un combate reglado,  
el notariado es un servicio pacífico.

El resultado no es un elemento accesorio a  
la función notarial, sino sustancial. “El notario  
que gestiona el documento de que es autor  
ni lo hace propiamente en nombre ajeno,  
porque el buen fin del documento afecta  
su propio prestigio e incluso su propia res-

ponsabilidad, ni gestiona profesional, pues su gestión no es propia de una persona que profesionalmente se dedica a ello, sino algo unido, consustancial a su propia profesión de notario" (Pérez Sanz, 1991). El notario no solo gestiona la contraprestación a que está obligado, sino que por este medio hace valer su autoría; es decir, que ésta haya sido realizada conforme a la técnica y la legalidad, que el registrador comprueba y avala.

Son "obligaciones de resultado ... aquellas en las cuales el deudor se compromete a realizar a favor del acreedor una prestación determinada, a procurarle un resultado concreto. En las obligaciones de medios el deudor sólo promete diligencia y aptitud suficientes para que normalmente y no en forma necesaria se produzca el resultado apetecido por el acreedor" (ARMELLA, 1998). El notario debe inscribir, debe garantizar que los actos extra protocolares van a surtir los efectos previstos por el ordenamiento: ese es el resultado. El notario no puede emitir una autorización o certificación sin esta garantía, aunque el compareciente lo consienta, porque no se lo permite el segundo párrafo del artículo 15 Código Notarial. Este artículo es una garantía, su incumplimiento lleva aparejada una sanción de hasta seis meses de suspensión (artículo 144 inciso a. Código Notarial), más las consiguientes responsabilidades civiles derivadas de los daños ocasionados por la no inscripción del acto. En una jurisprudencia citada por Armella se confirma la clasificación de la obligación notarial: "...la obligación asumida por el primero (el escribano) es de resultado, comprometiéndose a entregar un instrumento válido en cuanto a las formalidades legales que él debe observar cómo autorizante, y a su inscripción en su caso, en el registro, para que el negocio jurídico ante él pasado adquiriera eficacia "erga omnes"<sup>26</sup>.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (1993) lo

26 Cam. Nac. Civ. 26/2/1987 citado por GULLO, María Gabriela y otros; Obligación de escriturar. En: ARMELLA, CRISTINA NOEMÍ (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.III, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Bs.As. 1998, Pág. 454.

pone en los siguientes términos: "El notario tiene la obligación de ser eficaz en sus resultados. El acta o la escritura por él redactados, deben satisfacer las necesidades de su cliente, realizando la fórmula jurídica y económica más adecuada".

Para el Tribunal de Notariado, no inscribir (ausencia de resultado) es una falta a la que no le aplican los términos de prescripción del artículo 164 Código Notarial, al decir<sup>27</sup> "...la omisión de inscribir documentos autorizados por notario, constituye una falta continua, por lo que en el tanto esa conducta omisa se mantenga, la falta no prescribe" . Concuérdese esta jurisprudencia con la parte final del artículo 144 inciso a. del Código Notarial: "Si, pasados seis meses de suspensión, el documento aún no hubiese sido inscrito, la sanción se mantendrá vigente hasta la inscripción final". Lo anterior significa que, si inscribe, antes de los seis meses, se le levanta la sanción.

WEISLEDER considera que la función asesora de los notarios es de medios y no de resultados<sup>28</sup>, pues el consejo es solamente una orientación que no lleva implícito un resultado; salvo, desde luego, que el consejo se traduzca en instrumento, en cuyo caso sí se exigirá el resultado.

Además, es muy importante determinar el tipo de obligación que tiene cada profesional, pues esto indica quien tiene la carga de la prueba cuando se trata de asentar responsabilidades:

"En las obligaciones de medio el acreedor debe probar el incumplimiento y la culpa del deudor; en las de resultado le basta probar el incumplimiento ya que la culpa del deudor se presume, debiendo éste probar la causa de su exoneración (por ejemplo, caso fortuito) (ARMELLA, 1998). Esto es independiente

27 VOTO # 46-2004, TRIBUNAL DE NOTARIADO: San José, a las once horas diez minutos del doce de febrero del dos mil cuatro. Ver VOTO N. 24-1999 TRIBUNAL DE NOTARIADO.- San José, a las 15:00 horas del 6 de octubre de 1.999.

28 Entrevista a Jaime Weisleder, Presidente del Instituto Costarricense de Derecho Notarial, (ICODEN), concedida el 24 noviembre del 2004.

de que la obligación tenga origen contractual o extracontractual; es decir, que el abogado o el notario provocaron daños a su cliente o compareciente, o a un tercero que no ha requerido sus servicios. En consecuencia, cuando un notario no inscribe, el acreedor lo único que tiene que probar es que el derecho aún está registrado a nombre del “derechohabiente” anterior. Al notario le corresponde probar las causas de exculpación. No sucede lo mismo con los abogados, a quienes no se les presume la culpa, sino que hay que probársela, además de probar, desde luego, el incumplimiento.

En el segundo párrafo del artículo 64. del Decreto de Honorarios se expresa: “Además de la confección del instrumento original, los honorarios de notario comprenden la asesoría del caso y la expedición del correspondiente testimonio, certificación o reproducción que deben extenderse así como los trámites de inscripción en el Registro Público que corresponda y la corrección de defectos atribuibles al notario cuando los hubiere”. Si el honorario cubre la inscripción, es porque ésta es obligatoria.

b) La obligación del abogado es de medios, es decir, el abogado solamente está obligado a poner al servicio del cliente toda su diligencia y ciencia, pero nunca debe garantizar el resultado, el éxito, pues éste no depende exclusivamente de él (artículo 33 CÓDIGO DE MORAL). Ciencia significa poner toda la técnica al servicio del cliente (conlleva el deber de actualización) y diligencia significa que hizo lo que tenía que hacer, que no perdió el caso por negligencia (por no acudir a una audiencia, no presentar una prueba, no hacer bien un interrogatorio, etc.). Lo natural es que en todo proceso haya un ganador y un perdedor, no podría entonces, el sistema castigar al abogado perdedor, pues ese es el presupuesto del sistema.

El CÓDIGO DE MORAL es muy claro al definir la siguiente obligación negativa: “No deberán (los abogados) asegurar nunca el éxito” (subrayado propio), y conseguir un cliente

sobre la base de una promesa de éxito es sancionado con una suspensión que puede llegar a los tres meses (artículo 33, 82 y 85 inciso a. CÓDIGO DE MORAL). A lo sumo se le permite al abogado exponer las “probabilidades razonables” del caso (artículo 33 del Código de Moral) y se le prohíbe “magnificar sus dificultades” (Idem) como mecanismo para magnificar los honorarios.

En el segundo párrafo del artículo 3º del Decreto de Honorarios encontramos “El cliente está en la obligación de cancelar a favor del profesional los honorarios correspondientes, independientemente del resultado en sede administrativa o jurisdiccional”, aunque al notario se le paga antes del resultado, eso no significa que sea una obligación de medios, significa precisamente que el resultado es el desenlace normal de sus servicios.

### **1. Pacto de “cuota litis”.**

Una consecuencia de lo anterior es que al abogado le es permitida la suscripción del pacto de “cuota litis”, no así al notario, precisamente porque el pacto de cuota litis está supeditado a los resultados. Es decir, como el abogado no puede garantizar el resultado, le está prohibido, le es permitido este contrato en el que solamente recibe remuneración si gana parcial o totalmente el proceso. Mientras que como el notario está obligado a garantizar el resultado no tiene sentido un pacto supeditado al resultado.

El abogado lo puede suscribir (artículos 76 Código Procesal Civil y 52 del CÓDIGO DE MORAL) siempre y cuando asuma las costas del proceso, no obtenga más de un 50% de las resultas y tenga éxito en su patrocinio. El único límite es que el abogado no obtenga bienes o derechos derivados del proceso (artículo 20 CÓDIGO DE MORAL).

Generalmente la doctrina ha considerado el pacto de “cuota litis” como inmoral <sup>29</sup> por

<sup>29</sup> Consultar GÓMEZ PEREZ, Rafael. Deontología Jurídica. Ed. Universidad Navarra SA, Pamplona, 1991, Pág. 178. Ver OSSORIO, Ángel. El Alma de la Toga. Ediciones Jurídicas

considerar que atenta contra el principio de igualdad de trato, y contra el principio de desinterés, porque es obligación del abogado poner toda su diligencia (el abogado le va a poner más ganas al proceso cubierto con pacto de cuota litis que al proceso por honorarios, puesto que con esto último caso tiene garantizados los honorarios, con el primero se corre el riesgo de trabajar de gratis, si pierde) en beneficio de su cliente y porque convierte al abogado en socio de la causa. Y lo que es peor: generalmente las personas que acuden al pacto de "cuota litis" son aquellas que no pueden pagar un abogado y en consecuencia no tienen otro camino que compartir con el abogado los resultados, por lo que el abogado lo que hace es aprovecharse de las necesidades de los más vulnerables.

Para aumentar los honorarios hay otros mecanismos, de acuerdo con los criterios prescritos en el artículo 48 del CÓDIGO DE MORAL. El abogado puede convenir los honorarios según las actuaciones esenciales del caso, los trabajos fuera del expediente, la importancia de los trabajos, la novedad y dificultad del caso, la experiencia y especialidad que requiera el caso, la situación socioeconómica del cliente, la estimación del tiempo que debe dedicar al caso, la regularidad con que el cliente utiliza sus servicios, el lugar donde deben prestarse los servicios. El aumento de honorarios se puede hacer mediante el contrato de servicios profesionales o mediante el pacto de "cuota litis", y es permitido cobrar más de los mínimos del Decreto de Honorarios siempre que el pacto sea escrito.

Por el contrario, el notario, por estar obligado a un resultado, no puede suscribir dicho pacto, a lo sumo le es permitido, según la complejidad del acto que va a autorizar, elevar hasta un 50% el arancel de ley (artículo 72 Decreto de Honorarios). No obstante, hay que señalar que el arancel distingue entre mínimos y máximos. En el primer caso se puede elevar el monto, siempre de acuerdo con

el compareciente y, en el segundo caso, se trata de mantener un tope, es decir, se puede aumentar vía pacto, pero no se puede pactar una disminución. Así lo indica el artículo 143 inciso f del Código Notarial que indica "El notario podrá cobrar honorarios mayores siempre que los haya pactado por escrito con su cliente y no superen en más de un cincuenta por ciento (50%) los establecido". No se puede cobrar menos, no solo porque lo diga la ley sino porque la Sala Constitucional había calificado la tabla de honorarios al equivalente de los "salarios mínimos" de los trabajadores (Resolución de la Sala Constitucional 4637-99)

Lo que sí le es permitido al notario es cobrar los honorarios por servicios profesionales y por separado los gastos (como gasolina para desplazar, viáticos, etc.) porque el honorario solamente paga el servicio profesional, pero no los gastos. El artículo 2 del Decreto inciso i. define los honorarios como la "Retribución o pago en dinero por servicios profesionales", de modo que se pueden facturar por separado los gastos en que incurrió el notario para lograr la escritura (papel, agua, luz, alquiler, secretaria, viáticos, etc. proporcionales, desde luego) según artículos 2 y 73 del Decreto de Honorarios.

En todo caso, tanto el Código Notarial en su artículo 143 inciso f. así como el CÓDIGO DE MORAL (artículo 83 inciso d. CÓDIGO DE MORAL) penan el cobro excesivo o menguado de honorarios, el excesivo porque es un abuso con los usuarios, el disminuido porque constituye competencia desleal. Tanto los notarios como los abogados deben competir por la calidad del servicio, no por precios.

