

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho



Trabajo Final de Graduación:

"El levantamiento del velo corporativo en delitos ejecutados a través de la implementación de estructuras societarias complejas".

Carolina Isabel Damha Najjar

A72192

Febrero, 2016

18 de febrero de 2016
FD-AI-132-2016

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Carolina Isabel Damha Najjar, carné A72192 denominado: "El levantamiento del velo corporativo en delitos ejecutados a través de la implementación de estructuras societarias complejas" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

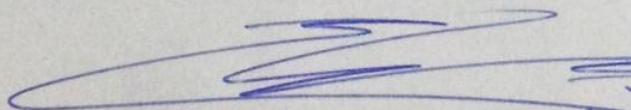
Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Federico Torrealba Navas
Presidenta	Dra. Patricia Vargas González
Secretario	Dr. Aisen Herrera López
Miembro	Dr. Ricardo Salas Porras
Miembro	Dr. Jorge López González

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **02 de marzo del 2016**, a las 6:00 p.m. en el quinto piso de la Facultad.

Atentamente,



Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente

San José, 8 de febrero, 2016

Dr. Ricardo Salas
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

Reciba un saludo cordial, con las muestras de mi mayor consideración.

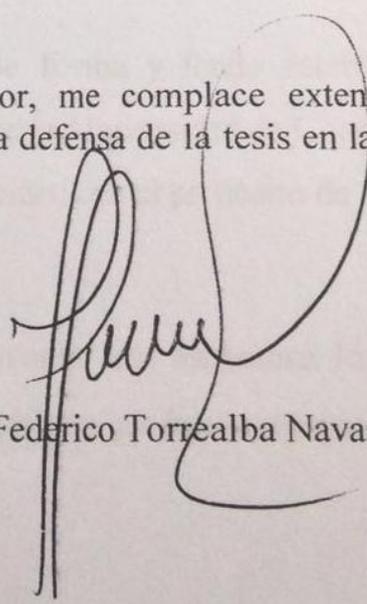
En mi condición de director de la tesis titulada "*El levantamiento del velo corporativo en delitos ejecutados a través de la implementación de estructuras empresariales complejas*", redactada por la estudiante Carolina Damha Najjar, le comunico que he aprobado el trabajo, pues cumple muy sobradamente con los requisitos de forma y de fondo estipulados por esta Honorable Universidad.

El trabajo de Carolina consiste en un estudio profundo del fenómeno de la ruptura de la división de la personalidad jurídica, en presencia de hechos ilícitos. La tesis nos pone al día sobre la evolución y estado actual de esta figura –con sus múltiples nombres, abuso de la personalidad, levantamiento del velo, etc.--, al tiempo que indaga sobre sus posibilidades de aplicación en el ámbito penal.

La tesis tiene, en mi opinión, el doble mérito de: 1. Proporcionar conceptos claros y útiles sobre la figura en estudio, en el plano sustantivo; y 2. Plantear interesantes propuestas de *lege ferenda*, que permitirían, en criterio de la autora, facilitar su operatividad en el proceso penal.

De esta manera, señor Director, me complace extender la presente carta de aprobación, a fin de que se proceda a la defensa de la tesis en la fecha y hora que se sirva fijar.

Cordialmente,


Prof. Federico Torrealba Navas

San José, martes 09 de febrero del 2016.

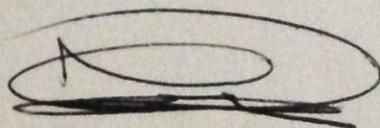
Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

El suscrito, Jorge Alberto López González, en mi condición de lector de tesis comunico que he revisado el manuscrito del trabajo final de graduación (modalidad tesis), para optar por el grado académico de licenciatura en Derecho de la egresada **Carolina Isabel Damha Najjar**, carné universitario número A72192, intitulado: "El levantamiento del velo corporativo en delitos ejecutados a través de estructuras empresariales complejas".

El documento satisface los requisitos de forma y fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, razón por la cual extiendo, mediante la presente, mi aprobación, con el propósito de que pueda señalarse hora y fecha para la defensa pública de la tesis.

El trabajo de investigación señalado presenta una estructura lógica normal del tema y cumple con los objetivos generales y específicos que la sustentante ha determinado.



Dr. Jorge Alberto López González

Lector de tesis

San José, martes 15 de febrero del 2016.

Comisión de Trabajos Finales de Graduación

Área de Investigación

Facultad de Derecho

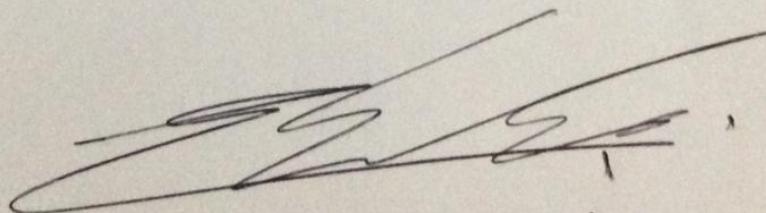
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

El suscrito, Ricardo Salas Porras, en mi condición de lector de tesis comunico que he revisado el manuscrito del trabajo final de graduación (modalidad tesis), para optar por el grado académico de licenciatura en Derecho de la egresada **Carolina Isabel Damha Najjar**, carné universitario número A72192, intitulado: “El levantamiento del velo corporativo en delitos ejecutados a través de estructuras empresariales complejas”.

El documento satisface los requisitos de forma y fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, razón por la cual extiendo, mediante la presente, mi aprobación, con el propósito de que pueda señalarse hora y fecha para la defensa pública de la tesis.

El trabajo de investigación señalado presenta una estructura lógica normal del tema y cumple con los objetivos generales y específicos que la sustentante ha determinado.



Dr. Ricardo Salas Porras

Lector de tesis

San José, 5 de febrero, 2016

Señores

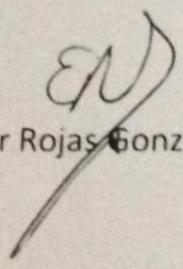
Tribunal Examinador

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje del Proyecto de Graduación, para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, "El levantamiento del velo corporativo en delitos ejecutados a través de la implementación de estructuras empresariales complejas," por la estudiante Carolina Damha Najjar, carné A72192, por lo tanto puedo afirmar que está escrita correctamente. Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de la autora.

Atentamente,



MSc. Edgar Rojas González

Filólogo

Carné 2443

A mis padres, ejemplos de amor, dedicación y alegría.

A Dios, por darme fuerzas nuevas para abrazar los retos de la vida.

Agradecimientos:

A mi madre, quien me enseñó a creer que, cuando hay voluntad y determinación, todo es posible. Gracias mamá por ser mi pilar, mi fortaleza, por mostrarme con acciones lo que es la entrega y el amor incondicional.

A mi padre, por el apoyo, el amor, las risas y la amistad. Por enseñarme que la impermanencia es la constante y que aquello que llamamos problemas, no son más que lecciones.

A mis hermanas, por el amor y la paciencia. Mis columnas. Sin ustedes, no sería la mitad de lo que soy.

A todos mis amigos: la familia que uno escoge. Por las palabras de aliento, por su respeto, por su cariño. Especialmente a: Ángela Alarcón porque su amistad incondicional ha sostenido mi mano en los momentos más difíciles, y particularmente por su ayuda en la recta final. Adriana Barrientos, compañera de estudio y de tantos proyectos, por su valiosa retroalimentación y empuje. Jenifer Granados, por las tantas sesiones juntas. A las tres: por los sueños compartidos.

A Bukow, quien me ha enseñado a ver la vida con otros ojos. A cuestionarme, a preguntarme, a creer. Todo lo que la educación formal omite. Por las risas refrescantes en los momentos de mayor cansancio. Porque, de algún modo u otro, estuviste conmigo a lo largo de este proceso.

A mis maestros, por ser grandes referentes, por inspirarme profesionalmente.

A don Mariano, quien con su excelencia profesional me dio luz en el camino.

Al Padre y Creador. Porque me ha enseñado que todo tiene su tiempo, y todo lo que se quiere debajo del cielo tiene su hora. Por la oportunidad y privilegio de estudiar. Por enseñarme que dispone de todas las cosas para nuestro bien. Por los sueños, el motor, la alegría y la esperanza. Gracias.

INTRODUCCIÓN	1
Tema: “El levantamiento del velo corporativo en delitos ejecutados a través de la implementación de estructuras societarias complejas”	1
Justificación	1
Marco Teórico Referencial	4
Problema	17
Pregunta.....	17
Hipótesis.....	18
Objetivo General:	18
Objetivos específicos:.....	18
Metodología.....	19
Capítulo Uno	22
Título Primero. Origen de la persona jurídica.....	22
I. Sección Única. Origen de la personalidad jurídica	22
A. Consideraciones previas.....	22
B. Derecho Romano. Algunos institutos del derecho romano. La <i>societas</i> sin personalidad del Derecho Romano	24
i. Ausencia de Derecho Mercantil.....	24
ii. Antecedentes de las sociedades	25
iii. La <i>societas</i> romana	27
iv. <i>Societas</i> y el comercio	27
C. Formas asociativas surgidas en la Edad Media.....	31
D. Orígenes en el derecho inglés	33
E. Notas sobre el origen de la limitación de responsabilidad	35
F. Primeras sociedades de capital en la Edad Moderna	36
Título Segundo. Teorías modernas de la personalidad jurídica de las figuras asociativas mercantiles.....	41
I. Sección Primera. Teorías Generales de la personalidad jurídica	41
A. Teoría de la Ficción.....	42
B. Teoría orgánica / realista o de la entidad natural.....	44
C. Teoría de la agregación	45
D. Teoría del reconocimiento de Ferrara.....	46
II. Sección Segunda. Consideraciones acerca de las teorías de la personalidad jurídica.....	47

Título Tercero. El reconocimiento de la personalidad jurídica en Costa Rica.	50
I. Sección Única. Desarrollo del Derecho Mercantil en Costa Rica	50
A. Ordenanzas de Bilbao.....	50
B. El Código General del Estado de Costa Rica de 1841.....	52
C.- El Código de Comercio de Costa Rica de 1853	53
D.- Código de Comercio de Costa Rica de 1964.....	54
i- Sociedades mercantiles vigentes en el Código de Comercio	54
ii. Existencia, carácter de persona y capacidad jurídica.	55
iii. Requisitos esenciales para el reconocimiento de la personalidad jurídica	56
iv- Atributos de la Personalidad Jurídica.....	58
Título Cuarto. Conclusiones.....	60
I. Sección única. La pugna entre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas jurídicas y el levantamiento del velo corporativo	60
Capítulo Dos	67
Título Primero. Mecanismos corporativos usuales para eludir responsabilidades. La utilización de estructuras corporativas complejas para la comisión de delitos	67
I. Sección Primera. La utilización de estructuras corporativas complejas para la comisión de delitos.....	67
A. Mecanismos corporativos para el desarrollo económico	67
B. Uso abusivo de los mecanismos corporativos	68
C. Características relevantes.....	70
D. Caso de estudio hipotético.....	71
i. Libros legales	73
E. Caso de estudio hipotético / escenario internacional	75
i. Resumen del escenario hipotético:	77
ii. Consideraciones / Estudios OCDE GAFI.....	78
F. Mecanismos para lograr el anonimato	78
1. Acciones al portador (Bearer shares).....	79
2. Accionistas nominales (Nominee shareholders)	80
3. Directores nominales y directores "corporativos" (Nominee directors and "corporate" directors)	81
4. Cadenas de vehículos corporativos (Chains of corporate vehicles)	82

5. Los intermediarios - agentes de formación de empresas, sociedades fiduciarias, abogados, administradores y otros profesionales (Intermediaries – company formation agents, trust companies, lawyers, trustees, and other professionals).....	82
II. Sección Segunda. ¿Cuál es la realidad corporativa y societaria en Costa Rica?	87
A. Sociedades	87
B. Grupo de Interés Económico	89
C. Conglomerado	92
D. Vehículo especial.....	92
Título Segundo. Tipos usuales de actividades ilícitas cometidas a través de vehículos societarios.	95
I. Sección Primera. Delitos corporativos	95
A. Delitos económicos y empresariales	97
B. Delitos en Costa Rica	99
i. Fases de abuso.....	100
C. Lavado de activos o Blanqueo de Capitales	101
D. Fraude de simulación	104
E. El encubrimiento o favorecimiento real	105
Título Tercero. Problemas que surgen en el proceso penal cuando se investiga delincuencia corporativa.	108
I. Sección Primera. Problemas relativos a la teoría jurídica del delito	108
II. Sección Segunda. Problemas relativos a la investigación	110
Título Cuarto. Conclusiones: La aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo a este tipo de casos	111
Capítulo Tercero. La teoría de la perforación del velo corporativo	113
Título Primero. Abuso de la personalidad jurídica como presupuesto de aplicación del levantamiento del velo social.	113
I. Sección Única. Abuso de la Personalidad Jurídica	113
A. Concepto	116
B. Teoría del Abuso del Derecho	121
C. Fraude de Ley	124
D. Buena Fe y Simulación	127
Título Segundo. Teoría General del Levantamiento del Velo Social	131
I. Sección Primera. Consideraciones conceptuales e históricas	131
A. Concepto	131

B. Origen.....	137
i. Disregard of Legal Entity en el Derecho Anglosajón. Antecedente en el Derecho Inglés. Salomon vrs. Salomon Co. Ltda.	138
a- Equity.....	138
b- Fraude	139
c- Doctrina del "Agency"	139
ii. El Disregard of legal entity en Inglaterra.....	140
a- Salomon vrs. Salomon & Co. Ltd.....	140
iii. Disregard of Legal Entity en el Derecho Estadounidense	144
iv. Doctrina Alemana: Rolf Serick.....	146
II. Sección Segunda. Vertientes de la Doctrina del Levantamiento del Velo.....	150
A- Teorías del levantamiento del velo como respuesta al abuso de la personalidad jurídica.....	150
i. Criterio subjetivo	151
ii. Criterio objetivo	151
iii. Teoría de la aplicación de la norma o de la finalidad normativa	152
iv. Consideraciones sobre las teorías expuestas	153
B. Reacciones y Críticas a la teoría del Levantamiento del Velo Social.	154
i. La doctrina Italiana: ASCARELLI. La reformulación del concepto de persona jurídica	154
ii. Críticas desde la doctrina Española.....	156
III. Sección Tercera. Presupuestos necesarios para la aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Social	157
A- Argentina	159
B- España.....	161
C- Estados Unidos.....	162
IV. Sección Cuarta. Modalidades y efectos del levantamiento del velo. Los velos de la danza.....	167
1.- Mirar delante del velo	167
2.- Mirar detras del velo	168
3.- Pasarse detras del velo.....	168
4.- Penetrar el velo:	168
5.- Extender el velo.....	168
6.- Ignorar el velo	169

7.- Los propios actores levantan el telon.....	169
A- En relación a un conflicto con terceros	170
1. Desestimación Activa:.....	170
2. Desestimación Pasiva:	171
B- En relación a un conflicto interno	171
Capítulo Cuarto. El desarrollo de la teoría de la perforación del velo corporativo en Costa Rica	174
Título I. La teoría del levantamiento del velo societario y el ordenamiento jurídico costarricense	174
I. Sección Única. Levantamiento del velo social en Costa Rica	174
A- Principios y normas generales que posibilitan su aplicación	177
i. Facultad Interpretativa del Juez (¿o deber?)	177
B-El levantamiento del velo social y su desarrollo jurisprudencial en otras áreas del derecho.	183
i. Jurisprudencia Civil	183
ii. Jurisprudencia Tributaria	184
iii. Jurisprudencia Laboral	186
iv. Jurisprudencia Familiar	188
v. Jurisprudencia Constitucional	190
Título Segundo. Proceso Penal y penetración en la realidad corporativa	191
I. Sección Primera. Realidad jurídico-penal: inconveniencias e irregularidades	191
A. Problemas de la praxis jurídico penal	194
i. Se limita la investigación.....	194
ii. Cuando no se encuentran libros en el recinto allanado.....	195
iii. Inexistencia de autorización expresa y análisis adecuado	196
iv. Problema Jurídico. El allanamiento: una medida gravosa	200
II. Sección Segunda. Proceso Penal y sus fines, etapas y actores	204
A. El proceso penal y sus fines.....	204
B. Etapas del proceso penal y sus actores funcionarios judiciales.....	206
1. Ministerio público.....	207
2. Juez de garantías	209
3. Tribunal de la etapa intermedia	210
4. Tribunal de juicio	212

C. Principios orientadores del proceso penal que autorizan el levantamiento del velo	213
1. La búsqueda de la verdad real	215
2. Principio de libertad probatoria.....	217
3. La subjetividad de la responsabilidad penal.	219
4. El mandato de restablecer las cosas al estado que tenían antes del hecho.	221
5. Las reglas de responsabilidad civil por el hecho punible.	222
D. Relevancia de la acción civil en el proceso penal	226
Título Tercero. Proyectos de reforma de ley	228
A. Proyecto de Ley 18213	228
B. Levantamiento Del Velo De La Personalidad Jurídica. Adición De Un Capítulo Al Código De Comercio, Ley N.º 3284, De 30 De Abril De 1964, Y Sus Reformas.....	233
C. Levantamiento Del Velo De La Personalidad Jurídica. Reforma Del Artículo Primero De Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, Ley No.7425 de 09 de agosto de 1994.	234
Capítulo Quinto. Conclusiones Generales	236
BIBLIOGRAFÍA.....	257

Resumen

En el ordenamiento jurídico costarricense existe un vacío tanto a nivel doctrinario, como legislativo y jurisprudencial, especialmente en materia penal, respecto del tratamiento jurídico de la teoría de la perforación del velo corporativo, que se enarbola desafiante frente a la tradicional consagración de la personalidad jurídica autónoma de las figuras asociativas mercantiles, distinta de la de sus socios. El somero desarrollo de este instituto a nivel nacional ha tenido que producirse en la vía jurisprudencial. La creación deliberada de estructuras corporativas es muy frecuente, y si bien son medios legítimos utilizados en la práctica diaria del comercio, también lo es que se utilizan como instrumentos para cometer delitos y distraer bienes, frutos de esos ilícitos.

La práctica del levantamiento del velo se da –infrecuentemente- en materia penal, lo cual a criterio de la autora entorpece y limita las investigaciones penales, y en consecuencia, la posterior imputación de estos delitos a las personas detrás de estas estructuras, así como la persecución de su patrimonio. Se observa, entonces, un problema teórico y normativo, que presenta severas repercusiones a nivel social y económico.

Los atributos otorgados a la personalidad jurídica de estas asociaciones mercantiles, dificultan en gran medida la labor investigativa, de imputación de delitos y recuperación de bienes, pues constituyen instrumentos efectivos para disipar rastros.

Esto hace cuestionarse la necesidad de legislación que expresamente permita a las autoridades judiciales perforar el velo corporativo cuando se está ante un abuso de la personalidad jurídica, o si basta con la implementación de un “test” a nivel jurisprudencial, el cual ha tenido gran desarrollo y éxito en los sistemas anglosajones, especialmente en Estados Unidos.

En ese sentido, la hipótesis de la cual se parte en esta investigación es que la perforación del velo corporativo es una herramienta jurídica-procesal inexistente en nuestro ordenamiento jurídico penal e incorporada del derecho anglosajón por vía jurisprudencial que, bien definida y aplicada, sería de gran utilidad no sólo en la

elaboración de la teoría del caso sino en la resolución del mismo y en el rastreo y recuperación de bienes. Este instituto permitiría desarticular estructuras societarias complejas, facilitando la labor de probar la existencia de la comisión de un delito, y la posibilidad de identificación e individualización de las personas físicas que se escudan detrás de las sociedades para realizar las actividades delictivas. Esto a su vez permitiría evitar la distracción de bienes que deberán responder civilmente por los perjuicios causados.

Para ello se analizó la aplicabilidad de la teoría del corrimiento del velo social en el Derecho Penal Costarricense, específicamente en relación a los delitos cometidos mediante la creación y utilización de estructuras corporativas complejas. Se analiza si los procesos de integración normativa han sido idóneos en la experiencia costarricense para solventar la laguna estudiada, para finalmente denotar que la falta de regulación del instituto dicho representa un problema de la práctica jurídica en la resolución de casos concretos y cómo ello favorece -y a la larga fomenta- determinadas conductas disvaliosas.

Específicamente en la experiencia penal, y luego de hacer un análisis sobre los fines del proceso penal, sus etapas, actores y principios orientadores concluye la autora que éstos son suficientes para autorizar el levantamiento del velo social. Éste debe entenderse a la luz de ciertas máximas: por una parte está el principio de libertad probatoria, la búsqueda de la verdad real, la subjetividad de la responsabilidad penal, el mandato de restablecer las cosas al estado que tenían antes del hecho, así como las reglas de responsabilidad por el hecho punible y otras normas del ordenamiento penal.

Luego realizar el estudio referido, concluye que el ordenamiento jurídico costarricense -tal cual- contiene suficientes sustento jurídico que faculta a los jueces de todas las áreas a aplicar la doctrina del levantamiento del velo social, en cualquier materia, incluyendo por supuesto la penal. Sin embargo, la realidad dista de esa posibilidad jurídica, ya que se constató que los jueces actúan de forma tímida frente a esa posibilidad. Además que, no infrecuentemente en materia penal se penetra detrás de las estructuras corporativas mediante mecanismos procesales cuestionables, sin existir un verdadero análisis de fondo.

Ficha bibliográfica

Damha Najjar, Carolina. "El levantamiento del velo corporativo en delitos ejecutados a través de la implementación de estructuras societarias complejas". Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2016, XI y 280.

Director: Federico Torrealba Navas.

Palabras clave: levantamiento del velo social, persona jurídica, personalidad jurídica, abuso de la personalidad jurídica, desestimación de la personalidad jurídica, disregard, piercing the corporate veil, responsabilidad limitada, delitos corporativos, proceso penal, allanamiento.

INTRODUCCIÓN

Tema: “El levantamiento del velo corporativo en delitos ejecutados a través de la implementación de estructuras societarias complejas”

Esta investigación tendrá por objeto analizar la aplicabilidad (real) de la teoría del corrimiento del velo social en el Derecho Penal (costarricense), enfocándose en su aplicación a casos que involucren el diseño y/o utilización de estructuras corporativas complejas como vehículo o mecanismo para la comisión de delitos.

Es decir, se pretende determinar si la implementación de esta teoría en materia penal ha tenido una incidencia real, no sólo en la investigación y condena del hecho delictivo, sino también en el resarcimiento de la víctima, aspecto que en muchas ocasiones queda en el papel, pues si bien existe condena civil, la víctima no logra ver su crédito cumplido pues precisamente los bienes han sido enajenados a través de una compleja estructura corporativa que incluso tiene componentes en diversas jurisdicciones.

Justificación

Tras la revisión bibliográfica, es de mérito concluir que existe un vacío tanto a nivel doctrinario, como legislativo y jurisprudencial, especialmente en materia penal, respecto del tratamiento jurídico de la teoría de la perforación del velo corporativo, que se enarbola desafiante frente a la tradicional consagración de la personalidad jurídica autónoma de las figuras asociativas mercantiles, distinta de la de sus socios.

Esta figura jurídica no encuentra en el ordenamiento normativo costarricense, a nivel genérico, una norma que faculte expresamente su utilización, como sí sucede en otras legislaciones, verbigracia la argentina, colombiana y uruguaya. El somero

desarrollo de este instituto a nivel nacional ha tenido que producirse en la vía jurisprudencial.

Esa facultad expresa existe únicamente en algunas ramas específicas, como en la tributaria (Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley N.º 4755, artículos 8 y 17) y la defensa del consumidor (Ley N.º 7472, artículos 32 y 67) en las que existe normativa de aplicación general que permite la desestimación de tales atributos cuando sean utilizados abusivamente. Otras normas que regulan puntualmente el corrimiento del velo son La Ley Orgánica del Banco Central, N.º 7558, artículos 141 a 150 y Ley Reguladora del Mercado de Valores, N.º 7732, artículos 30, 54, 55, 71 y 72 concretamente en cuanto a Grupos de Interés económico dedicados a actividad financiera; en materia de contratación administrativa mediante la Ley N.º 7494, artículos 22, 22 bis, incisos f e i, y 58, o para otorgar concesiones en el Código de Minería, Ley N.º 6797, artículo 29, entre otras, estas dos últimas, relativas a prohibiciones por parentesco.

Algunos jueces, de las materias no reguladas, especialmente en el área del derecho de familia y derecho laboral, se han aventurado a prescindir de la personalidad jurídica en casos concretos, con base en la integración del ordenamiento.

Esta práctica se da –infrecuentemente– en materia penal, lo cual a criterio de la autora entorpece y limita las investigaciones penales, y en consecuencia, la posterior imputación de estos delitos a las personas detrás de estas estructuras, así como la persecución de su patrimonio. Se observa, entonces, un problema teórico y normativo, que presenta severas repercusiones a nivel social y económico.

La creación deliberada de estructuras corporativas es muy frecuente, dadas las necesidades de las grandes corporaciones modernas, -que las utilizan para agilizar y hacer más eficientes sus negocios. Si bien es cierto, la creación de conglomerados de empresas, vehículos especiales para determinados negocios, grupos de interés económico, etc., son medios absolutamente legales utilizados en la práctica diaria del comercio, también lo es que se utilizan como medios para cometer delitos y para distraer bienes, frutos de esos ilícitos.

Los atributos otorgados a la personalidad jurídica de estas asociaciones mercantiles, dificultan en gran medida la labor investigativa, de imputación de delitos y recuperación de bienes, pues constituyen instrumentos efectivos para disipar rastros.

Esto hace cuestionarse la necesidad de legislación que expresamente permita a las autoridades judiciales perforar el velo corporativo cuando se está ante un abuso de la personalidad jurídica, o si basta con la implementación de un “test” a nivel jurisprudencial, el cual ha tenido gran desarrollo y éxito en los sistemas anglosajones, especialmente en Estados Unidos.

En relación con la problemática planteada, existe en la Asamblea Legislativa, el proyecto de Ley número 18213, “Levantamiento Del Velo De La Personalidad Jurídica. Adición de un artículo 20 Bis al Código de Comercio, Ley N.º 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas”, presentado en agosto del año 2011 por el entonces diputado José María Villalta.

Esta iniciativa pretende introducir la figura del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en el ordenamiento jurídico-mercantil costarricense. Una de las razones que exponen sobre la necesidad de aprobar la norma, indica:

A pesar de todos los precedentes citados, la jurisprudencia nacional no es uniforme en todas las materias y todavía persisten grandes abusos e injusticias, como consecuencia de la falta de una regulación integral y sistemática que impida el uso fraudulento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles en detrimento de los derechos de la población, independientemente de la materia de que se trate. De ahí la importancia del presente proyecto de ley.¹

¹ Proyecto de Ley No. 3284, República de Costa Rica, “Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, de 30 de abril de 1964, y sus reformas”, número 18213, propuesto por el diputado José María Villalta Florez-Estrada, 2011, 8. Último acceso: 13 de febrero de 2013, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=18213

Vale aclarar que el referido proyecto ha suscitado toda clase de posiciones al respecto; quienes aplauden la propuesta, quienes la rechazan rotundamente y finalmente quienes abogan por una reforma pero planteada en otros términos.

Al enfrentarnos a este tema, surgen varias interrogantes: ¿Es la teoría del corrimiento útil en general?, ¿es útil en la realidad jurídica costarricense?, ¿cuál es el estado de desarrollo en que se encuentra actualmente en Costa Rica?, ¿es idóneo este proyecto de ley para regular la figura jurídica aquí estudiada?

Además, es importante considerar si los presupuestos para autorizar el velo deben ser los mismos en todas las áreas, o si por el contrario en cada rama deben converger situaciones específicas para su otorgamiento. Ante este escenario, y partiendo de que el corrimiento es útil en derecho penal, conforme al problema que se ha señalado, cabe preguntarse si debe legislarse sobre ello, o si debe implementarse, como en el modo anglosajón, una especie de test para aplicar jurisprudencialmente en cada caso, para verificar su procedencia.

Marco Teórico Referencial

Para los efectos de esta investigación, se partirá de una serie de conceptos y teorías cardinales, y se acogen las posturas de los siguientes autores:

I. Personalidad Jurídica

Para abordar de manera adecuada el tema planteado, es preciso iniciar con una referencia a la personalidad jurídica otorgada a las formas asociativas mercantiles.

CERTAD MAROTO define la personalidad jurídica como:

Una particular técnica jurídica, que produce una especie de desdoblamiento de la personalidad haciendo del conjunto una persona

(jurídica) distinta a las personas (físicas y jurídicas) que la componen, con una subjetividad toda suya, un patrimonio propio y una capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones y de participar en juicios de modo independiente a cada uno de los socios. Así, la técnica del patrimonio separado le es imputada al ente personificado, tercero frente a tercero y a los mismos socios.²

Por consiguiente, la personalidad jurídica convierte a las sociedades mercantiles en personas morales e instrumento para la consecución de fines lícitos.

Sin embargo, como bien lo señalan Roitman, Aguirre & Chiavassa, la personalidad jurídica es, como instrumento -, susceptible de un uso abusivo desviado de sus fines, en cuyo caso la solución es prescindir de esa personalidad.

Se trata entonces de (...) un caso en el que se usa un derecho (la personalidad jurídica) contrariando los fines que tuvo la ley al reconocerlo o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres y que la ley no ampara.³

I. Sociedad

García Hernández define la sociedad como:

una declaración de voluntad de dos o más personas vinculadas por un fin común para crear una persona distinta a ellos, cuya actividad como persona moral será la de contratar y por ello tendrá personalidad jurídica, patrimonio propio y la capacidad necesaria para ostentarse frente a terceros como tal.⁴

²Gastón Certad Maroto, "Personalidad Jurídica y Autonomía Privada en el Derecho Societario" en *Revista Escuela Judicial. No. 5.* (2007), 116.

³Horacio Roitman, et al, *Manual de sociedades comerciales*, 1ª ed. (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2009).

⁴Jorge García Hernández, "Aspectos relevantes de las sociedades mercantiles" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 244, (2005): 67, accesado el 13 de junio del 2013 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/244/art/art3.pdf>

Es decir, las sociedades son asociaciones de personas, que adquieren una personalidad jurídica y actúan en nombre propio para la realización de un fin económico que está dispuesto por el objeto social definido en su pacto de constitución.

En el mismo sentido, Espinoza Espinoza (citado por Sánchez Morales), la define de la siguiente manera:

la persona jurídica es una creación del Derecho, en la cual se realiza una operación de reducción de personas individuales (conducta humana intersubjetivas), organizadas con un determinado fin (valores) para construir un centro unitario de referencia normativa, al cual se le va a imputar derechos y deberes (normas jurídicas).⁵

Asimismo, el autor apunta que una de las mayores ventajas para las personas físicas detrás de las sociedades es la limitación de su responsabilidad. Sin embargo esto en ocasiones es utilizado para desviarse de los fines para los cuales están autorizados, por ejemplo para la comisión de fraudes y actos ilícitos. Se utiliza, entonces, para cubrir esas transgresiones e impedir que los efectos recaigan sobre los verdaderos responsables.

Coinciden estos autores en señalar que, en estos casos, el juez debe prescindir de la estructura formal de la persona jurídica, para frustrar las intenciones ilícitas que se esconden detrás del velo social.

Sin embargo, Serik, impulsor de la doctrina del levantamiento del velo, advierte que esta herramienta debe -emplearse excepcionalmente, "ya que de lo contrario

⁵Gustavo Cesar Sánchez Morales, "Rasgando las vestiduras de la dama sociedad: la teoría del levantamiento del velo societario, presupuestos necesarios para su aplicación práctica" *Centro de Estudios de Derecho Corporativo, Universidad San Martín de Porres*, accesado el 20 de enero de 2013, (s.f.): 7 http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedec/revista/articulos_alumnos/Rasgando_las_vestiduras_de_la_dama_sociedad.pdf

se sacrificaría una gran conquista en los negocios de la vida moderna, que consiste en la limitación de la responsabilidad sobre el patrimonio de la persona jurídica." ⁶

En cuanto a la aplicación de la perforación del velo en el ámbito penal, Pérez afirma que - en esta rama del derecho impera el principio de indagación de la verdad real, por lo cual se hacen de lado las ficciones, en aras de proteger eficazmente los bienes jurídicos tutelados. Al respecto indica:

La jurisprudencia ha declarado que, si la existencia de una persona jurídica es simplemente una forma externa, que no conlleva una verdadera independencia de los patrimonios, porque sólo revela una modalidad comercial de las operaciones de un único sujeto o sujetos individuales, no cabe ya hablar de una actuación en nombre de otro, sino de una actuación en nombre propio, aunque utilizando exteriormente una personalidad jurídica distinta, que no puede ocultar porque en la realidad económica, sólo existe una persona o un pequeño grupo de personas físicas.⁷

II. Estructuras corporativas complejas

Para efectos de esta investigación, se partirá de que existen formas diversas para crear estructuras corporativas complejas, como los son los grupos de interés económico (GIE's), los conglomerados y vehículos con propósitos especiales. Estas estructuras no están reguladas en el ordenamiento jurídico costarricense, pero su "creación" y utilización es perfectamente legal y válida, ya que son maneras lícitas en que las empresas manejan y buscan hacer más eficientes sus negocios. Sin embargo, es frecuente que se utilicen como mampara para perpetrar delitos, disipar rastros de ello y distraer activos.

⁶ Roberto Obando Pérez, "Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n^o 25 (2008): 159. Accesado 16 de enero de 2013 http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf

⁷ Roberto Obando Pérez, "Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n^o 25 (2008): 159. Accesado 16 de enero de 2013 http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf

Los vehículos especiales son sociedades creadas para un fin o negocio específico, con patrimonio, estructura legal y responsabilidades propias, con el fin de asegurar sus obligaciones y limitar el riesgo y responsabilidad de quienes participan.

Los conglomerados son un conjunto de empresas que se desarrollan en más de una industria o negocio, y se agrupan por medio de fusiones, acuerdos o por la participación accionaria mayoritaria de una *holding*. Éstas se diferencian de los grupos de empresas –que expondrá posteriormente- pues:

pese a existir una vinculación entre sociedades, no existe una voluntad única expresada en función de las necesidades del grupo, sino que se mantiene la autonomía de decisión de la sociedad controlada, no siendo sometido su interés (al del grupo).⁸

La Procuraduría, en este sentido, ha indicado en reiterados dictámenes que se trata de sociedades que se encuentran unidas en función de un objetivo unido a todas ellas, y entre las cuales existen relaciones cruzadas de capital, lo que permite obtener el control de las sociedades y orientarlas hacia la consecución del grupo.⁹

Finalmente, los grupos de interés económico son un conjunto de sociedades o empresas las cuales son controladas generalmente por las mismas personas, titulares al fin del capital accionario, cuyo objetivo es diversificar sus operaciones y minimizar el riesgo de inversión.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia las definió como:

Las agrupaciones de interés económico, suponen la existencia de varias empresas que, conservando su entidad jurídica y patrimonios propios, están unidas por vínculos diversos, en virtud de los cuales, una de ellas, la sociedad controladora (“madre”), gobierna la gestión de una o más filiales. Sin embargo, no siempre que se refiera a estas entidades se alude en exclusiva a su tamaño, sino que existen otras características que surgen en

⁸ Juan M. Dobson, El abuso de la personalidad jurídica. (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1991), 11.

⁹ Procuraduría General de la República, Dictamen N° 042 del 23 de febrero del 2011.

función de su naturaleza o peculiaridades de los vínculos entre las distintas compañías comprendidas.¹⁰

La estructuración compleja es una práctica empresarial cada vez más común, con mayor difusión, debido a la necesidad de expansión y diversificación de los negocios. Las grandes corporaciones modernas no se limitan a la explotación de un solo servicio o producto, sus actividades y nichos de mercado son cada vez más numerosos y amplios, por lo que la creación de estas estructuras es necesaria para agilizar de forma eficiente sus negocios.

Castro, Porras y Sittenfeld definen los grupos de interés económico como:

El concepto de GIE responde al concepto de concentración de diversas empresas. En la mayoría de los casos, se presenta en el mundo jurídico a través del esquema de grupo de sociedades, las cuales operan en la misma actividad o como parte de un ciclo productivo. (...) A pesar de que los GIE adquieren distintas formas empresariales, es posible enumerar algunos elementos mediante los cuales podrían identificarse. (...) Estos elementos son: (i) Dirección Unitaria o Unificada de la empresa, (ii) el principio de Supremacía de Interés del Grupo; (iii) la participación recíproca o controlante del capital de los miembros.¹¹

A pesar de que surgieron como una necesidad propia del comercio lícito, no es cierto que su creación esté siempre destinada a fines lícitos como los mencionados, sino que se utilizan, no con poca frecuencia, con el propósito de cometer transgresiones al orden jurídico y legitimar activos, a nivel nacional e internacional.

En nuestro ordenamiento no hay una regulación de estas organizaciones, sino que esta se ha desarrollado a nivel jurisdiccional. Únicamente existe regulación para

¹⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "resolución delonce de abril del dos mil ocho", a las 08:05.

¹¹ Adriana Castro, Natalia Porras, y Andrea Sittenfeld, "Régimen Legal Aplicable a los Grupos de Interés Económico" en *Revista Judicial*, n^o 93 (2009): 52.

grupos financieros, por medio de la SUGEF. Vale mencionar que esta situación no es la realidad en otros países.

Como se mencionó en líneas anteriores, entre los elementos que permiten determinar su existencia tenemos: la dirección unitaria o unificada de la empresa, el principio de supremacía de interés de grupo y la participación recíproca o controlante del capital de los miembros. Para poder arribar a tales conclusiones y determinar la existencia de esos elementos apuntados, es necesario tener acceso a cierta información que no es posible obtener con facilidad, debido a los atributos de la personalidad jurídica de las formas asociativas mercantiles, y ciertamente la perforación del velo social será de gran utilidad para alcanzarlo, especialmente en el primer y último elemento.

Habiendo definido entonces los conceptos de “sociedad”, así como los atributos de la “personalidad jurídica”, y las formas en las que se crean estructuras corporativas complejas, procede a tratar el tema de la “teoría de la perforación del velo corporativo”, el cual configura una excepción a ése régimen de personalidad jurídica expuesta anteriormente, otorgado a las formas asociativas mercantiles.

III. Teoría de la Perforación del Velo Corporativo

López Raffo define la perforación del velo corporativo como “el instituto en virtud del cual se deja de lado la estructura jurídico societaria para alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo su cobertura”.¹² Es decir, brinda la posibilidad de penetrar en el sustrato personal y patrimonial de la sociedad o grupo de sociedades.

Como se ha mencionado con anterioridad, esta figura jurídica sólo está incorporada en el ordenamiento jurídico costarricense en ciertas ramas, para

¹² Francisco López Raffo, *El Corrimiento del Velo Societario. Alcances del art. 54, último párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales* (Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc, 2005), 15.

circunstancias específicas, pero se echa de menos completamente en materia penal.

En una de las referencias jurisprudenciales más específicas sobre el fenómeno, particularmente relacionado con la dificultad general de su aplicación, y problemas por la ausencia de regulación, el Tribunal de Familia indicó:

De ahí que al procurar aplicarla en un sistema de origen romanista como el costarricense, las dificultades a zanjarse son múltiples, sobre todo al intentar justificar su inclusión por medio de la jurisprudencia, basándose en criterios axiológicos de difícil delimitación y escasa intersubjetividad como la justicia, que se privilegia sobre las normas positivas. En la mayoría de los ordenamientos, ante el vacío legal existente, se adolece de parámetros o lineamientos claros para levantar el velo, por lo cual, a la postre, es la autoridad judicial, que enarblando su libre arbitrio y guiada por su propio concepto de justicia, decide casuísticamente las circunstancias para hacerlo. Con el fin de evitar la arbitrariedad dado los riesgos que ello supone, algunos han recogido el instituto en diversas disposiciones legales, tal es el caso de Argentina, Uruguay y República Dominicana. (...) En el derecho positivo costarricense no existe canon expreso que autorice el desconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil, ni la separación patrimonial que le asiste. Esa ausencia de norma legal escrita obliga a integrar adecuadamente el ordenamiento vigente. (...) Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda tener vigencia en Costa Rica. Dos institutos permiten hacerlo. Por un lado, la teoría del abuso del derecho y, por otro, la del fraude de ley, recogidas, por su orden, en los artículos 22 y 20 del Código Civil (...) ¹³ (El subrayado no es del original).

Como se puede observar aquí, los propios jueces reconocen las dificultades que se presentan a la hora de aplicar este instituto. Se carece de parámetros o lineamientos claros para levantar el velo, lo que irremediablemente significa que esa decisión ocurre casuísticamente, y esto eleva los riesgos de la arbitrariedad.

¹³ Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “resolución número 33 del seis de enero del dos mil diez” de las trece horas con cuarenta minutos.

Hay cuestiones jurídicas en las que su regulación en el derecho positivo podría entorpecer la aplicación de figuras jurídicas previas (‘es decir, afectar su naturaleza’), sin embargo, este no es el caso. La falta de uniformidad en las decisiones judiciales y la inseguridad jurídica para terceros -e incluso para los mismos socios- hace necesaria la regulación para el levantamiento del velo, sobre todo en materia penal.

El presupuesto, fundamento y justificación para su aplicación en los países en donde no está regulado normativamente, es el abuso de la forma de la persona jurídica. De esa afirmación algunos autores - cuestionan; si es necesaria la regulación normativa de la figura para su aplicación y específicamente, si es suficiente el abuso de la personalidad jurídica para resolver todos los casos de desestimación del velo social.¹⁴

Finalmente, la aplicación del velo corporativo es aplicada en varias áreas del derecho, como ya se ha mencionado, con sustento en normas o no y con distinta profundidad en el análisis en cada área. Ahora, en derecho penal, resulta especialmente relevante y útil su aplicación en delitos corporativos, precisamente por la naturaleza de éstos, entendidos como aquellas transgresiones al ordenamiento jurídico penal en los que se recurre a un uso abusivo de la personalidad jurídica de las formas asociativas mercantiles para facilitar la comisión de ilícitos.

¹⁴ Véase: Francisco López Raffo, El Corrimiento del Velo Societario. Alcances del art. 54, último párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales (Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc, 2005).

IV. Delitos corporativos

La criminalidad desde la empresa supone una cantidad considerable de retos y preguntas ante el Derecho Penal Clásico, sin embargo, la investigación que aquí se pretende no persigue penetrar en todos estos aspectos, sino que se dirigirá a una problemática específica: pretende estudiar los comportamientos delictivos perpetrados a través de la actividad societaria, y el instituto mediante el cual se pueda irrumpir en los escudos en los que se amparan, a efectos de eludir esos retos que supone este tipo de delincuencia.

Tampoco pretende investigar los tipos de delitos que son cometidos mediante la modalidad expuesta. Es decir, lo que aquí pretende desarrollar es la teoría penal del rompimiento del velo corporativo, de modo que lo concluido pueda aplicarse a nivel general, pues al fin y al cabo es indiscutible que la mayoría de la delincuencia (independientemente del bien que lesione o el fin que persiga) tiene consecuencias económicas.

Por ello la teoría del corrimiento del velo en materia penal que se trabajará en esta investigación se debe poder aplicar ante cualquier tipo de delito. Ello porque las estructuras corporativas complejas se pueden utilizar para: distraer bienes objeto del delito –por ejemplo la cantidad de dinero estafada a alguien-, o bien para distraer bienes que fueron adquiridos – al menos aparentemente- de modo legítimo pero que deben responder por los daños causados a la víctima.

Para efectos metodológicos y evitar caer en discusiones sobre palabras, se decidió que en la investigación pretendida, para lo que aquí interesa, se le dará la nomenclatura de “delitos corporativos” a este tipo de delincuencia.

Entonces, es apremiante aclarar que para los efectos de la tesis se entenderá *delincuencia corporativa* como aquella delincuencia que es cometida -en cualquier momento del iter críminis- a través de estructuras corporativas complejas. Es decir, se estudiará un tipo de delincuencia no desde los bienes jurídicos que lesionen, ni por la finalidad perseguida por el sujeto activo, sino desde el

mecanismo mediante el cual es cometido: el abuso de los derechos y atributos que se circunscriben a la actividad societaria. No importa aquí el tipo de bien jurídico lesionado ni la finalidad del delito, sino el mecanismo empleado, es decir a través de la actividad societaria.

Estas dificultades a las que se alude en párrafos anteriores han sido estudiadas de manera más o menos amplia desde los delitos económicos y empresariales, sobre todo en España, dónde incluso ya se ha desechado el aforismo latino “societas delinquere non potest”. La mayoría de este tipo de delincuencia (desde el concepto que la doctrina española propone y que de seguido cita) es cometida a través de estructuras corporativas complejas y puede compartir ciertas características con el nuevo concepto que aquí se propone, ya que los delitos corporativos refieren a esa modalidad de comisión particular. Sin embargo es menester hacer la aclaración que no deben equipararse los conceptos de: delitos económicos, delitos corporativos o delitos empresariales. A su vez, otros tipos de delitos pueden ser cometidos a través del abuso de la persona jurídica, sin embargo los que de seguido expone pueden ser los más frecuentes.

De acuerdo a la doctrina española, los delitos económicos y empresariales protegen bienes jurídicos diversos. Los delitos económicos buscan tutelar bienes jurídicos supraindividuales: el orden socioeconómico, que es un bien jurídico colectivo, una función estatal particular, o algo que de forma difusa le interesa a toda la sociedad, como lo es el correcto funcionamiento de la economía de mercado.

Por otro lado los delitos empresariales se refieren a actividades delictivas específicas, cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio: de acreedores, terceros de buena fe y de la misma empresa, etc. La mayoría de los delitos económicos son cometidos por empresas y esto no los hace delitos de carácter empresarial. pues lo relevante para la investigación es el mecanismo empleado para la comisión del delito, que es a través de ECC.

Igualmente para efectos metodológicos, se dejará de lado la discusión que hay en torno a delitos económicos y empresariales, los que dependiendo de la

jurisdicción, e incluso del autor que trate el tema, pueden tener acepciones diversas. Por ejemplo, en Costa Rica, esta clasificación no encuentra arraigo ni en el ordenamiento jurídico, ni a nivel jurisprudencial o doctrinal.

En cuanto a la relevancia del tema en cuestión, BAJO y BACIGALUPO han recalcado sobre las enormes consecuencias dañosas de la delincuencia económica:

La lesividad social de esta delincuencia supera la imaginación más ágil. Siendo esto así, el estudio específico y conjunto de esta manifestación delictiva va a permitir llamar la atención sobre la necesidad de una valoración y tratamiento distintos del hecho delictivo.¹⁵

Por otro lado, en relación a la imputación de delitos existe una problemática concreta, en relación a la autoría y participación. En este sentido Feijoo menciona que:

La empresa como organización representa un problema central para la moderna teoría jurídica del delito; sobre todo cuando no se trata de pequeñas empresas o empresas familiares, donde todavía resulta factible recurrir a soluciones tradicionales, sino de organizaciones empresariales multinacionales que alcanzan una gran magnitud y complejidad (sólo hay que pensar en el fenómeno de los grupos de empresas).¹⁶

Es decir, el Derecho Penal clásico que conocemos no está pensado para la comisión de delitos a través de estructuras corporativas complejas, sino para uno o pocos autores, lo que genera problemas en la aplicación de la teoría del delito tal y como la conocemos.

¹⁵Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo, *Derecho Penal Económico* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001), 20.

¹⁶ Bernardo Feijoo Sanchez, "Problemas de imputación en estructuras empresariales" *Gobierno corporativo y derecho penal. Sexta mesa redonda*. (Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009): 3, accesado 25 de octubre de 2012 <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/autoria-organizaciones-empresariales-complejas-227528201>.

Los problemas relativos al autor se presentan porque quienes ejecutan las acciones por lo general son aquellos empleados cuyo poder de decisión es nulo. Por ello resulta de especial relevancia analizar la jerarquía empresarial, ya que quienes toman las decisiones suelen estar alejados temporal y espacialmente del momento y lugar de la comisión del delito. Esto plantea una serie de problemas en delitos cometidos a través de empresas.

A modo de introducción del siguiente tema, es necesario hacer algunas precisiones. No es lo mismo hablar de *criminalidad como empresa* que *criminalidad de la empresa*. En la primera ésta es creada para el fin específico de delinquir, y en la última se da la comisión de uno o varios delitos en una sociedad o grupo de sociedades dedicadas a una actividad lícita y permitida por el ordenamiento, no aparente.¹⁷

Es decir, el uso de las estructuras corporativas complejas para delinquir puede hacerse desde dos formas:

1. Se forman para explotar una o varias actividades económicas lícitas, y sucede que “en el camino” se utiliza su estructura o se crea una más compleja para perpetrar ciertos delitos. Por ejemplo sacar de la empresa los activos tóxicos o titularizar deuda que se sabe irrecuperable.
2. Se forma desde sus inicios para delinquir.

¹⁷ Manuel Rojas Salas, “Criminalidad Empresarial” en *Revista de Ciencias Penales* N° 15, (1998): 83-90.

Problema

La figura de la perforación del velo corporativo no encuentra en el ordenamiento jurídico costarricense, a nivel genérico, una norma que faculte expresamente su utilización. En el medio doméstico, el somero desarrollo de este instituto ha tenido que producirse en la vía jurisprudencial, mediante algunas sentencias, especialmente en derecho laboral y de familia, más no así en derecho penal, que tangencialmente remite al análisis del fenómeno en estas áreas de la práctica forense. De manera menos frecuente aún, en materia penal se ha autorizado el corrimiento del velo corporativo, sin embargo, su plena implementación se ve dificultada y aún muchas veces, imposibilitada, no sólo por la falta de una tesis clara sobre los alcances de esta teoría en el ámbito penal y el desarrollo de un “test” para su aplicación en materia procesal penal, sino también, por la aprehensión de fiscales, jueces y otros operadores del derecho hacia una tesis que en apariencia vulnera intereses jurídicos tutelados, como lo son la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Más allá, el problema se materializa en la dificultad para investigar y resolver casos en los que la comisión del delito se realizó mediante la implementación de estructuras corporativas complejas, y tanto más, por cuanto la reticencia a franquear estos mecanismos imbricados muchas veces impide la recuperación de los bienes distraídos precisamente, merced de su enajenación a través de una estructura tal.

Pregunta

¿Es conveniente la implementación en nuestro sistema judicial de la teoría de la perforación del velo corporativo en materia penal, sea por la vía legislativa o jurisprudencial?

Hipótesis

La perforación del velo corporativo es una herramienta jurídica-procesal inexistente en nuestro ordenamiento jurídico penal e incorporada del derecho anglosajón por vía jurisprudencial que, bien definida y aplicada, sería de gran utilidad no sólo en la elaboración de la teoría del caso sino en la resolución del mismo y en el rastreo y recuperación de bienes. Este instituto permitiría desarticular estructuras empresariales complejas, facilitando la labor de probar la existencia de la comisión de un delito, y la posibilidad de identificación e individualización de las personas físicas que se escudan detrás de las sociedades para realizar las actividades delictivas. Esto a su vez permitiría evitar la distracción de bienes que deberán responder civilmente por los perjuicios causados.

Objetivo General:

Analizar la aplicabilidad de la teoría del corrimiento del velo social en el Derecho Penal Costarricense, específicamente en relación con los delitos cometidos mediante la creación y utilización de estructuras corporativas complejas.

Objetivos específicos:

1. Analizar la evolución, ámbito y límites del contenido de la personalidad jurídica otorgada a las figuras asociativas mercantiles.
2. Evaluar la modalidad de ejecución de los delitos ejecutados a través de estructuras corporativas complejas, así como la problemática y utilidad del empleo de la perforación del velo corporativo para su investigación en los procesos penales.

3. Examinar el desarrollo de la teoría del levantamiento del velo y su compatibilidad con el contenido de la personalidad jurídica propia de figuras asociativas mercantiles.
4. Determinar el estado del desarrollo normativo y jurisprudencial de la teoría del levantamiento del velo corporativo en la realidad jurídico-penal costarricense y las dificultades que presenta su falta de regulación.

Metodología

Pretende en esta investigación estudiar una laguna normativa en la legislación costarricense, específicamente en cuanto al instituto jurídico de “la perforación del velo corporativo”. La laguna de derecho es la carencia de toda solución normativa en el sistema jurídico¹⁸, y para resolverla, es preciso utilizar los procedimientos de heterointegración y autointegración.

Se pretende analizar si estos procesos de integración han sido idóneos en la experiencia costarricense para solventar la laguna estudiada, para finalmente denotar que la falta de regulación del instituto dicho representa un problema de la práctica jurídica en la resolución de casos concretos y como ello favorece -y a la larga fomenta- determinadas conductas disvaliosas.

Se empleará el método de la explicación científica, la cual tiene por finalidad “(...) dar a conocer los elementos, naturaleza, factores o relaciones del objeto que se

¹⁸ Véase: Salvador Castillo Garrido, “Lagunas del derecho y el dogma de la plenitud del sistema jurídico” *Revista Judicatura*, (2009): 35-46, accesado 19 de enero de 2013, http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/27/3%20Lagunas%20del%20derecho_Revista%20Judicatura.pdf

estudia y sobre el que se pretende dar alguna respuesta comprensible y válida desde el punto de vista lógico”.¹⁹

Se echará mano de las distintas formas de explicación científica: descriptiva, conceptual, ejemplificativa, ontológica, teleológica e histórico-social, para responder, respectivamente, las siguientes preguntas en torno a los conceptos que se estudiarán: ¿Cómo es?, ¿qué es?, ¿cuál es el caso concreto?, ¿qué es y por qué?, ¿para qué?, y ¿en qué circunstancias?

Al ser una investigación de carácter documental, comenzará con la búsqueda, inventario, relevamiento, clasificación y evaluación del material documental: doctrina, jurisprudencia, y normas – en su acepción amplia, tanto nacional como extranjera.

En cuanto a instrumentos de observación, se realizarán entrevistas a distintos actores dentro del proceso penal, para comprender el fenómeno, ya no sólo desde las posturas teóricas, sino desde la práctica jurídica.

En el primer capítulo se tratará el tema de la personalidad jurídica de las figuras asociativas mercantiles. Es menester, para abordar de manera adecuada el tema planteado, hacer una referencia al origen de la personalidad jurídica y la evolución que han sufrido las teorías en torno a ella y asimismo estudiar cuales son los ámbitos y límites de la personalidad jurídica, tanto a nivel global como local. Esto será de utilidad para dejar planteada la interrogante de si la personalidad jurídica y el acervo de derechos corporativos que le atañen son absolutos, o si en alguna medida esta autonomía e independencia se puede franquear ante ciertas circunstancias, tema que será tratado más ampliamente en un capítulo posterior. Para ello se echará de mano del material bibliográfico disponible.

Posteriormente, en el capítulo segundo, se introducirá la problemática del uso de estructuras y mecanismos corporativos, al amparo de los beneficios que otorga la personalidad jurídica, para la comisión de ilícitos, en aras de exponer que la

¹⁹ Véase: Enrique Herrera, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1998), 20.

personalidad jurídica, si bien otorga autonomía patrimonial respecto de sus socios, personalidad jurídica propia, responsabilidad limitada de los accionistas, anonimidad, también facilita la comisión de delitos, particularmente de índole económicos, ya que permite distraer bienes y crear escudos legales. Asimismo se expondrán los problemas de orden práctico que surgen cuando en la comisión de un delito se ha utilizado alguna estructura societaria, como lo son: la investigación y obtención de prueba, imputación de responsabilidades y finalmente el resarcimiento del daño mediante la recuperación de los activos.

En aras de lo desarrollado en los capítulos anteriores, se analizará en el capítulo tercero si existe algún mecanismo mediante el cual, en casos calificados, se pueda penetrar a la corporación, y poder responsabilizar a las personas físicas que se encontraran involucradas en algún ilícito. Es decir, se estudiará el levantamiento del velo corporativo como mecanismo idóneo para penetrar en la ficción que crea la personalidad jurídica, y del cual se han valido para cometer delitos.

Como último punto, se tratará en el cuarto capítulo el desarrollo de la teoría de la perforación del velo corporativo en Costa Rica, cómo ha sido su aplicación y las dificultades que ha presentado la falta de regulación de esta materia, pues a nivel jurisprudencial, y al menos en materia penal en los altos tribunales, el tratamiento ha sido menguado.

Capítulo Uno

Título Primero. Origen de la persona jurídica

El Derecho vigente no ha nacido de una forma esporádica, sino que, en general, viene a constituir el resultado de una evolución más o menos larga. Es por ello imprescindible, para comprender adecuadamente la razón de ser del Derecho actual, conocer la evolución histórica de la que éste es el resultado. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano

I. Sección Única. Origen de la personalidad jurídica

A. Consideraciones previas

Desde que el ser humano convive en sociedad se ha agrupado con otros para llevar a cabo distintas actividades que realizadas colectivamente presuponen mayor eficacia. Las asociaciones de personas -en general- son al fin y al cabo un agrupamiento de intereses individuales, que buscan uno o varios fines específicos.

Las sociedades mercantiles que hoy día conocemos exceden por mucho a esas primeras asociaciones surgidas en la historia, las cuales, de una forma más o menos gradual, fueron adquiriendo mayor complejidad debido a las características mismas que se le han ido dotando, por ejemplo: individualidad y autonomía respecto de sus socios e integrantes.

Uno de los motivos preferentes para asociarse ha sido para facilitar prácticas comerciales, siendo además que el comercio es una de las actividades de mayor antigüedad practicadas por el hombre. Sin embargo, en las primeras civilizaciones de rudimentaria y simple estructura la práctica comercial fue harto distinta a la suscitada en la época medieval y ni qué decir de las costumbres actuales. Inicialmente la permuta y el trueque -ausentes de ánimo de lucro- eran actos

característicos, pero ello cambió con el surgimiento y pleno desarrollo del mercantilismo hasta el capitalismo globalizado. 20 Esto ha significado también una evolución en las formas asociativas que facilitan el comercio, las cuales se han ido adaptando a las necesidades y posibilidades de cada período.

Es de mérito afirmar que si bien en todas las culturas han existido asociaciones de personas o figuras asociativas, los entes colectivos jurídicos de derecho mercantil que conocemos hoy día (aún y con las diferencias entre cada ordenamiento jurídico) encuentran su origen a finales de la Edad Media e inicios de la Edad Moderna, a propósito del auge económico y gran crecimiento comercial propio de la época.

A pesar de que se mencionarán algunas figuras del derecho romano que tuvieron influencia en el desarrollo de estas figuras asociativas, la mayoría de la doctrina concuerda en que fue hasta el Medioevo y la Modernidad dónde encuentra sus orígenes, debido a la falta de personalidad jurídica de la *societas* romana. No obstante, como nunca faltan criterios disidentes, hay quienes son de la opinión - aunque los menos- que la *societas publicanorum* dieron vida a las modernas corporaciones.

También hay quienes afirman que no existe unidad de criterio entre los juristas sobre los orígenes de la persona jurídica. Sin embargo, considera que en muchas ocasiones esto es una falsa discordia, pues con alguna frecuencia en realidad lo que ocurre es que hablan indistintamente de varios institutos cuya aparición dista en el tiempo y espacio. Estos institutos son: sociedades, personalidad jurídica, sociedades mercantiles e incluso la limitación de responsabilidad.

A propósito de lo cual es de mérito hacer otra aclaración. A pesar de que en muchas circunstancias se habla indistintamente de las sociedades y de la personalidad jurídica, sería errado soslayar el hecho de que ambas tienen orígenes distintos. Si bien hoy es difícil concebir una sin la otra, esto no siempre fue así. Las

²⁰ Véase: Jorge García Hernández, "Aspectos relevantes de las sociedades mercantiles" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 244, (2005): 61-77, accesado el 13 de junio del 2013, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/244/art/art3.pdf>

primeras formas asociativas carecían de personalidad jurídica propia y más bien fungían como una forma de copropiedad, tema que se abordará con más detalle en próximos párrafos.

De previo a entrar en consideraciones de fondo, es menester aclarar que esta sección pretende ser una fotografía de lo ya ampliamente discutido por otros juristas en cuanto a los orígenes y evolución histórica de la personalidad jurídica y de las sociedades. No pretende hacer una compilación exhaustiva y mucho menos un análisis histórico del fenómeno societario, pues escapa el propósito ilustrativo de este acápite. Y con ello no quiere decir que sea adorno o relleno. Cumple una función de relevancia para esta investigación, como método para exhibir la naturaleza y los fines de estos institutos, así como señalar qué justificó la dotación de sus atributos, y en consecuencia para evidenciar qué justifica la supresión de los mismos. O bien, como dijo Goldschmidt, el derecho vigente "sólo puede entenderse acertadamente como parte de una cadena evolutiva, es decir, tanto con pasado como un futuro". 21

B. Derecho Romano. Algunos institutos del derecho romano. La *societas* sin personalidad del Derecho Romano

i. Ausencia de Derecho Mercantil

En la época del Derecho Romano no existía el Derecho Mercantil como una rama autónoma del ordenamiento jurídico. Tal falta no se debió a la escasa cantidad de tráfico comercial, sostiene Bercovits, "sino que más bien parece que debe atribuirse a la capacidad de generalización y a la flexibilidad del sistema jurídico de los romanos."²² El primitivo *ius civile* resultó insuficiente para el comercio romano,

²¹ Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, "Notas sobre el origen histórico del Derecho Mercantil". *Antología de Derecho Comercial*. Compilado por Gastón Certad Maroto, (s.a.): 3.

²² *Ibid.*, 3.

sin embargo esa insuficiencia fue debidamente solventada por el *ius gentium*, gracias a la dedicación de los pretores.

Entonces, sí existieron instituciones exclusivamente aplicables al comercio, por ejemplo: la *actio exercitoria*, *actio institoria*, *actio tributoria*, *receptum argentarii*, *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum*, etc., sin embargo, éstas tenían un carácter aislado, por ello no constituían una rama separada del derecho. Fue hasta la última época del Imperio de Occidente, momento en que el ordenamiento pierde flexibilidad, cuando surgen rastros del surgimiento de una suerte de Derecho profesional, de contenido fundamentalmente *iuspublicista*.²³ Luego, cuando el Derecho imperial fue codificado por Justiniano, alguna suerte de Derecho mercantil pudo haber subsistido "como un conjunto de usos profesionales y que de esa manera haya llegado en la Edad Media."²⁴

Coincidente con la postura previamente expuesta, Bialostosky afirma que encontrar los rasgos mercantiles de las sociedades en el Derecho Romano representa un considerable reto, debido a que el Derecho Mercantil se desarrolló hasta en la Edad Media.²⁵ Fue el Derecho Civil el que se adaptó a los sucesos comerciales de la época. Empero, a pesar de las dificultades señaladas, es propio afirmar que existen varios institutos en que las modernas sociedades comerciales hayan sus primeros orígenes, aunque -valga aclarar- en su estado más simple, es decir, en aquel primer momento no compartían las características más distintivas de su versión más reciente: aquellas otorgadas por su propia personalidad jurídica.

ii. Antecedentes de las sociedades

Guiñazu sostiene que no se puede hablar de la existencia de la "persona jurídica" en las fuentes romanas, en cambio se utilizaban voces tales como *societas*, *corpora*,

²³ Véase: 23 Bercovitz, "Notas sobre el origen histórico del Derecho Mercantil", (s.a.): 3.

²⁴ Ibid., 12.

²⁵ Véase: Sara Bialostosky, "Antecedentes de las Sociedades Mercantiles en el Derecho Romano" *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM México*, (s.f): 193, accesado el 20 de febrero del 2015, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/74/dtr/dtr2.pdf>.

*universitas, collegium y sodalitas*²⁶. Si bien eran asociaciones de personas para distintos fines, éstas no tenían un carácter autónomo, con capacidades distintas a la de sus miembros, no tenían un patrimonio diferenciado ya que los bienes continuaban siendo propiedad de sus asociados y tampoco poseían personalidad jurídica propia. "Los romanos no consideraron el patrimonio social como sujeto jurídico, titular autónomo de derecho y de obligaciones. El conjunto entero de las relaciones de la sociedad era una serie de derechos y obligaciones personales de los socios entre sí"²⁷ apunta Farina. Las sociedades eran de carácter personalistas, lo que significaba la disolución del negocio si alguno de los socios falleciere.²⁸

Los motivos que reunían a estas formas de agrupación eran diversos. Sin embargo, Guiñazu citando a Bonfante, afirma que esos términos "son ambiguos y no responden con certeza al sentido jurídico de asociación."²⁹ Las *sodalitas* eran grupos de personas cercanas que perseguían fines religiosos o civiles y el *collegium* era una agrupación formada para el culto religioso, como los colegios sacerdotales.³⁰

Para efectos de esta investigación, reviste de especial interés dar una breve mirada a la *societas* romana, pues alguna parte de la doctrina la señala como el primer antecedente de las formas asociativas mercantiles actuales.

²⁶ Véase: María Antonieta Guiñazu Mariani, "Las Personas Jurídicas En El Derecho Romano" *XVII Encuentro Nacional De Profesores De Derecho Romano, Universidad Nacional de la Pampa*, (2010): 146, accesado el 16 de noviembre de 2014 <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Docs/Maria%20Antonieta%20Guinazu%20Mariani.pdf>

²⁷ Juan Farina, *Derecho de las Sociedades Comerciales*. 1era Edición, vol. 1. (Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2011), 5.

²⁸ Véase: Ricardo M. Lucarelli Moffo, "El devenir de la sociedad comercial a través de la historia," *Revista Electrónica de Derecho Societario*, (2001, febrero): 2, accesado 29 de mayo de 2014 <http://www.societario.com/estudiantes/HistoriaSociedadesComerciales.htm>

²⁹ Guiñazu Mariani, "Las Personas Jurídicas En El Derecho Romano" *XVII Encuentro Nacional De Profesores De Derecho Romano, Universidad Nacional de la Pampa*: 148.

³⁰ Véase: Ulrike Malmendier, "Societas", *University of Berkeley, California* (2012):1, accesado el 16 de noviembre del 2014 http://eml.berkeley.edu/~ulrike/Papers/Societas_Article_v5.pdf.

iii. La *societas* romana

La *societas* tuvo su origen en la antigua *consortium erecto non cito*, que era una asociación surgida a raíz de una herencia indivisa, en la que los beneficiarios preferían administrar conjuntamente el patrimonio testado en vez de dividirlo entre ellos. Era un "estado de copropiedad (...) una forma de división comunitaria de hecho, que derivaba de la familia y del derecho sucesorio arcaico"³¹

iv. *Societas* y el comercio

La *societas* romana tuvo una influencia importante en los sistemas legales del mundo, afirma Malmendier, pero por otro lado en la época ésta no evolucionó en una entidad adecuada y estable para el desarrollo de negocios, aún cuando la ley romana permitió únicamente dos constructos para propósitos comerciales: la *societas* y el *collegium*.³²

En su forma clásica tardía la *societas* del *Corpus Iuris Civilis* podía ser creada para diversos fines, que fueran lícitos y posibles. Sin embargo, nunca tuvo personalidad jurídica propia,³³ motivo por el cual no es posible afirmar la existencia de un derecho preferente para los acreedores de la *societas*:

Por otra parte, Brunetti señala que la *societas* romana no alcanzó nunca a imprimir fuerza propulsiva en la economía de los intercambios, porque se limitaba a la regulación de las relaciones internas, es decir a las mutuas obligaciones de los socios. En realidad, la sociedad era de carácter interno y no trascendía para los terceros; los socios tenían sobre las cosas comunes una copropiedad por cuotas ligadas simplemente por la convergencia de los fines.³⁴

³¹ Bialostosky, "Antecedentes de las Sociedades Mercantiles en el Derecho Romano", 3.

³² Véase: Malmendier, "Societas", 1.

³³ Véase: Malmendier, "Societas", 2.

³⁴ Farina, Derecho de las Sociedades Comerciales, 5.

De la cita expuesta, pareciera inferirse que los limitados atributos de esta figura asociativa impidieron en alguna medida el aceleramiento comercial, sin embargo no se puede obviar que, al fin y al cabo, ese instituto es resultado de las necesidades particulares de la época, en la que si bien había alguna suerte de libertad económica, la economía romana distaba en mucho de ser homóloga a la economía de la Alta Edad Media y más aún de la Edad Moderna, momentos en los que ya se puede hablar de la existencia de personas jurídicas, de un desarrollo de formas asociativas mercantiles más complejas y con atributos independientes a los de sus miembros, tema que será abordado de manera más amplia en próximas páginas.

Se pueden distinguir al menos cuatro formas principales de *societas*, cuya clasificación depende de la cantidad de bienes y negocios previstos en ellos. Estas son:

a) *societas omnium bonorum*, en ésta los bienes presentes y futuros de cada socio entraría en un régimen de copropiedad con los otros socios.

b) *societas omnium bonorum quae ex quaestu veniunt*, el formato comercial por defecto, en las que la propiedad de la asociación se limitaba a lo que los socios adquirieron actuando en el giro de la *societas*;

c) *societas alicuius negotiationis*, ésta era la forma más común, en la cual la sociedad, sus pérdidas y ganancias estaban limitadas a un negocio en específico.

d) *societas unius rei*, creada para un sólo objetivo y transacción.³⁵

Existían varias causales de disolución de estas formas asociativas. La más común era por la muerte de alguno de sus integrantes, pero existían otros motivos: el retiro unilateral de alguno de sus miembros; el acometimiento del negocio por el cual se habían asociado; por el término del plazo establecido o bien por alguna demanda en contra de algún socio.

Las características de las *societas* hacían de ésta poco atractiva para los inversionistas y en consecuencia para el desarrollo de grandes empresas,

³⁵ Véase: Malmendier, "Societas", 1.

especialmente su falta de personalidad jurídica propia así como la falta de distribución de utilidades con regularidad, ya que ésta sólo se hacía ante la disolución de la *societas*.

Empero, la *societas publicanorum* significó dentro de este esquema una notable excepción, menciona Malmendier. Estas eran asociaciones de franquicias o concesionarios estatales (una forma particular de *societas vectigalium*) que se encargaban de -entre otras cosas- recaudar impuestos.

El Derecho Romano concedió varias excepciones que revistieron a la *societas publicanorum* (o *publicani*) con más permanencia y estabilidad, ya que la suerte de los socios individuales no afectaba el giro de la sociedad. Esto encuentra razón en que su actividad era de su importancia para las finanzas del Estado, debido a la carencia de personal administrativo del gobierno y su consecuente imposibilidad de proveer a la población de los servicios concesionados. Durante su apogeo, hacia el final del Imperio, entre sus actividades estaba la recaudación de tasas e impuestos del Estado, la construcción de obra pública como calles y templos, la administración de bienes de dominio público, como minas y lagos.³⁶

Una de las diferencias cruciales entre las *societas* y las *societas publicanorum*, sostiene Malmendier, era la existencia de acciones y accionistas, que según Cícero, eran transferibles y comerciables.³⁷ Esta autora, aunque divergiendo del criterio mayoritario, señala que debido a estas características mencionadas, la *societas publicanorum* es el antecedente de las corporaciones modernas.

Comparte las posturas anteriormente expuestas Cervantes, quien apunta que la personalidad jurídica es creación del derecho moderno, al citar a los juristas Verrucoli y Escarra, que:

el antiguo derecho no conoció la institución de la sociedad mercantil con personalidad jurídica, lo que es una creación del derecho moderno. En Egipto, Grecia, Babilonia y Roma fue conocido el contrato de asociación. En Roma existieron las *Societas Publicanorum* que tenían por objeto la explotación de

³⁶ Véase: Malmendier, "Societas", 1.

³⁷ Véase: Ulrike Malmendier, "Publicani", *University of Berkeley, California*, (2012):1, accesado el 16 de noviembre del 2014 http://eml.berkeley.edu/~ulrike/Papers/Publicani_Article_v5.pdf.

arrendamientos de impuestos, el abastecimiento de víveres y ropa para el ejército, la explotación de salinas, la ejecución de obras públicas importantes. Hubo también sociedades Argentan para el ejercicio del comercio bancario.³⁸

Esto evidencia la confusión que a veces se halla en la literatura jurídica en cuanto a que el origen la personalidad jurídica, de la sociedad e incluso de la limitación de responsabilidad es la misma, ya que en realidad surgen en momentos históricos diversos y a causa de necesidades económicas y sociales distintas. Bien señala Certad que "el derecho romano clásico y el justiniano, no conocieron a la persona jurídica. Para ellos persona era solo el hombre libre" ya que el "pensamiento jurídico (del derecho romano) no había alcanzado un refinamiento tal de concebir una idea de grupo distinta de las personas que lo componían."³⁹

Ya en la época romana existían algunos requisitos para la constitución de las *societas*, entre los cuales figuraba la persecución de un fin lícito independientemente de la actividad social. En ese sentido, la Ley de las XII Tablas dictó que éstas tenían libertad para definir sus estatutos siempre que no contravinieran los intereses del Estado o las normas de derecho público, ya que de ser el caso podían ser disueltas.

Como bien es sabido, el abuso de las formas jurídicas no es una argucia moderna. En Roma, a finales de la República, el Estado se vio obligado a restringir la libertad de asociarse, porque algunas sociedades fueron utilizadas como mamparas para interferir en la vida política romana que era convulsa para ese período, para sustraerse de cargos públicos o bien para cometer delitos, señala Guiñazu, quien al respecto reseñó:

Alrededor del año 64 a. C. se ordena la disolución de algunos entes después de comprobarse conspiraciones y fraudes electorales. La Lex Clodia, a propuesta del tribuno Clodio, del año 58 a. C. restaura el principio liberal de la Ley de las XII Tablas; pero ante nuevos abusos, por la Lex Licinia del año

³⁸Raúl Cervantes Ahumada, Derecho Mercantil: Primer Curso. (México: Edit. Herrero S.A., 1997) p.37.

³⁹Gastón Certad Maroto, "Personalidad Jurídica y Autonomía Privada en el Derecho Societario" en *Revista Escuela Judicial*. No. 5. (2007) 115.

56 a. C. ordenó la supresión de ciertas corporaciones utilizadas para corromper al electorado.⁴⁰

Se aprecia entonces cómo desde los más remotos orígenes de las formas asociativas, el Estado, que primero otorga la libertad de asociarse, ha exigido la persecución de fines lícitos que no contravengan intereses o normas públicas y además ha restringido su participación en ciertos ámbitos, por ejemplo en la vida política. Empero, va más allá de eso, ya que también desde ese entonces ha impuesto sanciones o consecuencias para las sociedades que hicieran un uso abusivo de su forma, específicamente con la disolución.

C. Formas asociativas surgidas en la Edad Media

El Derecho mercantil como rama autónoma tuvo su origen en la Edad Media. Este surgimiento está estrechamente vinculado al vertiginoso desarrollo económico y comercial de ese período. Bercovitz afirmó que "a ese cambio histórico se vinculan el renacimiento del comercio y de las ciudades, la formación de la burguesía, la crisis del feudalismo, la creación de las primeras Universidades y la renovación de los estudios jurídicos".⁴¹

Durante la Edad Media hubo una importante diferencia entre el comercio local y el gran comercio de exportación, incluso basados en principios contrapuestos. El comercio local - mercados- estaba regulado para proteger los derechos de los consumidores, a sus pobladores. Asimismo procuró evitar la competencia de los comerciantes foráneos, prohibiéndoles vender dentro de la ciudad. Por otro lado, el comercio de exportación se manifestaba mediante ferias, en las que sólo intervenían aquellos comerciantes que lo eran de profesión, cuyas ventas eran al por mayor. En los puertos o metrópolis se llevaba a cabo el comercio interlocal.⁴²

⁴⁰ Guiñazu, 153.

⁴¹ Bercovitz, 12.

⁴² Véase: Bercovitz, 16.

La sociedad europea occidental hacia el siglo XI sufre una serie de cambios en muchísimos niveles. La revolución comercial que se vive en esa época, especialmente en el norte de Italia, desata una evolución social que trastoca no sólo la economía, sino también su dinámica social y política y consecuentemente con ello también al desarrollo jurídico.

Bercovits advierte que "trazar un esquema lineal sobre la evolución" de esa época es una tarea difícil, ya que los cambios no se dan simultáneamente en las distintas divisiones territoriales, y sobre todo porque se trata de una "época caracterizada por la disgregación política y por la pluralidad de ordenamientos jurídicos".⁴³

Por ello, hace propia la aclaración que ese autor manifiesta en cuanto no pretende hacer un análisis lineal e íntegro del fenómeno, sino una suerte de breve caracterización de ese período en los términos en que sea útil para este trabajo: poder circunscribir el desarrollo y evolución de las figuras comerciales dentro de la evolución del Derecho Comercial mismo.

El renacimiento comercial del siglo XI en sus orígenes, tropezó con obstáculos económicos, sociales, feudales y con una normativa jurídica que poco servía y hasta lastimaba el buen desarrollo de las actividades comerciales. Así es como nace el derecho consuetudinario adecuado a la actividad mercantil, que ve terreno fértil para afianzarse en esa dispersión política de la época. A su vez, surgen tribunales especiales conformados por los mismos mercaderes, quienes conocen la costumbre mercantil imperante y que resuelven las diferencias entre comerciantes, por ejemplo las "*courts of piepowders*" inglesas, tribunales de mercados y ferias y como consecuencia del surgimiento de las corporaciones de mercaderes, las cuales crean sus propios estatutos. Estas corporaciones se convierten en catalizadores del naciente Derecho Comercial, las cuales surgen mayormente al norte de Italia y adquieren mucha relevancia por el auge de los comerciantes italianos dentro del tráfico económico de aquella Europa.⁴⁴

⁴³ Bercovitz, 16.

⁴⁴ Véase: Bercovitz, 19.

D. Orígenes en el derecho inglés

La influencia italiana fue sin duda muy relevante para los países europeos. Los comerciantes italianos propagaron sus reglas comerciales a varios lugares del orbe y esta difusión constituyó la base de lo que posteriormente sería el Derecho Mercantil y el comercio europeo y mundial. Inglaterra no fue la excepción. Ellos llamaron a este conjunto de reglas que modulaba su actividad mercantil la “*law merchant*” o “*lex mercatoria*”.

El derecho mercantil era particularmente ágil puesto que no necesitaban probar su existencia inmemorial, sino sólo debían acreditar los usos del mercado al momento de su aplicación, que se daba por medio de tribunales especiales, los cuales fueron denominados “*courts of pie pudre*”, “*staple courts*”, o “*borough courts*”, advierte DOBSON. Luego, con el crecimiento de la actividad mercantil, los tribunales ordinarios fueron asumiendo la resolución de sus casos, tanto que para finales del siglo XVII ya no existía ese fuero particular.⁴⁵

Las primeras formas asociativas mercantiles desarrolladas en la Edad Media, indican algunos autores, no gozaban aún de una personalidad jurídica propia, pero dieron origen a las actuales sociedades personales, sea la sociedad en comandita y la colectiva ⁴⁶ en la Baja Edad Media.

Las invasiones bárbaras en la Alta Edad Media causaron que los feudos procuraran abastecerse de su propia producción, escenario que sin duda tuvo un impacto negativo en el desarrollo del comercio. Fue hasta el siglo XIII que el intercambio comercial empieza a retomar la fuerza suficiente para impulsar también el comercio marítimo, protagonista en ciudades como Venecia y Génova, en las cuales se utilizaron la *societa maris* y la *collegianta* como negocios asociativos.