## **2. Garantía patrimonial.**

Por otra parte, la garantía patrimonial que debe otorgar cada profesional también es distinta:

a) El Notario debe adquirir la Póliza de Responsabilidad Civil creada mediante Ley 10.057 del 29 octubre del 2021, para responder por

los daños y perjuicios que el notario provoque (artículo 9 Código Notarial), sin excluir su responsabilidad personal cuando tenga prenda con qué responder. La Ley prevé que en caso de que del notario indemnice al perjudicado con fondos de su propio peculio, el juez podrá reducirle la sanción impuesta (artículo 149 Código Notarial)

b) El abogado no otorga este tipo de garantías a sus clientes, no debe pagar pólizas de fidelidad ni cotizar para ningún fondo que responda por sus daños y perjuicios, debe, solamente, responder individualmente con su patrimonio, cuando lo tiene a su nombre (artículo 31 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS). Por ley el Fondo de Mutualidad, al que contribuye el abogado, ni siquiera es perseguible por los acreedores (artículo 31 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS). No existe ni en la Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas ni en el Código de Moral ninguna referencia a la responsabilidad civil del abogado, y deja este tema a la responsabilidad civil genéricamente.

c) En este orden de cosas, dado que la Sala Constitucional determinó que el notario público no es funcionario público (Resolución Sala Constitucional N O 008043-2017), en consecuencia, el Estado no tiene responsabilidad objetiva para cubrir los daños que el notario provoque.

### 3. Control disciplinario.

Por otra parte, el control de ambas profesiones es diverso, precisamente por su distinta naturaleza.

a) Los notarios tienen un control piramidal, pues son fiscalizados por la Dirección Nacional de Notariado, el Juzgado Notarial y el Tribunal Notarial, órganos estatales de fiscalización, disciplinarios, que no son nombrados por los notarios (artículos 22 y 169 del Código Notarial). Tan pública es la función notarial que esta es la única profesión en el país fiscalizada por órganos del Estado, mientras que,

el resto de las profesiones, incluida la abogacía, es controlada por los colegios profesionales que son entes públicos no estatales, que no pertenecen al organigrama del Estado, en las que opera el control entre pares, es decir, abogados controlando abogados, médicos controlando médicos, y así.

b) Los abogados tienen un control disciplinario horizontal, pues son los propios abogados los que eligen al Fiscal que instruirá sus procesos disciplinarios, y eligen a la Junta Directiva que aprobará sus sanciones disciplinarias (artículos 16 y 22 inciso 11 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS y 247 Ley Orgánica del Poder Judicial).

### 4. La prescripción disciplinaria.

a) Paradójicamente es más relajada la prescripción disciplinaria notarial que la abogadil, pues a los notarios las faltas disciplinarias, les prescriben a los dos años contados a partir del momento en que sucedieron los hechos que motivaron la queja, "... salvo si este fuere continuo y la reiteración oportuna de la acción o de la omisión impidiere el cumplimiento del plazo" (artículo 164 Código Notarial)<sup>30</sup>, de ahí que la prescripción civil y penal notarial tienen sus propios plazos que no afectan la prescripción disciplinaria notarial. Esto significa que, si un notario comete una falta disciplinaria, que a su vez tiene contenido penal, la falta penal se regirá por lo que indica el Código Penal, y la falta disciplinaria prescribirá a los dos años, por lo que un notario podría ser condenado penalmente y no necesariamente de manera disciplinaria. Es decir, en todos los casos, con las salvedades indicadas, los hechos notariales prescriben a los dos años, a pesar de que el notariado es una función pública y como tal debería te-

30 "... de acuerdo con el artículo 164 del CN, la acción disciplinaria prescribe en el término de dos años contados a partir de la fecha cuando se cometió el hecho que la origina, excepto en el caso de que el hecho fuere continuo, porque entonces la reiteración de la acción o de la omisión impiden el cumplimiento del plazo" (Voto N° 24 el Tribunal de Notariado de las 15:00 horas del 6 de octubre de 1999, CONSIDERANDO II)

ner plazos de prescripción mayores en beneficio de los usuarios. Por otro lado, los hechos que generalmente motivan las denuncias no siempre se conocen de inmediato, pues una falsedad ideológica, por ejemplo, puede conocerse años después de sucedida, cuando la víctima se entera de que ha perdido su propiedad porque un notario autenticó una firma falsa. El principio teórico que cobija esto es que los Registros son públicos y por tanto los interesados tienen dos años de oportunidad de saber si han sido víctimas de un notario; sabemos bien que no es costumbre consultar los registros para saber si seguimos siendo dueños de nuestra propiedad.

b) Además, la prescripción disciplinaria notarial se interrumpe con la notificación (164 Código Notarial), con lo cual un notario que logre esconderse podría beneficiarse del hecho de que no logren notificarle oportunamente. En cambio, la prescripción de las faltas se interrumpe con la presentación de la queja, le hayan o no notificado (87 Código de Moral)

c) La prescripción disciplinaria de los abogados también se produce a los dos años, pero contados a partir del momento en que la víctima tiene conocimiento de los hechos que motivan la queja, y, además, este plazo se extiende cuando la falta tiene implicaciones penales (artículo 87 CÓDIGO DE MORAL), de modo que ambas prescripciones están vinculadas por conexidad, lo cual significa que, si el asunto se ventila penalmente, mientras esté en sede penal, no corre el plazo de prescripción disciplinaria.

## **5. Vigencia de las sanciones e inhabilitaciones.**

Este es otro tema en donde las reglas son más laxas con los notarios que con los abogados.

a) La suspensión e inhabilitación de un abogado rige, desde el mismo día de la publicación en el Boletín Judicial (artículo 15 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS, 79 CÓDIGO DE MORAL). Aun-

que la ley establece su publicación en el Boletín Judicial, por tratarse el ejercicio de la función disciplinaria abogadil de naturaleza administrativa, se publica en la GACETA, diario oficial como dice el Código de Moral

b) La suspensión del notario rige ocho días naturales después de la publicación en el mismo medio (artículo 161 Código Notarial). Lo cual significa que un notario suspendido puede seguir cartulando durante ocho días después de la publicación.

Realmente resulta injustificable la laxitud con que la normativa trata al notario y la rigurosidad con que trata al abogado. Dado que el notariado es función pública y la abogacía función privada, el bloque de juridicidad debería ser más riguroso con el notario.

## **6. El efecto inhabilitante de las condenas penales.**

a) A los notarios se les puede inhabilitar durante todo el tiempo que estén presos por cualquier delito, por el período que sufran prisión preventiva (artículo 4 inciso d. Código Notarial) y durante todo el tiempo de la condena cuando se trata de delitos contra la propiedad, buena fe, administración de justicia, confianza pública o delitos relativos a la Ley sobre estupefacientes "...Este impedimento regirá por todo el plazo establecido en la sentencia condenatoria, sin posibilidad de ser disminuido por los beneficios que, de conformidad con la legislación procesal penal, puedan otorgarse al condenado" (ídem), según el artículo 4 inciso d. del Código Notarial. O sea, que, si un notario es condenado por los delitos preindicados y se le aplica la ejecución condicional de la pena o la libertad condicional, no es rehabilitado hasta que cumpla el plazo completo de la sentencia. En cambio, sí es condenado por otros delitos, por ejemplo homicidio o violación, solo es inhabilitado durante el tiempo que se encuentre preso, si sale en libertad condicional podría ser rehabilitado. Y si es condenado a pena privativa de libertad con ejecución condicional, si fuere por un delito

contra la propiedad, no podría ejercer hasta que se cumpla el plazo de la pena.

b) En el caso de los abogados la inhabilitación dura solamente el tiempo en que permanezca en la prisión, pues así lo interpretó la Procuraduría General de la República: “De lo expuesto en relación con estos artículos (10, 11 y 13) se desprenden, mediante la interpretación gramatical, conclusiones absurdas, tales como : Que en todo caso de condena, mediante la cual se aplique una pena de prisión, se dan los efectos de la .pena de inhabilitación”, y agregó: “De lo expuesto debe concluirse que las personas que han sido sentenciadas a una pena de prisión pero que se les ha otorgado la “condena de ejecución condicional” no tienen impedimento para incorporarse en el Colegio de Abogados y Abogadas o para mantener su membresía” (Dictamen 148 del 11 de agosto de 1997). Este criterio opera con intendencia del delito cometido.

A modo de conclusión, estas dos profesiones, aunque conexas, tienen fundamentos axiológicos diferentes y comportamientos patológicos diferentes, así como distintas exigencias técnicas y deontológicas, y están organizadas de manera distinta.

En este trabajo no se valora quién reporta un mejor comportamiento que otro; pero sí se hace una estimación: resulta evidente que, en Costa Rica al converger ambas profesiones en una misma persona, que deben enfrentarse con técnicas diferentes y principios axiológicos contradictorios, la frontera deontológica no siempre está claramente demarcada y esto influye en la patología de cada profesión, sobre todo en la notarial. Por ejemplo, la tentación que tienen los abogados-notarios de utilizar sus poderes notariales en beneficio de sus clientes, comporta un conflicto deontológico que los puede llevar a violentar el principio de imparcialidad notarial. Las soluciones a este problema pueden ser diversas, y deben tomar en cuenta: la ubicación, naturaleza y eficacia de los respectivos órganos de fiscalización. Igualmen-

te merecen reconsideración aspectos de la normativa disciplinaria. Tampoco se puede circunscribir el análisis a estos aspectos, pues solamente se apuntarían a los efectos y no a las causas de los problemas señalados.

Como no hay investigación sobre la etiología de las patologías profesionales, como se menciona anteriormente, cuando se aportan soluciones, generalmente se limitan al análisis del discurso dogmático (normativo) o a la imitación de experiencias extranjeras, sin saber siquiera si se adaptan a la realidad. Basta leer el expediente legislativo con el que se tramitó el Código Notarial, para saber que carece de un estudio que sustente su formulación, resultó un manojito de experiencias de expertos, pero no a un estudio sistemático científico del estado de la cosa. Por supuesto que este trabajo está inscrito en esa tradición de formular soluciones basadas únicamente en el análisis de discurso y en experiencias asistemáticas, o lo que es lo mismo, que solo considera los efectos de los problemas, sin haber cuantificado ni haber cualificado las causas de los fenómenos que se pretenden resolver. Al fin y al cabo, una de las características del Derecho es que debe formular soluciones prácticas, aun cuando, sobre algún tema, no tenga resueltos los fundamentos teóricos.

Si se desea una solución radical, como la que existe en otros países, habría que organizar ambas profesiones de manera independiente: o a las personas se les permite ser abogados o ser cartularios, eso eliminaría el conflicto deontológico entre ambas profesiones y podría permitir soluciones organizativas distintas a las vigentes. Evidentemente, el instinto gremialista haría políticamente inviable una solución de este tipo, de hecho, han existido iniciativas legislativas en este sentido, pero no han prosperado.