Lucarelli explica que en estos contratos había por lo menos dos socios, uno capitalista y otro industrial. El gestor o *tractans* aportaba un cuarto del capital y

⁴⁵ Véase: Juan M. Dobson, El abuso de la personalidad jurídica. (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1991), 36.

⁴⁶ Véase: Francisco López Raffo, El Corrimiento del Velo Societario. Alcances del art. 54, último párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales (Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc, 2005), 35.

realizaba el transporte y el capitalista las tres cuartas partes restantes. Las ganancias se repartían proporcionalmente a la contribución realizada al acabar la expedición.⁴⁷ Esta forma asociativa constituye el antecedente de las sociedades en participación. En cuanto al antecedente de las sociedades en comandita, Lucarelli expone que:

Similares a estas sociedades eran los contratos de *commendas*, sólo que en éstos, el denominado *commendator* o *socius stantus* realizaba el aporte en un 100%, es decir proveía el capital o las mercaderías o el buque; mientras que el *tractator* o *commendatario* utilizaba dichos bienes para efectuar la expedición marítima. La distribución de los dividendos era en un 75% para el *commendator* y el resto para el *commendatario*. Sin embargo, el *socius stantus* asumía todo el riesgo de la empresa, ya que si la expedición fracasaba él soportaba todas las pérdidas. Este, a su vez, no se daba a conocer frente a los terceros, solo se tenía conocimiento del *tractator*. La vinculación entre ambos era interna y se regulaba por escrito.⁴⁸

Al igual que las sociedades en comandita moderna, existían dos tipos de socios, uno capitalista y otro gestor, sin embargo las referidas en el párrafo anterior difieren en cuanto el *commendator* era quien soportaba las posibles pérdidas de la empresa, cuando en la actualidad los socios que son responsables a nivel personal por el giro social son los comanditados.

Por otro lado, el comercio terrestre también hizo uso de formas asociativas, entre las cuales destacan las *Compagnia* y la *Societas terrae*, que seguían una estructura similar a la *commenda*. Luego, con el tiempo las compañías fueron adquiriendo complejidad, y pasaron de ser sociedades familiares a incursionar en la actividad bancaria y financiera, tales como las familias Bardi, Peruzzi y los famosos Médicis, en el siglo XV.

⁴⁷ Véase: Ricardo M. Lucarelli Moffo, "Historia de las Sociedades Comerciales", *Revista Electrónica de Derecho Societario*, accesado 29 de mayo de 2014 <http://www.societario.com/estudiantes/HistoriaSociedadesComerciales.htm>

⁴⁸ Ricardo M. Lucarelli Moffo, "Historia de las Sociedades Comerciales", *Revista Electrónica de Derecho Societario*, accesado 29 de mayo de 2014 <http://www.societario.com/estudiantes/HistoriaSociedadesComerciales.htm>

Luego, varios autores concuerdan en enfatizar que el antecedente directo de la sociedad anónima moderna fue la creación del Banco de San Giorgio en 1407, como resultado de la fusión de diversas casas financieras acreedoras de la República. Como consecuencia de ese evento se consolidaron los créditos contra el Estado y fue posible captar fondos de ahorristas y dar crédito a personas particulares.⁴⁹

E. Notas sobre el origen de la limitación de responsabilidad

La limitación de responsabilidad fue un privilegio económico creado por el Estado a fin de estimular ciertas actividades que eran consideradas convenientes para la colectividad. Históricamente, indica Dobson, este fenómeno se encuentra vinculado a la minería, actividades marítimas y la colonización de territorios para fomentar la inversión de capital privado en estos negocios, a pesar del gran riesgo que emprenderlos implicaba. Significó en sus inicios verdaderos privilegios personales. "Se concede una ventaja que se niega al resto de la población, a saber: el derecho de responder frente a las deudas con sólo un sector de su patrimonio, mientras que los demás deben responder por las deudas derivadas de su actividad con todos sus bienes".⁵⁰

Sin embargo, tal y como se ha venido exponiendo en este trabajo, a diferencia de lo que algunos creen, el surgimiento de la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada no sucede de manera conjunta ni a raíz de los mismos institutos. Sin embargo, es posible afirmar que el "máximo esplendor de la doctrina de la persona jurídica coincide con el respeto sumiso a la atribución de responsabilidad limitada de ciertas sociedades."⁵¹

Y esto encuentra motivo en que la limitación de responsabilidad en una era de crecimiento económico fomentó el uso de formas asociativas, sobre todo porque

⁴⁹ Véase: Ricardo M. Lucarelli Moffo, "Historia de las Sociedades Comerciales".

⁵⁰ Juan M. Dobson, El abuso de la personalidad jurídica, 64.

⁵¹ Dobson, 61.

permitió una mayor protección en las crecientes inversiones y grandes empresas en las que además el Estado participaba o tenía un interés directo.

Es decir, esa combinación posiblemente fungió como acelerador económico y posteriormente con el transcurso del tiempo este método adquiere popularidad, ya no se restringe únicamente a grandes empresas sino que se extiende a agrupaciones de menor dimensión y se elimina la necesidad de autorización previa. Dobson indica que para ese estadio sólo exigen la persecución de un objeto lícito, la adecuación a ciertas formas y que la comunidad se vea beneficiada por su objeto.⁵²

Coincidente con esta postura, Salgado y Villalta afirman que la limitación de responsabilidad halla su origen inmediato en Derecho Marítimo, en los grandes capitales reunidos para comerciar y colonizar en el auge del colonialismo europeo, en los siglos XV y XVI, en los que los Estados financiaron grandes expediciones en aras de expandir sus fronteras comerciales y conquistar los nuevos mundos.⁵³

F. Primeras sociedades de capital en la Edad Moderna

Varios acontecimientos importantes se asocian al comienzo de la Edad Moderna: la caída de Constantinopla en manos de los turcos en 1453, la invención de la imprenta y el "descubrimiento" de América en 1492. Éste último suceso es esencialmente relevante en el desarrollo y auge de las formas asociativas mercantiles, especialmente para la sociedad anónima, puesto que -la mayoría de la doctrina coincide- es a raíz de las expediciones de colonización que surgen las formas asociativas modernas.

Además, es importante traer a colación que el paso a la modernidad está asociado también al cambio de sistemas económicos, sea del feudalismo al capitalismo. Por

⁵² Véase: Dobson, 65.

⁵³ Véase: Carlos Eduardo Salgado García, y Jose María Villalta Florez-Estrada. "La Aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Social en Materia Laboral como un Mecanismo para Garantizar el Cumplimiento de los Derechos de los Trabajadores." (Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003), 74.

eso se dice que desde el siglo XV el desarrollo del comercio se vio vinculado a la capacidad de reunir grandes sumas de capital. Con el descubrimiento de nuevos territorios surgieron intereses, tanto públicos como privados, para explotarlos, expandir los límites comerciales y emprender expediciones.

Las formas asociativas fueron instrumentos apropiados para reunir vastas sumas de capital para hacer eso posible. La doctrina es conteste en señalar que surgen en el siglo XVII las llamadas Compañías de las Indias, con una estructura muy similar a las sociedades anónimas actuales. Entre las características destacadas, señala Lucarelli, el capital social estaba representado por acciones negociables, la responsabilidad de los socios era limitada, los aportes no debían ser idénticos, normalmente repartían dividendos cada dos años y se llevaba una contabilidad adecuada.⁵⁴ Específicamente se dice que la Compañía Holandesa de las Indias del año 1602 fue la primera sociedad que gozó de las características de una sociedad anónima.⁵⁵

Al respecto, señala Xiloj que:

A la Compañía Holandesa de las Indias Orientales siguieron otras similares: la Inglesa de 1612, la Sueca de 1615, la Danesa de 1616, la Holandesa de las Indias Occidentales de 1621, la Francesa de 1664 y la Real Compañía de Filipinas organizada en España en 1728. Estas Compañías eran muy diferentes de las sociedades anónimas actuales ya que eran entidades semipúblicas, constituidas directamente por los soberanos mediante decisiones gubernativas (*octroi*) que las dotaban de personalidad y les conferían privilegios monopolísticos en la explotación comercial, al propio tiempo que solían reservar al poder público una participación en los beneficios y una intervención o control constante en sus decisiones. Posteriormente, a impulso del capitalismo liberal, se estructura como institución jurídica en el Código de Comercio Francés de 1807, dentro del cual se contenían por primera vez normas fundamentales para su régimen, complementadas posteriormente por leyes que

⁵⁴ Véase: Lucarelli, "El devenir de la sociedad comercial a través de la historia," (2001, febrero).

⁵⁵ Véase: Carlos C. Malagarriga, Tratado Elemental de Derecho Comercial, 2da ed., tomo I (Buenos Aires, Argentina: Tipográfica editora argentina, 1958), 349 y ss.

regulaban su constitución. Del Código Francés pasa a las demás legislaciones.⁵⁶

Es aceptado por la doctrina que la dotación de la personalidad jurídica y la aceptación de la existencia de un patrimonio autónomo se desarrolló paralelamente al sistema económico capitalista según las ideas expuestas en los párrafos anteriores. Por las mismas razones, Zerpa sostiene que la protección que representó limitar la responsabilidad en las sociedades anónimas -primeras empresas que vieron grandes acumulaciones de capital- explica cómo éstas se convirtieron rápidamente en un instrumento que dio estímulo a la vida económica de la Europa colonial.⁵⁷

Paralelamente, señalan Salgado y Villalta, en el siglo XVI las *regulated companies* en Inglaterra eran compañías marítimas que no gozaban de limitación de responsabilidad y tampoco podían ser tomadas como sociedades de capital, puesto que había responsabilidad solidaria entre quienes la integraban. Luego surgen las sociedades de capital, llamadas *joint stock companies*, siguiendo un sistema de acciones.

No cabe duda que esas sociedades que nacieron a raíz de una concesión real gozan de una similitud importante con las actuales sociedades de derecho mercantil, pero bien hace en señalar De Castro y Bravo que no es posible equipararlas y menos sin advertir que éstas tenían una naturaleza de carácter pública y existía un injerencia real y directa del soberano.⁵⁸

De acuerdo con Galgano⁵⁹ las compañías coloniales fueron los arquetipos de la estructura jurídica de la empresa capitalista y advierte que la novedad establecida

⁵⁶ Xiloj Vicente, Celso. "Oposición A La Inscripción De Sociedades Anónimas Por Igual Denominación En El Registro Mercantil." (Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho, Ciudad de Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2005), 3.

⁵⁷ Véase: Ignacio Zerpa Levis, "El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 116, (1999): 80-109, accesado 04 de diciembre de 2013, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/116/rucv_1999_116_79-110.pdf

⁵⁸ Véase: Federico De Castro y Bravo, *La persona Jurídica*. (Madrid, España: Editorial Civitas, 1984), 142.

⁵⁹ Véase: Francesco Galgano, *Historia del Derecho Mercantil*. (Barcelona, España: Editorial Laia, 1981).

en la sociedad anónima es que en ella todos los socios gozan de responsabilidad limitada, a diferencia de las previas en comandita y colectiva. Comparten el mismo criterio Garrigues⁶⁰ y Broseta⁶¹ (citados por Zerpa), quienes aluden que desde su génesis la sociedad anónima fue un verdadero privilegio concedido por las monarquías a la burguesía incipiente, y que como privilegio debe entenderse e interpretarse de manera restrictiva y limitada.

Además, no omita manifestar que "este singular *privilegio* sólo puede encontrar alguna explicación, cuando la voluntad social se forma realmente por una pluralidad de personas, resultando extraño en otros casos."⁶²

Entonces se acepta ampliamente por la doctrina que la sociedad anónima tiene su antecedente en las estructuras de las semipúblicas compañías de colonización, utilizadas para comerciar y conquistar tierras en el nuevo mundo. Indica López que desde aquel entonces estas compañías fueron motivo de varias defraudaciones y por ello fueron luego vedadas por algún tiempo, sin embargo, a pesar de la desconfianza que les cubría, para finales del siglo XVIII era casi indiscutida su condición de persona.⁶³

El capitalismo liberal que avanzaba a pasos agigantados luego de la Revolución Francesa vio crecer a grandes comerciantes que presionaron para la codificación europea de la limitación de responsabilidad en las sociedades mercantiles, puesto que - a pesar de los antecedentes mencionados líneas arriba- hasta principios del siglo XIX la norma generalizada en la mayoría de los ordenamientos era la existencia de la responsabilidad solidaria de los de los socios por las deudas sociales⁶⁴. Verbigracia de ello, el primer código en integrar la limitación de la responsabilidad fue el Código de Comercio francés de 1807.

⁶⁰ Véase: Zerpa Levis, "El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima", 9.

⁶¹ Véase: Zerpa Levis, 10.

⁶² Zerpa Levis, 11.

⁶³ Véase: Lopez Raffo, El corrimiento del velo societario. Alcances del art. 54, último párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales.

⁶⁴ Salgado y Villalta, "La Aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Social en Materia Laboral como un Mecanismo para Garantizar el Cumplimiento de los Derechos de los Trabajadores", 74.

Entonces, deja en evidencia que esta separación patrimonial buscaba ser propulsor del crecimiento económico y de las inversiones, bajo la tesis de que esa protección fomentaba a los capitalistas a emprender grandes negocios y eliminaba la preocupación de una responsabilidad sin límite, según la cual el resto de su patrimonio podía verse comprometido si las nuevas empresas resultaran con pérdidas.

La defensa para esa separación de responsabilidad radicaba en que los inversionistas no eran quienes administraban las actuaciones sociales ni ejercían un control directo. Salgado y Villalta sostienen que desde el punto de vista civil, esos argumentos son refutables toda vez que en los contratos de mandato (homólogo a la relación entre administradores y socios) el mandante siempre responde de manera personal por los actos de su mandatario. Entonces, aseveran citando a Manóvil ⁶⁵, la limitación de responsabilidad nace como respuesta a un tráfico comercial acelerado y no como una construcción jurídica propiamente.

A partir del Código Napoleónico, empezó a gestar a nivel de empresa privada la formación de sociedades anónimas, limitándose el Estado a las gestiones de autorización y control. Ya para mediados del siglo XIX muchas legislaciones suprimieron la autorización administrativa que requerían los particulares para formar una sociedad con responsabilidad limitada. "Fueron las leyes de Hamburgo de 1835 y de Bremen de 1860 las primeras en hacer esto último." ⁶⁶ Luego Francia en 1867, España lo eliminó en 1869, Alemania en 1870, Bélgica en 1873 e Italia en 1882.

⁶⁵ Véase: Rafael Mariano Manóvil, Grupos de sociedades (Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 1998), 952.

⁶⁶ Salgado y Villalta, 75.

Título Segundo. Teorías modernas de la personalidad jurídica de las figuras asociativas mercantiles

*"La persona jurídica constituye, en substancia, un instrumento que debemos dominar y no ya una hipótesis por la cual debemos ser dominados".
Ascarelli*

I. Sección Primera. Teorías Generales de la personalidad jurídica

Al día de hoy, en la mayoría de las legislaciones domésticas -e incluso en algunos Tratados Internacionales- no se discute ya el reconocimiento jurídico de las personas jurídicas, ni su capacidad de ser sujetos de derechos y obligaciones como entes separados y autónomos de sus socios. Empero, bien hace en señalar Valenciano que "aún hoy la naturaleza y extensión de la personalidad jurídica de las sociedades son sujeto de debate y ninguna teoría ha sido definitivamente adoptada"⁶⁷. Ahora, no sólo existen diferencias a nivel doctrinario, sino estas diferencias se han trasladado a su vez a los diversos ordenamientos domésticos, si bien no de una manera siempre explícita, lo cierto es que los legisladores -conscientemente o no- han sido influenciados por alguna u otra de las corrientes que serán expuestas en breve, situación que al final del día dificulta el tan anhelado consenso.

En el marco de esta investigación, difícil tarea resulta exponer las teorías generales que se han destacado en la discusión doctrinaria en torno a la naturaleza de la personalidad jurídica, sin caer en algún grado de simplismo, pues han sido vastísimas las teorías -incluso completamente contradictorias- que se han abocado

⁶⁷ Carlos Valenciano Góngora, "La reivindicación de la personalidad jurídica "corporativa": una breve referencia a la evolución en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles", *Revista Judicial, Costa Rica*, N° 107, (Marzo 2013): 158, accesado 02 de marzo de 2015, http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/Revista%20107/pdf/08_reivindicaci%C3%B3n.pdf

a esta controvertida tarea. Sin embargo, varios autores concuerdan en que tales discusiones pueden reconducirse a tres o cuatro grupos. Procede entonces a diferenciarlas, siguiendo la reciente exposición que hiciera Valenciano sobre el tema:

A. Teoría de la Ficción

La teoría de la ficción es la doctrina más antigua en torno a la naturaleza de la personalidad jurídica. Savigny, quien profundizó los postulados de Sinibaldo Dei Fieschi, es el primero en la época moderna en tratar el tema en cuestión y repercutir de manera profunda en la doctrina jurídica.⁶⁸

Los postulados de Savigny sostienen que únicamente el hombre puede ser considerado "persona" para el derecho, y en ese sentido sólo él es idóneo para ostentar capacidad jurídica, o en otras palabras: sólo el hombre de carne y hueso es capaz de derecho. El profesor peruano, Fernández Sessarego, expone que bajo esta tesis: "Cualquier otro sujeto de derecho solamente puede adquirir la calidad de persona a través de una ficción, de una construcción conceptual sin asidero en la realidad de la vida, como es el caso del concebido y de la persona jurídica"⁶⁹

Es decir, bajo este postulado las personas jurídicas son creaciones artificiales de la ley, con capacidad jurídica, pero la cual está limitada a las relaciones patrimoniales.⁷⁰

En otras palabras proclaman que la persona jurídica es un ente ideal, imaginario, no real, resultante del fingimiento, un artificio de la ley, cuya existencia se fundamente en razones de conveniencia. Además, al ser considerado un artificio

⁶⁸ Véase: Carlos Fernández Sessarego, "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n. 52, (abril - diciembre 1999): 01 - 72. Accesado el 08 de setiembre del 2014 http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_12.PDF

⁶⁹ Fernández Sessarego, "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica", 11.

⁷⁰ Véase: Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, tomo1 (Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, 1977), 110.

legal, requisito indispensable era la aprobación y autorización del soberano. Este eje fue uno de los más polémicos del postulado de la ficción, precisamente por obviar la realidad que subyace a esas "ficciones legales" y supeditar su existencia a las ocurrencias del Estado.

Por otro lado, esta teoría hace bien en señalar que la persona jurídica es un sujeto creado por la ley, como lo apunta Rodríguez, empero también expone que "la concepción es defectuosa tanto por la estrechez de la fórmula, que restringe la capacidad a las relaciones patrimoniales, como por la imperfección técnica de considerar como ficción lo que es una consideración técnica del fenómeno, pero que tiene realidad jurídica como cualquier otra figura del mundo jurídico".⁷¹

Parece entonces que la tesis propuesta por Savigny reduce el fenómeno a un análisis meramente formal y además es una expresión del dogmatismo positivista, según afirma Fernández, "en el cual toda "situación jurídica subjetiva" es atribuida por el ordenamiento jurídico positivo".⁷²

Fernández da en el punto central de la crítica cuando sostiene que "la tesis de Savigny sobre la persona jurídica es correcta pero sólo es válida, según nuestro concepto, para explicar su dimensión formal. Se trata de una visión fragmentaria de este fenómeno jurídico."⁷³ Y es fragmentaria porque considerar al derecho como un conjunto de mandatos formales es ignorar que en realidad es -también- la expresión de poder de los grupos hegemónicos. El derecho es esencialmente un instrumento de la política, pero este tema en particular se tratará luego.

Federico de Castro y Bravo y Manóvil salen en defensa de Savigny, quienes adujeron que en realidad éste no estaba creando una "realidad ontológica" ni que negara la realidad sociológica de las personas morales, sino que se limitó a describir el fenómeno tal cual se había gestado: y es que la capacidad otorgada a estos entes morales era otorgada por el derecho positivo.⁷⁴

⁷¹ Rodríguez Rodríguez, Tratado de Sociedades Mercantiles, 110.

⁷² Fernández Sessarego, "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica", 12.

⁷³ Fernández Sessarego, 13.

⁷⁴ Véase: Fernández Sessarego, 12.

Como respuesta a estos postulados positivistas, surgen una serie de teorías llamadas orgánicas o realistas que a su vez se desarrollaron en varias vertientes.

B. Teoría orgánica / realista o de la entidad natural

La teoría realista tuvo muchas derivaciones, es decir, muchos autores trataron esta tesis y le dieron su propio matiz, por ejemplo Dernburg con la propuesta real-ideal, Zittelmann con la teoría de la voluntad, Schaeffle y Renée de Worms con la organicista biológica, Ihering con la teoría individualista, o Michoud con la teoría del derecho subjetivo. Sin embargo, es posible afirmar que Gierke con su postura realista es quizá uno de los autores que hizo más eco en esta teoría, quien se basó en el componente fáctico de la personalidad.⁷⁵ Gierke sostuvo que la persona jurídica era una entidad real, que existe, tiene una vida propia y voluntad al igual que las personas naturales, y que el derecho no hace más que reconocerle, pero su creación o existencia es anterior a ello.

En contraposición a lo expuesto por la teoría de la ficción, el hombre no es el único centro de imputación de derechos, sostienen los propulsores de la teoría realista. Ciertas colectividades deben ser consideradas personas por existir como un hecho histórico. "Estos grupos colectivos son realidades orgánicas, con vida orgánica o voluntad propia(...) El reconocimiento del Estado no hace nada más que declarar esta unidad colectiva social de esta nueva personalidad".⁷⁶ Puffendorf, otro exponente de la concepción organicista de la persona jurídica, sostuvo que tanto el hombre como las personas morales tenían su propia sustancia, siendo en el hombre el cuerpo natural y en las personas jurídicas el cuerpo moral.⁷⁷

⁷⁵ Véase: Francisco A. Junyent Bas y Efraín Hugo Richard. Acerca de la Persona Jurídica a propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello. Para la publicación de la Academia en relación al V Congreso de Derecho Civil, (Córdoba, Argentina: S.E., 2009), 6.

⁷⁶ Rodríguez Rodríguez, Tratado de Sociedades Mercantiles, 110.

⁷⁷ Véase: Junyent Bas y Richard. Acerca de la Persona Jurídica a propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello. Para la publicación de la Academia en relación al V Congreso de Derecho Civil.

A diferencia de la tesis expuesta en el primer apartado que sostiene que la personalidad jurídica es un ente ideal ficticio creado por el derecho, para la tesis realista o de la entidad natural "la personalidad jurídica de las sociedades no es una metáfora ni el resultado de una ficción legal: es una realidad fáctica que debe ser reconocida y tutelada de manera acorde" señala Valenciano.⁷⁸

Bajo esta perspectiva, ésta nueva personalidad es creada por la voluntad colectiva de un grupo de hombres, la cual sólo debe ser reconocida por el Estado, porque ya existe *de hecho*, y por consiguiente reconocerle su capacidad jurídica.

C. Teoría de la agregación

Bajo esta doctrina, se considera a la sociedad como un instrumento de los hombres para satisfacer sus intereses, la cual se beneficia de la capacidad jurídica de quienes la conforman. Se instrumentaliza a la corporación, quien nace únicamente para cumplir con los requerimientos de sus accionistas, careciendo aquella de personalidad jurídica propia.

Valenciano apunta que "esta teoría obvia la idea de una personalidad jurídica "corporativa" autónoma e individual: la corporación, antes que una persona jurídica, es un vehículo legal que se beneficia de los derechos de sus miembros; o, dicho de otra forma, es titular de derechos únicamente en tanto que está constituida por individuos que detentan esta condición. Los individuos contratantes y no la sociedad como entidad son el foco de atención de la teoría de la entidad agregada."⁷⁹

Es decir: son consideradas sólo una agregación de personas -talentos- no dotadas de personería jurídica, bajo una visión muy utilitarista de las corporaciones.

⁷⁸ Valenciano Góngora, "La reivindicación de la personalidad jurídica "corporativa": una breve referencia a la evolución en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles", 161.

⁷⁹ Valenciano Góngora, 159.

D. Teoría del reconocimiento de Ferrara

Adicionalmente, otra tesis de relevancia en la discusión generada en torno a la naturaleza de la personalidad jurídica es la propuesta hecha por Ferrara, quien formuló que incluso la personalidad del hombre / persona física es derivada del reconocimiento y otorgamiento del Estado. Una acertada referencia sobre ese postulado han sido las no pocas ocasiones y ejemplos históricos que ilustran cómo a ciertos hombres (¡y especialmente a mujeres!) se les ha negado la condición de persona. Es decir, Ferrara introduce en la discusión la premisa de que el Estado debe reconocer la personalidad jurídica de las personas para que éstas *de hecho* puedan ejercer sus derechos y obligaciones conforme, dentro del ordenamiento jurídico en el cual se desenvuelvan.

Esa condición de persona "está investido de derechos y obligaciones, quien es punto de referencia de derechos y deberes por el ordenamiento jurídico", apunta Rodríguez, quien continúa afirmando que "la personalidad es una categoría jurídica, que por si no implica condición alguna de corporalidad o espiritualidad del investido: es una situación jurídica, un *status*".⁸⁰

Siguiendo la línea propuesta por esta tesis, la personalidad no es una ficción ni una construcción especulativa, sino que es una forma jurídica. Ferrara afirma que su tesis se diferencia del resto de la doctrina, pues sostiene que el legislador únicamente tradujo en norma jurídica un fenómeno social. Es decir: lo reconoció. "El reconocimiento de las personas jurídicas es la traducción jurídica de un fenómeno empírico". Dice Rodríguez citando a Ferrara que "Las personas jurídicas son pues, realidades, no una ficción. Pero, entendamos, realidad no es la de los sujetos que se ven o que se tocan, sino que es puramente abstracta, ideal... Realidad jurídica ideal, no corporal sensible"⁸¹.

⁸⁰ Rodríguez Rodríguez, 112-113.

⁸¹ Rodríguez Rodríguez, 113.

Las personas jurídicas son finalmente, centros de imputación de derechos, obligaciones y potestades, creados por los seres humanos para perseguir sus intereses.

II. Sección Segunda. Consideraciones acerca de las teorías de la personalidad jurídica

El profesor Valenciano citando a HART expone el verdadero problema en torno a las diferentes doctrinas de la personalidad jurídica. La cuestión estriba en que las personas jurídicas no se pueden equiparar en atributos, condiciones y derechos a las personas físicas sin distinción alguna. Advierte sobre las trampas y abusos del lenguaje que distraen de la verdadera discusión y propone que para delimitar las condiciones reales hay que analizar lo que la ley faculta a las corporaciones y no menospreciar la labor de hermenéutica de los jueces, quienes "hacen resorte de esta interpretación, ampliando progresivamente el ámbito de reconocimiento y tutela de la personalidad jurídica "corporativa"". ⁸²

También señala Valenciano que el fenómeno de la personalidad jurídica corporativa tiene muchas aristas y esto se traduce en dificultades para sintetizar el tema sin menoscabar su complejidad. Sin embargo, realiza algunas precisiones de lo que él considera ha sido la discusión y los problemas surgidos a partir de esos abordajes, entre los cuales menciona⁸³: a) la carga emotiva escondida detrás de ciertas palabras como "persona", "personalidad"; b) la concepción de sociedad como un objeto que se posee, con una forma de propiedad y no como un sujeto propiamente; c) la manipulación política y uso retórico que ha "sufrido" a en la historia; d) así como la falta de una tutela constitucional a nivel normativo e incluso de los Tribunales Constitucionales. E) Empero, un tema en particular llama

⁸² Valenciano Góngora, 153.

⁸³Véase: Valenciano Góngora, 162-167.

profundamente la atención y es la interrogante que arroja "¿Nos estamos haciendo las preguntas correctas?", sobre la cual al respecto señala:

"(...) más que insistir en la naturaleza de la personalidad jurídica, la discusión debe ser transpuesta a la práctica: ¿Qué tipo de formas asociativas reconoce la ley? ¿Qué clase de relaciones pueden emprender legalmente? ¿Es la titularidad de derechos y obligaciones atribuible sólo a las personas naturales? ¿Caso contrario, cuáles de estos derechos y obligaciones pueden también conferirse a las personas jurídicas en tanto que unidades legales distintas de sus accionistas y directores?"

Comparte las conclusiones expuestas por el citado autor, cuando afirma que se hace apremiante la reivindicación de la personalidad jurídica de las corporaciones, hacer una relectura ontológica del fenómeno y analizar su posición en la economía de mercado, a fin de que se puedan definir los contornos del marco de legalidad que les cubre y propiamente de los derechos de los que son sujetos. "Y es que, como atinadamente lo sugiere Certad, citando a Galgano, el problema de las personas jurídicas es en realidad "el problema de la determinación de las condiciones de uso de la personalidad jurídica "y, particularmente, del abuso de dicha personalidad jurídica."⁸⁴

En la discusión generada en torno a las teorías de la personalidad jurídica subyace una discusión acerca de la naturaleza jurídica de las mismas. Esta no es una discusión sin efectos, pues tiene consecuencias reales y prácticas en el mundo jurídico y por consiguiente consecuencias sociales, ya que dependiendo de cuál sea su naturaleza jurídica se le aplicaran ciertas normas o principios en vez de otras.

Empero, muchos juristas olvidan preguntarse ¿Qué es naturaleza jurídica? y , ¿de dónde surge o "cómo se descubre"? La naturaleza jurídica es un ideal, es un juicio de valor, no una descripción de lo que existe o de lo que fue previamente. Es en demasía frecuente que se quiera "descubrir" la naturaleza jurídica de los institutos legales, obviando así que en realidad se trata de una mera convención.

⁸⁴ Valenciano Góngora, 181.

El error en las discusiones es querer pasar por técnico lo que en el fondo no es más que una propuesta de valor, de lo que es un ideal. Entonces, nos encontramos con una gran cantidad de juicios de valor que "no se ponen en descubierto sobre la mesa", no se trae a la discusión y se pasa por alto. Se discute sobre una cosa, cuando en realidad la discusión versa sobre otro aspecto. Definir la naturaleza jurídica de algo no es una constatación de hecho, sino una propuesta ideal. Entonces, si estas valoraciones no se señalan, las discusiones están destinadas al fracaso, porque surgen controversias generadas por un desacuerdo valorativo encubierto.⁸⁵

Por el contrario, y siguiendo la línea expuesta por Valenciano y Certad, lo que conviene es plantear la discusión en los siguientes términos: ¿Por qué es más provechosa como ideal esta naturaleza y no la otra? Los juristas suelen ser reacios a fundamentar sus decisiones en las posibles consecuencias. Sin embargo, hacerlo, podría ahorrar muchas discusiones estériles. Nuevamente es importante recordar que "El derecho es esencialmente un instrumento de la política".

⁸⁵ Véase: Enrique Pedro Haba, *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*, primera edición (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2004), 220 y ss.

Título Tercero. El reconocimiento de la personalidad jurídica en Costa Rica.

I. Sección Única. Desarrollo del Derecho Mercantil en Costa Rica

El Derecho Comercial en Costa Rica, al igual que en otras latitudes, se desarrolló como un derecho profesional, de naturaleza subjetiva. En sus inicios la creación de normas, reconocimientos e incluso la resolución de conflictos estuvo en manos de los mismos comerciantes y de sus organizaciones gremiales, quienes aplicaban los usos y costumbres, y mediante la resolución de controversias creaban nuevos precedentes. Tenían el privilegio de sustraerse en gran medida del poder estatal y de la jurisdicción común.⁸⁶

A. Ordenanzas de Bilbao

La primera codificación en Costa Rica que contuviera normativa concretamente mercantil fueron las Ordenanzas de Bilbao, oficialmente llamadas "Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble y Muy Leal Villa de Bilbao", las cuales estuvieron vigentes desde 1793 hasta 1841. Estaba dividido en veinte capítulos, uno de los cuales contenía regulación sobre compañías mercantiles, concretamente el Capítulo X "De las Compañías de Comercio, y las calidades y circunstancias con que deberán hacerse". Estas Ordenanzas definían a la compañía de la siguiente manera:

Compañía en términos de comercio, es un contrato o convenio que se hace, o puede hacerse entre dos, o más personas en virtud del qual (sic) se obligan recíprocamente por cierto tiempo y debajo de ciertas condiciones, y pactos, a hacer, y proseguir juntamente vario negocios por cuenta, y riesgo común, y cada uno de los compañeros respectivamente, según, y en

⁸⁶ Véase: Jorge Francisco Saenz Carbonell, *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*, 2da ed. corregida (Santo Domingo de Heredia, Costa Rica: Ediciones Chico, 2008), 424 y ss.

la parte que por el caudal, o industria que cada uno ponga, le puedan pertenecer así las pérdidas, como en las ganancias, que al cabo del tiempo que asignaren, resultare de tal compañía.⁸⁷

Las Ordenanzas reconocían tres clases de compañías de comercio:

1. Compañía ordinaria o general
2. Compañía en comandita
3. Compañía pública o corporativa

En la primera de ellas, es decir la ordinaria, todos los socios eran responsables con la totalidad de su patrimonio por las deudas que contrajeran en nombre de la compañía. Por otro lado, la comandita, como en la actualidad, tenía dos clases de socios: el comanditario que únicamente aportaba capital y era responsable sólo en cuanto a su aporte y el comanditado que sí respondía ilimitadamente.

Por último, las compañías públicas corporativas eran aquellas formadas por muchos individuos y que además requerían de una autorización previa del Estado para determinados objetos. Los directores y socios respondían de manera limitada, únicamente por la cantidad que en la sociedad hayan interesado. Los fondos reunidos, es decir el capital social y los bienes de la sociedad, constituyen el patrimonio que respondiera por sus deudas.

En todo caso, era requisito indispensable que todo "contrato de compañía" se celebrara por escritura pública ante escribano, escritura que a su vez tenía una serie de requisitos, como los que rigen actualmente. El Consulado de Bilbao hacía las de registro público, ya que la publicidad era un asunto de importancia. Por otro lado, la administración del capital de las compañías también era regulado por las Ordenanzas, que eran estrictas al prohibir que éste -el capital- fuera utilizado para

⁸⁷ Jesus Motilla Martinez, "Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, interesante fuente histórica del derecho mercantil," *Revista Jurídica Unam, México*, (1983): 204, accesado: 15 de mayo de 2015 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf>

fines ajenos a los pactados en el objeto de la compañía.⁸⁸ Ya desde entonces se castigaba el abuso de la persona jurídica con nada menos que con la disolución de la misma, pudiendo el socio perjudicado cobrar daños y perjuicios que resultaren de ese abuso.⁸⁹

B. El Código General del Estado de Costa Rica de 1841.

En 1841 se promulgó el Código General del Estado de Costa Rica, también conocido como el Código de Carrillo, que derogó las Ordenanzas de Bilbao y con ello la regulación mercantil que hasta la época regía. Sin embargo, éste código únicamente contenía tres partes, divididos en: 1. Parte Civil, 2. Parte Penal y 3. Parte Procesal. Para entonces, Costa Rica se encontraba emergente en la agroexportación y mercantil importación, por lo que la normativa civil resultó pobre e insuficiente para regular el comercio.⁹⁰

A pesar de ello, en la Primera Parte Civil, el Título X trataba "Del contrato en compañía" que regulaba someramente aspectos de éstas. Cómo se puede apreciar del título, las compañías eran consideradas contratos y como tal debían consignarse mediante escritura. Contemplaba dos tipos de sociedades: las universales o particulares, dependiendo si los socios incluían o no todo su patrimonio.

El Código General de Carillo contemplaba que los socios debían respetar las "cosas pertenecientes a la compañía" y que éstas únicamente podían ser utilizadas para el

⁸⁸ "Ordenanzas del Consulado de Bilbao", en *Documentos para la historia mercantil de Málaga (Siglos XVIII Y XIX)* Universidad de Sevilla, accesado el 01 febrero de 2015, <http://institucional.us.es/revistas/historia/02/02%20garcia%20espana.pdf>

⁸⁹ Véase: "475.- Ningún socio podrá aplicar fondos de la compañía, su razón o firma a negocios particulares; de lo contrario serán de su cuenta daños y perjuicios y a favor de la sociedad los beneficios que resulten. 476.- El abuso de la firma o aplicación de fondos de la compañía a negocios particulares autoriza al otro socio o socios para pedir y obtener que se rescinda el contrato de sociedad en cualquiera época, disolviéndola en la forma prevenida por el caso de su determinación." en: "Ordenanzas del Consulado de Bilbao".

⁹⁰ Véase: Saenz Carbonell, Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica, 428.

destino que tenían por el uso. Es decir, no se podía utilizar ni la compañía ni sus bienes para fines distintos a los cuales fue contemplado.

Luego, también disponía que los socios "no están obligados *in solidum* por las deudas sociales (...) están obligados con respecto al acreedor con quien han tratado, cada uno por una suma o parte igual, a la que tienen en el fondo de la compañía".⁹¹ Es decir, estaba normada ya la responsabilidad civil limitada de los socios de las compañías.

C.- El Código de Comercio de Costa Rica de 1853

Fue hasta 1853 que el Congreso aprobara el primer Código de Comercio de Costa Rica, una versión ligeramente modificada del Código de Comercio Español de 1830, inspirado a su vez en el Código de Comercio Francés de 1807. Esta norma entró en vigencia el primero de enero de 1854, y en su Libro Segundo regulaba los distintos tipos de sociedades: anónima por acciones, en comandita, y regular colectiva.

Este Código fue sujeto de sendas críticas, reformas y derogaciones, debido a la promulgación de sendas normas especiales que trataban temas contenidas en aquella. Para efectos de este trabajo destacan la Ley de Sociedades Comerciales de 1909 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada del 1942, las cuales fueron posteriormente derogadas por el actual y vigente Código de Comercio de Costa Rica de 1964.⁹² Esta Ley de Sociedades Comerciales marcó un hito en el país por ser la primera regulación que de manera sistemática regulara los aspectos esenciales y organizativas de las sociedades comerciales.

⁹¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Código General de Estado de Costa Rica, 1841. Artículos 1225 y 1227.

⁹² Véase: Saenz Carbonell, 433.

D.- Código de Comercio de Costa Rica de 1964.

Después de un amplio debate y un par de fracasos legislativos, en 1964 se aprueba y entra en vigencia el actual Código de Comercio, que dota de un tinte primariamente objetivo a la normativa comercial, pues dispone que los actos de comercio no lo serán únicamente en función de los actores, sino por la naturaleza misma del acto.

En el Libro Primero regula lo relativo a los comerciantes, entre los cuales se encuentran las personas físicas, las empresas individuales de responsabilidad limitada y por supuesto las sociedades mercantiles.

i- Sociedades mercantiles vigentes en el Código de Comercio

Las sociedades comerciales reconocidas por el Código de Comercio vigente son cuatro; las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades en comandita simple y las sociedades en nombre colectivo.⁹³ Estas a su vez se dividen en dos categorías: sociedades de personas y las sociedades de capital.

Las sociedades de capital se caracterizan porque sus socios gozan del privilegio de responsabilidad limitada, siendo que responden por las deudas sociales únicamente por el monto de su aporte a la sociedad, quebrando así con el principio establecido en el artículo 981 del Código Civil que establece que "todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas".