Tampoco sería conveniente convertir el notariado en una concesión, como ocurre en algunos países o en regímenes cerrados (númerus clausus) porque estas salidas más bien propiciarían privilegios con todos los in-

convenientes de los monopolios. El Magistrado GONZÁLEZ sobre la conveniencia de que el notariado se rigiera por el principio de “númerus clausus” sostiene: “Hay que garantizar la probidad y la capacitación. A mí me preocupa que se hagan anillos de privilegio. El número me preocupa porque enquistamos feudos. Entonces luchar por aquel notariado es una cosa bárbara. Pero es que garantizamos la probidad y la excelencia, pero a qué costo. Entonces vemos los grandes notarios muy adinerados, sin la posibilidad de que nadie ingrese en ese fenómeno y un montón de asistentes que son los que lo sostienen. Es casi como hacer élites y limitar el derecho al trabajo y luego aquello sirve para corrupción ¿Cómo llego a ese cargo? A mí me da temor.”<sup>31</sup>

### III. Cuadro comparativo

#### Comparación deontológica entre notarios y abogados

NOTARIOS	ABOGADOS
Para ser notario se requiere ser abogado (Artículo 3-c Código Notarial).	Para ser abogado, no se requiere ser notario (Artículo 2 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS).
Cuando se le suspende como notario, no necesariamente se le suspende como abogado.	Cuando es suspendido como abogado, necesariamente es inhabilitado como notario (salvo el notario consular) (Artículo 148 Código Notarial).
Delegación estatal (Artículo 12 Código Notarial).	Función privada (Artículos 2 y 3 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS, Artículos 14-31-39 CÓDIGO DE MORAL).
Función Pública, ejercida privadamente (Artículo 1 Código Notarial).	Función privada, que puede ser ejercida en forma pública o privada (Artículo 3 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS).
Representa al Estado (Artículo 35 Código Notarial).	Representa a una de las partes (Artículo 14-31-39-44 CÓDIGO DE MORAL).
Imparcial (Artículo 35 Código Notarial).	Parcial (Artículos 14-31-39-44 CÓDIGO DE MORAL).
Para garantizar imparcialidad: régimen de prohibiciones (Artículo 7 Código Notarial).	No tiene régimen de prohibiciones propio.
Tiene rogantes, otorgantes, partes o comparecientes (Artículo 39 Código Notarial).	Tiene clientes (Capítulo IV CÓDIGO DE MORAL).
Legitima y autoriza actos (Artículo 34-c-e Código Notarial).	Trata de legitimar o deslegitimar actos (Artículo 25 CÓDIGO DE MORAL).
Cartula (en nombre del Estado, no tiene clientes, no tiene patrocinados) (Artículo 33 Código Notarial).	Aboga (en nombre de su patrocinado o cliente).
Actúa donde hay acuerdo. Solo concilia (Ej. Artículo 134-a-c Código Notarial).	Actúa donde hay conflicto. Concilia o confronta. (Artículos 35-22 CÓDIGO DE MORAL)
Actúa en sede voluntaria (Ej. Artículo 135 Código Notarial).	Actúa en sede contenciosa (Artículo 22 CÓDIGO DE MORAL).
Actúa con ambas partes, salvo actos unilaterales.	No puede tratar con la contraparte, solo con el abogado que la dirija (Artículo 69 CÓDIGO DE MORAL).
Papel en el contrato: búsqueda de equilibrio	Papel en el contrato: defensa del cliente (Artículo

31 Entrevista al Doctor Oscar González, Magistrado de la Sala Primera, el 1° de diciembre del 2004.

(Artículo 35 Código Notarial).	39 CÓDIGO DE MORAL).
Función rogada (solo actúa a petición de parte) (Artículo 36 Código Notarial).	Libre aceptación o actuación de oficio (Artículo 37 CÓDIGO DE MORAL).
Debe justificar la negativa a dar el servicio. (Artículos 6 y 36 Código Notarial).	No debe justificar la negativa a dar el servicio (Artículo 37 CÓDIGO DE MORAL).
No puede ser funcionario público (salvo los cónsules y notarios del Estado, según artículo 5 inciso c. Código Notarial).	Puede ser funcionario público (Artículo 7 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS, 27-80 CÓDIGO DE MORAL).
Está obligado a tener oficina abierta al público (Artículo 3e, 4b, 148 Código Notarial).	No está obligado a tener oficina abierta al público (Artículo 28 CÓDIGO DE MORAL).
Obligación de resultados (Artículo 144 a Código Notarial).	Obligación de medios (Artículo 33 CÓDIGO DE MORAL).
No admite pacto de cuota litis (Artículo 72 Decreto de Honorarios).	Admite pacto de cuota litis (Artículo 238 Código Procesal Civil, Artículo 52 CÓDIGO DE MORAL).
Póliza de Responsabilidad Civil (Artículo 9 Código Notarial).	Solo responde con su patrimonio (Artículo 31 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS).
Responsabilidad individual (Artículo 9 Código Notarial).	Responsabilidad individual.
Control piramidal (Dirección Nacional de Notariado) (Artículo 22 y 23 Código Notarial) y Juzgado Notarial (Artículo 169 Código Notarial).	Control horizontal (Colegio de Abogados y Abogadas) (Artículos 22 inc. 11 y 16 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS).
Lo controla la Dirección Nacional de Notariado y los juzgados notariales (Artículo 22 y 169 Código Notarial)	Lo controla el Colegio de Abogados y Abogadas (Artículo 22 inc. 11 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS y Artículo 247 de Ley Orgánica del Poder Judicial)
Prescripción disciplinaria: 2 años, (Artículo 164 Código Notarial). Contados a partir de la comisión de los hechos.	Prescripción disciplinaria: 2 años y otras formas de prescripción (Artículo 87 CÓDIGO DE MORAL). Se cuenta desde el momento en que la víctima tiene conocimiento.
La suspensión o inhabilitación entra a regir 8 días después de publicada en el Boletín Judicial (Artículo 161 Código Notarial).	La suspensión entra a regir a partir de su publicación en LA GACETA (Artículo 79 CÓDIGO DE MORAL).
La suspensión de un notario se mantiene, por ciertos delitos, durante por todo el plazo de la sentencia, aunque no esté en prisión (Artículo 4-d Código Notarial).	La suspensión de un abogado se mantiene mientras esté en prisión (Dictamen 148-97 Procuraduría General de la República).

## Referencias Bibliograficas:

Carnellutti, F. (1954). La figura jurídica del notario. Tr. Sergio González. Editorial Reus, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo VIII, Madrid.

Celeste, G. (2004). La imparcialidad del notario: garantía de orden contractual. En: XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

De La Torre Díaz, F. (2000). Ética y deontología jurídica. Ed. Dykinson S.L., Madrid.

Delgado De Miguel, F. (1998). Pautas para la elaboración de aportes doctrinales, XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (1998) En: ARMELLA, C. (1998) (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Bs.As.

El arte notarial en México. (2004). Ed. Casa Aldo Manuzio, México.

Faus Estevbe, R. (1974). Examen de conciencia a los 100 años de la Ley. En: Jornadas Notariales de Poblet (años 1962-1971), con la colaboración de los colegios Notariales de Barcelona, Zaragoza, Valencia, Madrid, La Coruña, Valladolid, Sevilla y Brugos, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona.

Figueroa Márquez, D. (2004). La imparcialidad. Atributo de la función notarial. En: XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

Fraguas, R. (1974). Proyectos para el porvenir, Jornadas Notariales de Poblet, Colegio de Notarios, Barcelona.

Frese, A. (1998). Incompatibilidades e inhabilidades. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l.,

Villela Editor, Buenos Aires.

Garrido Cerda, E. (1995). Funciones públicas y sociales del notariado. En: XXI Congreso Internacional de Notariado Latino, Berlín, 1995. Gráficas Minaya, Guadalajara.

Gaupp, R. (1998). La importancia del Código deontológico notarial para clientes, colegas y estado. En: XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (Ponencias de la delegación alemana) Bs.As.

Gómez Pérez, R. (1991). Deontología Jurídica. Ed. Universidad Navarra SA, Pamplona.

Guillo, M. y otros (1998). Obligación de escriturar. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.III, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos Aires.

Highton, E. (1998). El escribano como tercero neutral, Rev. Not. 850-87, 1997. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos Aires.

Jiménez Carmiol, M. (1998). Op. Cit., Pág. 5) En el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino de Lima 1981, consideró: (En: Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Bs As.

Larraud, R. y otros. Curso de Derecho Notarial, Depalma, Buenos Aires (1966).

Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Buenos Aires.

Mora Vargas, H. (1999). Manual de Derecho Notarial, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José.

Ortiz Rivas, H. (1993). Ética Notarial. Ediciones

Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.

Ossorio, A. (1989). *El Alma de la Toga*. Ediciones Jurídicas EuroAmerica. Buenos Aires.

Paz, J. (1939). *Derecho notarial argentino*. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires.

Peisino, C. (1998). Asesoramiento. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada*. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos Aires.

Peisino, C. (1998). Imparcialidad. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada*. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos Aires.

Pelosi, C. (1980). *El documento notarial*. Ed. Astrea, Buenos Aires.

Pérez Fernández Del Castillo, B. (1993). *Ética Notarial*. Editorial Porrúa S.A., México.

Romero Herrero, H. (1998). La deontología notarial en relación con los clientes, en relación con los compañeros y en relación con el Estado. En: Ponencias del notariado español, al XXII Congreso Internacional de notariado latino, Buenos Aires, 1998. Publicado por el Consejo General del Notariado Español, Madrid.

Schnirman, L. (1998). Investidura. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada*. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos Aires.

Siri, F. (1998). Competencia. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada*. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos

Aires.

Viguri Perea, A. (2000). Algunos aspectos de la actividad notarial como pilar fundamental del tráfico jurídico. En *Ars Notariae (El Arte Notarial)*, dirigido por Joaquín Serrano Yuste y otra. Ed. Fundación Caja Castellón-Bancaja.

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764.

Carta de Álvaro Torres Vicenzi de 25 de octubre de 1996, en Expediente Legislativo N° 7764 # 5/11, folio 1365.

Carta de Álvaro Torres Vicenzi de 25 de octubre de 1996, en Expediente Legislativo N° 7764 # 5/11, folio 1350.

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764 Folio 1644- 6/11

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764 # 2/11, folio 492. Intervención del señor Henry Vega Salazar.

Revistas:

Arias Sancho, M. y otra. (2001). *La Dirección Nacional de Notariado como ente rector de la actividad notarial en Costa Rica*. Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José.

Ayub Rojas, Z. y otras. (1999). *Código Notarial: régimen disciplinario, historia, alcances y evolución*. Informe de Seminario de Graduación presentado para optar al Grado de Licenciados en Derecho, en la Universidad de San José.

Barrantes Gamboa, J. (2001). *La función notarial*. En: *IVTITIA notarial y registral*. N° 2 San José, Noviembre-diciembre.

Bhürmann, S. (1971). *Revitalización de los valores esenciales del notariado*. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Buenos Aires*. N° 796.

Calvo Masís, A. (2003). El papel del Ministerio Público en Materia Notarial. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Derecho, UCR.

Castillo Prado, M. (1987). Elementos subjetivos en la función notarial. Tesis de grado para optar el grado de Licenciada en Derecho, UCR, San José.

Delgado De Miguel, J. (1993). La función notarial. VI Jornada Notarial Iberoamérica, Quito. Consejo General del Notariado, México.

Fessler, H. (1984). El cometido Social de la Redacción Imparcial. Revista Internacional del Notariado, N° 80, Buenos Aires.

Figa Faura, L. El deber de consejo del notario. Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 776.

García Cima De Esteve, E. (1997). Editorial de la Revista Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. N° 73- 1997-1.

Garrido Melero, M. (2004). La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual. XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

Gattari, C. (1997). Manual de Derecho Notarial, Ed. Depalma, Buenos Aires.

<https://semanariouniversidad.com/opinion/la-competencia-desleal-entre-notarios/>

Icoden. Jiménez Carmiol, M. (2003). LA NACIÓN, 1 junio 2003, Viva

Isotti, A. (1979). El notario, profesional liberal. Revista Internacional de Notariado. N° 75, Buenos Aires.

Kralik, W. (1982). El deber de informar el notario. Revista Internacional de Notariado. N° 78, Buenos Aires.

Lamber, R. (1997). Dictamen Comisión de Consultas sobre Secreto Profesional. Revista

Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 927.

Lasgna, J. (1975). Figura jurídica y función del notario. Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 823.

Márquez González, J. y otro. (1998). La Deontología Notarial frente a los clientes, al colega y al Estado. Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 930.

Martinez Segovia, F. (1989). Responsabilidad disciplinaria. Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 903

Ott, W. (1998). El notario como garante de la seguridad jurídica en la economía de mercado. XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (Ponencias de la delegación alemana) Buenos Aires.

Oviedo Sánchez, A. (2003). Delitos cometidos en sede notarial y su responsabilidad penal. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, UCR, San José.

Pérez Montero, H. (1981). Necesidad social de la imparcialidad del notario. Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 854.

Pérez Sanz, A. (1991). El Notario y la Sociedad. Revista Internacional de Notariado. Unión Internacional de Notariado Latino. N° 87, Buenos Aires.

Pio XII (1998). Último discurso pronunciado al V Congreso de Unión Internacional de Notariado Latino (5-10-58). Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Buenos Aires.

Rodríguez Adrados, A. (1981). El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 858.

Sáenz Juárez, L. (1984). La imparcialidad del

Notario Latino en la Realidad. Revista Internacional del Notariado, N° 80, Buenos Aires.

Sandí Baltodano, G. (2002). La función notarial en Costa Rica. IVSTITIA notarial y registral. N° 3, San José, marzo-abril.

Trigo Represas, F. (2000). Responsabilidad civil del Escribano Público. Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 937.

Trigo Represas, F. Responsabilidad de los abogados y escribanos. Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 870.

Resoluciones:

Directriz Dirección Nacional de Notariado N° 001-99, CONSIDERANDO I

Directriz Dirección Nacional de Notariado N° 015-99, CONSIDERANDO VI

Lineamientos: Consejo Superior Notarial en sesión 002-2014 del 29 de enero del 2014

Lineamientos: Resolución de la Dirección Nacional de Notariado de las 16:20 horas del 6 de julio del 2005

Resolución de la Sala Constitucional 3932-95; 2000-07874; 4675-03, 2349-03, 4444-00; 4451-02, 11932-01, 5496-00, 5797-98, 1019-97, 2531-94, 1770-94, 1045-94, 316-93; 649-93; 5417-03

Tribunal de Notariado, Voto N° 46-2004

Tribunal de Notariado Voto N° 130-2001

Tribunal de Notariado Voto N° 24-1999

Códigos y otras normas

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código de Deberes Jurídicos,

Morales y Éticos del Profesional en Derecho (Código Deontológico del Colegio de Abogados y Abogadas) del 10/01/2005. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=54060&nValor3=94777&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=54060&nValor3=94777&strTipM=TC)

Por razones de espacio y de facilidad de lectura hemos denominado al Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho del Colegio de Abogados y Abogadas: CÓDIGO DE MORAL.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código Notarial del 22/11/1998. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683)

Entrevistas:

Alicia Bogarín, Directora de la Dirección Nacional de Notariado, en entrevista concedida el 11 de noviembre del 2004.

Gladis Herrera Raven, Notaria Pública del Estado, de la Procuraduría General de la República, 15 de noviembre del 2004.

Jaime Weisleder, Presidente del Consejo Superior Notarial, el 24 de noviembre del 2004.

Oscar González, Magistrado de la Sala Primera, realizada el 1° de diciembre del 2004.

# INFORMACIÓN NO DIVULGADA Y SECRETOS COMERCIALES.

*Undisclosed Information and Trade Secrets.*

## M.SC. DANIEL ALBERTO JIMÉNEZ MEDRANO

- Licenciado en Derecho de la Universidad Hispanoamericana.
- Máster en Derecho Comercial de la Universidad Latina.
- Docente universitario de Juicios Universales .
- Doctorando en Derecho Procesal Civil y Derecho Comercial de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Autor de ensayos jurídicos.
- Juez Civil .





# INFORMACIÓN NO DIVULGADA Y SECRETOS COMERCIALES.

## *Undisclosed Information and Trade Secrets.*

### **Resumen.**

Por medio del presente ensayo, se abordará la información no divulgada, desde la óptica de la propiedad intelectual, explorando su dinámica cotidiana, así como los retos, riesgos y beneficios que implica su utilización, en aras de promover la difusión de dicha regulación, que es de vital importancia, para los comerciantes. A su vez, se abordarán las respuestas ante una eventual vulneración, y su abordaje a nivel judicial.

### **Summary.**

Through this essay, undisclosed information will be addressed from the perspective of intellectual property, exploring its daily dynamics, as well as the challenges, risks and benefits involved in its use, in order to promote the dissemination of said regulation, which is of vital importance for merchants. In turn, the responses to a possible violation will be addressed, and their approach at the judicial level.

### **Palabras clave.**

Información no divulgada, obtención lícita e ilícita, transmisión de la información, protección judicial.

### **Keywords.**

Undisclosed information, legal and illegal obtaining, transmission of information, judicial protection.

### **Contenido.**

I. Introducción, II. Desarrollo Histórico de la

Información No divulgada. a. Conceptualización III. Características a. Medidas de protección. b. Diferencia con otras figuras IV. Obtención lícita e ilícita de la información no divulgada. a. Transmisión del secreto comercial V. Retos del secreto comercial VI. Datos de prueba VII. Protección Administrativa y Judicial de la información no divulgada VIII. Conclusiones

### **Abreviaturas.**

ADPIC: Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

LPPFTDP: Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales.

LIND: Ley de Información No Divulgada.

OMPI: Organismo Mundial de la Propiedad Intelectual.

RLIND: Reglamento a la Ley de Información. No Divulgada.

UE: Unión Europea.

### **I. Introducción.**

Dentro del extenso mundo de la propiedad intelectual, pocas veces se le da la importancia requerida a la información no divulgada, también denominada secretos comerciales. En este entendido, mediante una metodología descriptiva, se procederá a analizar la normativa internacional de la Unión Europea y española, así como la normativa nacional relacionada a esta dinámica, partiendo previamente de un desarrollo de sus generalidades, de las diferenciaciones respecto a otras figuras de la propiedad intelectual, y de los aspectos esenciales que recubren esta materia, como es el caso de la operatividad comercial de dichos secretos, de su transmisión,

explotación, y protección.

Si bien con lo anterior no se pretende agotar el tema, se busca plantear cuestionamientos novedosos, y que sirva de base para una concepción al menos general de su aplicabilidad en el país, así como brindar recomendaciones para afrontar los retos actuales.

Sobre el particular, resulta de interés la exposición de motivos de la reciente ley española 01/2019, denominada Ley de Secretos Empresariales, que indica:

“La innovación es un importante estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos y propicia la emergencia de modelos empresariales basados en la utilización de conocimientos adquiridos colectivamente. Las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público-privada y de la innovación en investigación, con el objetivo de proteger información que abarca no solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado. Sin embargo, las entidades innovadoras están cada vez más expuestas a prácticas desleales que persiguen la apropiación indebida de secretos empresariales, como el robo, la copia no autorizada, el espionaje económico o el incumplimiento de los requisitos de confidencialidad. La globalización, una creciente externalización, cadenas de suministro más largas y un mayor uso de las tecnologías de la información y la comunicación, contribuyen a aumentar el riesgo de tales prácticas.”

De esta manera se pone de manifiesto, la importancia que ha recobrado esta temática, destacando que la información no divulgada no es lo mismo que una patente, y que la misma cuenta con un marco normativo de protección, pudiéndose exigir judicialmente

el resguardo de la confidencialidad, y los daños y perjuicios causados por una obtención o divulgación ilícita de dicha información.

## **II. Desarrollo histórico y conceptualización de la Información No Divulgada.**

Resulta importante analizar a grosso modo, cuál ha sido el desarrollo histórico de los secretos comerciales y su protección jurídica. En principio se hablaba de derechos profesionales, y fueron regulados desde una óptica de los derechos de la personalidad, visto desde la esfera de la intimidad, en relación con el buen nombre del empresario, tal y como lo expresa la autora Fernández (2017, p.24).

Ahora bien, dicha concepción hay que destacar, corresponde a un ámbito incipiente de la actividad empresarial, donde la misma era llevada a cabo por personas físicas. Precisamente, la evolución del comercio y el establecimiento de empresas, planteó nuevos panoramas, generadores de críticas a esa concepción básica, ya que a las personas jurídicas, se les achaca carecer de derechos de la personalidad.

Producto de lo anterior, empieza a evolucionar el bien jurídico tutelado, hasta arribar a la protección de un bien de naturaleza patrimonial, como es el caso de la propiedad. Expresa la autora Fernández (2017., p.25), que esto supuso el reconocimiento del valor económico que el secreto industrial representa, donde privó la intención de proteger los resultados del trabajo.

Precisamente, respecto a la condición patrimonial de propiedad que protege el secreto industrial, la autora Belén et al (2019, p.16) citando la sentencia del Tribunal Supremo de España, del 04 de mayo del 2005, establece:

“... el secreto industrial no protege una hipotética esfera de reserva o intimidad empresarial, ha dicho autorizada doctrina, sino que preserva los resultados del propio esfuerzo y el fomento del avance industrial y comercial.

El derecho al secreto industrial es de contenido patrimonial, que no puede ser equiparado al derecho fundamental a la intimidad” Ahora bien, parece ser que de igual manera esa es la cultura ideológica que sigue Costa Rica, según se desprende del numeral 47 de la Constitución Política, el cual indica:

“Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley”

Si bien dicha norma no habla de los secretos comerciales, lo cierto del caso es que podría tener una extensión analógica, en el sentido de dicha norma realiza un enfoque de protección desde el ámbito de la propiedad.

Lo anterior también nos lleva al hecho, de que el ordinal 41 de la citada carta magna, establece que, ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su propiedad.

De todo lo anterior se desprende, que los secretos empresariales deben ser protegidos y por ende, el titular de las mismas, tiene derecho a reclamar las reparaciones correspondientes.

Lo cierto del caso, es que Costa Rica positivizó dicha protección de forma expresa, por medio de forma posterior.

## **II. a. Conceptualización.**

El término de información no divulgada es un término que no resulta familiar para la mayoría de las personas, al contrario, existen otras denominaciones que resulta más comunes, como es el caso de los secretos comerciales. Indistintamente de uno u otro, ambos convergen en el mismo significado; así las cosas, resulta fundamental conceptualizar la información no divulgada, a efectos de sentar las bases iniciales de la presente investigación.

En primera instancia la autora Fernández

(2017, p.142) señala, que conceptualizar dicho término, resulta complejo, ya que es un concepto amplio, por lo que considera incorrecto acudir a una definición cerrada, por el riesgo de dejar por fuera todas las modalidades existentes. Dentro de la amplitud a la que se refiere, indica que existe una basta tipología de información, dependiendo esa diversidad del tipo de empresa o sector de producción, y por último, que la condición de secreto depende de las medidas que el titular adopte para su reserva, sin que se pueda realizar una valoración abstracta de la misma.

Sabiendo de antemano lo anterior, se procederá a externar algunos conceptos de interés. En este sentido, la OMPI los describe de la siguiente manera:

“Los secretos comerciales son derechos de propiedad intelectual (PI) sobre información confidencial que pueden ser vendidos o concedidos en licencia”

El autor Pooley (2013), define dicha figura de la siguiente manera:

“Dicho sencillamente, un secreto comercial es información que no se desea que conozca la competencia.”

## **III. Características.**

Por otro lado, otros textos en lugar de conceptualizar prefieren referirse al mismo, partiendo de sus características. En este sentido, la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo del 08 de junio del 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, establece en su artículo 2 lo siguiente:

“A los efectos de la presente Directiva se entenderá por:

1) «secreto comercial»: la información que reúna todos los requisitos siguientes: a) ser se-

creta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; b) tener un valor comercial por su carácter secreto; c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control;”

En sentido similar, el ADPIC en su artículo 39 párrafo segundo, establece:

“2. Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información:

a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y

b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.”

A nivel nacional, la Ley de Información No Divulgada, señala en su artículo 2:

“ARTÍCULO 2.- Ámbito de protección. Protégese la información no divulgada referente a los secretos comerciales e industriales que guarde, con carácter confidencial, una persona física o jurídica para impedir que información legítimamente bajo su control sea divulgada a terceros, adquirida o utilizada sin su consentimiento por terceros, de mane-

ra contraria a los usos comerciales honestos, siempre y cuando dicha información se ajuste a lo siguiente:

a) Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información.

b) Esté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreta.

c) Tenga un valor comercial por su carácter de secreta.