⁹³ Si bien este es el cuarteto regulado en el Código de Comercio, también existen otro tipo de sociedades para fines más específicos, que normalmente adoptan la forma de sociedad anónima más algún requerimiento adicional debido a su naturaleza. Por ejemplo, las Sociedades Anónimas Deportivas, S.A. Laborales (Ley 7407), Nacionales, Fiduciarias, Titularizadoras, Administradoras de Fondos de Inversión, Centrales de Valores, De Compensación y Liquidación, Calificadoras de Riesgo, Públicas de Economía Mixta, S.A. constituidas por Bancos Públicos, Sociedades Operadoras de Pensiones y de Capitalización Laboral, etc. Sin embargo, detallar especificidades de cada una de ellas escapa del propósito de este acápite. Para más información ver: Guía de Calificación Registral de Personas Jurídicas, Registro Público Nacional de Costa Rica: http://www.registronacional.go.cr/personas_juridicas/Documentos/Guia%20de%20Calificacion%20RPJ/Guia%20de%20Calificacion.pdf

Es decir, hay una separación y protección patrimonial, tanto de la sociedad como del socio. Por otro lado, en estas sociedades la transmisión de los bienes y participaciones sociales es más fácil que en otro tipo de sociedades, y si las acciones recaen en manos de un solo socio, esto no importa la disolución de la compañía.

Luego, en las sociedades personales el elemento trascendental ya no es el capital aportado, sino, como su nombre lo sugiere, la condición personal de quienes integran la sociedad. Estas están basadas en vínculos fuertes de confianza. Suelen entonces ser grupos cerrados, y sus participaciones sociales son más difíciles de traspasar. Otro aspecto fundamental es el régimen de responsabilidad, siendo que los socios responden ilimitadamente con su patrimonio si los activos de la sociedad no son suficientes para honrar las deudas.

Las sociedades de capital en el Código de Comercio son las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada. Las sociedades de personas son las sociedades en comandita simple y las sociedades en nombre colectivo, claro está que con algunos matices con respecto las características generales expuestas para esas categorías.

Para efectos de esta investigación es importante enfocar la mirada en las sociedades de capital, ya que éstas constituyen los vehículos cuyas características ofrecen terreno fértil para cometer abusos, precisamente por ser el capital la piedra angular de su constitución, además del privilegio de la limitación de responsabilidad, el anonimato de sus accionistas y la relativa facilidad de transmisión de las participaciones, especialmente la sociedad anónima, más que la sociedad de responsabilidad limitada.

ii. Existencia, carácter de persona y capacidad jurídica.

Todas estas sociedades gozan de personalidad jurídica propia, independiente de la de sus socios, con autonomía patrimonial y capacidad de actuar, y son sujetos de derechos y obligaciones. El artículo 20 del Código de Comercio reza: "Las sociedades inscritas en el Registro Mercantil tendrán personería jurídica.

Declarada la inexistencia o la nulidad del acto constitutivo, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad sin efecto retroactivo."⁹⁴

Pero no solamente el Código de Comercio reconoce la personalidad jurídica de las personas jurídicas, sino que el Código Civil en sus artículos 33, 34 y 36 establece una serie de postulados generales en torno a ellas. Primero, reconoce que la existencia de las personas jurídicas proviene de la autorización de la ley, ya sea creadas directamente por la ley, como sucede con las personas jurídicas públicas, o bien del convenio conforme a la ley: es decir cuando dos o más sujetos de derecho privado deciden crear una nueva persona jurídica, siempre que se ajusten a los requerimientos legales establecidos. Luego, el cese de la existencia de éstas ocurre también conforme a la ley. Y por último, reconoce la existencia de la capacidad jurídica de las personas, manifestando que es inherente a ellas durante su existencia de un modo absoluto y general, pero con las limitaciones o modificaciones que regule la ley.

iii. Requisitos esenciales para el reconocimiento de la personalidad jurídica

Como se puede apreciar de lo expuesto en el artículo 20 del Código de Comercio, todas las sociedades que estén inscritas en el Registro Mercantil gozarán de personalidad jurídica. Esto deja por fuera las sociedades de hecho y las sociedades irregulares.

Ahora bien, para poder inscribirse en la Sección Mercantil de Registro Público, es preciso que la constitución de la sociedad cumpla una serie de requisitos esenciales, sin los cuales su inscripción es imposible, y por consiguiente, el otorgamiento de personalidad jurídica propia. Estos requisitos de la escritura constitutiva están ampliamente detallados y enumerados en el artículo 18 del

⁹⁴ Véase: Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 3284 Código de Comercio de la República de Costa Rica de 1964": 20. Último acceso: 01 de enero del 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTipM=VA.

Código de Comercio, pero para efectos de esta investigación, importa exponer únicamente algunos de ellos. Es menester aclarar que esta disposición se encuentra en la parte general de la regulación de sociedades mercantiles, siendo que para cada uno de los tipos de sociedad existen requisitos específicos diversos.

1. Como punto primordial se requiere de la comparecencia de al menos dos personas -es decir dos socios. Si bien no se dice explícitamente, habría de interpretar el inciso dos del citado numeral en concordancia con los artículos 104, 33, 57, 74 y 75 del mismo texto normativo.
2. Estos socios deben necesariamente realizar un aporte al capital social, que puede ser expresado en dinero, bienes y otros valores.
3. La sociedad también deberá contar con un domicilio social.
4. La sociedad deberá perseguir un objeto, un fin económico. Este objeto debe ser posible, legal y existir en el mundo del comercio de los hombres.
5. Una razón o denominación social, plazo y monto del capital social que deberá ser dividido en participaciones sociales.
6. Como la sociedad expresa su voluntad a través de personas físicas, es imprescindible que se determinen los órganos de administración así como sus facultades.

Este pacto constitutivo debe ser otorgado mediante escritura pública, cancelar los impuestos, derechos y timbres respectivos y ser enviada al Registro Público para su debida calificación y aprobación. Esto puede hacerse directamente en la plataforma del Diario o bien mediante la plataforma digital "CrearEmpresa". Una vez registrada empezará a gozar de personalidad jurídica propia.

iv- Atributos de la Personalidad Jurídica

Entonces, las sociedades comerciales son personas a las que la ley le otorga capacidad y personalidad jurídica propia y distinta de la de sus socios, con facultades para ser titulares de derechos, ejercerlos y contraer obligaciones. Son por tanto un ente distinto de aquellos que la conforman y por consiguiente tienen su propio capital y patrimonio. Deben tener una denominación, plazo y domicilio. Además, al ser titulares de derechos, son sujetos con capacidad procesal y también son responsables por cualquier daño o perjuicio que le ocasionen a un tercero.

Para que las sociedades puedan actuar y manifestar su voluntad, requieren de la intervención de personas físicas que actúen en nombre de ellas. Para ello, está previsto la creación de órganos de administración, cuya estructura depende del tipo societario del que se trate, pero siempre deberá haber un cargo, sea presidente, gerente, etc. que tenga más o menos facultades para actuar en nombre de la sociedad, sea que se le dote de poder general o generalísimo, con o sin límite de suma, con capacidad para otorgar poderes o no, etc. Esta representación deberá estar debidamente inscrita en el Registro Mercantil a fin de que el apoderado pueda actuar legítimamente.

El profesor costarricense Pérez sobre la persona jurídica argumenta que: “(...) la persona jurídica es el resultado de un substrato material, que puede ser un conjunto de personas o de bienes organizados unitariamente según las condiciones legales, y de la calificación normativa de tal substrato, o sea, la atribución de personalidad jurídica(...)”⁹⁵

Sin embargo, a diferencia de la capacidad de actuar propia de las personas físicas, las personas jurídicas gozan de capacidad de imputación de figuras primarias, como lo sostiene el profesor Pérez, diferencia que implica un significado y contenido diverso: “La capacidad de actuar está ligada a la capacidad cognoscitiva y volitiva; la capacidad de imputación jurídica, más bien, se encuentra ligada a otro

⁹⁵ Víctor Pérez Vargas, Derecho Privado, tercera ed. (San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, S.A, 1994), 35.

fenómeno: el fenómeno de la competencia, que designa el ámbito, y al mismo tiempo, el límite, dentro del cual la actividad del órgano puede ser imputada a la persona jurídica.”⁹⁶ Ámbito y límite que finalmente viene dado por la norma autorizante y también por los estatutos sociales, ya que las personas jurídicas son manifestaciones complejas, por su doble condición: pluralidad hacia adentro y unidad hacia afuera.

⁹⁶ Víctor Pérez Vargas, Derecho Privado, 47.

Título Cuarto. Conclusiones

I. Sección única. La pugna entre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas jurídicas y el levantamiento del velo corporativo

Las sociedades mercantiles tal y como se estructuran a la fecha, son muy diversas de aquellos institutos asociativos que existían en la época Romana, los cuales carecían de personalidad jurídica propia. Ahora bien, ya desde esa época, el Estado exigía como requisito para las *societas*, la persecución de "un fin lícito", que además no contravinieran los intereses del Estado o las normas de derecho público, bajo la sanción de ser disueltas.

Las formas asociativas han ido adquiriendo mayor complejidad a lo largo de la historia y de las necesidades económicas de las épocas Media y Moderna, con el desarrollo del comercio y capitalismo globalizado. Las formas asociativas han fungido un papel de herramientas agilizadoras del comercio y de las inversiones, tomando gran fuerza y proliferación a partir del reconocimiento de la personalidad jurídica propia y la limitación de responsabilidad de los socios.

Si bien las sociedades, la personalidad jurídica y la limitación de responsabilidad no nacen de forma sincrónica, la conjunción de ellos importa un impulso económico importante en una época de por sí de gran auge comercial. Surgen entonces contratos asociativos para el desarrollo de expediciones de comercio marítimo y terrestre.

Luego, a raíz del "descubrimiento" de nuevos territorios, los Estados fomentaban las expediciones con las semipúblicas Compañías de Colonización, otorgándoles a los empresarios el privilegio de responsabilidad limitada, a raíz del gran riesgo que emprenderlos significaba. Muchos autores coinciden en la postura que son esas Compañías del Siglo XVII las primeras en tener una estructura muy similar a las Sociedades Anónimas actuales, pues estaban conformadas por acciones negociables, la responsabilidad de los socios era limitada, los aportes no debían ser

idénticos, normalmente repartían dividendos cada dos años y debían llevar una contabilidad adecuada.

Estas compañías constituían verdaderos privilegios que las monarquías concedían a la burguesía a fin de tomar empresas que sirvieran ciertos intereses y como privilegio que son, han de entenderse de manera restrictiva.

Por otro lado, hoy el reconocimiento de la personalidad jurídica de las formas asociativas mercantiles es indiscutido, son sujetos de derechos y obligaciones separados y autónomos de los seres que la conforman. Mas no es posible decir lo mismo acerca de la extensión de esa personalidad, siendo que a la fecha se discute aún ¿cuál es la naturaleza de la esa personalidad jurídica?

Ahora, distintas teorías se han abocado a discutir ese quehacer, entre las que destacan la Teoría de Ficción, la Teoría Realista (orgánica o de la entidad natural), la Teoría de la Agregación y la Tesis de Ferrara.

Sus postulados son incluso contradictorios. Por un lado la Teoría de la Ficción considera que las personas colectivas son creaciones artificiales de la ley, una ficción, mientras que la Teoría orgánica / realista o de la entidad natural considera que el postulado correcto es que la persona jurídica es una entidad real que el derecho únicamente reconoce, pero su existencia es válida y anterior a ese reconocimiento.

Después, la Teoría de la Agregación arguye que la sociedad es un instrumento que nace para satisfacer los intereses de los hombres detrás de ella, quienes le dan la capacidad jurídica al ente colectivo.

Por último, la Teoría del reconocimiento de Ferrara mediante una suerte de armonización, manifiesta que la persona jurídica es un fenómeno social que luego es reconocido por el legislador. Es decir, una realidad jurídica al igual que el resto de institutos legales, y no uno una ficción legal.

Como fue expuesto por Valenciano, estas discusiones han estado permeadas por otros factores que la han entorpecido, como lo es la carga emotiva de las palabras "persona" y "personalidad", la concepción de las sociedades como formas de propiedad y objetos que se poseen más que como un sujeto, el uso retórico en

política, la falta de tutela constitucional y la falta de una claridad sobre lo que verdaderamente se está discutiendo y propone que en atención a una solución pragmática, "nos hagamos las preguntas correctas". En ese sentido, el citado profesor señala que la persona física y la jurídica, no son personas en idéntico sentido. Sus derechos y deberes no deben equipararse sin hacer las acotaciones pertinentes, es decir, el régimen jurídico de una no puede trasladarse a la otra sin distinción alguna, sólo por la simple razón de su nomenclatura. En cambio, el ámbito de tutela debe definirse y para ello es preciso entender el contexto económico actual en el que se desarrolla la persona jurídica, así como su papel central en las economías de mercado, y comprender que esto tampoco es estático. Es importante a su vez comprender las limitaciones que ofrece "por su naturaleza jurídica" a fin de reconocer los derechos que sean compatibles con ella, o más claramente: decidir como sociedad qué atributos vamos a reconocerles, según convenga en este particular contexto económico político y social.

Luego, otro desatino es creer que la "naturaleza jurídica" es un hecho constatable que puede ser algo así como "descubierto", cuando en realidad es una propuesta ideal. Esquivar ese punto no le hace ningún favor a las discusiones, porque al existir un desacuerdo valorativo encubierto, están destinadas a fracasar. Por esa razón, conviene replantearse los cuestionamientos en base (al consenso de lo que sean) las mejores consecuencias, aunque tradicionalmente los abogados rehúyan de fundamentar decisiones únicamente en la utilidad de la misma.

Luego, en relación al desarrollo del Derecho Mercantil en Costa Rica, se pueden identificar, a partir de la codificación, la creación de normas que reconocían la personalidad jurídica. En orden cronológico: Las Ordenanzas de Bilbao; El Código General del Estado de Costa Rica de 1841; El Código de Comercio de Costa Rica de 1853; La Ley de Sociedades Comerciales de 1909; La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada del 1942; y finalmente el Código de Comercio de Costa Rica de 1964, que se encuentra actualmente vigente.

Desde las Ordenanzas de Bilbao era indispensable que la constitución de las compañías se hiciera mediante escritura pública otorgada ante escribano, además que también prohibieron que el capital de la compañía fuera utilizado para fines

ajenos a los pactados en el objeto de la compañía, bajo pena de disolución y responsabilidad por daños y perjuicios para el "socio culpable". Además, existía un tipo de sociedad que gozaba de la limitación de responsabilidad de administradores y socios. Disposiciones similares tienen las normas sucesivas, en cuanto al requisito de escritura pública, limitación de responsabilidad y prohibición de utilizarla para fines distintos a los estipulados en el contrato social.

El actual Código de Comercio contempla dos tipos de sociedades: las sociedades de personas y las sociedades de capital. Para efectos de esta investigación es importante enfocar la mirada únicamente en las sociedades de capital, específicamente las Sociedades Anónimas, por razones prácticas, de delimitación y además porque las Sociedades Anónimas son las sociedades de capital por excelencia.

La personalidad jurídica propia está expresamente regulada en el artículo 20 del Código de Comercio, pero también el Código Civil las reconoce jurídicamente, aunque de forma más somera, en sus artículos 33, 34 y 36.

Entonces, la sociedad es un acto / contrato consensual, pero cuya personería jurídica nace a partir del momento de la inscripción de este pacto en la Sección Mercantil de Registro Público. Es un contrato que está tipificado en la ley, el cual exige una serie de elementos esenciales, a lo largo de su articulado, sin los cuales es inviable su inscripción. Tres de estos requisitos ineludibles son: a) aporte de los socios; b) ejercicios en común de una actividad y c) fin de lucro. Son requisitos que al igual que los demás son expuestos en el artículo 18, pero que además su importancia es reforzada en otros numerales.

Por ejemplo, en los numerales 18, 29 y 32 hace referencia al aporte que debe ser hecho por los socios, y en los artículos 5 y 17 habla de la actividad societaria. Del fin de lucro se hace referencia los artículos 18 inciso 14, al hablar de distribución de utilidades.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando no se cumplen de hecho alguno de estos requisitos elementales? ¿qué pasa cuando en realidad no hay aporte de los socios, o bien no hay ejercicio de una actividad y por ello tampoco fin de lucro? ¿qué pasa cuando

desde un inicio se creó una sociedad para fines distintos a los que la ley ha dispuesto?

Puedes suceder inicialmente dos cosas. Si en apariencia se observan estos elementos, porque se hace mención en la escritura de constitución, la sociedad será inscrita en el Registro y gozará de capacidad jurídica. Pero si se omite en la escritura, el Registro creará el asiento de presentación, pero la calificará como defectuosa y no la inscribirá hasta que el defecto sea subsanado. Si a los 6 meses no se ha corregido el aspecto omiso o erróneo, se cancela la presentación de escritura de constitución de sociedad y nunca habrá nacido a la vida jurídica la personalidad de esa sociedad que se trató de inscribir.

Pero entonces, ¿qué pasa cuando para perpetrar un abuso de la forma jurídica se burla al sistema de calificación registral y se inscribe una compañía que en la realidad no reúne todos los requisitos? Lo cierto es que si bien el artículo 20 del código referido contempla -aunque sin mayor explicación- la posibilidad de declarar la inexistencia o nulidad de un acto constitutivo de sociedad, la normativa comercial no contiene expresamente cuáles son las consecuencias por hacer un uso abusivo de la personalidad jurídica.

Por esta razón el juez -en este caso penal- deberá hacer una integración del ordenamiento jurídico para determinar esas consecuencias y las herramientas de que se harán uso para poder descubrir el abuso aludido. Por ello, uno de los puntos que esta investigación se abocará a responder es ¿hasta dónde llega el hermetismo de la persona jurídica? y además si el ordenamiento jurídico costarricense contiene ya normas que permiten levantar el velo y prescindir la personalidad jurídica ante estos escenarios.

La pugna entre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas jurídicas y el levantamiento del velo corporativo.

Dicho lo anterior, es menester introducir algunas discusiones que se tratarán en esta investigación y a su vez tratar de responder: ¿por qué es importante estudiar

el del abuso de la persona jurídica y del levantamiento del velo como remedio ante este complejo panorama?

1. Las sociedades mercantiles cumplen un rol fundamental en el desarrollo de la economía, rol que hoy día se encuentra más vigente que nunca.

2. Por las "bondades" de su forma, la personalidad jurídica ha sido utilizada de manera abusiva para cometer defraudaciones de diversas naturalezas: contra acreedores, terceros, cónyuges, el fisco, víctimas de delitos, administración pública, consumidor, etc. Los vehículos corporativos pueden ser utilizados de manera abusiva para eludir regulaciones (de cualquier naturaleza), para manipular mercados, como carcasa para el crimen organizado y especialmente para perpetrar delitos de naturaleza financiera y económica. La misma OCDE⁹⁷ reconoció que las sociedades si bien cumplen un papel fundamental -positivo- en la economía global, también son utilizadas para propósitos ilícitos, como lo es el lavado de dinero, corrupción, ocultamiento de bienes a acreedores, fraude fiscal, elusión de los requisitos de divulgación y otra serie de comportamientos ilícitos.

3. Surge en respuesta a ello la llamada "teoría del levantamiento del velo social", mediante la cual se busca penetrar en las formas jurídicas para conocer el sustrato real y personal que subyace, a fin de evitar y detener usos abusivos.

4. Un sector importante se opone a la implementación de esta teoría. Sin ser taxativos, se pueden identificar por lo menos dos motivos:

a- Aquellos que lo hacen por razones dogmáticas: aludiendo por ejemplo que jurídicamente el levantamiento del velo es incompatible con el desarrollo y atributos mismos de la personalidad jurídica; porque sería vaciar de contenido al instituto mercantil.

b- Aquellos que se oponen por cuestiones pragmáticas: Las expresas: temen una distorsión en la economía de mercado, temen el desincentivo de la inversión extranjera y local, temen un uso abusivo de la figura del levantamiento en

⁹⁷ Véase: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", *Editado por OECD Publications Service*, (2001), accesado el 3 de agosto, 2015, <http://www.oecd.org/corporate/ca/43703185.pdf>

detrimento de los empresarios en general. Las latentes: No quieren ser (los socios) expuestos porque tienen intereses políticos o económicos que podrían ser situados en entredicho, o bien por su propia seguridad.

5. Sin embargo, la agenda global tiene entre sus prioridades la implementación de regulaciones que ataquen al crimen organizado, el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, y es en congruencia con esos objetivos que se han establecido regulaciones -más o menos estrictas o radicales según el país- en aras de regular y controlar más la actividad corporativa. Costa Rica no escapa de esta tendencia y está en proceso de incorporarse a la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos), para lo cual ha tenido que hacer e implementar cambios en su regulación.

6. Es ante este escenario entonces que el estudio de la teoría del levantamiento del velo cobra relevancia, especialmente en una rama del Derecho como lo es el Derecho Penal, en la cual se conocen y escudriñan los abusos más groseros con consecuencias más nocivas para la sociedad.

Capítulo Dos

Título I. Mecanismos corporativos usuales para eludir responsabilidades. La utilización de estructuras corporativas complejas para la comisión de delitos

I. Sección Primera. La utilización de estructuras corporativas complejas para la comisión de delitos

A. Mecanismos corporativos para el desarrollo económico

Las estructuras corporativas, ya sean simples o complejas, han jugado un papel fundamental en el desarrollo económico de la sociedad. Inicialmente, con las características de las que hoy goza, específicamente con la creación de las expediciones de las Compañías de las Indias, fue creada para impulsar las inversiones. Actualmente la mayoría del tráfico comercial opera a través de estas entidades legales, pero además de ser instrumentos del tráfico económico, son utilizadas como "refugio" donde se mantienen y guardan activos y bienes. Dicho refugio puede ser legítimo o no.

Es indiscutible que el rol que ostentan las formas jurídicas societarias es de suma importancia para economía global, pues han sido la piedra angular de la gestión empresarial y en el panorama financiero. Su contribución al desarrollo y a la globalización ha sido inconmensurable.

El papel económico que adquirió no fue fortuito. Las características propias de los vehículos corporativos han sido tierra fértil para su proliferación: limitación de responsabilidad, anonimato, patrimonio propio, derechos procesales, etc. A eso hay que sumarle el fenómeno descrito por Valenciano⁹⁸, en cuanto a que el ámbito de los derechos de las formas asociativas mercantiles ha ido incrementando en

⁹⁸ Valenciano Góngora, 153.

ciertas latitudes y con ello también su participación en las distintas áreas sociales, políticas y económicas.

Es decir, como premisa fundamental se parte del hecho que el uso de las distintas formas corporativas es legal, saludable y un pilar fundamental para la economía y el desarrollo. El uso de ellas para limitar responsabilidad y buscar anonimato es absolutamente lícito si se hace acorde al ordenamiento jurídico, respetando los derechos de terceros y el principio de buena fe.

Ahora bien, no en pocas ocasiones ocurre que esas entidades son utilizadas de forma abusiva para cometer actos ilícitos. Además, súmesele que los usos acordes y los no acordes parecen entremezclarse en la telaraña corporativa, de control y regulación vs. actividad privada y autonomía de la voluntad. Esto ocurre desde tiempos inmemoriales, por eso desde entonces se han limitado y prohibido ciertas actividades relacionadas con las sociedades, sobre todo en cuanto a un uso distinto al objeto social se refiere.

B. Uso abusivo de los mecanismos corporativos

El uso de las compañías para fines ajenos a los pactados en el objeto social fueron reprendidos desde sus inicios y además castigados con la pena de disolución y responsabilidad por daños y perjuicios para el "socio culpable", tal y como se refirió en el capítulo anterior.

Sin embargo, a pesar de los infructíferos esfuerzos por evitar dichos abusos, lo cierto es que se cometen repetidas veces, todos los días, en muchos países. Uno de los mayores riesgos de dichos abusos es la amenaza a la integridad y la estabilidad financiera de los mercados, e incluso de la seguridad de la sociedad civil, en tratándose del financiamiento del terrorismo.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (por sus siglas OCDE)⁹⁹ ha advertido que las actividades mayormente asociadas al abuso societario son: lavado de dinero, corrupción, el ocultamiento y protección de los activos de los acreedores, las prácticas tributarias ilícitas, auto contratación / defraudación de activos / desvío de activos, fraude de mercado y de elusión de los requisitos de divulgación, y otras formas de conducta ilícita.¹⁰⁰

Es menester aclarar que en esta investigación se dejará por fuera a las corporaciones que conforman el sector bancario, a la bolsa de valores y las sociedad públicas que cotizan, al mercado de seguros, y aquellos sectores que por la naturaleza riesgosa de su actividad son sometidas a muchos más controles y requisitos que a las demás sociedades -llamémosle-"comunes". Como dijera coloquialmente algunos ilustres profesores de la Facultad, "no se pueden comparar manzanas con chayotes". La regulación de este tipo de sociedades y corporaciones resulta bastante disímil de las que son objeto de estudio de esta investigación, por lo cual por motivos metodológicas son dejadas de lado, al no poder ser sometidas a los mismos criterios de análisis, precisamente por las diferencias en sus regulaciones y control.

Entonces, en atención al problema planteado anteriormente, sigue cuestionarse ¿cómo se utilizan abusivamente los vehículos corporativos? La OECD dictaminó en el reporte sobre el abuso de las personas jurídicas que:

La mayoría de los delitos económicos involucra el uso abusivo de entidades corporativas - los blanqueadores de dinero explotan el efectivo- empresas y otros vehículos corporativos para disfrazar el origen de sus ganancias ilícitas, sobornadores y receptores realizan sus transacciones ilícitas a través de cuentas bancarias abiertas bajo los nombres de empresas y fundaciones, y los individuos ocultan o protegen su riqueza de las autoridades fiscales y otros acreedores a través de

⁹⁹ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (por sus siglas OCDE) es un organismo de cooperación internacional, fundada en 1960 y conformado por 34 Estados, los cuales procuran coordinar sus políticas económicas y sociales, maximizar su crecimiento económico y colaborar a su desarrollo y al de los países no miembros.

¹⁰⁰ Véase: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", *Editado por OECD Publications Service*, (2001): 8, accesado el 3 de agosto, 2015, <http://www.oecd.org/corporate/ca/43703185.pdf>

fideicomisos y asociaciones, por citar sólo algunos ejemplos. (El subrayado es propio)¹⁰¹.

C. Características relevantes

Ahora bien, la siguiente pregunta que salta a la vista es: ¿Por qué es usual el uso de entidades corporativas (en general) para cometer ilícitos? ¿Qué atributos tienen que facilitan la comisión de ilícitos? La respuesta obvia es la limitación de responsabilidad, sin duda. Pero a ello hay que añadirle que los vehículos corporativos son aptos para disfrazar una amplia gama de hechos, elementos y eventos, entre ellos: los verdaderos socios, los mecanismos de toma de decisión y con ello la identidad del verdadero orquestador del delito, los verdaderos propósitos de negocios o cuentas, fuentes de ingresos, financiamientos anónimos, etc., y para ello se valen de empresas ficticias/fantasmas, estructuras complejas, el uso de intermediarios y testaferros¹⁰², situación que es acelerada y fomentada a su vez por la facilidad de transmisión de las acciones.

Igualmente, no por último menos importante, otra de las características que facilita el abuso de la persona jurídica es la "internacionalidad", es decir, la facilidad con la que una compañía puede crear y ser dueña de otras sociedades domiciliadas en otros países, que a su vez pueden ser dueñas de la totalidad del capital social de otra empresa de nacionalidad distinta, y así sucesivamente, y en jurisdicciones con pocos o inexistentes sistemas de control y en las que incluso se puede crear o comprar una sociedad por medio de internet, sin necesidad además de identificarse, ante el notario o funcionario que la incorpora.

¹⁰¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", *Editado por OECD Publications Service*, (2001): 8, accesado el 3 de agosto, 2015, <http://www.oecd.org/corporate/ca/43703185.pdf> [mi traducción]

¹⁰² Timothy Goodrick, "Preventing the Misuse of Corporate Vehicles" *UNCITRAL*, (2014): 4, accesado 18 de marzo de 2015, http://www.uncitral.org/pdf/english/whats_new/2014_11/WGI/Goodrick-Preventing_misuse_of_corporate_vehicles.pdf

D. Caso de estudio hipotético

A modo de ejemplo, analicemos el caso de Costa Rica propiamente. Se expondrá un caso hipotético¹⁰³, relativamente riesgoso, en el que una persona desde el extranjero puede solicitar la creación de una empresa y abrir una cuenta bancaria, sin que quede registro alguno de su involucramiento como accionista en la sociedad:

1. Una persona extranjera contacta por correo electrónico a algún Notario Público en Costa Rica para que constituya una sociedad, sea anónima o de responsabilidad limitada.
2. Éste llena un formulario (en el mejor de los casos) en el cual indica a nombre de quién desea que se endosen o traspasen las acciones. Las acciones pueden perfectamente estar a nombre de un testaferro extranjero, o bien de otra sociedad incluso una fundación, fideicomiso, domiciliados en el extranjero, etc.
3. La persona indica a quiénes quiere nombrar como miembros en la junta directiva o gerencia, así como la clase de poderes que se le otorgan. Para "complicar aún más el escenario" es menester señalar que sin ninguna dificultad el Notario Público podrá utilizar testaferros para dichos cargos (empleados de bajo perfil de su despacho, por ejemplo), a quienes se les limite sus facultades en el pacto constitutivo y figuren únicamente para ocupar los cargos requeridos, pero que en la práctica no tengan ningún control real, poder o influencia sobre la sociedad. En este escenario, aquellas personas con poder para tomar decisiones serían los socios mediante la Asamblea de accionistas, quienes toman decisiones en privado, en secreto, y que en muchísimos casos es tan informal que ni siquiera se lleva registro de las tomas de decisiones.

Ahora, con esta información, el Notario Público utiliza empleados de su oficina para que comparezcan como socios en la escritura pública de la constitución de

¹⁰³ Este caso hipotético puede tener muchos otros escenarios posibles, sin embargo se expone de esta manera para poder ilustrar más claramente y de forma didáctica el hecho de que Costa Rica tienen un sistema que en ocasiones puede ser frágil y ventana de oportunidad para la comisión de abusos societarios e ilícitos.

dicha sociedad, como accionistas. De todos modos, con la plataforma digital del gobierno para inscribir sociedades: CrearEmpresa, ya no queda registro en ningún lado sobre quienes son esas personas comparecientes para formar la sociedad, más que en la escritura en el protocolo del Notario y el Índice presentado ante el Archivo Notarial.¹⁰⁴ Antes de la implementación de dicha plataforma, se tenía que presentar el testimonio de la escritura en el Registro para su inscripción, de modo que los abogados y demás operadores jurídicos podían obtener con relativa facilidad el nombre de las personas que constituyeron la sociedad. Esto es distinto hoy día, porque los notarios que usan CrearEmpresa no tienen que consignar esta información en ninguna parte del formulario.¹⁰⁵

Para hacer el caso hipotético aún más grave añadámosle lo siguiente: también es posible que el cliente pida al abogado que le gestione la apertura de una cuenta bancaria a nombre de la sociedad. Para ello, es requisito indispensable que se presente en el Banco (entre otra documentación) una certificación de participación accionaria, en el que haga constar a todo aquel socio que tenga más del 10% del capital social. Entonces, aquí existen por lo menos dos formas de eludir la aparición del nombre de los verdaderos dueños de la compañía:

1. Que se emita la certificación y se gestione la apertura antes que se haga el cambio en el asiento del Registro de Accionistas (o Cuotistas) y traspaso a los verdaderos dueños o beneficiarios reales. En ese caso quienes aparecen como socios en dicha certificación serán aquellos testaferros (o accionistas nominales como les llaman en otros países), empleados de la oficina del notario.

¹⁰⁴ Las compañías cuyo capital social esté conformado por dinero o títulos valores podrán ser registradas por medio la plataforma de CrearEmpresa, mas no así aquellas cuyo aporte inicial lo conforme bienes muebles o inmuebles. Plataforma visible en la dirección web: <https://www.crearempresa.go.cr/>

¹⁰⁵ Para mayor información sobre el proceso de creación y registro de una sociedad mediante la plataforma CrearEmpresa, puede informarse en el Manual de ayuda que se encuentra disponible en el siguiente url: <https://s-media-cache-ak0.pinimg.com/736x/a9/67/2b/a9672ba1730896a7cc0932ee049dd1e2.jpg>

2. Menos práctico, pero igualmente efectivo si se quiere, que los socios cuyo interés sea mantenerse en bajo perfil sean titulares de menos del 10% de participación accionaria, al momento de emitir la certificación. ¹⁰⁶

3. También podrían utilizarse testaferros extranjeros para que aparezcan como socios de la compañía. En algunos países, por ejemplo en algunos estados de Estados Unidos de América, el "accionista nominal" es una figura admitida jurídicamente, cuyo vocablo en inglés se conoce como "nominee shareholder".¹⁰⁷

Entonces, tenemos que -sin venir a Costa Rica- uno, dos o varios extranjeros de cualquier país logran ser dueños de una sociedad domiciliada en este país, que a su vez tiene una cuenta bancaria en Costa Rica y que con alguna facilidad es posible que no aparezcan en ningún registro. ¿Esto qué implicaciones prácticas puede tener? A través de la sociedad se pueden hacer transacciones, comprar bienes muebles o inmuebles, crear empresas, realizar inversiones, etc., y en el único lugar en el que consta (¡o no!) quiénes son los verdaderos dueños del capital social, es en el Libro de Registro de Accionistas, que fácilmente podría estar fuera del país, o en el peor de los casos, no existir. Además, con la cuenta bancaria podrían ser capaces de recibir y enviar dinero, hacer transferencias nacionales e internacionales, y en general participar formalmente del sistema financiero.

i. Libros legales

Lo anteriormente expuesto trae a la vista otro problema, y es la regulación de los Libros Legales. Anteriormente, el trámite de Legalización de Libros se hacía siempre de manera directa ante las instancias del Gobierno. Los libros de actas de Asamblea de Socios, de Registro de Socios y de Consejo de Administración se

¹⁰⁶ La autora con ello no quiere decir que ésta práctica sea estrictamente ilegal o no lo sea. Únicamente se refiere a que es evidencia de los portillos legales existentes para sortear las regulaciones anti-lavado de dinero.

¹⁰⁷ Un "nominee shareholder" vocablo del inglés que se traduce como: "accionistas nominales": son aquellas personas que ostentan la tenencia de acciones en nombre del beneficiario real.

legalizaban en el Ministerio de Hacienda, quienes entregaban un documento firmado, con timbres y sellados que debía pegarse a los libros de actas.

Luego, por la reforma incorporada al artículo 263 del Código de Comercio en la Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria No. 9069108 en setiembre del 2012, se encomendó al Registro Nacional esta función y se crearon los libros digitales o en formato papel, con hojas removibles y foliadas. El Reglamento para la legalización de libros emitido por la Junta Administrativa del Registro Nacional, en su artículo sétimo indica:

Artículo 7°- **Formalidades de los libros a legalizar.** Los libros que se legalicen en virtud de constituciones de sociedades mercantiles, tanto las tramitadas mediante documentos digitales como con la presentación del testimonio impreso al Registro, podrán llevarse en formato digital como en formato papel, con hojas removibles y foliadas. En el caso de los libros digitales, necesariamente su contenido deberá rubricarse con firma digital debidamente autorizada por la oficina pública de gobierno digital.¹⁰⁹

Entonces, el problema que inserta la nueva modalidad de libros legales, ya sean digitales o en hojas removibles y foliadas, es la facilidad de manipulación de los documentos y los contenidos. Considera oportuno aclarar que no se menosprecia en lo absoluto las bondades que ha traído para el tráfico comercial la agilización de estos procesos, sin embargo ingenuo sería no señalar lo expuesto.

Este ejercicio planteado de un escenario hipotético puede gestarse de muchas otras maneras. Lo descrito anteriormente puede ser tildado como "simplista", empero su propósito es evidenciar la facilidad de creación de mecanismos para eludir responsabilidades, a través de -llámese- vehículos corporativos.

¹⁰⁸ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 9069: Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria No. 9069, de la República de Costa Rica, vigente desde el 28/09/2012." Último acceso: 10 de noviembre del 2015, http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=73336&nValor3=89973&strTipM=FN

¹⁰⁹ Reglamento para la legalización de libros emitido por la Junta Administrativa del Registro Nacional, de la República de Costa Rica. Último acceso: 23 de noviembre de 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=74639&nValor3=92267&strTipM=TC.

Este caso hipotético presenta un escenario en el que es posible la comisión -la mayoría de las veces- impune de una serie de prácticas ilegales e incluso delitos, como los expuestos en líneas anteriores: lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, corrupción, el ocultamiento y protección de los activos de los acreedores, prácticas tributarias ilícitas, auto contratación / defraudación de activos / desvío de activos, fraude de mercado y de elusión de los requisitos de divulgación, y otras formas de conducta ilícita.

E. Caso de estudio hipotético / escenario internacional

Para empeorar aún más el escenario, ahora imaginemos que la dueña de la totalidad de las acciones de esa compañía creada en Costa Rica es una sociedad creada en Delaware. Repitamos el ejercicio de escenario hipotético:

Un persona originaria de las Islas Vírgenes Británicas solicita por medio de una plataforma de internet (por ejemplo: www.myusacorporation.com) la creación de una "*Limited Liability Company*", también conocida por sus siglas en inglés como "LLC", en Delaware. Para dicha creación no requieren que esa persona se apersona o firme o aparezca en algún registro. Es más, de esa empresa puede ser accionista otra empresa creada en las mismas Islas Vírgenes Británicas.

Existen decenas de páginas web en las que por sumas que inician desde \$79 dólares (moneda del curso legal de los Estados Unidos de América) es posible solicitar la creación de una "LLC". Esta LLC es una compañía que, por ejemplo en el Estado de Delaware, ofrece muchísimos beneficios de protección al accionista, siendo posible incluso que un solo accionista sea dueño del total del capital social, en el cual además es muy difícil la aprobación del levantamiento del velo corporativo, el Estado nunca se entera ni requiere el nombre de los accionistas, y existe mucha jurisprudencia que regula la materia, haciéndolo mucho más

predecible las decisiones judiciales y a su vez aumentado la seguridad jurídica para las empresas.¹¹⁰

Otros Estados que reportan "muchos beneficios" para las entidades corporativas en Estados Unidos son Nevada y Wyoming. La creación de sociedades en dichas jurisdicciones es muy frecuente, pues su estructura legal permite la creación de varios niveles de propiedad y de limitación de responsabilidad, para "proteger" a la empresa y a sus accionistas, ya que incluso permiten expresamente la utilización de "accionistas nominales" o testaferros*. Entre los beneficios que pueden encontrarse en uno u otro de estos Estados están:

1. Se permite que un solo accionista sea dueño del total del capital social
2. Los accionistas no se revelan al Estado
3. No se registra una lista inicial de oficiales / miembros ante el Estado
4. No requiere licencia general de negocios
5. Se permite número ilimitado de acciones, de cualquier valor nominal
6. Se permite la creación de accionistas nominales -o testaferros. (*Nominee shareholders*).
7. No se requiere la emisión de certificados de acciones
8. Los costos de creación son mínimos
9. No hay requisitos mínimos de capital
10. Las reuniones podrán celebrarse en cualquier lugar
11. Los funcionarios, directores, empleados y agentes son indemnizados por ley.¹¹¹

Por otro lado, es importante aclarar que la "*Limited Liability Company*" o LLC no es la única forma de sociedad o corporación que puede crearse en jurisdicciones estadounidenses, también existen otro tipo de entidades, como las Sociedades anónimas -o por acciones (Stock corporation), sociedades de responsabilidad

¹¹⁰ Véase: Cornell University Law School, "Corporate State Laws." *Legal Information Institute*, (s.f.) accesado 22 de noviembre del 2015, https://www.law.cornell.edu/wex/table_corporations

¹¹¹ Cornell University Law School, "Corporate State Laws." *Legal Information Institute*, (s.f.) accesado 22 de noviembre del 2015, https://www.law.cornell.edu/wex/table_corporations

limitada (LLC) , sociedades limitadas (Limited partnerships), y las empresas individuales (sole proprietorships), entre otras. A ellas se les aplican distintas reglas, entre las cuales configuran un factor determinante: el tipo de protección de responsabilidad civil, el sistema impositivo y la complejidad de la administración.