La información no divulgada se refiere, en especial, a la naturaleza, las características o finalidades de los productos y los métodos o procesos de producción. (...)”

Como se observa de las diversas normativas citadas, existe un consenso de las características que definen a un secreto empresarial. Tal y como lo señala el jurista Fernández (2017, p.143), los elementos que permiten identificar un secreto de empresa, son tres: en primer lugar, que la información ha de tener carácter reservado, entendiendo por tal que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por las personas que pertenecen al círculo donde normalmente aquella se utiliza; en segundo lugar, que el titular de la información debe manifestar su voluntad de mantener en secreto la misma, adoptando para ello medidas razonables en el caso concreto; y, en tercer lugar, debe tener un valor empresarial.

Inicialmente, se podría concluir que no toda información es objeto de protección dentro del ámbito de los secretos comerciales. Dicha connotación depende de la calidad e importancia de la información obtenida, que la dote de un valor económico, por la ventaja competitiva que representa o por lo

esencial dentro del funcionamiento empresarial, y que además exista restricción de acceso a la dicha información, sin que sea de conocimiento popular dentro del ámbito de acción.

Sería un error pretender identificar si una información es secreta o no, por el número de personas que conozcan la misma; lo anterior no constituye un parámetro definitorio, por cuanto lo realmente importante en su determinación, es la facilidad de acceso a dicha información.

La OMPI al momento de desarrollar dichas características expresa:

“Existen diversas líneas de investigación para determinar qué información constituye un secreto comercial.

o **Carácter secreto:** el grado en que la información es conocida por el público o en un comercio o sector en particular. La información puede compartirse con empleados y socios comerciales, pero no puede estar disponible públicamente;

o **Valor comercial:** el valor de la información para el comerciante y sus competidores, el alcance de las medidas tomadas por el comerciante para conservar la información en secreto y la facilidad o dificultad con que la información podría ser adquirida por otros de manera apropiada;

o **Esfuerzos razonables encaminados a mantener el secreto:** la cantidad de esfuerzo y dinero invertidos por el comerciante en elaborar la información secreta. La ley no exige a la persona que declara un secreto comercial que logre mantenerlo en secreto completamente. Ahora bien, sí que le exige que haga algún esfuerzo por conseguirlo.”

En otro orden de ideas, los autores Belén, Palomar, Sanjuán y Molina (2019, p.16) señalan que los secretos empresariales, podrían clasificarse en: conocimientos técnicos, información empresarial, información tecnológica.

Lo anterior resulta primordial, porque los secretos empresariales no solo versan sobre

el conocimiento técnico, también llamado “know how”, esto también tiene relación con esa información empresarial y tecnológica, tanto desde los conocimientos de mercado, como información financiera, etc.

Sobre el tema de confidencialidad, expresa dicho organismo internacional, que existe una valoración subjetiva y otra objetiva, respecto a la primera, algunos países no les basta con la transmisión de la información se realice con carácter de confidencial, sino que también se valoran los esfuerzos realizados para mantenerla en secreto. Desde el ámbito objetivo, para ser considerado secreto comercial, la información debe ser conocida por un grupo limitado de personas, y no debe ser de conocimiento general de la competencia o sector empresarial.

Lo anterior permite concluir, que la confidencialidad debe ser valorada desde un punto casuístico, donde se debe tomar en cuenta el tipo de empresa, la actividad que se realiza, la importancia de la información, los mecanismos de protección, y el costo de esto en comparación con el valor comercial de dicha información.

### **III.a. Medidas de protección:**

En este sentido, el autor Astudillo (2019, p.30) expresa:

“El etiquetado o los sellos con advertencias o indicaciones del carácter secreto o confidencial de la información es un medio mundialmente aceptado para dar cumplimiento al requisito de «tomar medidas razonables para mantener dicho carácter». Constituyen manifestaciones suficientes de voluntad del poseedor legítimo de la información de preservar el secreto de la información suministrada a un tercero”

Otro planteamiento lo realiza Dittmer y Pooley (2021) quienes señalan:

“El aspecto más complejo se refiere a reconocer y aplicar medidas de seguridad que

sean “razonables,” pues todo tipo de control supone un cierto costo, ya sea pecuniario o en eficiencia, o ambas cosas (piénsese, por ejemplo, en la incomodidad de aplicar un mecanismo de autenticación de doble factor, en el que el usuario debe esperar que se le envíe por teléfono un código único). Un tribunal será el que decida qué es razonable en cada circunstancia, teniendo en cuenta el entorno de riesgo de una empresa, el valor de la información, la amenaza de pérdida y el costo de las medidas destinadas a mitigar los riesgos.”

El autor García (2022, p.87) manifiesta, que las medidas deben ser duraderas y dinámicas, en el entendido de que dicho cuidado se debe mantener por todo el tiempo del secreto, y que además requiere ser dinámico para irse adoptando a las vicisitudes empresariales, como sería el caso de otorgamiento de licencias, o cambio de personal interno.

Como se indicó, para que sean protegidos los secretos comerciales estos requieren ser confidenciales, aspecto que también va ligado, con las medidas de protección que ejerza el propietario, en aras de dotarla de dicha característica a la información.

El escrito Hull (2019) brinda una serie de prácticas para evitar las amenazas internas y externas que retan la condición secreta de dicha información.

Dentro de las medidas que resalta se encuentran los sistemas de protección tecnológica, para contrarrestar las amenazas cibernéticas. Estas medidas podrían ser desde sistemas de antivirus, pasando por el establecimiento de contraseñas, hasta la utilización de mecanismos encriptados.

También habla de la existencia de controles físicos, desde sistemas de seguridad físico como puertas, cajas fuertes, zonas de acceso restringido, etc. En igual sentido se habla de la seguridad documental, que va relacionado con la demarcación de confidencialidad de la información, y la custodia ade-

cuada de dicha documentación.

Por otro lado, el pacto de cláusulas específicas en los contratos de trabajo, donde se resguarden los secretos comerciales, que, a su vez, vaya acompañado de capacitación de las políticas de confidencialidad empresarial, y una labor constante y adecuada de supervisión de las actividades de los empleados.

Al mismo tiempo, el establecimiento de cláusulas de confidencialidad en los contratos comerciales con terceras personas, donde se informe de la confidencialidad de la información y de los acuerdos de no divulgación.

Todas las anteriores medidas, resultan esenciales no solo para custodiar la información, sino para dotarla de esa condición subjetiva de la confidencialidad, en aras de poder demostrar dicha característica esencial, ante un eventual conflicto.

### **III.b. Diferencia con otras figuras jurídicas:**

Existen ciertas figuras jurídicas, que ya sea por su naturaleza o por su denominación, pueden prestarse a confusión, por lo que se requiere efectuar una aclaración en este sentido.

Existe una diferencia entre los secretos de fabricación y secretos comerciales. Indica la OMPI que una gran cantidad de países diferencian entre los secretos de fabricación (industriales) y los secretos comerciales, lo cual tiene implicación en el derecho aplicable (penal, consumidor, etc). Sobre el particular expresa: “La primera categoría de secretos comerciales guarda relación con la información de carácter puramente técnico, como métodos de producción, fórmulas químicas, proyectos o prototipos. Esa información podría ser una invención patentable pero, en general, la patentabilidad de la información en cuestión, en particular la novedad en el sentido del Derecho de patentes, no es necesaria para proteger el secreto. Los secretos comerciales son métodos de venta, métodos

de distribución, tipos de contrato, programas empresariales, información de acuerdos sobre precios, perfiles de cliente, estrategias de publicidad y listas de proveedores o clientes. Por lo general, los temas sujetos a secretos comerciales se definen más bien de modo genérico y la resolución final sobre qué información puede ser un secreto comercial dependerá de las circunstancias propias de cada caso." En lo particular, solo resta destacar, que ambos conceptos pueden confluir dentro de la información no divulgada.

Otra figura que vale la pena diferenciar, tiene relación con las patentes; según el artículo 1 y 2 de la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, establece que será una invención: toda creación del intelecto humano, capaz de ser aplicada en la industria, que cumpla las condiciones de patentabilidad previstas en esta ley. Podrá ser un producto, una máquina, una herramienta o un procedimiento de fabricación y estará protegida por la patente de invención; además debe ser nueva, con nivel inventivo, y de aplicación industrial. Precisamente estas características hacen que muchos de los temas que cubre la información no divulgada, no calcen dentro del ámbito de las patentes.

Dentro de los motivos por los cuales en ocasiones se prefiera la figura del secreto comercial por encima de la patente, explica la OMPI se debe a:

"En el módulo 4 se explica que toda invención, ya sea un producto o un proceso, y en cualquier campo de la tecnología, puede protegerse por patente, a condición de que sea nueva, entrañe actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. La capacidad competitiva en el mercado suele depender de las innovaciones técnicas y de los conocimientos vinculados a ellas en el campo de la industria o el comercio. Ahora bien, esas técnicas y conocimientos no siempre pueden protegerse mediante patentes. Puede haber descubrimientos o informaciones de carácter técnico que estén suficien-

temente avanzados y ofrezcan una ventaja comercial valiosa a su artífice, pero que no presenten el carácter inventivo o novedoso necesario para poder patentarlos. Por otro lado, mientras se tramita la solicitud de patente, y siempre que la información que desea patentarse no se haya divulgado públicamente, el propietario de esa información deberá ser protegido ante cualquier divulgación ilícita de información que pueda realizar otra persona, independientemente de si la solicitud da lugar finalmente a la concesión de una patente."

En lo que respecta a los riesgos de preferir la información no divulgada por encima de las patentes, se encuentra que el primero de estos no garantiza una explotación exclusiva, en el entendido de que, si una tercera persona adquiere de forma lícita los mismos conocimientos, no se puede imponer limitantes en su explotación

De forma resumida se podría concluir sobre este particular, que no toda información es objeto de protección mediante patentes; y aunque calcen en ambas categorías, los empresarios deben considerar si el valor del secreto comercial amerita protegerla por la vía de la patente; tomando en cuenta el beneficio de exclusividad que otorga la patente, pero siempre por un tiempo limitado, mientras que el uso exclusivo del secreto empresarial, si bien genera una incertidumbre en caso de ser descubierta por terceras personas, lo cierto del caso, es que de mantenerse su secreto, este puede ser explotado sin limitación temporal alguna.

Incluso, la LIND en su artículo 10 contempla la separación de ambas figuras, al indicar que la protección de dicha información no otorga derechos como una patente, lo cual conlleva a concluir que definitivamente son figuras distintas.

Otro aspecto que diferencia ambas figuras, radica en el registro de las mismas. Como se indicó con anterioridad, por las características propias de los secretos comerciales, las

mismas no están sujetas a una inscripción o registro para validar su protección; aspecto diferenciador en comparación con las patentes, sin embargo, aun así, la legislación nacional habilita hacer dicho registro.

Por eso, vale la pena cuestionarse, ¿cuál es la razón de ser de registrar este tipo de información, y que beneficios representa para sus propietarios?

Bueno en principio, el párrafo final del ordinal 2 de dicha ley indica, que este tipo de información debe constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares. De forma seguida, su artículo 3 reseña, que dicha información será custodiada por el Registro de la Propiedad Industrial adscrito al Registro Nacional.

Esto podría generar dudas sobre la obligatoriedad de dicho registro, sin embargo el artículo 3 del reglamento de la citada ley, dispone de forma expresa que dicho acto es voluntario por parte del titular de la información.

Lo anterior nos lleva a inferir, que el único fin de dicho registro es la preconstitución de prueba, ante el eventual surgimiento de un conflicto a futuro, y es a que así se interpreta del mismo numeral 5 de dicho reglamento, el cual señala: "(...) 4. El depósito de los soportes materiales de la información no divulgada que se refiere el artículo 3 de la Ley tiene carácter voluntario y, en consecuencia, no produce otro efecto que el de preconstituir la prueba de la fecha en que se efectuó el mismo y del contenido del secreto, tal como fue depositado en el Registro (...)."