Para ilustrar la popularidad de la creación de sociedades en estos Estados, así como la facilidad de su creación, es necesario únicamente ingresar en algún buscador web algunas palabras clave, como por ejemplo "incorporation" y "Delaware". Cientos de páginas que ofrecen el servicio en línea le proveerán de la información necesaria para crear dichas compañías en un santiamén.¹¹²

i. Resumen del escenario hipotético:

Entonces, recapitulando: tenemos una Sociedad Anónima costarricense, cuya dueña del total del capital social es una LLC del Estado de Delaware, sociedad que a su vez es propiedad de otra sociedad domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas. Esa cadena puede replicarse, y se le pueden agregar muchísimos niveles más de propiedad y en consecuencia de limitación de responsabilidad e internacionalidad. Además, no constará en ningún registro público quiénes son las personas físicas detrás de esta maquinaria corporativa.

No sólo los atributos de dichas personas jurídicas, sino la *internacionalidad* dificultan en gran medida el rastreo de activos y de personas (físicas y jurídicas) para la imputación de responsabilidades, en los casos en los que se haya cometido un abuso de la persona jurídica y un delito.

Así lo manifestaron también Bajo y Bacigalupo al expresar que

Los efectos lesivos de la delincuencia económica se ven favorecidos por el desarrollo de una nueva modalidad de comisión: la delincuencia internacional. Los delitos más graves, en efecto, se cometen en varios

¹¹² Consulta realizada en el buscador Google, bajo las palabras clave: (create+company+in+Delaware): https://www.google.com/search?q=create+a+company+in+delaware&oq=create+a+company+in+delaware&aqs=chrome..69i57j0l5.11374j0j9&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8

países a la vez, siendo la cooperación internacional la forma de comisión más común de estafas, falsedades, corrupción, espionaje, actividades monopolísticas (acuerdos cartel), etc.¹¹³

ii. Consideraciones / Estudios OCDE GAFI

Tomando en consideración la fragilidad del sistema, es que la OCDE ha implementado una serie de medidas para sus miembros a fin de que en los casos en los que se requiera, no sea difícil para el Estado identificar a las personas físicas detrás de las corporaciones. Han instado a los países a crear regulaciones para combatir los mecanismos que permiten a las personas ocultar con éxito su identidad detrás de un vehículo corporativo y a ampliar la capacidad de las autoridades para obtener y compartir información sobre los beneficiarios reales y verdaderos controlantes, a fin de disminuir la capacidad de los vehículos corporativos para ser sujetos de abusos jurídicos.¹¹⁴

F. Mecanismos para lograr el anonimato

En su publicación "Detrás del Velo Corporativo: Uso de entidades corporativas para propósitos ilícitos"¹¹⁵ en el 2001, a propósito de la extensión y medios de uso indebido de vehículos corporativos, identificaron algunos mecanismos para lograr el anonimato:

Sostienen en dicho estudio además que

ocultar la identidad es crucial para los autores de delitos en los que se utilicen entidades corporativas. Cada una de las formas societarias o de persona jurídica en general proveen algún grado de protección y anonimato a los dueños. Sin embargo, ese anonimato puede ser

¹¹³ Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo, Derecho Penal Económico (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001), 30.

¹¹⁴ Véase: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", 8.

¹¹⁵ El título original del texto es " Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes" de la Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

aumentado mediante algunos mecanismos que los promueven, como las acciones al portador, accionistas nominales y directores nominales, etc. Los cuales a su vez pueden ser utilizados en forma conjunta para agravar aún el escenario¹¹⁶.

Los mecanismos principales para lograr el anonimato detectados por la OCDE, son los siguientes¹¹⁷:

1. Acciones al portador (Bearer shares)

Las acciones al portador son aquellos títulos que son libremente transferibles, y cuya sola posesión representa la titularidad de las acciones que dicho título soporta. Es decir, en dichas acciones no consta el nombre del titular, ni están registradas en ningún libro o asiento a favor de persona alguna. Sino que el portador de dicho documento está legítimamente facultado a llamarse dueño de las acciones y consecuentemente de todos los derechos inherentes que dicho título otorga.

Dicho lo anterior, resulta evidente entonces que dichas acciones al portador aumentan el nivel de anonimato y de alta transferibilidad. Por esa razón han sido eliminadas de muchísimas jurisdicciones, incluyendo la de Costa Rica hace ya varios años. Sin embargo, no han sido eliminadas de todos los países, y por lo expuesto en líneas anteriores sobre la internacionalidad que puede adquirir una compañía, es completamente relevante traerlo a colación en este estudio, ya que si bien en Costa Rica están prohibidas las acciones al portador, es perfectamente factible que una sociedad extranjera (con acciones al portador) sea dueña legítima de una parte o la totalidad de las acciones de una compañía costarricense.

¹¹⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", 29. [mi traducción]

¹¹⁷ Véase: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", 29.

La OCDE señala en el estudio mencionado que "en ciertas jurisdicciones y en ciertos contextos comerciales, el alto nivel de anonimato que las acciones al portador proporcionan los hacen atractivos para fines nefastos, como el lavado de dinero, evasión de impuestos y otras conductas ilícitas, especialmente cuando hayan sido emitidos por sociedades privadas con limitada responsabilidad".¹¹⁸

Ese nivel de anonimato finalmente impacta negativamente en las investigaciones judiciales, en las que en aras de la búsqueda de la verdad real o del resarcimiento de la víctima se requiere revelar cierta información, y las autoridades no contarán con acceso a ella precisamente porque no está respaldada en ningún documento: ni en las acciones, ni en el registro de accionistas o cuotistas. Algunas jurisdicciones han eliminado estas acciones al portador, y otras las han restringido con medidas para contraatacar el riesgo, como por ejemplo con la implementación de registros de socios para poder ejercer sus derechos.

2. Accionistas nominales (Nominee shareholders)

Los accionistas nominales son aquellas personas que ostentan la tenencia de acciones en nombre del beneficiario real.¹¹⁹ Es decir, ejercen los derechos de las acciones en nombre de otra persona, el verdadero dueño, bajo un acuerdo de custodia. En caso de investigaciones, la identidad del beneficiario real puede ser revelado, de conformidad con las leyes de cada jurisdicción.

Este tipo de figura es utilizado con mucha frecuencia en el mercado de bolsa de valores, en cuyo caso los corredores de bolsa son los accionistas nominales, a fin de facilitar las operaciones.

Como medidas para contrarrestar los posibles abusos de la figura, en algunos países se requiere que se envíe un registro anual de los verdaderos accionistas, o

¹¹⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", 30. [mi traducción]

¹¹⁹ Para efectos de esta investigación, se entenderá como "beneficiarios reales" de acuerdo a la nomenclatura y definición utilizados tanto por la OCDE como el GAFI para "beneficial ownerships": La persona física que en última instancia es propietaria o tiene el control sobre una entidad corporativa o la persona en cuyo nombre se realiza una transacción. También incorpora las personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica o acuerdo.

bien ante una eventual investigación los accionistas nominales tienen la obligación de revelar esa información, so pena de la aplicación de sanciones en caso de no hacerlo.¹²⁰

3. Directores nominales y directores "corporativos" (Nominee directors and "corporate" directors)

Los directores nominales son aquellas personas que actúan como directores no ejecutivos en el consejo de administración de una empresa, en representación de otra persona o empresa. También son aquellos residentes de paraísos fiscales que prestan su nombre a un no residente para fungir como administrador en el consejo de una empresa offshore en ese lugar.¹²¹

Es decir, los directores nominales aparecen como directores en todos los documentos y en los registros oficiales de la empresa (cuando los hubiere), pero en realidad quienes toman decisiones y asumen las funciones de dirección son los beneficiarios reales, los verdaderos dueños de las acciones.

Por otro lado, en cuanto a los directores corporativos, se refiere a aquellas ocasiones en las que una empresa asume la dirección de otra, formalmente hablando. Esto puede convertirse en un mecanismo de abuso de la persona jurídica, en tanto sea difícil para las autoridades (en caso de investigación) determinar quien fue la persona física detrás de ese aparato que tomó las decisiones y las ejecutó.

¹²⁰ Véase: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", 31.

¹²¹ Véase: Henry Campbell Black, "The Law Dictionary" *Black's Law Dictionary 2nd Ed.* (s.f.), accesado el 10 de noviembre de 2015, <http://thelawdictionary.org/nominee-director/>

4. Cadenas de vehículos corporativos (Chains of corporate vehicles)

La cadena de vehículos corporativos existe cuando una sociedad es dueña de las acciones de otra sociedad, y esta última también es dueña de otra sociedad, etc. Normalmente se hace en sociedades de jurisdicciones diferentes, sobre todo en aquellas en las que es difícil revelar quienes son los beneficiarios reales, maximizando el anonimato y dificultando el rastreo de activos. Para mayor ilustración ver los casos hipotéticos planteados en el acápite anterior.

La OCDE menciona en el estudio publicado en el 2001 un caso en el que hubo una clara defraudación haciendo uso de una cadena de vehículos: El billonario Alan Bond fue acusado de utilizar una cadena de vehículos corporativos en diferentes jurisdicciones a fin de esconder sus activos de sus acreedores. Rastrear esas sociedades y consecuentemente los bienes fue tan complejo y casi imposible, que los acreedores aceptaron un acuerdo conciliatorio por \$10.25 millones de dólares, cuando en realidad la deuda ascendía a más de \$1 billón de dólares.¹²²

5. Los intermediarios - agentes de formación de empresas, sociedades fiduciarias, abogados, administradores y otros profesionales (Intermediaries - company formation agents, trust companies, lawyers, trustees, and other professionals)

Los intermediarios tales como los agentes de formación de empresas (proveedores de servicios corporativos), sociedades fiduciarias, abogados, administradores y otros profesionales han sido una pieza clave en el favorecimiento del anonimato en estructuras corporativas, especialmente en paraísos fiscales. Haciendo uso de las regulaciones que protegen a los socios de las compañías y con la ayuda de testaferros, se encargan que los beneficiarios reales no aparezcan en ningún registro de la corporación o del gobierno. Ellos fungen un papel de intermediarios

¹²² Véase: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", 32.

entre sus clientes y las instancias gubernamentales, aportando además las figuras que se explicaron líneas anteriores: accionistas nominales y directores nominales. Tal como el caso hipotético expuesto anteriormente, en el cual una persona puede crear una sociedad y abrir una cuenta bancaria desde el exterior, sin que su nombre aparezca en registro alguno, gracias a la labor del intermediario.

Por otro lado, la OCDE señaló el gran problema que han llegado a representar los fideicomisos en cuanto al ocultamiento de la identidad del beneficiario real:

Los fideicomisos también pueden desempeñar un papel en el ocultamiento de la identidad del beneficiario real. En ciertas jurisdicciones, donde un fideicomiso posee acciones de una empresa, el fiduciario aparece como el titular del registro y él no tiene que revelar que él está *sosteniendo* las acciones como fiduciario. Esto puede inducir a error a las autoridades en la creencia de que el fiduciario es el verdadero dueño de las acciones. Los abogados, notarios y otros con privilegios de confidencialidad profesional son intermediarios particularmente atractivos porque la identidad de sus clientes a veces puede ser protegida de divulgación. En ciertas jurisdicciones, la ley otorga a profesionales, tales como abogados y notarios, el derecho a negarse a prestar declaración a las autoridades, incluso cuando estos profesionales no estaban actuando en *calidad legal*. Algunas jurisdicciones offshore extienden este privilegio a compañías de administración.¹²³

El estudio realizado por la OCDE tiene un enfoque claramente global e incluye institutos jurídicos de diversas latitudes. La internacionalidad de las compañías, los contratos suscritos desde tantos países diferentes, así como la facilidad de trasladar activos de un país a otro desde una computadora, son algunas de las circunstancias que exponen a Costa Rica a esas figuras señaladas, aunque ellas no estén permitidas dentro de la legislación doméstica.

De hecho, en el escenario hipotético que se utilizó de ilustración en secciones anteriores, se deja en evidencia cómo el sistema de Costa Rica es vulnerable ante

¹²³ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", 33. [mi traducción]

los abusos cometidos en otros países, tanto que se replican y tienen efectos directamente en el país.

Por otro lado, es de importancia recalcar que las tipologías usuales identificadas por el Grupo de Acción Financiera en Contra del Lavado de Dinero (GAFI)¹²⁴ -o también conocido por su nombre en inglés *Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)*- para abusar de las formas corporativas expuestas son en demasía similares a las identificadas por la OCDE, y la razón no es fortuita.

El GAFI examinó una serie de casos en las que hubo un abuso de los vehículos corporativos e identificaron elementos clave y patrones para estos abusos. A raíz de los resultados obtenidos es que concluyeron en la siguiente tipología.¹²⁵

1. Estructuras corporativas y fideicomisos multi jurisdiccionales.
2. Intermediarios financieros especializados / profesionales
3. Accionistas o representantes nominales -o testaferros. (*Nominees*)
4. Sociedades ficticias / fantasmas (Shell companies).

El GAFI se dispuso a identificar esas tipologías a fin de encontrar las áreas de vulnerabilidad en cuanto al lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, así como la evidencia del abuso de las entidades corporativas. Otro de los propósitos ha sido valorar las diferentes jurisdicciones y reconocer en cada una de ellas el mecanismo de creación y la utilización de las formas asociativas mercantiles, así como las medidas que se han implementado para abordar las amenazas.

Ellos mismos reconocen que si bien este "proyecto de tipologías" se realiza enfocado al estudio del abuso de las sociedades para el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, sus descubrimientos son aplicables también a otras

¹²⁴ Grupo de acción financiera en contra del lavado de dinero (GAFI) también conocida por su nombre en inglés como Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF), es una organización intergubernamental fundada en 1989 por el G7. Su propósito es desarrollar políticas para la lucha contra el lavado de dinero y la financiación del terrorismo.

¹²⁵ Véase: Fatf - Gafi. "The Misuse Of Corporate Vehicles, Including Trust And Company Service Providers", *Financial Action Task Force* (2006), 7, accesado 13 de junio de 2015, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Misuse%20of%20Corporate%20Vehicles%20including%20Trusts%20and%20Company%20Services%20Providers.pdf>

formas de criminalidad, ya que "las bondades" de los distintos tipos de personalidad jurídica en las múltiples jurisdicciones *de hecho* son utilizadas con mucha frecuencia para la comisión de "fraude fiscal, facilitar el soborno / corrupción, esconder activos de los acreedores, facilitar el fraude en general o eludir los requisitos de divulgación."¹²⁶

Otro de los aspectos de gran relevancia -para esta investigación- es que reconocieron que a pesar de la gran gama de posibilidades en cuanto a abusos de la personalidad jurídica, la mejor manera de abordar la investigación era centrándose específicamente en el ocultamiento del beneficiario o titular real por ser "la característica más importante de del uso indebido de los vehículos corporativos".¹²⁷

Es decir, la posibilidad de ocultarse detrás del velo corporativo (y sus diferentes características dependiendo del país de creación) es una de las características más utilizadas para el uso abusivo de las entidades corporativas, ya sea para el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, delitos financieros, fraudes corporativos, evasión fiscal, soborno y corrupción, el ocultamiento de activos de los acreedores, facilitar el fraude en general o eludir los requisitos de divulgación.

En el mismo sentido argumentativo, la OCDE señaló que los

mecanismos que permitan a las personas ocultar exitosamente su identidad detrás de un vehículo corporativo mientras excesivamente restringen la capacidad de las autoridades para obtener y compartir información sobre el beneficiario real y controlantes a efectos -de que las autoridades puedan- regular, supervisar y aplicar la ley, está aumentando la vulnerabilidad de sus vehículos corporativos a un uso abusivo.¹²⁸

Entonces, si el ocultamiento de los beneficiarios reales es la argucia más utilizada, queda en evidencia que mecanismos como el levantamiento del velo corporativo

¹²⁶ Fatf - Gafi. "The Misuse Of Corporate Vehicles, Including Trust And Company Service Providers", 2, [mi traducción]

¹²⁷ Fatf - Gafi. "The Misuse Of Corporate Vehicles, Including Trust And Company Service Providers", 3, [mi traducción]

¹²⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", 13. [mi traducción]

(para penetrar en la realidad personal y rastrear bienes) son imperiosos para combatir y prevenir este tipo de criminalidad cuando se realiza a través del abuso de las formas asociativas mercantiles. Para ello las autoridades deberán tener la capacidad para obtener información en tiempo oportuno en relación al beneficiario real y controlantes de los vehículos corporativos, tal como lo señaló la OCDE en el estudio antes referido. Si no se hace en tiempo oportuno, se corre el riesgo de que los autores del ilícito agreguen una o varias capas más de anonimato a la estructura corporativa o bien desvíen los activos y en general disipen más los rastros.

Sin embargo, no es suficiente que las autoridades estatales puedan ser capaces de obtener información sobre el beneficiario, ni que pueda ser obtenida en forma y tiempo oportuno, sino que también deberán ser capaces (práctica y jurídicamente hablando) de poder compartir esa información con otras autoridades, sean nacionales o internacionales y que existan mecanismos efectivos y rápidos de cooperación internacional.

La OCDE señala que, entre los mecanismos que utilizan la mayoría de los países para obtener esta información -cuando hay sospecha de actividad ilícita o bien en cumplimiento de sus funciones reguladoras- están aquellas fundadas en su poder coercitivo, mediante citaciones judiciales u otras medidas para penetrar en la entidad jurídica. Son pocos los países que requieren una divulgación total de quienes son los beneficiarios reales o controlantes, desde el proceso de formación de los entes jurídicos así como de la actualización de la información cuando se produzcan cambios.¹²⁹

¹²⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes", 14.

II. Sección Segunda. ¿Cuál es la realidad corporativa y societaria en Costa Rica?

Existen numerosísimas formas de crear estructuras corporativas complejas. Sin embargo, en el contexto costarricense es posible identificar tres que son utilizadas con bastante frecuencia por el sector comercial para el ejercicio de sus actividades económicas. Estos son: los grupos de interés económico (GIE's), los conglomerados y vehículos con propósitos especiales.

Esta estructuras no están reguladas de forma expresa o sistemática en el ordenamiento jurídico costarricense, pero su "creación" y utilización es perfectamente legal y válida, ya que son maneras lícitas en que las empresas manejan y buscan hacer más eficientes sus negocios. Sin embargo, es frecuente que se utilicen como mampara para perpetrar delitos, disipar rastros de ello y distraer activos. De seguido se hará una caracterización de esas entidades jurídicas.

A. Sociedades

García define la sociedad como:

una declaración de voluntad de dos o más personas vinculadas por un fin común para crear una persona distinta a ellos, cuya actividad como persona moral será la de contratar y por ello tendrá personalidad jurídica, patrimonio propio y la capacidad necesaria para ostentarse frente a terceros como tal.¹³⁰

Es decir, las sociedades son asociaciones de personas, que adquieren una personalidad jurídica y actúan en nombre propio para la realización de un fin

¹³⁰ Jorge García Hernández, "Aspectos relevantes de las sociedades mercantiles" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 244, (2005): 67, accesado el 13 de junio del 2013 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/244/art/art3.pdf>

económico que está dispuesto por el objeto social definido en su pacto de constitución.

En el mismo sentido, Espinoza (citado por Sánchez), la define de la siguiente manera:

la persona jurídica es una creación del Derecho, en la cual se realiza una operación de reducción de personas individuales (conducta humana intersubjetivas), organizadas con un determinado fin (valores) para construir un centro unitario de referencia normativa, al cual se le va a imputar derechos y deberes (normas jurídicas).¹³¹

Asimismo, el autor apunta que una de las mayores ventajas para las personas físicas detrás de las sociedades es la limitación de su responsabilidad. Sin embargo esto en ocasiones es utilizado para desviarse de los fines para los cuales están autorizados, por ejemplo para la comisión de fraudes y actos ilícitos. Se utiliza, entonces, para cubrir esas transgresiones e impedir que los efectos recaigan sobre los verdaderos responsables.

El Código de Comercio costarricense contempla dos tipos de sociedades: las sociedades de personas y las sociedades de capital. Como se mencionó en capítulo primero, para efectos de esta investigación es importante enfocar la mirada únicamente en las sociedades de capital, específicamente las Sociedades Anónimas, por razones prácticas, de delimitación y además porque las S.A. son las sociedades de capital por excelencia.

La personalidad jurídica propia está expresamente regulada en el artículo 20 del Código de Comercio, pero también el Código Civil las reconoce jurídicamente, aunque de forma más somera, en sus artículos 33, 34 y 36.

Entonces, la sociedad es un acto / contrato consensual, pero cuya personería jurídica nace a partir del momento de la inscripción de este pacto en la Sección

¹³¹ Gustavo Cesar Sánchez Morales, "Rasgando las vestiduras de la dama sociedad: la teoría del levantamiento del velo societario, presupuestos necesarios para su aplicación práctica" *Centro de Estudios de Derecho Corporativo, Universidad San Martín de Porres*, (s.f.): 7, accesado 20 de enero del 2013, http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedec/revista/articulos_alumnos/Rasgando_las_vestiduras_de_la_dama_sociedad.pdf

Mercantil de Registro Público. Es un contrato que está tipificado en la ley, el cual exige una serie de elementos esenciales, a lo largo de su articulado, sin los cuales es inviable su inscripción. Tres de estos requisitos ineludibles son: a) aporte de los socios; b) ejercicios en común de una actividad y c) fin de lucro. Son requisitos que al igual que los demás son expuestos en el artículo 18, pero que además su importancia es reforzada en otros numerales.

B. Grupo de Interés Económico

Luego, los **GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO** son un conjunto de sociedades o empresas las cuales son controladas generalmente por las mismas personas, titulares al fin del capital accionario, cuyo objetivo es diversificar sus operaciones y minimizar el riesgo de inversión. Es la agrupación de diversas empresas mediante la utilización de diversas sociedades, que a su vez responden a un mismo control unitario y necesariamente existen relaciones internas de dominación.

Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia señaló que:

Las agrupaciones de interés económico, suponen la existencia de varias empresas que, conservando su entidad jurídica y patrimonios propios, están unidas por vínculos diversos, en virtud de los cuales, una de ellas, la sociedad controladora (“madre”), gobierna la gestión de una o más filiales. Sin embargo, no siempre que se refiera a estas entidades se alude en exclusiva a su tamaño, sino que existen otras características que surgen en función de su naturaleza o peculiaridades de los vínculos entre las distintas compañías comprendidas.¹³²

La estructuración compleja es una práctica empresarial cada vez más común, con mayor difusión, debido a la necesidad de expansión y diversificación de los negocios. Las grandes corporaciones modernas no se limitan a la explotación de un solo servicio o producto, sus actividades y nichos de mercado son cada vez más

¹³² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Voto N° 00261 del once de abril del dos mil ocho" de las ocho horas y cinco minutos.

numerosos y amplios, por lo que la creación de estas estructuras es necesaria para agilizar de forma eficiente sus negocios.

Castro, Porras y Sittenfeld definen los grupos de interés económico como una

(...) concentración de diversas empresas. En la mayoría de los casos, se presenta en el mundo jurídico a través del esquema de grupo de sociedades, las cuales operan en la misma actividad o como parte de un ciclo productivo. (...) A pesar de que los GIE adquieren distintas formas empresariales, es posible enumerar algunos elementos mediante los cuales podrían identificarse. (...) Estos elementos son: (i) Dirección Unitaria o Unificada de la empresa, (ii) el principio de Supremacía de Interés del Grupo; (iii) la participación recíproca o controlante del capital de los miembros.¹³³

A pesar de que surgieron como una necesidad propia del comercio lícito, no es cierto que su creación o utilización esté siempre destinada a fines lícitos como los mencionados, sino que se utilizan, no con poca frecuencia, con el propósito de cometer transgresiones al orden jurídico y legitimar activos, a nivel nacional e internacional. El poder que adquieren los GIE , así como sus estructuras crean un panorama en el cual el abuso de la personalidad jurídica es posible, señalan Castro, Porras, Sittenfeld:

a pesar de los potenciales beneficios de utilizar esta forma de organización de la empresa, debido al poder que adquieren y a las estructuras complejas que adoptan los Grupos de Interés Económico, es posible que, como cualquier otro individuo o empresa, éstos abusen de las situaciones jurídicas en las que intervienen.¹³⁴

En el ordenamiento costarricense existe escasa regulación sobre estas organizaciones, y su desarrollo se ha gestado primordialmente mediante la jurisprudencia. Únicamente existe regulación para grupos financieros, por medio

¹³³ Adriana Castro, Natalia Porras, y Andrea Sittenfeld, "Régimen Legal Aplicable a los Grupos de Interés Económico" en *Revista Judicial*, n° 93 (2009): 52.

¹³⁴ Castro, Porras y Sittenfeld, "Régimen Legal Aplicable a los Grupos de Interés Económico", 51.

de la Superintendencia General de Entidades Financieras (en adelante SUGEF). Vale mencionar que esta situación no es la realidad en otros países.

Como se mencionó en líneas anteriores, entre los elementos que permiten determinar su existencia tenemos: a.- la dirección unitaria o unificada de la empresa, b.- el principio de supremacía de interés de grupo y c.- la participación recíproca o controlante del capital de los miembros. Para poder arribar a tales conclusiones y determinar la existencia de los elementos apuntados, es necesario tener acceso a cierta información que no es posible obtener con facilidad debido a los atributos de la personalidad jurídica de las formas asociativas mercantiles. Ciertamente la perforación del velo social constituye una herramienta de gran utilidad para ese propósito, especialmente en cuanto al primer y último elemento.

Castro, Porras, Sittenfeld reconocen que si bien no existen normas expresas para sancionar el abuso que cometen los GIE cuando actúan abusivamente, se pueden aplicar las medidas correspondientes mediante la interpretación e integración en cuanto al abuso del derecho se trata. Sin embargo, sería ideal promulgar normas que:

- 1) que permitan identificar a un grupo de interés económico por medio de la constatación de los elementos que los caracterizan;
- 2) para someter a los grupos a regulaciones especiales que tengan como objeto evitar que estos abusen de distintas figuras jurídicas para perjudicar a terceros y
- 3) normativa que establezca la responsabilidad solidaria para los miembros del grupo en casos de abuso de situaciones jurídicas.¹³⁵

En ese sentido, si existiera regulación general que autorizara expresamente el levantamiento del velo corporativo ante la concurrencia de una conjunción de hechos u elementos y que además determinara las consecuencias (por ejemplo la

¹³⁵ Castro, Porras y Sittenfeld, "Régimen Legal Aplicable a los Grupos de Interés Económico", 61.

desestimación de la personalidad jurídica¹³⁶) en los casos en que se determinara la existencia de un abuso, podría cubrir esa necesidad regulatoria denunciada por las autoras Castro, Porras, Sittenfeld.

C. Conglomerado

Los **CONGLOMERADOS** son un conjunto de empresas que se desarrollan en más de una industria o negocio, y se agrupan por medio de fusiones, acuerdos o por la participación accionaria mayoritaria de una holding. Éstas se diferencian de los grupos de empresas –que expondrá posteriormente- pues aun y cuando existe una vinculación entre las sociedades, ante la ausencia de una voluntad única expresada que atienda específicamente las necesidades del grupo, la sociedad controlada mantiene la autonomía de decisión, no siendo sometido al interés del grupo.¹³⁷

La Procuraduría, en este sentido, ha indicado en reiterados dictámenes que se trata de sociedades que se encuentran unidas en función de un objetivo unido a todas ellas, y entre las cuales existen relaciones cruzadas de capital, lo que permite obtener el control de las sociedades y orientarlas hacia la consecución del grupo.

138

D. Vehículo especial

Los **VEHÍCULOS ESPECIALES** son sociedades creadas para un fin o negocio específico, con patrimonio, estructura legal y responsabilidades propias, con el fin

¹³⁶ En el capítulo dedicado al "Levantamiento del Velo Social" se explicará los diferentes vocablos dados a este instituto jurídico, así como a los distintos estadios de ese procedimiento. Sin entrar en mayor detalle, es preciso aclarar en este momento de la investigación que el "levantamiento del velo" aquí referido se utiliza en el sentido de "mirar detrás de la persona jurídica" y obtener información relativa a los socios, controlantes y su patrimonio, por ejemplo. Sin embargo cuando se utiliza el vocablo "desestimar la personalidad jurídica" ya no se refiere al verbo "mirar" o "descubrir", sino que hace alusión más bien a las consecuencias impuestas después de determinar que en efecto hubo un uso abusivo de la personalidad: siendo esa consecuencia la imputación directa a los socios o controlantes que cometieron ese abuso y a quienes se les hace solidaria e ilimitadamente responsable por cualquier perjuicio causado.

¹³⁷ Véase: Juan M. Dobson, El abuso de la personalidad jurídica.

¹³⁸ Procuraduría General de la República de Costa Rica, Dictamen N° 042 del 23 de febrero del 2011.

de asegurar sus obligaciones y limitar el riesgo y responsabilidad de quienes participan.

Los vehículos con propósitos especiales, también llamados en inglés como *special purpose vehicle* (SPV), son entidades jurídicas creadas para conducir un fin comercial o actividad específica. Se utilizan con frecuencia en las transacciones de financiamiento estructurado (*project finance*), como en las titularizaciones de activos, empresas conjuntas, o para aislar ciertos riesgos, activos u operaciones de la empresa.

Para la creación de estos vehículos especiales se pueden utilizar varias formas jurídicas, tales como fideicomisos, las Sociedades anónimas -o por acciones (*Stock corporation*), sociedades de responsabilidad limitada (*Limited Liability Companies*), sociedades limitadas (*Limited partnerships*), y las empresas individuales (*Sole Proprietorships*), entre otras.

Es decir, es una nueva entidad jurídica que se crea con el propósito de llevar a cabo un negocio o proyecto, sea por medio de figuras como "*project finance*" por ejemplo. Es la sociedad o cascarón nuevo al que se le dota de patrimonio y seguidamente de obligaciones para llevar a cabo una nueva empresa o proyecto, normalmente con el fin de no involucrar directamente a las "empresas madre", o hacer una adecuada distribución de riesgos. Esto permite a los inversores acceso a las oportunidades de inversión que no existirían de otra manera, y proporciona una nueva fuente de generación de ingresos para la empresa patrocinadora.¹³⁹

Por ejemplo, en el caso del "*Project Finance*", los llamados patrocinadores limitan su responsabilidad y se abstienen de garantizar el nuevo proyecto, a fin de no comprometer los estados financieros y el flujo de caja de esas empresas o personas (patrocinadores) al emprender estos nuevos proyectos que se manejan desde el vehículo especial. El patrimonio de estos nuevos vehículos especiales es el que responderá en caso de incurrir en responsabilidad civil o por las deudas

¹³⁹ PricewaterhouseCoopers LLP. "Creating an understanding of Special Purpose Vehicles", *PricewaterhouseCoopers*, (diciembre 2011), accesado 02 de octubre de 2015, <https://www.pwc.com/gx/en/banking-capital-markets/publications/assets/pdf/next-chapter-creating-understanding-of-spvs.pdf>

adquiridas por este. En ese sentido se surten de varias fuentes de financiamiento y es usual que las partes que se involucren provengan de diversos países.

Los Conglomerados, los Grupos de Interés Económico, los Vehículos Especiales, así como las Sociedades Anónimas (que pueden ser dueñas de la totalidad de las acciones de otra sociedad) son instrumentos jurídicos y comerciales de gran trascendencia para el desarrollo económico. Permiten la distribución del riesgo, hacer planificación fiscal, promueven la inversión, etc. Sin embargo, precisamente las características que les facultan hacerlo son aquellas que le permiten agregar diversos niveles de propiedad y anonimato a sus estructuras y con ello el ocultamiento del beneficiario o titular real. Circunstancia que, como se dejó en evidencia en acápites anteriores, es la característica más significativa y utilizada para el abuso de los vehículos corporativos.

El uso de las estructuras corporativas complejas para delinquir puede hacerse desde, por lo menos, dos momentos:

1. Se forman para explotar una o varias actividades económicas lícitas, y sucede que “en el camino” se utiliza su estructura o se crea una más compleja para perpetrar ciertos delitos. Por ejemplo sacar de la empresa los activos tóxicos o titularizar deuda que se sabe irrecuperable, infracapitalizar proyectos y sociedades/empresas, falsear balances, etc.
2. Se forma desde sus inicios para delinquir o para aislar bienes de algún patrimonio. O bien para cometer algún otro abuso que no necesariamente constituye por sí solo un delito.

Título II. Tipos usuales de actividades ilícitas cometidas a través de vehículos societarios.

I. Sección Primera. Delitos corporativos

La criminalidad desde la empresa supone una cantidad considerable de retos y preguntas ante el Derecho Penal Clásico, sin embargo, esta investigación no abarca todos estos aspectos, sino que se enfoca a una problemática específica: el estudio de los mecanismos de los comportamientos delictivos perpetrados a través de la actividad societaria, y el instituto mediante el cual se puede irrumpir en los escudos en los que se amparan, a efectos de eludir esos retos que supone este tipo de delincuencia.

Tampoco pretende analizar los delitos que son cometidos mediante la modalidad expuesta, pues la cantidad de defraudaciones y ilícitos que se pueden cometer mediante el abuso de la personalidad jurídica son vastísimas, sobre todo en jurisdicciones como en España y Argentina en el que el desarrollo del Derecho Penal Económico y Empresarial es mucho más avanzado y se han introducido en los últimos años delitos más complejos, como se expondrá posteriormente. Entonces, analizarlos uno por uno se escapa del propósito y del enfoque de esta investigación.

Resulta imperioso precisar que así como tratar de sistematizar "las posibles formas de cometer abusos a través de una o varias persona jurídicas o bien de estructurar estas últimas para alcanzar altos niveles de anonimato" -tarea que más que titánica parece imposible- así de difícil sería tratar de establecer una lista taxativa de los delitos que podrían cometerse mediante esos abusos o bien beneficiarse de alguna manera de ellos, por la siguiente razón:

Todos los delitos tienen consecuencias económicas, algunos de forma más directa que otra, pues siempre habrá algún daño que reparar. En la medida en que haya daños que resarcir, existirá potencial para cometer abusos de una forma jurídica para eludir esas responsabilidades. Es decir, distraer activos del patrimonio de

quien eventualmente se configure en deudor de una víctima, o bien distraer las resultas económicas de un delito. En este último caso es menester mencionar que en la eventualidad que se tratase de delitos graves (delitos con penas cuatro años o más), estaríamos hablado ya además de la configuración de otro delito: legitimación de capitales, según la legislación costarricense.¹⁴⁰

Es decir, lo que aquí pretende tratar es la teoría penal del rompimiento del velo corporativo, de modo que lo concluido pueda aplicarse a nivel general, pues al fin y al cabo es indiscutible que la mayoría de la delincuencia (independientemente del bien que lesione o el fin que persiga) tiene consecuencias económicas.

Por ello la teoría del corrimiento del velo en materia penal debe poderse aplicar ante cualquier tipo de delito. Ello porque las estructuras corporativas complejas se pueden utilizar para: distraer bienes objeto del delito –por ejemplo la cantidad de dinero estafada a alguien-, o bien para distraer bienes que fueron adquiridos – al menos aparentemente- de modo legítimo pero que deben responder por los daños causados a la víctima.

Con ello quiere evidenciar que la teoría del levantamiento del velo en materia penal deberá ser posible aplicarlo cuando exista base razonada para hacerlo en la investigación de cualquier delito en el que resulte necesario, ya sea para lograr la imputación de un delito o bien para asegurar las resultas del proceso y resarcir a la víctima.

Por las razones expuestas es que se decide dejar de lado el estudio propio de esos delitos, pues lo realmente relevante para esta investigación es el abordaje de la manera en que pueden cometerse, es decir, mediante el mecanismo de ejecución: abuso de las formas corporativas.

Sin embargo, a pesar de que el estudio de estos delitos no es el foco de la investigación, resulta valioso hacer una pausa y por lo menos mencionar cuales

¹⁴⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 8204: Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo" del 11 de enero del 2002. Último acceso: 01 de octubre del 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=FN

son algunas de las posibilidades delictivas a fin de aterrizar y ejemplificar el uso de estos mecanismos.

Dicho lo anterior, es posible identificar algunos tipos penales en los que históricamente -para su comisión- se han utilizado los beneficios de la personalidad jurídica, en distintos momentos del *iter criminis*.¹⁴¹

A. Delitos económicos y empresariales

En cuanto a las clasificaciones doctrinarias, podemos hablar de Delitos societarios, Delitos económicos y Delitos empresariales.

Las dificultades a las que se alude en párrafos anteriores han sido estudiadas de manera más o menos amplia desde los delitos económicos y empresariales, sobre todo en España, dónde incluso ya se ha desechado el aforismo latino *societas delinquere non potest*.

Es por ello relevante citar a la doctrina española sobre delincuencia económica, porque la mayoría de este tipo de delincuencia (desde el concepto que ellos proponen y que de seguido cita) es cometida frecuentemente a través de estructuras corporativas complejas.

De acuerdo a la doctrina española, los delitos económicos y empresariales protegen bienes jurídicos diversos. Los delitos económicos buscan tutelar bienes jurídicos supraindividuales: el orden socioeconómico, que es un bien jurídico colectivo, una función estatal particular, o algo que de forma difusa le interesa a toda la sociedad, como lo es el correcto funcionamiento de la economía de mercado.

Por otro lado los delitos empresariales se refieren a actividades delictivas específicas, cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio: de acreedores, terceros

¹⁴¹ Locución latina cuyo significado es: "camino del delito".

de buena fe y de la misma empresa, etc. La mayoría de los delitos económicos son cometidos por empresas y esto no los hace delitos de carácter empresarial.¹⁴²

En Costa Rica esta clasificación no encuentra arraigo ni en el ordenamiento jurídico, ni a nivel jurisprudencial o doctrinal.

Entre las acciones que el ordenamiento jurídico español ha decidido tipificar como delincuencia penal económica¹⁴³, se encuentran los delitos que de seguido expone:

- ✓ Delitos contra la Hacienda Pública: Delito Fiscal, Fraude a la Seguridad Social, Fraude de Subvenciones, Infracciones Contable;
- ✓ Delitos de Contrabando;
- ✓ Delitos Monetarios;
- ✓ Insolvencia Punible;
- ✓ Delitos contra la competitividad de las empresas: Delitos contra la Propiedad Intelectual, Delitos contra la Propiedad Industrial, Descubrimientos de Secretos de la Empresa; Uso de Información Privilegiada;
- ✓ Delitos contra el Consumidor: Publicidad Engañosa, Detracción del mercado de productos de primera necesidad; Alteración de Aparatos Automáticos;
- ✓ Delitos que afectan el libre mercado;
- ✓ Delitos Societarios: Administración desleal del patrimonio ajeno, Falsificación de documentos, Imposición de Acuerdos Abusivos, Imposición de acuerdo abusivo por mayoría ficticia o su aprovechamiento, Negación del ejercicio de ciertos derechos de los socios, Negación o impedimento de la inspección o supervisión, obstaculización de la actividad supervisora o inspectora.

¹⁴² Véase: Bajo, y Bacigalupo, Derecho Penal Económico, 27 y ss.

¹⁴³ Según la categorización que hicieron Bajo y Bacigalupo en Derecho Penal Económico, 2001.