También vale la pena destacar, que la información puede ser retirada del registro en cualquier momento que el titular lo desee, lo cual brinda flexibilidad al titular en su actuar. Además, no está de más indicar, que dicha información es confidencial, por lo que no es de acceso al público.

#### **IV. Obtención de información secreta de forma lícita o ilícita:**

Se ha descrito de forma amplia el valor comercial de la información no divulgada; precisamente esa condición la torna apetecible para terceras personas, que desean obtener ese conocimiento de forma ilícita.

Ahora bien, la normativa nacional no establece de forma expresa y sencilla, aquellos actos mediante los cuales se considera que la obtención de la información se dio de forma lícita o ilícita. Por lo anterior se requiere efectuar un análisis sistemático y hermenéutico para arribar a conclusiones sobre el particular.

En este sentido, el artículo 2 de la LIND establece en lo que interesa:

"(...) Para los efectos del primer párrafo del presente artículo, se definirán como formas contrarias a los usos comerciales honestos, entre otras, las prácticas de incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y la adquisición de información no divulgada por terceros que hayan sabido que la adquisición implicaba tales prácticas o que, por negligencia grave, no lo hayan sabido (...)."

Dicho numeral se complementa con el artículo 11 del Reglamento a la LIND, que señala:

"Artículo 11.-Violación de secretos empresariales e inducción a la infracción contractual.

1. De acuerdo con el artículo 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N.º 7472 del 20 de diciembre de 1994, se considera desleal la adquisición, divulgación o explotación, sin autorización de su titular de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente mediante la inducción a la infracción contractual o por técnicas de espionaje industrial.

2. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

3. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.”

Se podría decir entonces, que a contrario sensu, los actos de obtención de información, que no calcen dentro de las premisas antes dispuestas, serán considerados como obtenciones lícitas.

Otras legislaciones, como la ley de secretos empresariales española, en su artículo 2 sí define las obtenciones lícitas:

“Artículo 2. Obtención, utilización y revelación lícitas de secretos empresariales.

1. La obtención de la información constitutiva del secreto empresarial se considera lícita cuando se realice por alguno de los medios siguientes:

- a) El descubrimiento o la creación independientes;
- b) La observación, estudio, desmontaje o ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o esté lícitamente en posesión de quien realiza estas actuaciones, sin estar sujeto a ninguna obligación que válidamente le impida obtener de este modo la información constitutiva del secreto empresarial;
- c) El ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes;
- d) Cualquier otra actuación que, según las

circunstancias del caso, resulte conforme con las prácticas comerciales leales, incluidas la transferencia o cesión y la licencia contractual del secreto empresarial, de acuerdo con el Capítulo III(...).”

De un análisis de los anteriores supuestos, se desprende que en Costa Rica, dichas prácticas también serían consideradas como lícitas, a través de una interpretación sistemática de las normas. Cabe destacar, que tal y como se ha señalado, los secretos empresariales a diferencia de las patentes, no conceden una exclusividad para su explotación, por lo que esto incentiva a que la competencia proceda bajo la buena fe, mediante el estudio, análisis o investigación, a la búsqueda de dicho conocimiento; y de obtenerse dicha información de forma lícita, no existe motivo alguno para que se le prohíba su ejercicio.

Por otro lado, en aquellos casos en que el propietario de la información decida transmitirla a un tercero, ya sea con motivo de un contrato de trabajo, o de un contrato comercial, no cabe duda alguna, que sería una transmisión lícita. Siempre haciendo la salvedad, de los deberes de confidencialidad que tienen estas terceras personas.

Ahora bien, en lo que respecta a las causales de libertad de expresión que regula la normativa española, tal y como lo expresa la autora Belén et al (2019, p.44), cualquier persona que obtuviera o descubriera el secreto comercial de forma lícita, y en el tanto no esté sujeta a un deber de confidencialidad, en uso de su libertad expresión, puede comunicar públicamente dicho secreto.

De igual manera, Belén et al (2019, p.45-46), expresa que por razones de interés público se pueden revelar secretos comerciales, como sería el caso de actos delictivos que exoneren el deber de confidencialidad, o bien por intereses públicos de la salud, ambiente o seguridad nacional. Precisamente, dentro de este apartado se encuentra lo relacionado a los datos de prueba, aspecto que será anali-

zado de forma posterior.

Sobre los actos conculcatorios de los secretos comerciales, la OMPI señala que “el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción, y también la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas.”, constituyen usos comerciales deshonestos.

Por otro lado, continuando dentro de la dinámica de la ilicitud, uno de los principales detonantes, consiste en el incumplimiento de las obligaciones de los trabajadores o de los contratos comerciales a su deber de confidencialidad. Para tales casos el numeral 7 del citado reglamento menciona: “Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a información no divulgada en los términos señalados en el primer párrafo del artículo 2 de esta ley y sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido en forma expresa, deberá abstenerse de usarla o divulgarla sin consentimiento del titular, aun cuando su relación laboral, el desempeño de su profesión o la relación de negocios haya cesado.”

Bajo la misma temática, y desde un punto de vista histórico, el mayor riesgo radica en los trabajadores. Sobre este particular, el jurista Hull (2019) aporta información tangible, que respalda la afirmación realizada respecto al riesgo de los trabajadores:

“Numerosos datos empíricos confirman que la principal amenaza a los secretos comerciales se origina en el ámbito interno. Por ejemplo, la encuesta a empleados europeos realizada por Iron Mountain en 2010 reveló que el 66% de los encuestados había conservado, o conservaría, la información a cuya creación habían contribuido. Los datos de clientes son el tipo de información que se obtiene con mayor frecuencia. El 72% de los empleados opinaban que la información les sería de utilidad en otro empleo. No obs-

tante, los empleadores deben asumir parte de la responsabilidad a este respecto. Solo el 57% de los empleadores encuestados afirmaron que la información se calificaba de confidencial y el 34% de ellos admitieron no conocer las políticas de protección de datos de la empresa.”

Otro riesgo actual, tiene que ver con el espionaje, acontecido en mayor medida por los competidores comerciales. Por este motivo, el propio artículo 17 de la ley 7472, sanciona este tipo de actuar.

Dentro de las modalidades de espionaje, se encuentre el ciberspionaje, que se encuentra relacionado con el desarrollo de las tecnologías, y que representa un gran reto en la actualidad.

#### **IV. a. Transmisión del Secreto Comercial a terceras personas.**

Como se abordó con anterioridad, la base jurídica del secreto comercial reside dentro del ámbito de la propiedad, en principio la primera regla de aplicación serían las disposiciones especiales que regulan este tema, y para aquello que no lo contemple, se le aplicarán las reglas subsidiarias del Código Civil.

Siendo así, partiendo de que el secreto comercial sea traspasado a un tercero, de forma gratuita u onerosa, le aplican las reglas de la cesión, sin que exista impedimento alguno.

En este sentido, el artículo 8 del reglamento de la LIND señala:

“Artículo 8º-Contrato de cesión de secreto empresarial.

1. El titular de un secreto empresarial puede cederlo a terceros mediante cualquiera de los medios admitidos por la legislación nacional. En caso de cesión, el cedente no podrá explotar en el futuro el secreto empresarial cedido, salvo que éste pierda su carácter de

secreto por hechos que no sean imputables al cedente.

2. El cedente responde de la titularidad legítima del secreto empresarial y deberá comunicar al cesionario toda noticia que pudiera afectar al valor y a la novedad del secreto empresarial cedido.”

Resulta esencial destacar que, en caso de transmitirse el secreto comercial, el cedente tiene la obligación inherente de abstener de cualquier divulgación.

La cesión ubica la dinámica dentro de un contexto de transmisión de la propiedad, sin embargo, esto no debe confundirse con el otorgamiento de licencias comerciales.

Otro supuesto usual dentro de la dinámica de interés reposa en el contrato de licencias, que estipula el artículo 9 del citado reglamento, el cual señala:

“Artículo 9º-Contrato de licencia de secreto empresarial.

1. El titular del secreto empresarial puede autorizar su explotación a un tercero, denominado licenciataria, quien podrá utilizar el secreto empresarial licenciado dentro de los límites contractuales establecidos.

2. La licencia se presume no exclusiva, salvo que haya pacto en contrario o que las circunstancias del caso evidencien que la intención de las partes era pactar la exclusividad.

3. El licenciataria de secreto empresarial deberá adoptar todas las medidas necesarias que impidan la divulgación de dicho secreto. En caso de que exista una divulgación no autorizada por parte del mismo y sin perjuicio de la responsabilidad contractual del licenciataria, el licenciante podrá beneficiarse del plazo de gracia previsto en el artículo 2.3 de la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, Ley N.º 6867 del 25 de abril de 1983, a efectos

de la solicitud de una eventual patente.

4. Extinguido el contrato de licencia, el antiguo licenciataria no podrá explotar el secreto empresarial, salvo que éste hubiera devenido público por causas que no fueran imputables al propio licenciataria. El licenciataria quedará obligado a restituir los materiales que recojan el secreto empresarial (planos, instrucciones, diagramas de flujo, etc.), de acuerdo con lo que se haya previsto en el contrato.”

Al ser el secreto comercial, un activo de competitividad importante, resulta valioso e interesante para terceros. Es así como en muchas ocasiones, se origina mediante el contrato de franquicia, el otorgamiento de licencias de secretos comerciales.

No cabe duda, que el licenciataria de igual manera tiene un deber de confidencialidad, que se extiende más allá de la vigencia del contrato. Otro elemento a considerar, es que el otorgamiento de la licencia no conlleva a una exclusividad automática, por lo que podrían existir diversas personas que se constituyan como licenciataria del mismo secreto comercial, salvo pacto en contrario.

## V. Retos del secreto comercial.

La información no divulgada como derecho de propiedad podría representar retos importantes, como es el caso de la copropiedad, así como la embargabilidad de este, además de la defensa de dicho bien inmaterial en caso de verse amenazado por terceros de forma ilícita. Si bien podrían existir muchos más retos, esta investigación se limitará a desarrollar los antes descritos, en aras de explorar las peculiaridades que presentan los retos citados.

Copropiedad: Resulta perfectamente viable, que en un secreto comercial exista un derecho de copropiedad entre personas físicas o jurídicas, que han trabajado de forma conjunta en el desarrollo de este.

Este supuesto representa circunstancias muy complejas, como sería el manejo de dicho derecho en aras de fungir como garantía crediticia; la transmisión del derecho; y el otorgamiento de licencias sobre este, por citar algunos ejemplos.

La Ley de Información No Divulgada, no regula nada al respecto, y el reglamento tampoco es preciso, por lo que no queda otra alternativa más allá de recurrir a la integración normativa para efectos de dar respuesta a estas interrogantes.

Partiendo del reglamento citado, su artículo 5 inciso 2) señala, que en caso de solicitarse al Registro Nacional la custodia de la información no divulgada, y que esta solicitud emane de dos o más personas conjuntamente, deberán de elegir a un solo representante en que unifiquen su personería. Lo anterior corresponde a un manejo errado del derecho a la copropiedad, que incluso podría suprimir derechos de forma injustificada.