B. Delitos en Costa Rica

Existen tipos penales regulados en la normativa costarricense que son más susceptibles de ser perpetrados con la ayuda del abuso de las formas jurídicas mercantiles, entre ellos se encuentran los siguientes: Intermediación financiera no autorizada, Delitos tributarios, Delitos aduaneros, Delitos funcionales (corrupción, peculado), Delincuencia organizada, Delitos bursátiles (Uso de información privilegiada, Manipulación de precios del mercado), Legitimación de capitales, Estafas, Administración Fraudulenta, Encubrimiento, Fraude de Simulación, Autorización de actos indebidos, Propaganda desleal, Publicación y autorización de balances falsos, Ofrecimiento fraudulento de efectos de crédito, Agiotaje, Connivencia maliciosa, Quiebra o Insolvencia fraudulenta, Quiebra culposa, etc.

En términos generales, el abuso de las formas jurídicas mercantiles puede realizarse en diversos momentos del *iter criminis* (camino al delito), sea en la fases preparatorias, de ejecución o agotamiento (que son las fases punibles). Desde luego que podrá ser distinto para cada delito dependiendo de su estructura y de si las acciones responden o no a la configuración propia de elementos del tipo.

También puede suceder que se utilicen incluso en momentos posteriores al agotamiento del delito, pero siempre relacionado con este. Las razones para ello puede variar, pero frecuentemente lo utilizan cubrir rastros del delito o bien las resultas económicas de las fechorías.

Entonces, en esos casos es altamente probable que se esté frente a la comisión de otro delito independiente, como lo es la legitimación de capitales, el fraude de simulación, el encubrimiento o favorecimiento.

Bajo la teoría del delito, éstas se estudian como acciones independientes, sin embargo, en la práctica y para efectos de la investigación y el proceso penal ambos delitos están íntimamente vinculados. Tanto que resulta sumamente común que compartan el elenco probatorio que sustenta la acusación penal, razón por la cual es relevante para esta investigación, en el tanto la perforación del velo corporativo

es un instrumento jurídico que, bien aplicado, puede incorporar prueba valiosísima al proceso, que de otro modo sería difícil o imposible de obtener.

i. Fases de abuso

Entonces, ¿cuáles son los momentos posibles para cometer abuso de una forma jurídica para la configuración de un delito?

1- Antes del delito. Incluso de la misma ideación del delito. El abuso puede haberse cometido y ni si quiera estar vinculado (de previo) a la comisión futura del delito. Una vez realizado este último, los autores o partícipes se aprovechan de la situación anterior para un fin propio del delito. Estas acciones pueden o no constituir en forma independiente otro delito.

2- Fase inicial del delito. Como acto preparatorio para la futura ejecución del delito. Vale aclarar que los actos preparatorios en general no constituyen acciones punibles, excepto en los casos en los que por sí solos configuren una acción delictiva.

3- Durante la ejecución del delito, siendo o no parte de los elementos del tipo penal.

4- Durante el agotamiento del delito, siendo o no parte de los elementos del tipo penal.

5- Después de la ejecución y agotamiento del delito, como actos de distracción u ocultamiento de rastros y activos. Estas acciones pueden o no constituir en forma independiente otro delito.

En resumen: El abuso de la persona jurídica puede cometerse antes del delito y sin estar inicialmente vinculado a la futura actividad delictiva; durante la fase preparatoria, de ejecución o agotamiento del delito (pudiendo constituir esa acción como parte de los elementos del tipo penal en los dos últimos casos), o después de la ejecución y agotamiento del delito. También pueden ser acciones que de forma

independiente configuren otro delito, que puede ser accesorio o no, cometido antes, durante o después del delito -llamémosle- principal.

Es decir el uso abusivo puede convertirse en un delito en sí mismo, lo cual pone en el foco a tres delitos particularmente: legitimación de capitales, el fraude de simulación, el encubrimiento o favorecimiento; sobre los cuales resulta relevante detenerse brevemente.

C. Lavado de activos o Blanqueo de Capitales

No es secreto para nadie que la lucha contra la legitimación de capitales es un punto fuerte en la agenda internacional. Muchos son los organismos internacionales que dedican sus esfuerzos a identificar tipologías, implementar mecanismos de control y tratar de homogenizar las normas de las distintas jurisdicciones para facilitar la cooperación entre países de un fenómeno claramente mundial.

Tradicionalmente se ha asociado el blanqueamiento de capital con el narcotráfico, sin embargo hoy día esto ya no se vincula únicamente al trasiego de drogas, sino a cualquier actividad ilícita que genere un lucro de origen delictivo, como lo serían el tráfico de órganos, la trata de personas, juegos de azar ilegales y fraudes en general. Incluso se da por el ocultamiento de dinero proveniente de actividades permitidas en el caso específico de la evasión fiscal.

La razón por la cual es importante para los detractores de la ley limpiar estos dineros sucios, básicamente radica en que ello es prueba de la actividad ilícita de origen, y necesitan mecanismos para poder introducirlo en el sistema económico y financiero sin levantar sospecha, conservando en la mayor medida el valor de estos activos.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Véase: Juan Carlos Esquivel Favareto, *La Legitimación de Capitales. Efectos en el Derecho Comercial Costarricense*. (San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, 2012).

La lucha contra la legitimación de capitales va dirigida en, al menos, dos sentidos. Primeramente para desestimular las actividades ilícitas de origen, de modo que se no puedan enriquecer tan fácilmente con el delito y así ir disminuyendo la reiteración delictiva, así como poder capturar a sus perpetradores y evitar las consecuencias nocivas a la economía que dicha actividad genera.

En segundo lugar tenemos que el blanqueamiento de capitales es un delito que lastima el orden socioeconómico; altera el buen funcionamiento de la economía, creando distorsiones en ella, que se ven materializadas, por ejemplo, al volatilizarse las tasas de cambio o tener impacto en la inflación misma. Es por esta razón que es considerado por parte de la doctrina como un delito pluriofensivo de bienes jurídicos.

El blanqueo de capitales, sin duda alguna, tiene un impacto considerable en la economía global y local. Algunos sistemas jurídicos favorecen con sus regulaciones a quienes se valen de esta práctica para legitimar dineros de origen ilícito. “La cantidad de billones de dólares que se movilizan en el lavado de dinero todos los años puede causar que una economía normal sea desestabilizada a tal punto que llegue a la quiebra.”¹⁴⁵

En mayo del 2001 Michel Camdessus, quien fuera director del Fondo Monetario Internacional, estimó que a nivel global anualmente el lavado de dinero representa del 2 al 5 % del producto interno bruto mundial, aproximadamente US\$ 600 mil millones.¹⁴⁶ En América¹⁴⁷ Latina se estima que ese dinero representa entre el 2.5% y el 6.3% del PIB regional.

Sobre la dificultad de perseguir estos delitos en nuestro país, Esquivel Favareto indica que:

El mayor motivo para la no aplicación de ella se encuentra en tener que probar el conocimiento previo que tenía la parte involucrada de que se trataba de dinero o mecanismos ilícitos, provenientes de delitos

¹⁴⁵ Esquivel Favareto, La Legitimación de Capitales. Efectos en el Derecho Comercial Costarricense, 48.

¹⁴⁶ Véase: Departamento De Estado De Estados Unidos, “La lucha contra el lavado de dinero” Economic Perspectives, an Electronic Journal of the US Department of State, vol 6, No. 2 (Mayo, 2001): x. accesado, mayo 28, 2014, http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/ej/0501_LuchaContraLavadoDinero.pdf.

¹⁴⁷ Véase: Gafic (2006). Capítulo 17. Informe 2006, página 272. Citado por: Esquivel Favareto.

relacionados con la legitimación de capitales. Ese conocimiento previo resulta muy difícil de probar y solamente en casos bastante obvios, los tribunales han conocido y condenado (...) ¹⁴⁸

Los traficantes encuentran múltiples formas de canalizar el dinero, por ejemplo en actividades económicas no reguladas como bienes raíces, por medio del pitufo y, especialmente relevante para efectos de esta investigación, por medio de las sociedades anónimas costarricenses y las estructuras corporativas complejas.

Las sociedades anónimas son aptas para la adquisición y el traspaso de propiedades, evadiendo impuestos y controles que de otra forma deberían respetar. Señala Favareto que la no existencia de un Registro de Accionistas les permite a los evasores camuflar las inversiones con dineros mal habidos, sin que se les identifique como beneficiarios.

Castillo identifica que el modelo clásico de las tres etapas del lavado de dinero (colocación de fondos, decantación de fondos e integración de fondos) es ya inapropiado para caracterizar el fenómeno, especialmente entrándose de sumas billonarias, pues no necesariamente el propósito de los perpetradores será reinvertir esas sumas de dinero, sino que pueden fácilmente permanecer estáticas en el sistema financiero. ¹⁴⁹ Lo cierto es que en la medida en que se ejecute en un plano internacional o global facilita la disipación de las huellas o rastros de los bienes originados en delitos, reconoce Castillo.

Es aquí donde se hace evidente la necesidad de legislación que permita expresamente a las autoridades judiciales perforar el velo corporativo cuando se está ante un abuso de derecho y abuso de la personalidad jurídica, casos en los que se utiliza a la sociedad o los grupos de sociedades instrumentalmente para perpetrar delitos tales como la legitimación de capitales.

La legitimación de capitales es un delito de conexión y por ello requiere para su configuración que exista un delito precedente.

¹⁴⁸ Esquivel Favareto, 51.

¹⁴⁹ Véase: Francisco Castillo González, El delito de legitimación de capitales. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012), 26-28.

D. Fraude de simulación

El delito de fraude de simulación es un delito contra el patrimonio contemplado en el artículo 218 del Código Penal, el cual dispone que:

Artículo 218.-Se impondrá la pena indicada en el artículo 216, según sea la cuantía, al que, en perjuicio de otro para obtener cualquier beneficio indebido, hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados, o excediere falsos recibos o se constituyere el fiador de una deuda y previamente se hubiere hecho sin cursiva a espacio sencillo embargar, con el fin de eludir el pago de la fianza.¹⁵⁰

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los elementos típicos para la configuración de este delito son: "(...) la necesaria coautoría (contrato simulado); el perjuicio, menoscabo o daño patrimonial ocasionado a un tercero; el tercero perjudicado; la existencia de pretensiones jurídicas ilícitas y la finalidad de obtener un beneficio indebido (...)"¹⁵¹

El verbo que más interesa para estos efectos radica en "*hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados*", que son algunas de las acciones cometidas para perpetrar abusos de la personalidad jurídica. Claramente el abuso de las formas mercantiles por sí sola no cumple con todos los elementos del tipo y por consiguiente no es suficiente para que de hecho exista un fraude de simulación.

Debe existir también un tercero perjudicado (que no puede ser la otra parte contratante), un perjuicio (daño patrimonial a ese tercero), pretensiones jurídicas ilícitas y la finalidad de obtener un beneficio indebido (independientemente si se obtiene o no ese beneficio indebido). Por ejemplo: La persona A tiene una deuda con B. Para eludir esa deuda, A saca de su patrimonio bienes con los cuales puede

¹⁵⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 4573: Código Penal del 04 de mayo de 1970". Alcance 120A a la Gaceta, No. 257 (15 noviembre, 1970): 218.

¹⁵¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Resolución número 1847 del 21 de noviembre del 2014".

responder por esa deuda, mediante un contrato simulado de compraventa con C que es el representante legal de una sociedad anónima y quien sabe de la simulación del contrato. Además es muy posible que A, sea el accionista de la compañía de la cual C es representante legal sólo para no levantar sospechas cuando se haga el estudio correspondiente en el Registro Nacional.

Castillo señala que la diferencia entre la legitimación de capitales y el fraude de simulación primeramente radica en que el primero el bien jurídico mayor que lesiona es la Administración de la Justicia y luego el patrimonio, a diferencia del segundo, que sólo lesiona el patrimonio.¹⁵²

Luego, como se mencionó en líneas anteriores, la legitimación de capitales es un delito de conexión que requiere un delito precedente, pues necesita de dinero resultante de un delito como elemento objetivo del tipo penal. Sin embargo el fraude de simulación no es lo uno ni requiere lo otro. Es independiente de cualquier otro delito.¹⁵³

E. El encubrimiento o favorecimiento real

El Favorecimiento real (también conocido como delito de encubrimiento) es un tipo penal regulado en el artículo 322 del Código Penal y el dispone lo siguiente:

Artículo 332.- Favorecimiento real: Será reprimido con prisión de tres meses a cuatro años al que, sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de este procurare o ayudare a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o a asegurar el producto o el provecho de este.

Esta disposición no se aplica al que, de alguna manera, haya participado en el delito; tampoco, al que incurriere en el hecho de evasión culposa.¹⁵⁴

¹⁵² Véase: Castillo González, El delito de legitimación de capitales, 138.

¹⁵³ Véase: Castillo González, El delito de legitimación de capitales, 138.

¹⁵⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 4573: Código Penal del 04 de mayo de 1970". Alcance 120A a la Gaceta, No. 257 (15 noviembre, 1970): 332.

En ese sentido, el favorecimiento tiene que cometerlo necesariamente un tercero que no haya sido ni autor ni partícipe del delito, y que haya accedido a la comisión de esos actos hasta después de la ejecución del delito. Caso contrario, si su participación se diera en estadios anteriores, entonces podríamos más bien estar ante la presencia de una coautoría o complicidad. Sin embargo es requisito sine qua non que haya un nexo entre el autor del favorecimiento y el autor del delito inicial.

En cuanto al verbo:

Procurar (no requiere resultado sino actividad) o ayudar por actos posteriores al autor o partícipe del delito en cuanto a los rastros, pruebas o instrumentos del delito o bien el producto o provecho de este, ya sea desapareciéndolo, ocultándolo o alterándolo.

El autor Creus señala que existe una doble modalidad de la acción típica: procurar o ayudar:

(...)la de procurar (hecho principal) y la de ayudar (hecho accesorio del cometido por un tercero, que puede ser el que comete el favorecimiento como hecho principal o un partícipe en el delito al que se trata de favorecer ayudándolo), implica esta última una derogación de los principios generales de la participación. Procurar no es lograr; no es hacer desaparecer, ocultar, alterar, etc., sino tratar de conseguirlo; es pues, un delito de actividad, no de resultado. Por supuesto que cuando la finalidad se ha logrado, por razones obvias (antes de lograr se ha procurado), el hecho no pierde su carácter típico, pero para esto es suficiente con que haya procurado o ayudado a procurar.¹⁵⁵

Mediante la utilización de sociedades, vehículos corporativos, cuentas off shore, sociedades fantasmas, fideicomisos, etc, y la estructuración compleja e incluso internacional de éstas es posible "desaparecer, alterar u ocultar" rastros del delito. Nada más es importante tener presente que puede existir un concurso aparente de normas, pero que por especialidad, un hecho que a primera vista podría parecer favorecimiento, tal vez en realidad cumpla con el

¹⁵⁵ Carlos Creus, Derecho Penal. Parte Especial, tomo 2. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1993), 355.

tipo penal de legitimación de capitales. Hay que revisar que el delito de base no esté previsto en el artículo 69 de la Ley de Psicotrópicos que desplazaría por especialidad al delito de favorecimiento real. Éste artículo reza:

Artículo 69.- Será sancionado con pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años:

a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito que dentro su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más.

La pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas, de acuerdo con la legislación vigente o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas.¹⁵⁶

Se dejará de lado la figura de la receptación, pues ésta es solamente posible en objetos corpóreos concretos y sale entonces de los parámetros de esta investigación.

¹⁵⁶Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 8204: Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo" del 11 de enero del 2002: 69. Último acceso: 01 de octubre del 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=FN

Título III. Problemas que surgen en el proceso penal cuando se investiga delincuencia corporativa.

I. Sección Primera. Problemas relativos a la teoría jurídica del delito

Se dijo en líneas anteriores que la criminalidad desde la empresa supone una cantidad considerable de retos y preguntas ante el Derecho Penal Clásico. Se pueden distinguir por lo menos dos categorías: los problemas relativos a la teoría jurídica del delito y los problemas relativos al proceso penal propiamente dicho, específicamente en cuanto a la obtención de prueba.

Problemas específicos de la teoría jurídica del delito, menciona Feijoo, son:

1. Problemas de tipicidad, con especial referencia al riesgo permitido y a relevancia del fraude de ley en los delitos de fraude.
2. Autoría y participación en los delitos económicos.
3. Imputación de delitos en estructuras empresariales complejas.
4. Imputación subjetiva: dolo y error.

En relación a la imputación de delitos existe una problemática concreta, en relación a la autoría y participación. En este sentido Feijoo menciona que:

La empresa como organización representa un problema central para la moderna teoría jurídica del delito; sobre todo cuando no se trata de pequeñas empresas o empresas familiares, donde todavía resulta factible recurrir a soluciones tradicionales, sino de organizaciones empresariales multinacionales que alcanzan una gran magnitud y complejidad (sólo hay que pensar en el fenómeno de los grupos de empresas).¹⁵⁷

¹⁵⁷ Bernardo Feijoo Sanchez, "Autoria Y Participacion En Organizaciones Empresariales Complejas" *Gobierno corporativo y derecho penal. Sexta mesa redonda*, (Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009): 1-2, accesado 25 de octubre de 2012 <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/autoria-organizaciones-empresariales-complejas-227528201>.

Es decir, el Derecho Penal clásico que conocemos no está pensado para la comisión de delitos a través de estructuras corporativas complejas, sino para uno o pocos autores, lo que genera problemas en la aplicación de la teoría del delito tal y como la conocemos.

Algunos de los problemas relativos al autor se presentan porque quienes ejecutan las acciones por lo general son aquellos empleados cuyo poder de decisión es nulo. Por ello resulta de especial relevancia analizar la jerarquía empresarial, ya que quienes toman las decisiones suelen estar alejados temporal y espacialmente del momento y lugar de la comisión del delito.

Sin embargo, otro de los problemas es que la dogmática tradicional no responde adecuadamente a un escenario en el que se deba incorporar dentro del esquema organizaciones empresariales complejas en las que existe reparto de funciones y tareas y el conocimiento en general está muy disgregado. En ese sentido aduce:

En este ámbito delictivo ya no encontramos un autor que tome la decisión de realizar un hecho típico con conocimiento del alcance de su decisión y que ejecute dicha decisión. Todo lo contrario. Dentro de las grandes empresas y sociedades que son potencialmente peligrosas para bienes jurídicos básicos se presenta una atomización o fragmentación de movimientos corporales, decisiones sobre políticas generales, conocimientos sobre riesgos y recopilación de información por parte de las empresas sobre sus efectos en el entorno de tal manera que a partir de cierto grado de complejidad ya no es posible encontrar una persona en la que coincidan creación del riesgo o participación en el mismo con representaciones sobre dicho riesgo ni nadie que disponga de una información global sobre la actividad empresarial. Los directivos y administradores tienen una visión demasiado global y los que perciben directamente los efectos de la actividad empresarial carecen de la visión de conjunto necesaria para entender la peligrosidad que encierran determinadas actividades industriales o empresariales.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Bernardo Feijoo Sanchez, "Autoría Y Participación En Organizaciones Empresariales Complejas" *Gobierno corporativo y derecho penal. Sexta mesa redonda*, (Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009): 3, accesado 25 de octubre de 2012 <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/autoria-organizaciones-empresariales-complejas-227528201>

La distribución de los roles y la asignación de competencias tan diversas y segmentadas ocasionan problemas nada despreciables cuando se trata de individualizar la responsabilidad e imputar un hecho ilícito a una persona.

II. Sección Segunda. Problemas relativos a la investigación

Luego, están los otros problemas procesales, relativos a la obtención de prueba para la investigación y consecuente imputación esos delitos, pero principalmente en cuanto a la recuperación de activos. En muchas ocasiones, las mismas víctimas están más interesadas en lograr una recuperación económica que lo están de la condena penal propiamente.

Para comprender las dificultades de este fenómeno, además de tomar en cuenta los problemas de fondo ya señalados, es necesario recapitular sobre lo descrito en el título primero de este capítulo, en el cual se desarrolló el tema de los mecanismos para abusar de los vehículos corporativos.

No puede entonces negarse que esos problemas están íntimamente vinculado a las preguntas planteada en aquel momento: *¿Por qué es usual el uso de entidades corporativas (en general) para cometer ilícitos? ¿Qué atributos tienen que facilitan la comisión de ilícitos?*

Esos atributos que facilitan la comisión de ilícitos son los que a su vez representan trabas y tropiezos en el desarrollo de una investigación penal. Estos son: la limitación de responsabilidad, el anonimato de los socios, la dificultad de obtener información de los libros legales (¡en el mejor de los casos en el que en realidad existan!), y en general por lo aptas que son para disfrazar una amplia gama de circunstancias y hechos: los mecanismos de toma de decisión y con ello la identidad del verdadero(s) orquestador(es) del delito, los verdaderos propósitos de negocios o cuentas, fuentes de ingresos, financiamientos anónimos, balances, deuda, etc., así como el uso de empresas ficticias/fantasmas, estructuras complejas,

el uso de intermediarios y testaferros¹⁵⁹, situación que es acelerada y fomentada a su vez por la facilidad de transmisión de las acciones, lo cual dificulta a las autoridades a obtener en tiempo oportuno información sobre el beneficiario real de las empresas. También está el factor estrella y es la internacionalidad o globalidad a la que puede escalar la estructuración corporativa.

Título Cuarto. Conclusiones: La aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo a este tipo de casos

Queda en evidencia que las formas asociativas mercantiles son instrumentos que, si bien han sido la piedra angular del desarrollo económico en los dos últimos siglos, son utilizados como mecanismos para cometer abusos de diversa índole, incluidos por supuesto delitos ejecutados a través de estructuras corporativas complejas.

Los atributos propios de su personalidad crean un terreno fértil para que se cometan toda clase de defraudaciones e ilícitos, en el sentido de que hacen posible no solo la limitación de responsabilidad de sus socios, sino la posibilidad de crear capas o niveles de propiedad y de anonimato, sumándosele a ello la facilidad de la transmisión de las acciones y el fenómeno de la globalización en el cual además se entremezclan estructuras desde diversas jurisdicciones.

Entonces, además de los atributos propios de la personalidad jurídica, debe añadir a ello la internacional de las compañías, la posibilidad de suscribir contratos desde cualquier parte del mundo, la facilidad para trasladar activos de un país a otro (normalmente en paraísos fiscales).

Estas circunstancias generan un rompecabezas en cuanto a información se trata. Por ello los fiscales y el OIJ (Organismo de Investigación Judicial) se encuentran con no pocos problemas a la hora de desplegar investigaciones en las cuales se encuentren involucradas distintas entidades corporativas.

¹⁵⁹ Timothy Goodrick, "Preventing the Misuse of Corporate Vehicles".

Hay muchas maneras de obtener esa información que se esconde detrás de la telaraña corporativa, tema que se retomará en el capítulo 4 de esta investigación, pero lo cierto es que para obtenerla es preciso irrumpir en velo corporativo y penetrar más allá de las estructuras externas para determinar cuál es la realidad personal y material de esos vehículos corporativos.

El velo social es un fuero especial dotado por ley del que gozan algunas formas asociativas mercantiles, y para levantar y prescindir de esos atributos es preciso que haya autorización de un juez competente, en el caso en que exista razón fundada para ello.

Capítulo Tercero. La teoría de la perforación del velo corporativo

Titulo Primero. Abuso de la personalidad jurídica como presupuesto de aplicación del levantamiento del velo social.

De resultas del enmarañamiento doctrinal, el término persona jurídica acabóse convirtiendo en algo dotado de valor mítico, casi mágico, ante cuya sola mención no cabía sino espantarse o adoptar actitud de respeto, como ocurre ante los fenómenos misteriosos. Las cosas, sin embargo, no se limitaron a quedarse en el mundo de los conceptos. El término persona jurídica fue recibido en los textos legales, produciéndose una alteración sustancial de la cuestión: ya no se trataba de una erudita discusión entre juristas teóricos, sino que se trataba de determinar los importantes efectos prácticos derivados de calificar a un determinado supuesto institucional como persona jurídica, pues tal supuesto queda sometido a un régimen jurídico distinto al que le correspondería caso de no merecer tal calificación. Y en ese banco de pruebas es donde se manifestaron las primeras quiebras importantes del concepto de persona jurídica. Francisco Capilla Roncero.¹⁶⁰

I. Sección Única. Abuso de la Personalidad Jurídica

En los capítulos anteriores se discutió el rol de las sociedades mercantiles y su papel fundamental en el desarrollo de la economía a lo largo de la historia. Además se estableció que por las "bondades" de su forma, la personalidad jurídica ha sido sometida una y otra vez a sendos abusos para cometer defraudaciones de diversas

¹⁶⁰ Francisco Capilla Roncero, La persona jurídica. Funciones y disfunciones, (Madrid, España: Editorial Tecnos SA, , 1984)

naturalezas: hacia acreedores, terceros, cónyuges, fisco, víctimas de delitos, administración pública, consumidor, etc.

Entre esas bondades se encuentran la limitación de responsabilidad, el anonimato de los accionistas, la internacionalidad o entramados multi jurisdiccionales, etc., pero sobre todo debido al gran hermetismo que se le ha atribuido -sobre todo- a las sociedades anónimas, producto de la concepción formalista de la persona jurídica impulsadas por las corrientes positivistas que se trasladaron e impregnaron las diversas legislaciones.¹⁶¹ Al respecto señalaron Salgado y Villalta que:

Las sociedades anónimas empezaron a funcionar como espacios cerrados inaccesibles para terceras personas y para accionistas que no tuvieran el control sobre su administración. Una especie de barreras infranqueables que operando en una doble vía, en el ámbito externo y en el interno también, impedían que se pudiera ejercer un control o siquiera observar las actuaciones del socio o del grupo de socios que tienen el control efectivo sobre las decisiones y sobre el accionar de la entidad. Así estos espacios herméticos e impenetrables funcionaban, (y en muchos casos funcionan todavía en la actualidad) como un escudo, un manto protector, que imposibilita perseguir las acciones de los individuos que los controlan.¹⁶²

En cuanto al ámbito interno los autores referidos se refieren al poco control que tienen los mismos socios minoritarios en cuanto a la toma de decisiones y más grave aún en cuanto a posibilidad de fiscalización de los accionistas mayoritarios en relación a acciones realizadas a través o desde la sociedad y que potencialmente pueden constituir abusos y/o lesionar derechos de los mismos socios.

Luego, en relación a las barreras infranqueables en el ámbito externo- y que posiblemente sean los de mayor interés para efectos de esta investigación- hacen referencia Salgado y Villalta que el hermetismo externo se dirige hacia personas

¹⁶¹ Véase: Salgado y Villalta, 88.

¹⁶² Salgado y Villalta, 88.

ajenas a la sociedad, es decir, terceros que no son socios ni controlantes, y que pueden ser perjudicados ya sea por actividad contractual o extracontractual, como los mencionados en líneas anteriores: acreedores, Estado, víctimas de delitos, trabajadores, cónyuges, consumidores, etc.

Ese hermetismo fue deformando el concepto de persona jurídica¹⁶³, pues, a expensas de los otros elementos esenciales, les bastaba la existencia -en muchos casos incluso sólo en papel- del elemento patrimonial y de un contrato societario para que naciera a la vida una sociedad, un sujeto de derecho distinto a sus socios, ignorando entonces la realidad subyacente: la gran cantidad de situaciones en las que se valen de esas ventajas que ofrece el aparato corporativo para usos no acordes y abusos.

¿Cuáles son esos elementos esenciales que se han estado dejando de lado? 1. Concurrencia de un substrato asociativo (conjunción de personas o varios socios para la consecución de un fin colectivo); 2. El fin de lucro; 3. El objeto social o ejercicio en común de una actividad, 4. Aporte.

El sistema societario en general, y costarricense particularmente, está configurado en forma tal que es posible la prescindencia "silenciosa" de esos elementos, tal y como se explicó más ampliamente en el capítulo primero de esta investigación. Esos elementos esenciales son requeridos formalmente en la escritura constitutiva de la sociedad, mas no hay organismos estatales que en efecto fiscalicen la concurrencia de esos elementos, y tampoco existen consecuencias expresas en el ordenamiento jurídico mercantil -ni general- para aquellas que lo incumplan. Es perfectamente factible que se constituya una sociedad con dos socios (porque es requisito fundamental) pero luego se endosen o cedan las acciones a una sola persona, o bien que ni siquiera exista un patrimonio o aporte inicial, ni se pretenda realmente ejercer una actividad con fin de lucro.

¹⁶³ Véase: Salgado y Villalta.

En cuanto al primer supuesto, alguna parte de la doctrina se ha referido a ello como "negocio indirecto" y han defendido su validez, en el sentido que no hayan razón para oponerse a que un comerciante quiera limitar su responsabilidad ante un emprendimiento.¹⁶⁴ Sin embargo, en buena teoría, para eso existen otras figuras para ello, como serían las Empresas individuales de responsabilidad limitada en el caso de Costa Rica.

A. Concepto

El abuso de la personalidad jurídica es una especie del género del abuso del derecho. El abuso de la personalidad jurídica es uno de los casos en los que (según Serick) es posible prescindir del velo social.

Entonces, el abuso de la personalidad jurídica comprende aquellas acciones que, realizadas a través de la sociedad, buscan fines diversos a los otorgados y pensados en la ley; acciones de abuso de la inmunidad de responsabilidad o bien de abuso de la autonomía patrimonial¹⁶⁵, para perpetrar actos ilícitos, burlar acreedores, o de cualquier forma contrariando la ley o los derechos de terceros. Al respecto, señalan Salgado y Villalta que:

La noción de abuso de la personalidad jurídica comprende todas aquellas prácticas mediante las cuales dicha institución en cualquiera de las figuras en las que se presenta, así como las prerrogativas que se asocian con su atribución (en especial el privilegio de la limitación de la responsabilidad), son utilizadas de forma tal, que se generen resultados que, excedan, contravengan, o menoscaben los fines para los que fueron concebidas, derivando en perjuicios para los derechos de terceras personas, o burlando la ley o los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

¹⁶⁶

¹⁶⁴ Véase: Salgado y Villalta, 92.

¹⁶⁵ Véase: Rodrigo Herrera Fonseca, La Doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas y su responsabilidad civil por hechos ilícitos penales (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas IJSA, 2000), 15.

¹⁶⁶ Salgado y Villalta, 101.

En otras palabras, se comete abuso de la personalidad jurídica cuando:

1. Se ejecutan acciones a través de una persona jurídica
2. Se saca provecho de los atributos de la personalidad jurídica (especialmente la limitación de responsabilidad).
3. Se genera un resultado contrario, que excede o menoscaba el fin de la norma autorizante
4. Se comete un perjuicio a un tercero, se burla la ley o bien los principios del derecho.

Es decir, se instrumentaliza a la persona jurídica para hacer un uso indebido y buscar un fin contrario a la ley.

Es pacífica la doctrina al reconocer que "la extendida autorización para limitar la responsabilidad"¹⁶⁷ es la mayor causa de los abusos que se cometen a través de la utilización de las formas asociativas mercantiles.

No en pocas áreas del derecho se discuten muchas veces escenarios y hechos en los que media la instrumentalización fraudulenta de las personas jurídicas. No se limita a materia penal o civil, sino que se extiende casi a cualquier rama del ordenamiento jurídico: familia, laboral, tributario, mercantil, de consumidor, administrativo, etc., "ya sea cuando personas físicas actúan en lo personal y amparan su patrimonio ilícito en esas personas, o bien, poniendo a responder a las personas morales por actuaciones que en realidad con (sic) personales".¹⁶⁸ Se aprecia entonces cómo el hermetismo de las sociedades impide a los perjudicados a irrumpir en esa mampara o escudo, permitiendo que un sinnúmero de casos permanezcan impunes.

¹⁶⁷ Dobson, 69.

¹⁶⁸ Herrera Fonseca, La Doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas y su responsabilidad civil por hechos ilícitos penales, 19.

Herrera define que la materialización del abuso de la personalidad jurídica ocurre cuando:

de forma dolosa ella es utilizada para concretar un fraude o estafa tendente a lograr una irresponsabilidad económica del deudor solvente, mediante el ocultamiento o trasiego de la riqueza (...) se emplea a una persona moral para ocultar bienes que de una u otra forma tienen conexidad con una actividad ilegítima del socio.¹⁶⁹

Si bien este no es el único supuesto de abuso de la personalidad jurídica, sí concuerdan con el referido autor en cuanto que constituye uno de los escenarios posibles. Existen diversas formas de abusar de la persona jurídica, ya sea abusando de su forma jurídica o bien "de los privilegios que importan ciertos tipos sociales que ofrecen la posibilidad de limitar la responsabilidad del socio al capital aportado".¹⁷⁰

Dobson advierte que es preciso distinguir estos supuestos, ya que los remedios jurídicos para unos y otros pueden variar, sea negando la existencia autónoma de la persona jurídica, o bien sólo eliminando la limitación de responsabilidad a uno o varios de los socios, por ejemplo. Es decir, en algunos casos será necesario prescindir de la persona jurídica tal cual y en otros sólo bastará prescindir de la limitación de responsabilidad.

Surge en respuesta a ello -al abuso de la personalidad jurídica y la denominada crisis de la sociedad anónima- la llamada "teoría del levantamiento del velo social", mediante la cual se busca penetrar en las formas jurídicas para conocer el sustrato real y personal que subyace, a fin de evitar y detener usos abusivos.

En aras de lo desarrollado en los capítulos anteriores, se analizará en este capítulo tercero si existe algún mecanismo mediante el cual, en casos calificados, se pueda

¹⁶⁹ Herrera Fonseca , 19.

¹⁷⁰ Dobson, 12.

penetrar a la corporación, y poder responsabilizar a las personas físicas que se encontraran involucradas en algún ilícito.

Para analizar la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, entonces se parte de la teoría del abuso del derecho, según la cual "se considera abusivo el ejercicio de un derecho cuando tal uso contraría los fines que la ley tuvo al reconocerlos o al que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o la buenas costumbres", define Dobson.¹⁷¹

Sigue manifestando que -según ha determinado la jurisprudencia Argentina- las consecuencias jurídicas de ese abuso son a) responsabilidad por el acto, b) paralización del acto abusivo.

Existe discusión en la doctrina, en cuanto a si el hecho resultante del abuso del derecho cometido debe ser calificado como ilícito y resultar en la nulidad del acto o bien en la invalidez. Dobson sostiene, compartiendo el criterio de Andorno, que caracterizarlo de *ilícito* es enmarcarlo dentro del esquema civil de responsabilidad, siendo que en algunas ocasiones esto puede resultar insuficiente. Además, tomando en cuenta que la figura del abuso del derecho no necesariamente "constituye un capítulo de la responsabilidad civil (sino más bien) se trata de una figura autónoma gobernada por las reglas propias (...)".¹⁷²

En Costa Rica, la figura del abuso del derecho está regulada en el artículo 22 del Código Civil, introducido en la reforma de 1986, y el cual reza de la siguiente manera:

Artículo 22: La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente

¹⁷¹ Dobson, 28.

¹⁷² Dobson, 29

indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.¹⁷³

De dicho numeral se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La ley prohíbe el abuso del derecho
2. El abuso del derecho consiste en sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho , con daño para tercero o para la contraparte.
3. Los efectos del abuso del derecho son A- indemnización y B- medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

La ley no establece una lista taxativa de cuáles son esas medidas judiciales o administrativas para detener dichos abusos, sino que entonces lo deja a interpretación del juez. Además, establece que es preciso la existencia de un daño.

Sobre el abuso del derecho, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica indicó que:

De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, la figura del abuso del derecho forma parte de la categoría de ilícitos atípicos. Estos ocurren cuando una acción se ajusta, prima facie, a una regla jurídica (ejercicio de un derecho subjetivo), pero finalmente las características completas de la acción van en contra de la justificación subyacente, es decir de un principio general del derecho.¹⁷⁴

Ahora bien, es preciso señalar que si bien el abuso de la personalidad jurídica¹⁷⁵, es uno de los presupuestos en los cuales se fundan los jueces y la doctrina para

¹⁷³ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 63: Código Civil de Costa Rica, de 28 de setiembre de 1887": 22. Último acceso: 01 de enero del 2016 http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=FN

¹⁷⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "voto número 0133, emitida el 14 de febrero del 2013" a las 5:00 pm.m.

¹⁷⁵ J. Cueto Rúa, citado por Dobson, 22, indica que incluso el derecho estadounidense desecha completamente de su ordenamiento jurídico la teoría del abuso del derecho, por lo que tampoco la usan para fundamentar la doctrina del "*disregard of legal entity*".

encontrar aplicable el levantamiento del velo social, no siempre éste va a ser el supuesto para su aplicación sino que también puede aplicarse en escenarios de fraude de ley o simulación. "Juan Carlos Palermo, considera que el abuso del derecho como principio general y la simulación o el fraude en los casos especiales, constituyen las herramientas que confiere el derecho para resolver situaciones de este tipo."¹⁷⁶

Sobre ello opina Dobson que "la teoría general del abuso del derecho podrá ser utilizada en todos los casos en que los remedios específicos previstos por el derecho general para resolver un caso determinado no sean suficientes para lograr el resultado de justicia que se persigue."¹⁷⁷ En otras palabras, cuando en un caso concreto el ordenamiento jurídico no provea de los remedios necesarios, entonces se puede recurrir a la protección que otorga la teoría del abuso del derecho.

Salgado y Villalta señalaron que:

existe coincidencia en la mayoría de la doctrina en cuanto a que la teoría del levantamiento del velo como excepción a las reglas generales de la personalidad jurídica encuentra fundamento en principios generales del Derecho, tales como el abuso del derecho, el fraude de ley, la buena fe, la equidad, la obligación de responder por el daño causado, entre otros.¹⁷⁸

B. Teoría del Abuso del Derecho

En Costa Rica la teoría del abuso del derecho fue introducida en el ordenamiento jurídico escrito mediante la reforma al Código Civil en 1986 y la adición del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo, por medio de la Ley número 7020, del 06 de enero 1986. En el numeral 22 del Código Civil se define el concepto, y se crea

¹⁷⁶ Palermo, Juan Carlos, citado por: Jose Luis Amadeo, El abuso de la personalidad de las sociedades: La penetración de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia Argentina (Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitas, 1974), 12.

¹⁷⁷ Dobson, 22.

¹⁷⁸ Salgado y Villalta, 160.

una norma de carácter no sólo descriptiva, sino también prescriptiva o normativa, ya que establece las consecuencias jurídicas en las situaciones de hecho en las que se cometa un abuso del derecho.

Al estar en Título Preliminar del Código Civil, dichas normas y principios son aplicables a todo el ordenamiento jurídico, y no solo al reglas de derecho civil, de acuerdo a lo preceptuado en el numeral 14, del código dicho: "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes."¹⁷⁹

Parajeles Vindas, (citado por Rolando Soto Castro) señaló los elementos que deben existir para considerar que existe un abuso del derecho:

...para resolver sobre la presencia de un ejercicio abusivo de un derecho, se debería tener en consideración la existencia de diversas situaciones:

1. La intención de dañar
2. Ausencia de interés
3. Si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros.
4. Si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo
5. Si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres.
6. Si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y la confianza recíproca.
7. Si el comportamiento de la gente no concilia con la finalidad económica social del derecho que la ley le concede.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 63: Código Civil de Costa Rica, de 28 de setiembre de 1887": 14.

¹⁸⁰ Rolando Soto Castro, El levantamiento del Velo Social, 1 ed., (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015), 31.