Por este motivo, y en aras de no caer en interpretaciones desacertadas respecto al derecho de copropiedad, se podría analizar la aplicación del artículo 6 de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, el cual establece:

“Artículo 6º- Cotitularidad. La cotitularidad de las solicitudes para los efectos del registro correspondiente cuando no exista acuerdo en contrario, se regirá por las siguientes normas:

a) La modificación, la limitación o el desistimiento de una solicitud en trámite debe hacerse en común.

b) Cada cotitular puede usar personalmente el signo distintivo objeto de la solicitud o el registro; pero debe compensar equitativamente a los cotitulares que no exploten ni usen el signo ni hayan concedido una licencia para el uso de este. En defecto de acuerdo, la compensación será fijada por el tribunal competente.

c) La transferencia de la solicitud o el registro se hará de común acuerdo, pero cada cotitular puede ceder por separado su cuota; los demás gozarán del derecho de tanteo durante un plazo de tres meses contados desde la fecha en que el cotitular les notifique su intención de ceder su cuota.

d) Cada cotitular puede conceder a terceros una licencia no exclusiva de uso del signo distintivo objeto de la solicitud o el registro; pero debe compensar, equitativamente, a los cotitulares que no usen el signo ni hayan concedido una licencia de su uso. En defecto de acuerdo, la compensación será fijada por el tribunal competente.

e) Una licencia exclusiva de explotación o de uso solo puede concederse de común acuerdo.

f) La renuncia, limitación o cancelación voluntaria, total o parcial, de un registro se hará de común acuerdo.

g) Cualquier cotitular puede notificar, a los demás, que abandona en beneficio de ellos su cuota de la solicitud o registro, con lo cual queda liberado de toda obligación frente a ellos, a partir de la inscripción del abandono en el registro correspondiente o cuando se trate de una solicitud, a partir de la notificación del abandono al Registro de la Propiedad Industrial. La cuota abandonada se repartirá entre los cotitulares restantes, en proporción a sus derechos en la solicitud o el registro.

h) Cualquier cotitular puede iniciar las acciones correspondientes en caso de infracción del derecho.

Las disposiciones del derecho común sobre la copropiedad se aplicarán en lo no previsto en el presente artículo.”

Las marcas al igual que el secreto comercial, constituyen un derecho indivisible, que genera grandes retos de existir la copropiedad, aunque tampoco resulta viable efectuar una

equiparación completa entre ambas figuras, por cuanto existe un aspecto de confidencialidad esencial.

No cabe duda, que aquellos actos que pongan en peligro el secreto comercial, en detrimento de los derechos de la otra persona copropietaria, requieren de la anuencia de todos los copropietarios, como es el caso del supuesto a), e) y f).

Por otro lado, no se podría pensar que para todos los actos se requiera de la anuencia de los demás copropietarios, por cuanto esto implicaría vaciar de contenido al derecho de propiedad. En este sentido, resulta entendible que un copropietario pueda hacer uso por sí mismo del secreto empresarial, pero con la obligación de compensar económicamente a los demás copropietarios. Para tales efectos, la norma habla que dicha compensación debe ser equitativa, lo cual no implica distribuir las ganancias en partes iguales.

Sin embargo, tomando en cuenta la naturaleza confidencial de la información no divulgada, resulta válido cuestionarse la aplicación analógica respecto a la libertad del copropietario para ceder su derecho, gravarlo, o incluso otorgar una licencia, aunque no sea con carácter de exclusividad. En estos casos considero que, por la naturaleza de dichos actos, debería solicitarse autorización de los demás copropietarios, y que, en caso de desavenencias, le corresponderá a una persona juzgadora resolver el conflicto. Resulta importante agregar que, en estos casos, resulta entendible otorgar un derecho de tanteo previo, en el entendido de que exista un ánimo de preservar por los demás copropietarios, la confidencialidad de la información. Dicho instituto se podría aplicar mediante una aplicación analógica del ordinal 273 del Código Civil, y bajo los preceptos de la protección al derecho de propiedad y de la buena fe.

El inciso g), no resulta en su literalidad aplicable para este caso en concreto, ya que los

secretos comerciales no requieren de inscripción; por otro lado, a pesar de que exista una renuncia al derecho, el copropietario sigue manteniendo la obligación de confidencialidad, de lo contrario podría ser acreedor de daños y perjuicios.

Como se ha venido explicando, el eje central de la información no divulgada radica en su confidencialidad, misma que puede verse amenazada por multiplicidad de factores, por lo que puede ser objeto de protección por parte de cualquier copropietario como lo establece el último inciso del artículo citado.

Bajo ese entendido, también resulta importante cuestionarse, ¿si esta es una potestad que también ostenta el licenciatario?, según se desprende del artículo 9 inciso 3 del Reglamento de la LIND, el licenciatario debe adoptar las medidas necesarias que impidan la divulgación del secreto, pero en el entendido, de que dichas medidas son aquellas medidas de hecho para proteger la información antes terceros. Ahora bien, sobre el particular considero que la respuesta resulta ser casuística. Si el licenciatario fue autorizado contractualmente por parte de los titulares del derecho para tales fines, no cabe duda alguna que existe una especie de mandato para que ejerza las acciones de defensa. El caso se complica de no existir esa autorización contractual, en cuyo supuesto sería necesario analizar las circunstancias; por ejemplo, si el riesgo de la información proviene de un trabajador del licenciatario, considero que este último se encuentra facultado como patrono para interponer un proceso judicialmente en defensa del secreto comercial. Por otro lado, si el riesgo de divulgación proviene de una tercera persona ajena a la actividad comercial del licenciatario, sería un aspecto de legitimación única de los titulares del secreto comercial.

## **VI. Datos de prueba.**

Dentro de la gama diversa de la información no divulgada, existe un apartado especial

que merece una regulación diferenciada, misma que tiene relación con los “datos de prueba”.

Los datos de prueba son definidos por el ordinal 4 del Reglamento de la LIND, el cual conceptualiza lo siguiente:

“Datos de Prueba: Información no divulgada que comprende la información, datos o documentos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, no hayan sido divulgados al público y sean requeridos por una autoridad con el propósito de evaluar la seguridad y eficacia de un producto farmacéutico, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Inscripción, Control, Importación y Publicidad de Medicamentos, Decreto Ejecutivo N.º 28466-S del 08 de febrero de 2000; y sus reformas, o un ingrediente activo grado técnico, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento sobre Registro, Uso y Control de Plaguicidas Sintéticos Formulados, Ingrediente Activo Grado Técnico, Coadyuvantes y Sustancias Afines de Uso Agrícola, Decreto Ejecutivo N.º 33495-MAG-S-MINAE-MEIC del 31 de octubre de 2006; y sus reformas, con el fin de otorgar el registro de dicho producto o ingrediente en el país. Constituyen este grupo los siguientes documentos: para el caso de ingredientes activos grado técnico, los datos físico-químicos del producto comercial, los datos toxicológicos, los datos eco-toxicológicos y los datos de eficacia biológica; para el caso de productos farmacéuticos: los estudios preclínicos y clínicos.

Los datos de prueba referidos a nuevos productos farmacéuticos y nuevos ingredientes activos grado técnico se protegerán contra el uso comercial desleal.”

Sobre la importancia de proteger los datos de prueba, expresa el autor Astudillo (2019, p.33-39), lo siguiente:

“La protección de datos de prueba sometidos a instancias gubernamentales para fundamentar solicitudes de aprobación de

comercialización de algunos productos ha sido siempre un tema difícil de abordar en foros internacionales, debido a que los productos tales como medicamentos y agroquímicos deben demostrar su eficacia y seguridad antes de ser comercializados.

Pues bien, las instancias administrativas de varios países exigen a los interesados información escrita que demuestre esa eficacia y seguridad, lo que varía de acuerdo al país de que se trate.

Antes de la entrada en vigencia del ADPIC, las empresas del área farmacéutica que hacen investigación y desarrollo de nuevos medicamentos manifestaban que la información confidencial (datos de prueba) entregada a las autoridades sanitarias de algunos países para la autorización de comercialización no se mantenía secreta y se le facilitaba a terceros incluso para que estos últimos solicitaran a su vez autorizaciones ante la misma instancia para la aprobación de versiones genéricas de los medicamentos originales.

Esta preocupación dio origen al numeral 3 del artículo 39 del ADPIC, que expresa:

Los Miembros, cuando exijan como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal. (...)

No cabe duda que cuando se habla de productos químicos agrícolas y farmacéuticos, está en juego un interés social, relacionado al ambiente, a la salud, y a la vida de las personas, en este entendido, la confidenciali-

dad debe ceder ante un interés superior.

Siendo que dichos productos, previo a salir al comercio, ocupan de la autorización de las autoridades estatales correspondientes, es que estos entes deben ejercer una supervisión previa. Para ejercer la supervisión y corroborar que los mismos no representan un riesgo para la salud pública o al ambiente, es que se requieren analizar las pruebas efectuadas por las empresas.

Precisamente, esos datos de prueba cuentan con información confidencial, sensible, y de alto valor comercial para las empresas por lo que deben ser protegidos. En este entendido, se debe brindar una protección contra el uso comercial desleal y toda divulgación, tal y como se desprende del artículo 8 de la LIND.

Por otro lado, si dicha información representa un riesgo para la colectividad social, la autoridad estatal se encuentra exonerada del deber de confidencialidad, en protección del interés de la colectividad, en cuyo caso no daría lugar a reclamo alguno por parte del titular de la información.

Si por el contrario, esa información no es custodiada de forma idónea, y llega a conocimiento de terceras personas, además de la responsabilidad que este incumplimiento generaría, la ley también protege al titular de la información con la posibilidad de beneficiarse del plazo de gracia para el registro de las patentes conforme el numeral 2.3 de la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, Ley N.º 6867 del 25 de abril de 1983, lo cual implica que el estado de la técnica no comprenderá lo divulgado dentro del año anterior a la fecha de presentación de la solicitud en Costa Rica o, en su caso, dentro del año anterior a la prioridad aplicable, siempre que tal divulgación resulte, directa o indirectamente, de actos realizados por el propio inventor o su causahabiente o del incumplimiento de contrato o acto ilícito cometido contra alguno de ellos.. Esto implica, que la información

no divulgada entregada a la entidad estatal, no involucra una pérdida de la novedad.

Por último vale la pena indicar, que la protección a los datos de prueba tiene un plazo de 5 años para productos farmacéuticos (artículo 15 RLIND) y de 10 años para agroquímicos (artículo 16 RLIND).

## **VII. Protección administrativa y judicial de la información no divulgada.**

La LIND en su ordinal 9, y su reglamento en los artículos 5, 6 y 7, establecen la obligación de los tribunales de justicia y de las autoridades administrativas, de resguardar la confidencialidad de la información no divulgada a la cual tengan acceso, como producto de su labor. En este entendido, dicha obligación resulta extendida a los funcionarios que conozcan de la misma, y a las partes inmersas en los procesos judiciales o administrativos.

Para tales efectos, la ley y el reglamento de forma general, indican que las autoridades judiciales y administrativas, deberán tomar las medidas necesarias para impedir la divulgación de la información a terceras personas. Precisamente se regula de forma genérica, para que cada autoridad, según sus posibilidades y cada caso en concreto tome las precauciones necesarias.

El primer paso para dicha protección, debe ir de la mano del actuar del titular de la información, quien tiene la responsabilidad de alertar respecto a la confidencialidad de la información. Partiendo de eso, las distintas autoridades tienen que tomar medidas de resguardo de la información; precisamente dentro de las buenas prácticas que podrían aplicarse están: limitar el personal que tenga acceso a dicha información; llevar un registro de las personas que accedan a la misma; determinar el lugar físico o electrónico más idóneo para su resguardo, mediante la implementación de claves de acceso restringidas, por ejemplo.

No cabe duda, que el funcionario que no

tome las medidas del caso, y que por su omisión, falte al deber de cuidado, o que de forma dolosa publique a terceros dicha información, será responsable de los daños que cause con su actuar.

Dentro del ámbito judicial, la protección de esta información se torna un aspecto de especial relevancia. En la práctica, la mayoría de los casos que llegan a estrados judiciales, son incoados por las personas que consideran ser las titulares de la información no divulgada, y que se sienten agraviadas ante la divulgación ilícita de la información o por el uso desleal de la información no confidencial.