Algunas consideraciones jurisprudenciales en Costa Rica, sobre la Teoría del Abuso del Derecho manifiestan que la disposición normativa citada tiene dos aspectos. La primera enunciación posee profundo contenido normativo "pues sienta una regla de hermenéutica jurídica dirigida a los jueces". Luego, en la segunda parte, sienta las bases del abuso del derecho en sede contractual, sus presupuestos y efectos jurídicos. Luego, en esa misma sentencia, la Sala Primera se cuestiona dónde está situado este instituto en el régimen de responsabilidad civil costarricense:

Conviene cuestionarse los alcances de esa norma en relación con el sistema general de la responsabilidad consagrado en nuestro Código Civil, a propósito de los hechos ilícitos. Es menester dilucidar si se trata de un supuesto más, incluido dentro de la fórmula general prevista por el artículo 1045 *ibídem*, o más bien, de una figura autónoma de responsabilidad, ésto último tendría como corolario que el abuso del derecho constituye una causa productora (fuente) de las obligaciones distinta a las previstas en el artículo 632 *ibídem* (los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley). **El acto abusivo debe reputarse como especie del género de los actos ilícitos, tal y como ya se indicó; no puede pensarse que el legislador, al introducir el título preliminar, revolucionara el sistema tradicional de las fuentes de las obligaciones**, estableciendo de manera subrepticia una nueva causal generadora de las relaciones obligatorias. En consecuencia, el acto abusivo es una de las varias situaciones que puede presentarse en relación a la responsabilidad por hecho ilícito. Para lo anterior, según ya se acotó, debe tenerse en consideración no un concepto formal de ilicitud (lo contrario a la ley) sino material donde la ilicitud no se agote en la estrechez de la ley escrita y comprenda nociones amplias tales como el orden público, la moral, las buenas costumbres, la buena fe y la equidad (v. artículos 28 de la Constitución Política, 11, 21, 631, inciso 2, del Código Civil), es decir, **no puede identificarse ilicitud con ilegalidad**. Acto ilícito no es sólo el que contraría la ley (en sentido formal o material) sino también aquél que estando de consuno con la ley quebranta un principio de carácter superior y difuso subyacente en la base del ordenamiento jurídico. Tal interpretación, de índole sistemática, permite integrar el artículo 22 dentro del régimen general de la responsabilidad emergente del delito o cuasidelito civil, manteniéndose así su integridad y armonía; de esa manera habrá acto abusivo cuando formalmente se actúa de

manera lícita, pero sustancialmente ilícita, y le sea subjetivamente imputable ese comportamiento al titular del derecho. El acto abusivo se especifica en relación a los actos ilícitos, al ser realizado en ejercicio de un derecho pero sobrepasando sus límites normales. En conclusión, el abuso en el ejercicio de los derechos se enmarca dentro de la teoría general de la responsabilidad civil, y se somete a sus principios generales. Nuestro **Código Civil parece acoger un criterio ecléctico para determinar cuando hay abuso**, por lo menos en sede contractual, pues se habla de la "intención del autor", del "objeto", de las "circunstancias", de sobrepasar manifiestamente "los límites normales del ejercicio de un derecho" y del "daño para tercero o para la contraparte". En efecto, el legislador partió de una amplia base al considerar tanto la acción como la omisión y criterios objetivos y subjetivos. Sin embargo, tratase de un criterio predominantemente objetivo, en cuanto basta un ejercicio anormal del derecho contrario a la función social del mismo, sin que sea necesario acreditar la intencionalidad del autor del acto u omisión. (El subrayado es propio)¹⁸¹

Entonces, dicha Cámara sostiene que el abuso del derecho encuentra fundamento en el sistema general de responsabilidad civil, y no es el caso que el legislador quiso crear de forma subrepticia un nuevo régimen de responsabilidad.

C. Fraude de Ley

El fraude de ley, al igual que el abuso del derecho, está regulado en el ordenamiento jurídico costarricense en el Título Preliminar del Código Civil, pero en el artículo 20 de dicho cuerpo normativo. Éste se constituye cuando se persigue con las acciones un fin prohibido o contrario al ordenamiento jurídico. Asimismo,

¹⁸¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "voto número 106 del 8 de julio de 1992" de las 14:55.

encuentra eco no solo en las normas de carácter civil, sino que es una figura que ha sido aplicada en otras áreas del derecho.

Dicho cuerpo normativo reza de la siguiente manera:

ARTÍCULO 20.- Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.¹⁸²

La doctrina ha manifestado que se configura el fraude de ley cuando se actúa respetando las palabras de la ley, pero eludiendo su sentido.¹⁸³

En consecuencia, el fraude de ley no consiste en aquella acción defraudatoria tendiente a contrariar o violentar el contenido de una norma.... se manifiestan externamente con apariencia de legalidad, se sustentan en una norma legal con cuyo contenido resultan conformes, sin embargo, persiguen indirectamente un resultado contrario a la finalidad de otra norma legal cuya aplicación evaden o burlan, tornándola inoperante, resultado que además puede implicar la generación de un daño a terceros.¹⁸⁴

En ese sentido el fraude de ley no violenta una norma expresamente, no es un acto *contra legem*, sino que en apariencia respeta la ley, o al menos su letra, pero en realidad busca un "un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él", como indica el Código Civil en el artículo supra citado, tratando de eludir la aplicación de otra norma.

En dichos casos, la ley determina que de verificarse la presencia de un fraude de ley, lo que corresponde hacer - el efecto jurídico ante este hecho ilícito- es la

¹⁸² Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 63: Código Civil de Costa Rica, de 28 de setiembre de 1887": 12.

¹⁸³ Véase: Pérez Arraiz, Javier, citado por: Salgado y Villalta, 186.

¹⁸⁴ Salgado y Villalta, 186.

aplicación de la norma que se trató de eludir. Entonces, los efectos jurídicos son tan diversos, como normas que se puedan o quieran burlar.

Coincidiendo con lo expuesto, Serick manifestó que la existencia del fraude de ley ocurre cuando "el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado".¹⁸⁵

Salgado y Villalta sintetizan los presupuestos para la configuración de un acto en defraudación de la ley en los siguientes:

1. El acto o actos *in fraudem legis*: un acto que en forma tiene apariencia de legalidad.
2. La norma de cobertura: la que en apariencia están valiéndose para ejercer un derecho o realizar un contrato o negocio jurídico.
3. La norma defraudada: aquella que fue violentada indirectamente.¹⁸⁶

La diferencia con el abuso del derecho, han señalado estos autores, es que si bien son figuras en las cuales se buscan fines contrarios a las normas autorizantes, lo cierto es que no es necesario en el fraude de ley que se haga un ejercicio de un derecho subjetivo, ni tampoco un resultado lesivo para un tercero, como sí es requerido (de acuerdo al numeral 22 del Código Civil) para el abuso del derecho. Por último, pero no menos importante, es que en el abuso el derecho se ha realizado un uso "desviado, irregular o antifuncional"¹⁸⁷ de la norma, pero en el fraude de ley, ocurre que se elude la aplicación de una norma mediante la utilización de una norma de cobertura.

¹⁸⁵ Rolf Serick, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. (Barcelona, España: Ediciones Ariel, 1958), 44.

¹⁸⁶ Véase: Salgado y Villalta, 189.

¹⁸⁷ Salgado y Villalta, 192.

D. Buena Fe y Simulación

Otras figuras que resulta de interés traer a colación son la buena fe y la simulación, también regulados en la normativa civil, aplicable de forma supletoria a todas las demás ramas del ordenamiento jurídico.

La ley costarricense requiere de la presencia de **Buena Fe** para ejercitar los derechos, según lo establece el ARTÍCULO 21 del Código Civil, que reza: "Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe." ¹⁸⁸ Es un principio general y pilar del Derecho y "alude a la idea de fidelidad, de actuar de forma leal sin intentar engañar o perjudicar a otro, y la de confianza o creencia con la convicción de no haber obrado en contra de las normas jurídicas, de que no se comete una injusticia". ¹⁸⁹ Además de ser principio ordenador, señalan dichos autores que funciona como regla de interpretación de las normas.

Luego, la **simulación** es aquel acto en el cual las partes contratantes realizan un negocio jurídico de forma aparente, pero en realidad se pretendía otro negocio o contrato, es decir, hay una apariencia en el acto, y

lo más característico en el negocio simulado es la divergencia intencional entre la voluntad y declaración: lo interno, lo querido, y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente; en efecto, las partes no quieren el negocio, quieren solamente hacerlo aparecer, y por eso, emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto. ¹⁹⁰

La legislación costarricense castiga con nulidad los actos que sean simulados, pues claramente expresa el artículo 19 del Código Civil que existe nulidad porque "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...".¹⁹¹ Si bien no existen reglas directas atinentes a la

¹⁸⁸ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 63: Código Civil de Costa Rica, de 28 de setiembre de 1887": 12.

¹⁸⁹ Salgado y Villalta, 203.

¹⁹⁰ Ensayos de Derecho Contractual. Colegio de Abogados. San José Costa Rica. 1979, 86.

¹⁹¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 63: Código Civil de Costa Rica, de 28 de setiembre de 1887": 19.

simulación, esta encuentra ordenación en las reglas y principios del derecho contractual y las causales de nulidad de éstos.

Atendiendo a estos preceptos jurídicos, el Tribunal Primero Civil de San José, Sección Primera puntuó sobre la simulación del contrato societario que:

Es importante tener presente que conforme el artículo 627 del Código Civil, "Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1º Capacidad de parte de quien se obliga. 2º Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación. 3º Causa justa". Por su parte el artículo 1007 señala que "Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija", ahora, respecto al consentimiento agrega el artículo 1008 que este "debe ser libre y claramente manifestado". La falta de los requisitos indicados, provoca la nulidad del acto o contrato efectuado en esas condiciones, tal y como lo establece el artículo 835 inciso 1º del Código Civil, cuando indica "hay nulidad absoluta en los actos o contratos: 1º Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia. (...)">¹⁹²

Entonces, en atención a que en los actos simulados se extraña uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, sea el consentimiento pues hay discrepancia entre lo manifestado y lo querido, este negocio simulado está viciado de nulidad absoluta.

Todas estas ilicitudes negociales - abuso del derecho, de la persona jurídica, fraude de ley, actuación en mala fe, simulación- encuentran sustrato normativo sea directo o indirecto en el ordenamiento jurídico costarricense, así como sus propias consecuencias jurídicas sustantivas y procesales por la comisión de dichos actos, siendo que además son aplicables a todas las ramas del ordenamiento jurídico. Pero si en algo coinciden siempre, es en la responsabilidad que surge a partir de

¹⁹² Tribunal Primero Civil de San José, Sección Primera, " Sentencia:00152 emitida el 28 de mayo del 2015", a las 10:10 horas.

los posibles daños causados, pues la Carta Magna es clara al expresar que "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."¹⁹³

A propósito de esas patologías negociales, Dobson señaló que tanto en el derecho argentino como en todos aquellos de origen romano, se aplican distintos institutos e instituciones jurídicas en los cuales como resultado de dicha aplicación se desestima la personalidad jurídica. Claro está, cuando dichos institutos sean utilizados en el seno de la actividad societaria.

Las consecuencias de las acciones de simulación, de la acción revocatoria o pauliana, de las acciones revocatorias concursales, de la aplicación de las consecuencias de las sociedades irregulares, de la responsabilidad de los socios solidarios, del socio oculto, del socio aparente, de la sociedad unipersonal, etc., llevan un apartamiento de la personalidad jurídica, sin que sea preciso recurrir a fórmulas nuevas para lograr tal resultado. ¹⁹⁴

Es coincidente la doctrina, de forma más que reiterada, en que el remedio jurídico contra los abusos y distintas ilicitudes ocurridas en el seno de la persona jurídica ha sido la prescindencia, desestimación, penetración, levantamiento del velo social, para conocer el verdadero sustrato personal y real subyacente que se utilizó de forma antijurídica o ilegítima.

Doctrinalmente, para intentar combatir tales abusos se produjo una reacción, dentro de los propios defensores de la teoría formalista, conocida con distinta terminología, pero que tiene en común la idea de que en ciertas ocasiones hay que proceder a "levantar el velo" que la

¹⁹³ Asamblea Nacional Constituyente, "Constitución Política de Costa Rica del 08 de noviembre de 1949": 41. Último acceso: 01 de enero del 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC

¹⁹⁴ Dobson, 23-24.

personificación comporta, siendo lícito al jurista en tales casos considerar como si la ajenidad que el otorgamiento de personalidad comporta no existiera, pudiéndose desprestigiar. En suma, partiendo de la idea de que efectivamente la persona jurídica es distinta de los miembros que la componen, se finge que en algunas ocasiones no es así, como consecuencias de exigencias de equidad y justicia.¹⁹⁵

Luego, admitiendo que todos los atributos de la personalidad moral son idóneos para cometer abuso, Amadeo acota que la desestimación de las estructuras formales societarias ha sido el remedio idóneo ante esos escenarios para desenmascarar a los miembros que se escudan a través de las sociedades. *"Con ello, en el fondo, no se niega su personalidad jurídica, sino que se la preserva en la forma que el ordenamiento jurídico la ha concebido."*¹⁹⁶

¹⁹⁵ Francisco Capilla Roncero, La persona jurídica, funciones y disfunciones (Madrid, España: Editorial Tecnos, 1984), 70.

¹⁹⁶ Jose Luis Amadeo, El abuso de la personalidad de las sociedades: La penetración de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia Argentina (Buenos Aires, Argentina: Editorial UNIVERSITAS, 1974), 9.

Título Segundo. Teoría General del Levantamiento del Velo Social

I. Sección Primera. Consideraciones conceptuales e históricas

A. Concepto

Según lo expuesto en líneas anteriores, la teoría del levantamiento del velo social surge como remedio ante los abusos cometidos a propósito del hermetismo de la persona jurídica, y de su consideración como ente autónomo al de los socios que la conforman y por cuya característica ha sido utilizada para fines distintos a los planteados en la ley y la doctrina. Al respecto, atinadamente manifestó Yagüez:

En efecto, no ya uno de los principales problemas que plantea la persona jurídica, sino probablemente el más importante (...) es el consistente en la contemplación de aquellos casos en que se produce el denunciado «abuso» de la persona jurídica, esto es, la utilización de esta figura para fines distintos de los que constituyen su razón de ser.¹⁹⁷

Entonces, ¿de qué trata esta teoría? López define la perforación del velo corporativo como aquel instituto por medio del cual se alcanzan a las personas y bienes que se escudan detrás de una cobertura societaria, al dejar de lado la estructura jurídico societaria.¹⁹⁸ Es decir, brinda la posibilidad de penetrar en el sustrato personal y patrimonial de la sociedad o grupo de sociedades, siendo que además permite:

...prescindir de ese ente como un centro diferenciado de imputación, y atribuir las consecuencias de ciertos hechos y actos directamente a los reales titulares, sean individuos o personas colectivas. El orden jurídico “penetra” así, corriendo el velo de esa vestimenta jurídica que es la sociedad, para atribuir directamente a los intereses reales que

¹⁹⁷ Ricardo De Angel Yagüez, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*, 4ª Edición. (Madrid, España: Editorial Cívitas, 1997), 12.

¹⁹⁸ Véase: López Raffo, *El Corrimiento del Velo Societario*.

operan dentro de ella, las consecuencias jurídicas de ciertos hechos o actos.¹⁹⁹

Por otro lado, Garrigues (citado por Zerpa) destaca que ante los abusos de la personalidad jurídica y la ausencia de norma que provea de una solución expresa "la jurisprudencia, principalmente la americana y la alemana, han reaccionado decretando el apartamiento de la persona jurídica, penetrando hasta el fondo para llegar hasta las personas individuales que se ocultan precisamente detrás del aparato técnico."²⁰⁰

Nissen por su parte apunta que "la indebida utilización del contrato de sociedad para encubrir fines ilegítimos o contrarios al espíritu del legislador, explica la necesidad de poner límites a los beneficios de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales." ²⁰¹ Y esos límites se imponen en la medida en que haya consecuencias "cuando se exceden los fines que el legislador tuvo en miras al otorgar la personalidad jurídica o cuando se aprovecha de la separación patrimonial entre una y otras, para frustrar los derechos de terceros"²⁰², y se les pueda imputar las consecuencias del actuar de la entidad -o viceversa- en dichos casos.

Luego, el destacado jurista español Yagüez, expone que es esta doctrina tiene su origen en los quehaceres judiciales, y razona que:

(...) cuando hablamos del levantamiento del velo de la persona jurídica solemos referirnos a un criterio judicial, esto es, a una forma de reflexión o de razonamiento por cuya virtud los jueces prescinden de la cobertura formal que dicha institución significa, con el propósito de impedir que su

¹⁹⁹ Carlos Gilberto Villegas, "Sociedades Comerciales", (Buenos Aires: T. I, 1997), p. 170; mencionado por Salgado y Villalta, 125.

²⁰⁰ Zerpa Levis, "El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima", 12.

²⁰¹ Ricardo Augusto Nissen, Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada 3ª edición actualizada y ampliada, tomo I (Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2010) 65.

²⁰² Nissen, Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias, 65.

inadecuada utilización conduzca a soluciones contrarias (o al menos distintas) de las que se alcanzarían con el correcto uso de la figura.²⁰³

Profundizando aún más en el concepto, González caracteriza el levantamiento del velo social como un "procedimiento intelectual complejo", de carácter bifásico, pues detecta por lo menos dos etapas: a) la primera de investigación, de conocer lo que hay detrás del velo social " muestra una cierta similitud con la labor médica de diagnóstico-tratamiento: así, en un primer momento, el juez levanta el caparazón social, sin saber, a priori, lo que va a descubrir; e inmediatamente diagnostica, esto es, constata la existencia o no de patología de abuso de la personalidad jurídica"²⁰⁴. b) Luego, una segunda etapa surgiría en la medida en que se haya constatado un abuso y la necesidad, ahora sí, de penetrar en el velo que ha sido levantado.

A la vista de las circunstancias internas de la sociedad develada, resuelve si debe "penetrar" el velo levantado, o lo que es lo mismo, "desenmascarar" a quienes actuaban a su sombra en perjuicio de intereses y derechos ajenos; o, si, por el contrario, al no existir anomalía de ninguna clase, debe respetar el hermetismo patrimonial de la entidad sujeta a su examen.²⁰⁵

De ese modo, se distinguen entonces dos "operaciones mentales diferenciadas", primero levantar el velo para descubrir si hay presupuestos (es decir un uso no acorde y el cumplimiento de una serie de requisitos que dependerá de cada país) para penetrar el velo, o bien desestimar la personalidad y establecer las consecuencias que se consideren oportunas: imputación solidaria de responsabilidad, prescindencia erga omnes de la persona jurídica o bien para el caso concreto, etc. "La diferencia es sutil, pero se aprecia sin dificultad cuando advertimos, que el juez que "levanta el velo" de la sociedad, es un juez-investigador,

²⁰³ De Angel Yagüez, La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia, 14.

²⁰⁴ Ricardo Gonzalez Mora, "El levantamiento del velo social y el desenmascaramiento de la personalidad jurídica, dentro de la obra de Daños y Perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial" en *Antología, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia*. (San José, Costa Rica: S.E., 1999), 13.

²⁰⁵ González Mora, "El levantamiento del velo social y el desenmascaramiento de la personalidad jurídica, dentro de la obra de Daños y Perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial", 13.

en tanto que el que despoja de su máscara a los autores del abuso, es un juez-reparador-sancionador."²⁰⁶ Claro está, podría tratarse del mismo juez, dependiendo del proceso que se trate, o bien jueces de etapas distintas, como sería lo ideal por ejemplo en un proceso penal, en el que un juez de garantías autorice que el Fiscal realice los actos investigativos (etapa 1) y luego en juicio el Tribunal determine si hubo o no un abuso de las formas jurídicas y los consecuentes efectos jurídicos de tal descubrimiento.

Asimismo, Salgado y Villalta sobre el concepto del levantamiento del velo sostienen ratifican lo expuesto por el resto de la doctrina al definir tal instituto como aquel por medio del cual se aparta de las barreras formales propias de los atributos de la persona jurídica y se le da preeminencia a la realidad sobre las formas jurídicas, quebrando de esta forma el dogma del hermetismo de la personalidad jurídica, "de manera que sea posible, ante determinadas circunstancias, ampliar la atribución (imputación) de efectos jurídicos derivados de las actuaciones realizadas por la persona jurídica a dichos miembros (sean personas físicas o jurídicas) o en sentido inverso, a la persona jurídica por los actos de aquellos"²⁰⁷.

Serick, el propulsor de la teoría alemana del levantamiento del velo, indicó en su obra que:

La tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la ley concede personalidad propia, con el fin de evitar que al resguardo de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia. ²⁰⁸

²⁰⁶ González Mora, "El levantamiento del velo social y el desenmascaramiento de la personalidad jurídica, dentro de la obra de Daños y Perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial", 13.

²⁰⁷ Salgado y Villalta, 122.

²⁰⁸ Serick, Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica, 82.

Dobson por su parte sostiene que:

Se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada.²⁰⁹

Visto lo desarrollado por la literatura jurídica, se puede concluir que la Doctrina del Levantamiento del Velo nace como remedio ante los sendos abusos cometidos a través y a propósito de los atributos que la ley ha otorgado a la personalidad de las formas asociativas mercantiles, especialmente la sociedad anónima, para penetrar la barrera formal que el hermetismo de dicha personalidad crea entre la persona jurídica misma y sus socios, con el fin de poder imputar los efectos jurídicos que se trataron de eludir con el uso abusivo de la sociedad, ya sea a favor de la persona jurídica o bien de sus miembros.

En otras palabras, poder tomar como un sólo centro de imputación a las personas físicas y a la persona jurídica (o bien varias personas jurídicas), a fin de que se le comuniquen las consecuencias jurídicas a aquellos que mediante las formas mercantiles, trataron de eludirlas, ya sea por la configuración de responsabilidad penal, civil -contractual o no-, etc. Que se le pueda imputar al sujeto correspondiente las obligaciones legales que trató de eludir.

Ahora bien, claramente la discusión no acaba allí, pues no es pacífica la doctrina en cuanto a la determinación de los supuestos en los cuales la aplicación de lo que algunos llaman doctrina y otros llaman una herramienta técnica -sea el

²⁰⁹ Dobson, 11-12.

levantamiento del velo- se trata, así como tampoco de los mecanismos mediante los cuales debe aplicarse.

Por otro lado, el profesor González a su vez apunta a otro problema común que surge cuando se discute el tema en cuestión, y es lo relativo a las muy diversas nomenclaturas que se le ha otorgado a dicho instituto. González afirma que el concepto de levantamiento de velo societario no es unívoco en el ámbito jurídico, no es unitario, y tampoco lo es en cuanto a las consecuencias de su aplicación. Sin embargo, bien hace en precisar que mucha de la discusión existente en una discusión sobre palabras, es decir terminológica, ya que se utilizan diversas palabras para denominar el fenómeno: levantamiento del velo social, desestimación de la personalidad jurídica, desenmascaramiento de la personalidad jurídica, allanamiento de la personalidad, inoponibilidad, etc.²¹⁰

Para entender dichas denominaciones es preciso señalar que dichos nombres devienen de las traducciones hechas a las figuras jurídicas norteamericanas "disregard of legal entity" o "piercing the corporate veil".

Luego, el referido autor sostiene que es importante dilucidar si en realidad la diferencia es terminológica únicamente, o bien también es conceptual, en cuyo caso habría que delinear los contornos de una noción y otra, a fin de no caer en el error de encasillar diferentes términos bajo una misma figura. Para ello, estudia tres conceptos: "allanamiento de la personalidad jurídica", "desestimación de la personalidad jurídica" e "inoponibilidad de la personalidad jurídica", para luego concluir que "No parece que existan diferencias muy significativas o contundentes entre los enunciados conceptuales citados. Pero tampoco queda lo suficientemente clara la naturaleza jurídica del instituto en discusión."²¹¹ Pues en el fondo de los tres conceptos, siempre la consecuencia será "levantar la barrera societaria y

²¹⁰ Véase: Ricardo Gonzalez Mora, "Levantamiento del Velo Societario: Delimitación Conceptual, Nomenclatura y Relación con el abuso de la personalidad", en *Derecho Societario Concursal Panamericano*, Alvaro Hernandez Aguilar, como; Gabriela F. Boquín, comp. 1 edición, Tomo II (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2014), 11-12.

²¹¹ Gonzalez Mora, "Levantamiento del Velo Societario: Delimitación Conceptual, Nomenclatura y Relación con el abuso de la personalidad", 15.

poner en contacto directo a los que han abusado de la personalidad jurídica frente a los que han sido perjudicados o dañados como consecuencia de dicho abuso"²¹².

En relación a los conceptos estudiados, la diferencia entre ellos radica - en esencia- en cuanto a los alcances de las consecuencias que decida el juez en cada caso, es decir "qué tanto se penetra" y cómo se comunica esa responsabilidad. Veamos:

1. Allanamiento de la Personalidad Jurídica: En este se prescinde de la estructura societaria y se responsabiliza tanto a la sociedad como a los socios, controlantes, integrantes, etc. frente a los perjudicados.

2. Desestimación de la Personalidad Jurídica: se invalidan los efectos de la personalidad jurídica solo para aquel caso en que será necesario identificar al socio con la sociedad o viceversa.

3. Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica: No importa una alteración al régimen de responsabilidad global, sino que se protege al tercero de buena fe sin alterar el giro y la actividad societaria.

Al final del día, siempre se tratará sobre la prescindencia de las formas y estructuras externas de la sociedad para conocer el sustrato real y personal cuando se utilicen para eludir el cumplimiento de obligaciones o esconder rastros y cometer ilícitos.

B. Origen

La teoría del levantamiento del velo, también denominada la teoría de la desestimación de la persona jurídica, nace en el derecho de *common law* estadounidense, en el cual surge como "piercing the corporate veil" o "disregard of

²¹² Gonzalez Mora, "Levantamiento del Velo Societario: Delimitación Conceptual, Nomenclatura y Relación con el abuso de la personalidad", 15.

legal entity", a través del desarrollo jurisprudencial, que es fuente de creación del derecho en esos sistemas jurídicos. Luego, el derecho Alemán lo incorporó como "la teoría de la penetración", y por vía jurisprudencial se ha ido incorporando en las distantes legislaciones de origen continental, siendo que en muy pocas de ellas ésta figura encuentra regulación expresa, a la fecha.

i. Disregard of Legal Entity en el Derecho Anglosajón. Antecedente en el Derecho Inglés. Salomon vrs. Salomon Co. Ltda.

La doctrina del levantamiento del velo encuentra sus orígenes en la jurisprudencia norteamericana, como respuesta a los abusos de las formas jurídicas mercantiles, específicamente las llamadas *corporations*. El sistema de *common law*, señala Soto, no se asentó sobre el dogmatismo y hermetismo de la persona jurídica, como sí ocurrió en los países de tradición germano-romanas.²¹³ Por ello no sorprende que sea en esas jurisdicciones en la que nace a la vida jurídica lo que originalmente se llamó como "*Disregard of Legal Entity*", o "*Piercing of lifting the corporate veil*".

Para la fundamentación, origen y desarrollo de dicha doctrina, han jugado un papel fundamental tres conceptos de gran raigambre en la tradición anglosajona: la equidad (EQUITY), el fraude y la doctrina del *agency*.²¹⁴

a- Equity

La equidad (o *equity*), si bien una palabra polisémica, se refiere al sistema legal y judicial que se desarrolló en Inglaterra en el siglo XV, para resolver los casos que los tribunales de *common law* no podían resolver por la carencia y rigidez de las

²¹³ Soto Castro, El levantamiento del Velo Social, 47.

²¹⁴ Soto Castro, 48.

normas, en aras de buscar un resultado más justo. Ahora bien, a la fecha se trata de un sistema mediante el cual se acude ante ausencia de remedios para resolver acciones en el *common law*. Los tribunales entonces operan bajo sus potestades discrecionales.

b- Fraude

Soto define el fraude en el derecho anglosajón como "cualquier hecho destinado a engañar, incluyendo todos los actos y omisiones que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad".²¹⁵

c- Doctrina del "Agency"

Definida como "aquella situación en la cual una persona manifiesta su voluntad de realizar actos por medio de otra y ésta consiente en hacerlo".²¹⁶ Es decir, quien tiene el poder o el control (sea una sociedad dominante o un único socio) de una sociedad es una situación equivalente a aquellas en que un principal dirige las actividades del agente. La *American Law Institute* define la agencia como "la relación fiduciaria que resulta de la manifestación del consentimiento de una persona hacia otra, para que ésta actúe en su interés y con sujeción a su control, y el consentimiento de la otra en actuar de esa manera".²¹⁷

²¹⁵ Soto Castro, 49.

²¹⁶ Soto Castro, 50.

²¹⁷ American Law Institute, Restatements (second) of Agency, 1958, citado por Dobson, 182

ii. El Disregard of legal entity en Inglaterra

a- Salomon vrs. Salomon & Co. Ltd.

Quizá el antecedente jurisprudencial en el seno del derecho anglosajón más conocido y comentado fue el caso llamado *Salomon vrs. Salomon & Co. Ltd.*, que se gestó en Inglaterra en 1897.

El empresario Aaron Salomon por muchos años se había dedicado al comercio en nombre propio. Sin embargo, eventualmente constituyó la sociedad *Salomon & Co. Ltd.*, para lo cual utilizó a su familia como testaferros otorgándoles ínfimas cantidades de acciones, pero lo legalmente requerido para que dicha asociación pudiera conformarse y considerarse una compañía.

Mediante esa sociedad explotó uno de sus negocios. Sin embargo se constituyó - a nombre personal- acreedor preferente de esa *Co. Ltd.* en caso de insolvencia de dicha empresa, por medio de las obligaciones privilegiadas *debenture mortgages*.

218

Posteriormente, la empresa entró en insolvencia y Aaron Salomon ejerció su derecho como acreedor preferente sobre los bienes sociales. Ante dicho panorama, los "verdaderos" acreedores presentaron una demanda, cuyo alegato principal radicaba en que la empresa *Solomon Co. Ltd.* era una ficción, pues en realidad era explotada y controlada por el Sr. Salomon exclusivamente, y que la utilizó para exonerarse de responsabilidad y obtener ventajas indebidas (como por ejemplo: las de acreedor preferente).

Por lo expuesto, solicitaron al juez que condenara al Sr. Salomon directamente, para satisfacer las deudas asumidas por la sociedad, y además que se pospusieran los créditos que él en forma personal ejercitó con la compañía. En primera

²¹⁸ González Mora, Levantamiento del Velo Societario: Delimitación Conceptual, Nomenclatura y Relación con el abuso de la personalidad, 21.

instancia, dicho alegato recibió acogida, bajo el argumento judicial que la familia que era parte de la sociedad había sido utilizada como meros testaferros. Luego, el Tribunal de Apelación confirmó la decisión inicial del Juez a quo, esgrimiendo que:

las *Companies Acts* que reconocen el privilegio de la personalidad legal y de la limitación de la responsabilidad de los socios, lo hacen en atención y beneficio de los genuinos socios que concurren a la formación de una *corporation* consintiendo en realizar una real, efectiva y legítima inversión de capital; y que ese privilegio no puede favorecer al único propietario del negocio que se había valido de sus familiares para crear una ficción societaria.²¹⁹

Es decir, se decidió condenar al Sr. Aaron Salomón en su condición personal, a dotar a la sociedad de suficiente patrimonio para responder por las obligaciones adquiridas con otros acreedores.

Sin embargo, para mala suerte de los acreedores, la Cámara de los Lores no compartía la visión de los jueces de primera y segunda instancia por lo que unánimemente revocó esa decisión y declaró irresponsable al Sr. Salomon en su carácter personal, y permitió la validez de las obligaciones privilegiadas del demandado contra la empresa.

El razonamiento de la Cámara se sustentó en el dogma de la separación de responsabilidad y separación de personalidad y patrimonio de las *corporations* y sus socios, pues había sido constituida respetando las reglas afines, "y en definitiva instauró el principio general de respeto a la forma por encima de la realidad subyacente."²²⁰

²¹⁹ González Mora, Levantamiento del Velo Societario: Delimitación Conceptual, Nomenclatura y Relación con el abuso de la personalidad, 22.

²²⁰ González Mora, Levantamiento del Velo Societario: Delimitación Conceptual, Nomenclatura y Relación con el abuso de la personalidad, 22.

A pesar de ello, González opina que si bien esta resolución enturbió las decisiones posteriores, en la segunda mitad del siglo XX se detecta un cambio en la línea jurisprudencial:

La influencia de esta decisión suprema de la Cámara en el desarrollo de la jurisprudencia posterior ha pesado como un lastre en el complejo sistema del *Stare Decisis*. No obstante, la jurisprudencia de la segunda mitad de este siglo ha matizado e incluso sometido a análisis crítico las bases de aquella decisión y no ha dudado en sacrificar la forma legal cuando la justicia del caso concreto exigía destruir la apariencia creada para amparar al empresario o empresarios ocultos tras el velo social.²²¹

Luego, otro fenómeno que tuvo gran influencia en las decisiones judiciales sobre el *disregard of legal entity*, sobre todo en los Tribunales Ingleses a primera mitad del S.XX, fue la Primera Guerra Mundial, en la que se empezaron a considerar si las sociedades eran enemigas o no ,dependiendo de la nacionalidad de los socios o controlantes. A esto se le llamó, indica González, *jurisprudencia de guerra*, en la que se toma como nacionalidad de la compañía la de sus socios, a fin de ganar control sobre aquellas que eran controladas por nacionales de potencias enemigas.

El caso tal vez más emblemático fue el de *Daimler Co. Ltd. vs. Continental Tyre & Rubber Co.* En éste, La Cámara de los Lores declaró - a expensas de la forma jurídica- que esa compañía era una sociedad enemiga, pues si bien se había constituido bajo las leyes inglesas, el capital social se encontraba en manos de ciudadanos alemanes residentes en Alemania. Se evidencia entonces que en dicho caso sí se acepta apartarse de las formas jurídicas y se penetra en la realidad de la compañía.

Otro caso reciente en el sistema jurídico Inglés, pero que ha marcado un precedente importante para las resoluciones posteriores, es el conocido como *Adams vs. Cape Industries Plc* de 1990. Este caso involucraba la discusión de posible

²²¹ González Mora, Levantamiento del Velo Societario: Delimitación Conceptual, Nomenclatura y Relación con el abuso de la personalidad, 23.

la de un grupo de empresas. El demandante, Adams, solicitó que se ignorara la personalidad jurídica propia de una holding y su filial, para responsabilizar a la primera por las obligaciones de la filial. El tribunal tenía que determinar si el acusado, un productor de amianto, que tenía presencia en los Estados Unidos y, por lo tanto, si la sentencia en Texas podría ser ejecutada en contra de ellos. El juez sostuvo que éste no podía desconocer "el principio Salomon" (acuñado a propósito del caso *Salomon vrs. Salomon Co. Ltd.*, bajo el cual las sociedades son autónomas y centros de imputación diferenciados), sólo porque por la justicia así lo requiere (en otras palabras, por razones de justicia).²²²

No obstante, esta decisión ha sido crucial y un punto de referencia en cuanto a los criterios para aplicar el levantamiento del velo corporativo en Inglaterra, debido a que el Tribunal de Apelación sostuvo que para poder apartarse del Principio de Salomon (es decir, permitir el levantamiento del velo) existían tres posibles justificaciones: (i) "unidad económica", (ii) la agency o agencia, y (iii) fachada o façade. Estas justificaciones son aplicadas, eso sí, bajo un examen riguroso y únicamente ante la concurrencia de explícitos requisitos.

En general, las cortes inglesas son mucho más cautas a la hora de aplicar el levantamiento del velo. Aunque padecen del mal generalizado en cuanto a que no existen criterios uniformes en todas las sentencias, lo cierto es que "*the Salomon principle*" sigue muy vigente a la fecha, pues parten del principio de protección de la seguridad jurídica y de empresa, así como que los acreedores de empresas saben de antemano con quién se van a vincular contractualmente antes de hacerlo.

²²² El texto original en el idioma inglés se lee así: "the court is not free to disregard the principles of *Salomon v A. Salomon & Co Ltd* merely because the justice so requires.". Tomado de: Farat Anna y Michon Denis, "Lifting the Corporate Veil: Limited Liability of the Company Decision-Makers Undermined? Analysis of English, U.S., German, Czech and Polish Approach". *The Common Law Review*, (s.f.) accesado 01 de enero del 2015, <http://www.commonlawreview.cz/lifting-the-corporate-veil-limited-liability-of-the-company-decision-makers-undermined-analysis-of-englishus-german-czech-and-polish-approach>

iii. Disregard of Legal Entity en el Derecho Estadounidense

En Estados Unidos de América el desarrollo de esta doctrina ha sido mucho más amplia, o bien por lo menos, aplicada de forma menos restrictiva que en el Derecho Inglés. El caso paradigmático de *Bank of the United States v. Deveaux* fue uno de los primeros en mirar más allá de las formas jurídicas y penetrar en el sustrato real de la sociedad. En éste, se discutía la ciudadanía del *Bank of the United States*, a fin de poder determinar quién sería el juez competente.

En ese país, la Constitución otorga competencia a las Cortes Federales sobre los casos disputados entre ciudadanos de diferentes estados (esto se conoce como *jurisdicción diversa*). *The Bank of the United States* demandó a *Deveaux*, un recaudador de impuestos de Georgia, en la Corte Federal para recuperar los bienes que había incautado cuando el banco se negó a pagar un impuesto de Georgia. *Deveaux* cuestionó si una empresa podía demandar o ser demandado ante un Tribunal Federal amparado a la *jurisdicción diversa*.

Deveaux argumentado que el Tribunal Federal no tenía jurisdicción porque el banco como corporación no era ciudadano a los efectos de alegar jurisdicción diversa, además, de forma subsidiaria alegó que si el banco era un ciudadano, no existía tal diversidad ya que algunos de sus accionistas residían en Georgia. El Tribunal sostuvo que una corporación era un "ciudadano" a los efectos de la jurisdicción diversa, pero que no había diversidad en este caso debido a que la ciudadanía de la corporación debía ser determinado por la nacionalidad de sus accionistas, algunos de los cuales residían en el mismo Estado de Georgia que parte demandada.

Más tarde, el afamado juez Marshall y otros miembros de la Corte, expresaron arrepentimiento por la decisión, alegando que se limitó severamente el derecho de las empresas a demandar o ser demandado en una Corte Federal y el Poder Judicial Federal con ello disminuido. Este criterio o precedente jurisprudencial fue aplicado hasta su revocación en el caso *Louisville Railroad Co. v. Letson (1844)*, en la

que se dictaminó que la ciudadanía de una corporación era la del Estado en que ésta se formó.²²³

Luego, otro precedente judicial muy comentado fue el caso de *Estados Unidos vrs Milwaukee Refrigerator Transit Co. (1905)*, en el cual se discutieron prácticas desleales en el comercio. Existía una disposición que prohibía a las empresas de transporte a darle tratos preferenciales o ventajas a sus clientes (Interstate Commerce Act 1989, y Elkin Act 1903). *Pabst Brewing Co.* creó una sociedad *La Transit Co.*, conformada por los mismos socios. La *Transit Co.* firmó un contrato de intermediación con una empresa de ferrocarriles, en la cual la primera ganaba una comisión por cada cargamento que contratara como mediadora. Haciendo uso de esa separación ficticia la *Transit Co.* obtuvo beneficios -comisiones- de la empresa de ferrocarriles, al actuar supuestamente como mediadora entre esa empresa y la *Pabst Co.*, cuando en realidad es ilógico pensar que una persona puede ser mediadora de sí misma.²²⁴

El juez Sanbor en ese caso resolvió levantar el velo corporativo, usando los siguientes argumentos:

Si alguna regla general puede establecerse en el presente estado de los precedentes, es que una corporación será tratada como entidad jurídica (legal entity) como regla general y hasta que aparezca suficiente razón en contrario; pero cuando la noción de entidad jurídica es utilizada para contrariar la conveniencia pública, justificar lo improcedente (justify wrong), proteger el fraude o defender el delito, el Derecho tratará a la corporación como una asociación de personas.²²⁵

Luego, la doctrina es consistente al señalar que la recepción europea de la doctrina del levantamiento del velo social fue impulsada por la llamada jurisprudencia de

²²³ Véase: Robert M. Ireland, "The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States," *Oxford Reference*. (2009) accesado el 21 de diciembre de 2015 <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095445381>

²²⁴ Véase: Salgado y Villalta, 130.