Estas discusiones se pueden tramitar dentro del ámbito penal (artículo 49 y 50 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual), civil (artículo 1045 del Código Civil, reclamos por responsabilidad civil, incumplimientos contractuales, etc.), y laboral (artículo 71 y 81 Código de Trabajo). En ese entendido, la parte que alegue algún derecho sobre la información no divulgada, tiene la carga probatoria de demostrar que es titular precisamente de la información no divulgada, y con tal afán, se ven en la imperiosa obligación de presentar como prueba los respaldos de la misma. Bajo dicha lógica, en las etapas tempranas del proceso, a pesar de que todavía no se tenga certeza de que el objeto a tratar efectivamente verse sobre información no divulgada y de su titularidad; con el solo hecho de que se alegue este aspecto, se deben tomar las precauciones del caso, para garantizar su confidencialidad, y así evitar un perjuicio ulterior.

A pesar de esas disposiciones, lo cierto del caso es que en el proceso judicial se ven inmersas otras personas diversas a los empleados judiciales, como es el caso de la contraparte, de abogados, los asistentes de estos, e incluso hasta peritos, testigos, entre otros; y es aquí donde surge la duda: ¿cómo resguardar esa información?

La primera opción que podría surgir es impedir que el demandado, abogados, asistentes, peritos, etc., accedan a la información, pero esto podría originar serios roces con el derecho a la defensa. A pesar del carácter confidencial de la información, el derecho a la defensa debe resguardarse y protegerse de igual manera. Si el conflicto gira entorno a la información no divulgada, lo mínimo que se debe garantizar es el acceso a dicha información para la contraparte, en aras de que prepare su defensa. Tampoco resulta práctico, obligar a las partes, a que consulten la información únicamente en el despacho, por cuanto esto implicaría, que la parte contraria se encuentre limitada al horario laboral de cada despacho judicial, para preparar su defensa técnica, aspecto que también iría en contra del derecho a la defensa.

Por eso, la contraparte debe tener libre acceso a la información de interés, e incluso, resulta entendible que el profesional en Derecho que elija para defender sus intereses jurídicos también debe tener acceso a la misma e incluso peritos que requieran rendir dictámenes, por citar algunos ejemplos.

En este entendido, los despachos judiciales en aras de resguardar el derecho a la defensa y la confidencialidad de la información, podrían tomar medidas como limitar el acceso a la información para aquellas personas que no lo requieran de forma indispensable, como podrían ser los asistentes de los abogados, al igual que testigos.

Al final, lo cierto del caso es que no se puede dar una respuesta que aplique para todos los casos, de ahí que se requiera efectuar un análisis casuístico, donde las personas juzgadas deberán tomar las medidas del caso.

De lo que no hay duda, es que existe un deber de confidencial de los tribunales de justicia, y de todas las personas que tengan acceso a dicha información a raíz de la propia dinámica de los procesos judiciales. Otro aspecto que es importante, es que se tenga un con-

trol de las personas, partes y sujetos procesales, que tienen acceso a la misma, a efectos de advertirles de forma previa a los abogados, peritos, etc., de la confidencialidad de la información, de sus deberes y responsabilidades. También los tribunales en materia civil, en uso de las facultades que otorga el artículo 2.10 del Código Procesal Civil, deben limitar la publicidad del proceso, declarando privado el proceso, por los intereses que se encuentran en juego, lo cual implica limitar el acceso del público para audiencias, e incluso limitar ante terceros, el acceso al expediente y a los respaldos del mismo. Otro aspecto que el Poder Judicial debe tomar en cuenta es que, a pesar de existir una plataforma de divulgación de las sentencias de los órganos de alzada, las sentencias que se dicten en este tipo de procesos y que en su contenido detallan información no divulgada, no deben ser objeto de divulgación en lo que respecta a dicho contenido.

## **VIII. Conclusiones:**

A través de las ideas antes expuestas, se puede concluir que la información no divulgada es la figura más utilizada dentro del ámbito de la propiedad intelectual. A su vez, la información no divulgada contiene un aspecto patrimonial, de vital importancia para la competitividad empresarial, y conforma un activo esencial de estas, que puede abarcar desde procedimientos, recopilación de información, entre otros. Estos secretos comerciales ofrecen matices de interés, al ser sumamente flexibles para sus titulares, ya que no requieren de un registro, además de la amplia gama de posibilidades para su protección.

Definitivamente la información no divulgada no es sinónimo de patente, a pesar de que existirían secretos empresariales que podrían calzar en ambas figuras de protección. Nótese que las patentes deben cumplir con los requisitos de ser invenciones, nuevas, con nivel inventivo, y susceptible de aplicación industrial; además de requerir registro para su protección. Por el contrario, la información

no divulgada debe ser secreta, con valor comercial, y ser objeto de medidas apropiadas para resguardar su confidencialidad.

Precisamente, esta protección y confidencialidad de la información, obliga al propietario de la misma a ejercer una custodia de la información no divulgada, y limitar su acceso a terceras personas. De ser puesta en conocimiento de terceras personas como un trabajador, por ejemplo, se le debe advertir de la confidencial de la misma, a efectos de ulteriores reclamos en caso de divulgarse la información.

En este sentido, la legislación protege al titular de la información no divulgada de cualquier ilicitud efectuada por terceros para su obtención. Su principal riesgo son los mismos trabajadores de la empresa, pero también se encuentran sus competidores comerciales, o incluso terceros con los cuales tuviera alianzas comerciales.

Como todo bien inmaterial, su propiedad puede ser transferida a terceras personas, e incluso su explotación puede darse en licencia. No obstante, cuando exista copropiedad se requiere ser muy sigiloso con los actos de disposición unilateral, por cuanto de ponerse en riesgo la confidencialidad de la información, se requerirá de la anuencia de la totalidad de copropietarios.

Indiscutiblemente, la legislación nacional, muestra rezagos en dicho sentido, por cuanto carece de regulación en torno a la copropiedad en este tipo de materia, lo cual origina inseguridad jurídica, al quedar un amplio margen de interpretación e integración jurídica.

Dentro de la amplia gama que incumbe la información no divulgada, también se encuentran los datos de prueba, los cuales resultan fundamentales en aras de proteger el bienestar ambiental y la salubridad de la colectividad social. Dicha información, a pesar de su carácter de confidencialidad, debe ser comunicada a los entes administra-

tivos correspondientes, en aras de obtener la autorización para la comercialización de los productos farmacéuticos o agroquímicos.

Por último, tanto dichos entes administrativos, como los judiciales, tienen un deber de confidencialidad de la información no divulgada a la cual tengan acceso, con razón de sus funciones. En este entendido, se deben establecer los filtros de seguridad necesarios para su conservación, debiendo resguardarse el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes que se encuentren inmersas en controversias propias de esta materia.

Cualquier incumplimiento al deber de confidencialidad, generará responsabilidades penales, laborales, civiles, administrativas, que son objeto de resarcimiento de daños y perjuicios.

### Referencias Bibliográfica.

Astudillo Gómez, F. (2019). El sigilo de la información no divulgada o secretos empresariales con valor competitivo. Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual. ISSN2410-3640, n°6. Fundación Global Democracia y Desarrollo. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8270009>

Belén Campuzano Ana, Palomar Olmeda Alberto, Sanjuán y Muñoz Enrique, y Molina Hernández Cecilio (2019), La protección de secretos empresariales. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España.

Díaz Pérez, Gissel (2015). Tesis La protección jurídica del Know How y el Secreto Industrial en el Derecho Español. Universidad Internacional de La Rioja. España. <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/4469/DIAZ%20PEREZ%2C%20GISSEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Fernández Díaz, Carmen Rocío (2017). Tesis La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa: un estudio del artículo 278 del Código Penal. Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8270009>.

García Pérez Rafael (2022), La adopción de medidas razonables para mantener secreta la información como requisito para la existencia de un secreto empresarial. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Volumen 42. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España. [https://books.google.co.cr/books?id=TsyesEAAQ-BAJ&pg=PA81&lpg=PA81&dq=rafael+garc%C3%ADa+perez+La+adopci%C3%B3n+de+medidas+razonables+para+mantener+secreta+la+informaci%C3%B3n+como+requisito+para+la+existencia+de+un+secreto+empresarial&source=bl&ots=CX3vxFFxfb&sig=ACfU3U2eX22JHjP2XbpeV05j\\_9uiK1V4W-Q&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewiskPeqvMeBAxVTRjABHbBAAvQQ6AF6BAgeEAM#v=onepage&q=rafael%20garc%C3%ADa%20perez%20La%20adopci%C3%B3n%20de%20medidas%20razonables%20para%20mantener%20secreta%20la%20informaci%C3%B3n%20como%20requisito%20para%20la%20existencia%20de%20un%20secreto%20empresarial&f=false](https://books.google.co.cr/books?id=TsyesEAAQ-BAJ&pg=PA81&lpg=PA81&dq=rafael+garc%C3%ADa+perez+La+adopci%C3%B3n+de+medidas+razonables+para+mantener+secreta+la+informaci%C3%B3n+como+requisito+para+la+existencia+de+un+secreto+empresarial&source=bl&ots=CX3vxFFxfb&sig=ACfU3U2eX22JHjP2XbpeV05j_9uiK1V4W-Q&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewiskPeqvMeBAxVTRjABHbBAAvQQ6AF6BAgeEAM#v=onepage&q=rafael%20garc%C3%ADa%20perez%20La%20adopci%C3%B3n%20de%20medidas%20razonables%20para%20mantener%20secreta%20la%20informaci%C3%B3n%20como%20requisito%20para%20la%20existencia%20de%20un%20secreto%20empresarial&f=false)

Pooley, James (2013). El secreto comercial: el otro derecho de propiedad intelectual. Revista de la OMPI. N° 3. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2013/03/article\\_0001.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2013/03/article_0001.html)

Pooley James y Dittmer Stefan (2021). Secreto: el derecho de PI más usado por las pymes. Revista de la OMPI. N°1. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2021/01/article\\_0001.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2021/01/article_0001.html)

Hull John (2019). La protección de los secretos comerciales: cómo pueden las organizaciones hacer frente al desafío de adoptar "medidas razonables". Revista de la Ompi. N° 5. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2019/05/article\\_0006.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2019/05/article_0006.html)

Legislación

Código Civil de Costa Rica

Constitución Política de Costa Rica

Código Procesal Civil de Costa Rica

Código de Trabajo de Costa Rica

Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo del 08 de junio del 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas

Ley de Información No Divulgada

Ley de Marcas y otros Signos Distintivos

Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Ley de Secretos Empresariales de España, nº 01/2019.

Reglamento a la Ley de Información No Divulgada.

**DOCUMENTOS  
DIGITALES**

**7**



# PODCAST



ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD Ayer y Hoy En La Libre

EP. 6 TEMPORADA 7

**Derechos fundamentales y principios jurídicos invertidos**

LIC. RAMÓN BADILLA GONZÁLEZ

spotify podcast amazonmusic



ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD Ayer y Hoy En La Libre

EP. 7 TEMPORADA 7

**EPISODIO ESPECIAL**

**Homenaje Trayectoria M.Sc. Nancy Hernández**

M.SC. NANCY HERNÁNDEZ LÓPEZ

spotify podcast amazonmusic



ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD Ayer y Hoy En La Libre

EP. 8 TEMPORADA 7

**Estado del Derecho Costarricense**

LIC. HUBERT MAY CANTILLANO

spotify podcast amazonmusic



ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD Ayer y Hoy En La Libre

EP. 9 TEMPORADA 7

**Especial día de la madre**

ESTUDIANTES:  
MARIÁNGEL CHÁVES  
MARIANELA MADRIGAL

spotify podcast amazonmusic

# PODCAST

Temporada 8 ▶

¡Escúchalo ahora!

Invitada  
**MSc. Paola  
Fonseca Rojas**

Episodio #1

Derecho de  
**Impacto y  
sostenibilidad**

 ESCUELA LIBRE DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD

# TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN  
DIGITAL

Edición 15 / 1, Agosto 2024

Costa Rica