²²⁵ Manovil citado por Salgado y Villalta, 130.

guerra, después de la Primera Guerra Mundial, tal como se señaló anteriormente, y que respondía al interés de los Estados de controlar los actos de las personas con nacionalidades de países enemigos.²²⁶

iv. Doctrina Alemana: Rolf Serick

El jurista Alemán, Rolf Serick, con su afamada obra "Apariencia y Realidad de las Sociedades Mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica", introdujo al Derecho Continental Europeo la doctrina del levantamiento del velo social.

Esta obra ha sido la mayor influencia doctrinaria en cuando a la penetración del velo social en las distintas jurisdicciones de tradición continental. El profesor SERICK estudió y clasificó los presupuestos más frecuentes que ocurren cuando se abusa de la personalidad jurídica. Las categorías generales que él detectó fueron: a) fraude a la ley; b) fraude o violación al contrato; c) daño causado a terceros; d) relaciones entre holdings (sociedad matriz) y sus filiales. A partir de esto, esboza una serie de reglas fundamentales que justificarían entonces el levantamiento del velo y la desestimación de la persona jurídica, es decir la determinación de cuándo se puede prescindir de las formas jurídicas.²²⁷

Entonces el referido autor parte de la aceptación de la persona jurídica y de sus atributos y no de la negación de la persona jurídica para resolver los abusos. Es decir, no plantea como solución el replanteamiento de la persona jurídica o su esencia, "sino que busca ordenar criterios de los casos en los cuales se puede

²²⁶ Véase: Salgado y Villalta. 131.

²²⁷ Véase: Soto Castro 58 y ss.

"ingresar" tras el aspecto formal de la persona jurídica y alcanzar los miembros de la misma".²²⁸

El autor además de exponer y clasificar las formas de abuso registradas judicialmente, elabora reglas para el empleo de la desestimación de la personalidad jurídica. Estas se resumen en una regla general y cuatro proposiciones, desarrolladas en el Libro Tercero de dicha obra. Explica que:

El presente estudio ha demostrado que la estructura formal de la persona jurídica puede ser desestimada en dos casos: una de ellas, cuando se le utiliza abusivamente para fines ilícitos, y otra para enlazar determinadas normas con la persona jurídica. En ambos casos se penetra hasta alcanzar el substrato personal o real que la constituye, ya sea para evitar el abuso, ya se procure la realización del sentido contenido en la norma de cuya aplicación se trata.²²⁹

Asevera además que las respuestas jurisprudenciales a la pregunta "¿cuándo puede ser negada la forma de la persona jurídica?" no ha sido satisfactoria ni unánime, sino más bien contradictorias. Por eso, luego de su estudio de Derecho Comparado, elabora una serie de reglas fundamentales para determinar cuándo es posible penetrar hasta el substrato de la persona jurídica, en especial interés por la seguridad jurídica y la preservación de la institución de la persona jurídica.²³⁰

PRIMERA PROPOSICIÓN:

En los casos en que cuando por interpósita persona jurídica 1) se burla o elude una disposición normativa; 2) una obligación contractual; 3) o se causa perjuicio a un tercero: se está frente a un abuso de la personalidad jurídica y ha sido violentada la buena fe.²³¹ En dicho caso, "el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla

²²⁸ Soto Castro, 58 .

²²⁹ Serick. 241.

²³⁰ Véase: Serick. 241.

²³¹ Véase: Serick 242.

fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios".

232

SEGUNDA PROPOSICIÓN:

El referido autor sostiene que:

No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico. Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción.²³³

Con ello quiere decir que la desestimación de las formas jurídicas ante un abuso de éstas, sólo es posible cuando "se pretende utilizarla para fines que el Derecho rechaza".²³⁴

No se puede solicitar el allanamiento de la personalidad jurídica para el cumplimiento de una norma de carácter general, pues debe respetarse la voluntad del legislador en cuanto a la configuración de la institución jurídica societaria, en salvaguarda de la seguridad jurídica, y por la confianza en esa configuración.²³⁵

TERCERA PROPOSICIÓN:

Sobre esta tercera proposición manifiesta que:

Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que se consideran valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados

232 Serick. 241.

233 Serick, 246.

234 Serick, 246.

235 Véase: Serick 247.

detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma.²³⁶

Con esto, pretende que las pautas que toman en cuenta valores concretamente humanos o sus cualidades, éstas sean de aplicación a la persona jurídica, claro está, en la medida en que sea posible y además útil para la ecuación jurídica. Serick entonces sostiene que "en este caso la penetración tiene un carácter diferente que en los examinados hasta ahora"²³⁷, pues no se trata de una equiparación entre los socios y la sociedad, sino más bien de las cualidades y capacidades de los socios hacia la forma societaria.

CUARTA PROPOSICIÓN

Por último, en cuanto a la cuarta proposición se refiere a que:

Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva.²³⁸

Después de esbozar sus cuatro proposiciones, Serick recapitula lo expuesto en su obra y concluye que la persona jurídica es una figura creada por el derecho para la consecución de ciertos fines jurídicos y por ello resulta "elástica" cuando de penetrar hasta su substrato real o personal se trata. La figura de la persona jurídica siempre debe entenderse en su contexto sociológico y atinadamente finaliza su obra diciendo que realmente "La pregunta por la esencia de la persona jurídica no

²³⁶ Serick, 251-252.

²³⁷ Serick, 246.

²³⁸ Serick, 256.

debería ser un problema de conciencia para el hombre de Derecho, sino que debe mantener su carácter puramente jurídico." ²³⁹

II. Sección Segunda. Vertientes de la Doctrina del Levantamiento del Velo

Varias teorías han surgido en respuesta a la gran pregunta que aún parece no resolverse, sobre los presupuestos que fundamentan y justifican la aplicación del levantamiento del velo social. Gran desarrollo han encontrado en la doctrina alemana, y se pueden dividir en dos grandes grupos, los cuales tienen a su vez ciertos matices. Una de ellas se orienta hacia la consideración que el levantamiento del velo es un instituto jurídico autónomo asociado a la persona jurídica y los otros que consideran que el problema radica en la aplicación de normas, pues tal como es planteado encuentra solución en los mecanismos tradicionales del derecho común. ²⁴⁰

A- Teorías del levantamiento del velo como respuesta al abuso de la personalidad jurídica

Estas son las llamadas teorías de la desestimación de la personalidad jurídica que se fundamentan en el abuso de la personalidad jurídica. Consideran que dicho instituto es una institución autónoma con características propias, distintas de otras figuras jurídicas. "Se caracterizan porque buscan fundamentar la aplicación del levantamiento del velo con base en principios generales del Derecho que sean susceptibles de brindar cobertura a todos los supuestos en los que este mecanismo

²³⁹ Serick, 261.

²⁴⁰ Véase: Salgado Y Villalta, 140.

es utilizado".²⁴¹ Esta teoría a su vez encuentra dos variantes: criterios subjetivos y objetivo para fundamentarse. Salgado y Villalta aclaran que en la práctica y en las resoluciones judiciales, es difícil encontrar posturas en blanco y negro al respecto, siendo más bien la constante que se sigan criterios mixtos.

i. Criterio subjetivo

Los propulsores de este criterio sostienen que para sea aplicable el levantamiento del velo social, además de los elementos de hecho requeridos, será fundamental contar una intencionalidad dolosa del abuso de la persona jurídica. Es decir, no basta la utilización ilícita de las formas mercantiles, sino que además habría que agregársele el elemento subjetivo: el ánimo de abuso. El expositor primordial de este criterio es Rolf Serick.

ii. Criterio objetivo

A contrapelo de lo expuesto en líneas anteriores, otros autores siguen el criterio contrario en el tanto no consideran necesario la concurrencia de "la intención" o "ánimo de abuso" que sí consideran fundamental los propulsores del criterio subjetivo. Estos se amparan más bien en criterios objetivos para fundamentar la aplicación de doctrina del levantamiento del velo social.

Al respecto Salgado y Villalta sostienen que "según estas teorías, tanto la ley como la jurisprudencia con base en principios generales del Derecho, pueden definir supuestos de hecho que ameriten descorrer el velo protector de la personalidad, atendiendo como criterios determinantes para ello aspectos como las circunstancias y las condiciones en que se dio la utilización del mecanismo de la

²⁴¹ Salgado Y Villalta, 141 .

persona jurídica, así como los resultados que se produjeron a partir de dichas condiciones".²⁴²

En ese sentido, bajo este criterio se requiere únicamente la constatación de que la persona jurídica fuera utilizada para propósitos ilícitos, de forma irregular, o haya tomado acciones dirigidas a ocasionar perjuicios a otras personas o a las mismas normas, sin tomar en cuenta la intención de quien incurra en dichas acciones.

Además, las teorías -subjctiva y objetiva- del levantamiento del velo social como institución autónoma reciben una crítica principal que es la que da origen la teoría que expondremos en las próximas líneas. La crítica radica en que lo que se pretende resolver mediante la aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica encuentra solución normativa y jurídica en otros institutos y figuras jurídicas de mucha más raigambre, así como la interpretación de normas.

iii. Teoría de la aplicación de la norma o de la finalidad normativa

Esta teoría fue impulsada por Müller, un alemán crítico de la obra de Serick. Según su visión, el abuso de la persona jurídica podía reconducirse a un conflicto de normas jurídicas, las cuales mediante la interpretación judicial encontraba respuesta en cuanto a la normativa aplicable. Rechaza la teoría del levantamiento del velo como una teoría unitaria, pues sostiene que el problema no radica en el instituto de "la persona jurídica", sino más bien en el ordenamiento jurídico como un todo, por el conflicto de normas de igual rango.²⁴³

Müller apunta a que se trata un conflicto entre la norma que autoriza la separación entre la persona jurídica de sus miembros y la respectiva limitación de responsabilidad con la norma que se trató de eludir o cuyos efectos son restringidos por la primera. Esta segunda norma puede ser de cualquier naturaleza y rama del ordenamiento jurídico, por lo que los escenarios son vastísimos. La

²⁴² Salgado Y Villalta, 174.

²⁴³ Véase: Salgado Y Villalta, 149.

penetración consistiría en que el juzgador escogiese la segunda norma inicialmente restringida, por sobre la norma de separación y autonomía del ente jurídico.

iv. Consideraciones sobre las teorías expuestas

Las teorías expuestas en líneas anteriores, si bien tienen diferencias significativas, todas "recurren a un análisis de la finalidad perseguida por las normas jurídicas involucradas, para al contrastarla con lo que ocurre en la realidad, determinar si procede en el caso concreto desconocer la separación absoluta entre la persona jurídica y sus miembros".²⁴⁴ En todas ellas se consideran los fines de la norma contra las acciones ejecutadas.

Se comparte el criterio expuesto por Salgado y Villalta en cuanto a que si bien es cierto que muchos escenarios pueden ser resueltos mediante la aplicación de otros institutos como el abuso del derecho, fraude de ley, simulación, acción pauliana o revocatoria, etc., lo cierto es que un amplio espectro de situaciones quedarían sin solución, por no reunir los requisitos o encuadrar a la perfección con los mecanismos citados, y que sí encontrarían remedio mediante la aplicación de la teoría del levantamiento del velo social. De ahí la importancia de su incorporación en el sistema jurídico.

²⁴⁴ Salgado Y Villalta, 154

B. Reacciones y Críticas a la teoría del Levantamiento del Velo Social.

i. La doctrina Italiana: ASCARELLI. La reformulación del concepto de persona jurídica

Según lo expuesto, es de mérito colegir que la crisis de la persona jurídica ocurre gracias al dogma del hermetismo según la cual existe una separación tajante entre la entidad jurídica y los miembros que la conforman, creando entonces un panorama en el cual el abuso de las formas jurídicas y sus atributos es bastante común y difícil de censurar y corregir. Como respuesta a ello es que surgen las doctrinas del *disregard of legal entity* estadounidense y la obra alemana de SERICK sobre el "Levantamiento del Velo Social" como soluciones que coinciden en manifestar que la solución a los problemas antes planteados se da a través de la doctrina del "Levantamiento del Velo Social".

Como es de esperarse, no tardan en surgir luego críticas y otras posiciones y doctrinas que no comparten el mismo criterio, y por el contrario consideran que tal solución (la desestimación de la personalidad jurídica) es generaría un gran alto grado de inseguridad jurídica, sobre todo por la falta de criterios uniformes para su aplicación.²⁴⁵

Su propuesta entonces más bien se dirige a replantear el concepto de "persona jurídica" para solucionar la problemática del abuso.

Las críticas más severas que recibe la doctrina de la Desestimación de la Persona Jurídica parten del normativismo kelseniano. Entre los primeros autores en dirigir su desacuerdo fue ASCARELLI²⁴⁶, el gran crítico de esta doctrina y precursor de las corrientes que proponen que el concepto de persona jurídica sea reevaluado y

²⁴⁵ Véase: Luis Miguel Murcia Sánchez, "Doctrina del Levantamiento del Velo: Origen, Problemática y Aplicación", (Trabajo Fin de Grado, *Universidad Miguel Hernández, Elche España*, Julio 2015), 29. Accedido el 23 de diciembre del 2015, <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2245/1/Murcia%20S%C3%A1nchez,%20Luis%20Miguel.pdf>.

²⁴⁶ Influenciado por el pensamiento kelseniano.

reformulado, inspirando luego a otros autores como Hart, Galgano, Scarpelli, D'Alessandro y Pintore.²⁴⁷

Según los postulados kelsenianos, la desestimación de la persona jurídica es innecesaria, pues el concepto de persona jurídica es puramente normativo, su naturaleza dependerá únicamente de lo que el legislador le haya otorgado en el texto de la ley "por lo que, por un lado, no se enfrenta al problema del hermetismo que está presente en las teorías de Savigny y Gierke, y por otro lado reconoce desde un primer momento que los actos de las personas jurídicas son atribuibles a las personas físicas".²⁴⁸

Influenciado por esta doctrina, el jurista italiano Ascarelli se constituyó como uno de los críticos más rigurosos de la doctrina del Levantamiento desarrollado por Serick. Sostuvo que el remedio contra el abuso de la persona jurídica es mediante una completa reformulación de su concepto, pues parece ilógico partir del concepto de persona jurídica como sujeto independiente para luego desestimar esos presupuestos, que además con base en criterios que no son del todo claros, lo que generaría un gran alto de inseguridad jurídica. Las inquietudes de Ascarelli las expone claramente Boldó Roda al explicar que

(...) un concepto que se elaboró en base a la idea de ficción acaba siendo sometido a una ficción en sentido contrario, igual a la anterior y destinada a neutralizar los efectos de la primera. Si SAVIGNY consideraba que el derecho podía fingir que el ente personificado era un sujeto distinto de sus componentes, el "Levantamiento del Velo" implica que el juez puede fingir que la sociedad personificada no es, en ciertas ocasiones, un sujeto distinto de sus accionistas.²⁴⁹

Esta corriente italiana considera que si para combatir el abuso de la personalidad jurídica se recurre a la doctrina del levantamiento del velo, se estarían respetando

247 Véase: Murcia Sánchez, "Doctrina del Levantamiento del Velo: Origen, Problemática y Aplicación", 30.

248 Murcia Sánchez, 31

249 Boldó Roda, Carmen citado por Murcia Sánchez, 32.

los postulados dogmáticos que consideran a la persona jurídica como una realidad subjetiva autónoma e independiente de los miembros que la conforman. Sucede que, de acuerdo con la corriente del normativismo jurídico kelseniano, del cual era partidario Ascarelli, el concepto de persona jurídica "no es más que un recurso lingüístico para aludir a una determinada disciplina normativa compleja reguladora en última instancia de la conducta de los hombres como personas individuales."²⁵⁰

Entonces, bajo esa tesitura, la personalidad es una cualidad normativa que ejercen las personas físicas, y se justifica como una creación de la ley que regula la relación entre los hombres²⁵¹, pero no es realmente una persona nueva, sino un medio creado por la ley para la dinámica de las relaciones. Siendo una creación de la ley, ésta se limita a reconocerle y otorgarle ciertas situaciones jurídicas subjetivas.²⁵²

ii. Críticas desde la doctrina Española

En España también existe un sector que se opone a la aplicación del levantamiento del velo social. Algunos de los autores críticos de dicha teoría son Girón-Tena, Paz-Aráez o Pantaleón. Las críticas se pueden reconducir a dos ejes: aquellos en relación al concepto propio de persona jurídica y las otras en relación al criterio rector. En cuanto al primer elemento, son aquellos que critican los conceptos formalistas, en el mismo sentido que Ascarelli y la doctrina italiana, quienes apuestan a la reformulación del concepto.

Las críticas en cuanto al criterio rector están relacionadas a la -no tan original- crítica sobre la carencia de claridad de los presupuestos requeridos que justifiquen la desestimación de la personalidad jurídica, y en consecuencia que ésta se apoye

²⁵⁰ González Mora, Ricardo. "Levantamiento del Velo Societario: Delimitación conceptual, nomenclatura y relación con el abuso de la personalidad", 32.

²⁵¹ Darío H. De León, "La inoponibilidad de la personalidad jurídica y la extensión de la responsabilidad a los administradores de la sociedad comercial", Ensayos, (s.f) p. 9, accesado el 12 de diciembre de 2015, <http://relaciondetrabajo.com/site/>

²⁵² Murcia Sánchez, 30-31.

entonces en criterios que son muy generales lo cual presupone una incertidumbre que el derecho no debe soportar.

III. Sección Tercera. Presupuestos necesarios para la aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Social

A lo largo de esta tesis, pero con mayor detenimiento en este capítulo, se han abordado escenarios y presupuestos en los que la teoría del levantamiento del velo se enarbola como un remedio necesario para detener los muchísimos abusos de distinta naturaleza que se cometen a merced de las características propias de la personalidad jurídica.

A continuación, en un intento de resumir y sintetizar este tan complejo tema, se presentarán de forma más sistematizada esos presupuestos necesarios en los que se justifica la desestimación de la personalidad jurídica, de acuerdo a los postulados de distintos autores y lo implementado por las jurisdicciones más influyentes y con mayor desarrollo.

Ya se ha hablado aquí sobre una de las mayores preocupaciones de los detractores -e incluso de los mismos propulsores- de la doctrina del levantamiento del velo, en el sentido que los presupuestos de aplicación no son claros. Es decir, se remiten a la crucial pregunta ¿ante cuales indicios y situaciones de hecho se amerita levantar el velo y mirar detrás de las estructuras formales de la persona jurídica? y además, una vez que se haya mirado e investigado, ¿ante cuáles supuestos de abuso o ilicitud es posible prescindir de la forma jurídica, y en qué grado se debe hacer?

Estos presupuestos y/o indicios, los resumen varios autores en los siguientes:

1. Confusión de esferas: cuando el patrimonio social y el de los socios se interconectan y deja de existir la verdadera autonomía patrimonial de la sociedad frente sus miembros.²⁵³
2. Infracapitalización: se configura en los casos en que se dota de un capital societario inferior e inadecuado a la compañía en relación al giro y objeto social de la misma.²⁵⁴
3. Dirección externa: cuando otra compañía ejerce un control absoluto sobre la segunda, y además antepone los intereses empresariales propios.²⁵⁵
4. Abuso de la forma jurídica: cuando se utiliza a la sociedad de forma instrumental, en la que se busca eludir el cumplimiento de obligaciones contractuales o bien producirle daños a terceros; fraude de ley o incumplimiento de obligaciones.²⁵⁶

BOLDÓ RODA además añade que en los casos de abuso de la personalidad jurídica hay que tomar en cuenta que en los casos de identidad de personas debe analizarse la sociedad unipersonal, y en los casos de dirección unitaria, debe analizarse la problemática de los grupos de sociedades. Además añade dos casos más a ser considerados:

1. Abuso de la forma jurídica para esquivar una norma imperativa
2. Abuso de la forma jurídica para eludir obligaciones contractuales.
3. Abuso de la persona jurídica para esquivar responsabilidad surgida de actos y omisiones culposas o negligentes.²⁵⁷

²⁵³ Véase: Salgado y Villalta, 269.

²⁵⁴ Véase: Murcia Sánchez, 64.

²⁵⁵ Ricardo González Mora, "El levantamiento del velo social y el desenmascaramiento de la personalidad jurídica, dentro de la obra de Daños y Perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial", 51.

²⁵⁶ Carmen Boldó Roda, Levantamiento del Velo y Persona jurídica en el Derecho Privado Español, 3ra ed. (Navarra, España, Ed. Aranzadi., 2000), 317.

²⁵⁷ Boldó Roda, Levantamiento del Velo y Persona jurídica en el Derecho Privado Español, 317.

A- Argentina

La República de Argentina es uno de los pocos países que ha incorporado en su ordenamiento jurídico escrito una ley que autoriza expresamente la desestimación de la personalidad jurídica.

A través de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 y su posteriores reformas, es que se regula la desestimación de la personalidad jurídica. Primeramente, la previsión en el artículo 2 de dicha norma que expresamente indica que "La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley."²⁵⁸ Es decir, restringe a la persona jurídico como un sujeto de derecho cuyo contenido, derechos, atributos y obligaciones está determinado por ley -y no por ninguna elaboración *iusfilosófica* acerca de la naturaleza de la persona jurídica.

Pero además de ello, se incluyó una última parte al artículo 54 de dicha Ley de Sociedades Comerciales, en el que autoriza la inoponibilidad de la persona jurídica y establece un régimen de responsabilidad generada por el control societario. Esta norma indica:

Inoponibilidad de la personalidad jurídica._ La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.²⁵⁹

²⁵⁸ Asamblea Legislativa de Argentina, "Ley de Sociedades Comerciales N° 19550, Reformada mediante Ley N° 22.903 de 1983": 2. Ultimo acceso: 25.12.2015, <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>

²⁵⁹ Asamblea Legislativa de Argentina, "Ley de Sociedades Comerciales N° 19550, Reformada mediante Ley N° 22.903 de 1983": 54.

Es claro entonces que en el régimen jurídico argentino, los presupuestos para aplicar la inoponibilidad de la persona jurídica son:

1. Actos que persigan fines extrasocietarios;
2. Constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe; o
3. Para frustrar derechos de terceros.

Además expone claramente en qué consiste la inoponibilidad de la persona jurídica: en la imputación directa a los socios o a los controlantes actuaron acorde a alguno de los 3 presupuestos expuestos en el párrafo anterior. Y define el tipo de responsabilidad: esos socios o controlantes deberán responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

El profesor argentino Ricardo Nissen, tras un estudio de la jurisprudencia argentina, arriba a la conclusión que la jurisprudencia argentina ha aplicado la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, en los siguientes casos:

1. Cuando el socio gerente y controlante de una sociedad de responsabilidad limitada manejó la cuenta corriente bancaria de la sociedad en su interés personal, promiscua y discrecional.
2. La desaparición física de la sociedad, así como sus libros y papeles.
3. La desviación indebida del interés social a favor del socio controlante.
4. La formación de la sociedad por parte del causante con su esposa e parte de sus hijos, a la cual aportó todos sus bienes personales, para impedir que tales bienes lleguen materialmente a manos de otro de sus hijos, al cual se quiso excluir de la herencia.
5. El traspaso en vida, valiéndose del tecnicismo societario, de gran parte del patrimonio del causante a favor de una de sus hijas, en desmedro de los derechos de otro de sus descendientes.

6. Cuando la actividad de una sociedad irregular, declarada disuelta judicialmente con sentencia firme, pasó a ser realizada por una sociedad de responsabilidad limitada, mediando unidad de explotación e identidad de socios.
7. El funcionamiento de una mesa de dinero en un banco, con pleno conocimiento de sus directores y accionistas.
8. La confusión de administraciones de varias sociedades, de manera que los terceros no puedan distinguir a la sociedad controlante de la controlada, que pasa a ser una sociedad fantasma, sin patrimonio, que respalde sus operaciones frente a los acreedores.
9. El pago de los gastos particulares del socio controlante y de su familia con los fondos de la sociedad.
10. La constitución de una sociedad por un alto empleado de la sociedad a los fines de burlar la prohibición de incurrir en competencia desleal, mientras subsistía el contrato de trabajo que ligaba al referido gerente con la sociedad empleadora.
11. La actuación de una compañía extranjera ficticia como instrumento del que se valió su sociedad controlante para la venta de vehículos importados al margen del régimen legal de la industria automotriz.²⁶⁰

B- España

En España, el desarrollo de la doctrina del levantamiento del velo y su incorporación en el sistema jurídico se ha realizado -como en la gran mayoría de los países- mediante la jurisprudencia. Tras un estudio de la actual corriente doctrinal, OBANDO PEREZ sostiene que los tribunales españoles son del criterio

²⁶⁰ Véase: Nissen, Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias, 73 y ss.

que la personalidad jurídica cede cuando es utilizada como una ficción en aras de obtener un fin fraudulento, sean estos: incumplimiento contractual o la evasión de responsabilidad civil sea por causa contractual o extracontractual. Para ello, los jueces españoles definieron *cinco supuestos de aplicación de esta teoría*:

- a) Abuso de las formas jurídicas o utilización en fraude a la ley.
- b) Identidad de personas o esferas de actuación o confusión de patrimonios, que se muestra en la existencia de una comunidad de gestión, intereses y beneficios.
- c) Control o dirección efectiva externa.
- d) Infracapitalización o descapitalización societaria.
- e) Cualquier otra circunstancia que evidencie que la constitución de la sociedad se trama en fraude a la ley o en abuso de un derecho.²⁶¹

Ahora bien, si bien estos criterios marcan una pauta importante, no agotan las preguntas y la inseguridad en todos los casos, pues para definir cada uno de estos criterios, los jueces aún tienen un rango amplio de posibilidades.

C- Estados Unidos

La doctrina del levantamiento del velo social tuvo sus orígenes en el *disregard of legal entity* en los Estados Unidos de América. En ese país, bajo su sistema jurídico de *common law*, en el que los jueces son también creadores del derecho, fue desarrollado mediante la creación de precedentes y a lo largo de diversas resoluciones, tal como fue expuesto a inicios de este tercer capítulo.

²⁶¹ Roberto Obando Perez, "Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica", *REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERA*, (agosto 2008): 173, accesado 26 de diciembre del 2014, http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf

Aunado a esto, hay que añadirle el hecho que el sistema jurídico estadounidense no es unitario. Existen dos tipos de jurisdicciones, la estatal y la federal. Cada Estado se rige bajo sus propias normas y precedentes, y la jurisdicción federal es competente sólo bajo ciertos presupuestos. Dicho lo anterior, no sorprende que en ese país el criterio tampoco sea uniforme en todos sus rincones, sino más bien tengan sus propias interpretaciones. Sería conveniente recordar en este punto lo expuesto en el capítulo segundo, en cuanto a que hay Estados que son más o menos liberales y más o menos rigurosos en cuanto a la regulación de las formas jurídicas mercantiles.

Incluso, los estados varían radicalmente sobre la medida de protección de la empresa como entidad autónoma. Algunos son reacios a perforar la sacrosanta existencia corporativa, mientras otros ante la más trivial confusión patrimonial no dudan en renunciar a la protección de responsabilidad limitada y tener como responsables a los socios de la compañía.

Uno de los referentes doctrinarios estadounidenses ha sido el profesor Maurice Wormser, quien tras un estudio de casos, concluyó que la regla general -si es que existe- para la aplicación de la doctrina del *disregard*, o más bien una aproximación a regla general en la que los jueces autorizan el levantamiento del velo, es la siguiente:

Cuando se emplea el concepto de entidad corporativa para defraudar a los acreedores, para evadir una obligación existente, para eludir una ley, para lograr o perpetuar el monopolio, o para proteger la bellaquería o el crimen, los tribunales harán a un lado la telaraña corporativa, y se considerará a la empresa como una asociación de personas, -de los accionistas- y se hará justicia entre las personas reales. Esto es particularmente cierto en los tribunales de equidad, pero encuentra muchos ejemplos en los tribunales de justicia, así, ya que no se debe pensar que "la gran señora del Common Law" no es suficientemente poderosa para explotar el sofisma o teoría escolástica, donde se utiliza como escudo para el fraude. En ningún tribunal este el

concepto será exaltado como un fetiche para ser adorado "en sacrificio de los que, en última instancia, son las partes reales de interés."²⁶²

Al evaluar si la forma corporativa debe ser respetada o bien desestimarse el principio de responsabilidad limitada, los tribunales estadounidenses generalmente aplican una serie de factores (como los expuestos en líneas anteriores), sin embargo ninguno de los ellos por sí solos es considerado suficiente para hacer dicha determinación. Estos factores, sin embargo, son diseñados para determinar si se cumplen otros elementos más fundamentales talvez. Usualmente los requisitos mínimos que piden las cortes están en demostrar que una sociedad matriz o entidad afiliada ejercieron dominio o control sobre la entidad en cuestión, que además existió un elemento de fraude o abuso de la forma corporativa, y que el abuso fraudulento de la forma corporativa causó una lesión tangible.²⁶³

A. Dominación y control

Esta dominación y control debe ir más allá del control ordinario que una empresa matriz tiene con respecto de sus filiales, pues ciertamente hay una vinculación entre ellas que es completamente legítima y legal. Lo cierto es que, "los padres" y los accionistas dominantes casi siempre se involucran activamente en los asuntos de sus filiales. En ese sentido, para poder determinar si se traspasaron los límites

²⁶² Maurice Wormser, "Piercing the Veil of Corporate", *Columbia Law Review*, Vol. 12, No. 6, (Jun., 1912): 517, accesado 22 de diciembre de 2015, <http://www.jstor.org/stable/1110931> [mi traducción]

²⁶³ Véase: George Smith Douglas, "Piercing The Corporate Veil in Regulated Industries", *Brigham Young University Law Review*, *George Mason University School of Law*, (2008): 4, accesado 10 de agosto de 2015, http://ssrn.com/abstract_id=1090027

lícitos de dominación y control, la jurisprudencia estadounidense toma en consideración una serie de factores:²⁶⁴

1. Formalidades Corporativas

Se refiere al cumplimiento de todas las formas prescritas por la ley para la realización de actividades empresariales. El cumplimiento de la empresa con las formalidades corporativas, si bien es un factor que siempre se evalúa, por sí solo no es determinante. Debe valorarse con otros indicios, como el control impropio o "manipulación" de la filial. Se constituye entonces como un elemento en el análisis más.

2. Capitalización adecuada

Este es quizá el factor más importante, si la compañía fue dotada de recursos económicos necesarios. Sin embargo, tal afirmación tiene que ser evaluada adecuadamente, y bajo las siguientes premisas: 1) Infracapitalización implica dotar de un patrimonio que resulta inadecuado para el giro comercial y de los riesgos de la empresa. El capital debe ser ilusorio o insignificante en comparación con el negocio y los riesgos de pérdida. 2) Se debe evaluar el patrimonio de la empresa a la hora de su constitución, pues pudo haber tenido pérdidas durante el camino y tal situación per sé no puede ser castigada, porque constituye parte de los riesgos de emprender.²⁶⁵

²⁶⁴ Véase: Smith, "Piercing The Corporate Veil in Regulated Industries", *Brigham Young University Law Review*, *George Mason University School of Law*, (2008): 1-46, accesado 10 de agosto de 2015, http://ssrn.com/abstract_id=1090027

²⁶⁵ John H. Matheson, "Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil" *7 Berkeley Bus. L.J.* 1 (2010): 51 y ss, accesado el 10 de agosto del 2015 <http://scholarship.law.berkeley.edu/bblj/vol7/iss1/1>

3. Las transacciones entre empresas y la confusión de patrimonio

Otro factor que toman en consideración para determinar si se prescinde de las formas jurídicas es si existe relación transaccional inapropiada entre las entidades corporativas. Pueden considerarse como dominación y control o bien desvío de fondos. Claramente las transacciones entre corporaciones son legítimas y usuales,

4. Superposición de Oficiales y Directores

Aunque se cita como un supuesto, lo cierto es que la identidad de los directores de distintas empresas es una práctica común, que no implica que haya un uso indebido, por lo que en general dicho supuesto es insuficiente.

B. El fraude y el mal uso de la forma corporativa

Aunque se constaten los elementos anteriores, éstos no serían suficientes para perforar el velo corporativo, pues también -de acuerdo a la jurisprudencia estadounidense- es necesario que se demuestre un abuso de la forma jurídica que constituya fraude o injusticia a los demandantes.²⁶⁶

C. Causalidad del daño ocasionado

Además de la existencia de control y dominación, y la constatación de que se cometió un fraude o ilícito similar, la jurisprudencia requiere de la existencia de una lesión tangible, que sea causada directamente como consecuencia de los dos puntos anteriores.²⁶⁷

²⁶⁶ Véase: Smith, 13 y ss.

²⁶⁷ Véase: Smith, 15 y ss.

IV. Sección Cuarta. Modalidades y efectos del levantamiento del velo. Los velos de la danza.

Una vez analizados y expuestos los presupuestos en los cuales el velo social puede ser levantado, resulta imperante ahora preguntarse ¿cuál es el alcance del levantamiento del velo societario?, ¿siempre se requieren los mismos efectos jurídicos? y si no lo es, ¿cuáles son las modalidades o distintas clasificaciones de la penetración del velo social?

Según se deduce de lo desarrollado en los capítulos anteriores, podemos concluir que los supuestos y consecuencias son tan variados como los escenarios que se pueden presentar en las vías judiciales. Es incluso esta característica del fenómeno la que ha dificultado su sistematización. Todos los casos son distintos, así como la finalidad que cada uno persigue, pues el fenómeno societario y comercial es sumamente complejo.

Dicho esto, suelen ser terceros ajenos a la sociedad los que soliciten a los juzgadores hacer de lado la persona jurídica, sin embargo, también existen supuestos en los que son los mismos socios -algunos de ellos- quienes se ven perjudicados por la actividad societaria y sean ellos quienes pugnen por el corrimiento del velo social.

Varios autores han tratado este tema, pero de forma muy singular el profesor costarricense Ricardo González Mora los clasifica y distingue en siete hipótesis -para combatir el abuso societario- y les llama "los siete velos de la danza".²⁶⁸

1.- MIRAR DELANTE DEL VELO

En este estado de la investigación no existe realmente un levantamiento del velo, sino que se analizan los datos registrales que son disponibles para cualquiera.

²⁶⁸ Gonzalez Mora, El levantamiento del velo social y el desenmascaramiento de la personalidad jurídica, dentro de la obra de Daños y Perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial, 51.

Éstos pueden arrojar luces rojas. Implica analizar el patrimonio, los órganos de gestión y administración, etc.

2.- MIRAR DETRAS DEL VELO

Ahora sí, una vez recaba la información accesible y con suficientes indicios, esta constituye la primera etapa en la que se levanta "el telón" para poder acceder a la información que de otro modo es imposible obtener. Es el grado menos intrusivo de la desestimación de la persona jurídica. Se averigua entonces: ¿quiénes controlan a la sociedad? ¿quiénes son accionistas? ¿se vincula a otras sociedades? Dependiendo de lo que se encuentre, podría ser que el juez debiese "bajar el telón" y ese proceso detenerse en este estadio.

3.- PASEARSE DETRAS DEL VELO

En esta tercera aún no hay una penetración en el velo, pues el juez busca determinar y conocer el interés directo de los accionistas con respecto del patrimonio social. Aún no hay determinación de responsabilidad ni se ha atribuido ninguna consecuencia.

4.- PENETRAR EL VELO:

Ahora sí existe una decisión que tienen incidencia en los socios, pues ya se penetra el velo para efectos de atribuir responsabilidad. Sin embargo, no es tampoco uno de los mecanismos más severos, pues aún se admite y respeta la existencia de la sociedad, pero se levanta en relación a uno o varios socios.

5.- EXTENDER EL VELO

Este mecanismo pretende ya no dirigirse contra un socio, sino más bien extenderse a un grupo de sociedades. "Se trata de levantar el telón de cada sociedad para acto seguido "cosarlos" y bajar de nuevo un sólo telón sobre todo el grupo. El resultado es que ya no nos importa la "personalidad jurídica" de cada sociedad, sino la

"entidad empresarial" así creada. Es el caso de lo que se ha denominado "redes contractuales económicamente eficientes".²⁶⁹

Esta técnica opera a la inversa. Lo que se pretende es responsabilizar a las sociedades "llegándoles" a través de los socios.

6.- IGNORAR EL VELO

Ignorar el velo por completo, sería la etapa más gravosa o severa. Es ignorar y negar por completo la calidad de sujeto de derecho autónomo de la sociedad. La sociedad se considera entonces como una máscara sin contenido real y se da una desestimación absoluta.

7.- LOS PROPIOS ACTORES LEVANTAN EL TELON

Las técnicas descritas anteriormente pueden ser solicitadas en beneficio de los mismos socios, si alguno de ellos se ve perjudicado. Es aplicable por ejemplo en disputas entre dos socios, o un socio y la sociedad.

Resulta relevante destacar que, las técnicas o mecanismos expuestos son una clasificación doctrinaria de la desestimación de la persona jurídica, pero que es posible obtener un común denominador: en todas ellas se deja de lado "alguna o varias de las consecuencias que surgen de la calidad de persona jurídica que poseen las sociedades comerciales"²⁷⁰

En el caso de Argentina, en el que la jurisprudencia ha tenido la bondad de contar con una norma que habilite de forma expresa el corrimiento del velo social, López identifica esa clasificación de la siguiente forma:

1) Allanamiento de la persona jurídica: bajo esta técnica se da un desconoce o ignora la calidad de sujeto autónomo de derecho de una sociedad. En Argentina ha

²⁶⁹ González Mora, levantamiento del velo social y el desenmascaramiento de la personalidad jurídica, dentro de la obra de Daños y Perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial, 55.

²⁷⁰ López Raffo, El Corrimiento del Velo Societario. Alcances del art. 54, último párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales, 69.

sido aplicado en casos de simulación absoluta, o nulidad por objeto ilícito. Llamada también desestimación absoluta.

2) Inoponibilidad o ineficacia de la personalidad societaria: se considera inoponible la sociedad frente a un determinado acreedor. Llamada también desestimación parcial, pues la persona jurídica sigue manteniendo su calidad de sujeto de derecho frente a los demás.

3) Extensión de la quiebra: el autor también menciona la extensión de la quiebra a otras personas es también un supuesto que se fundamenta en otras normas (art. 161-162 Ley 2522).

El autor destaca que para efectos del estudio resulta relevante referirse de forma específica y analizar con mayor detenimiento el punto dos sobre la desestimación parcial, o inoponibilidad o ineficacia de la personalidad societaria. Por ello, propone una clasificación de los supuestos de esa desestimación, en cuanto a los destinatarios de los efectos de su aplicación:²⁷¹

A- En relación a un conflicto con terceros

1. Desestimación Activa:

Un tercero solicita la imputación de los actos societarios a los socios o controlantes no socios, en los casos en que fue utilizada su estructura para la consecución de fines extrasocietarios o como un mero recurso para violar la ley. Esta tiene dos variantes:

-Activa directa o frontal: Terceros acreedores de la sociedad solicitan la desestimación en contra de la sociedad y de algunos socios o controlantes no socios.

²⁷¹ López Raffo, 72 - 80.

-Activa indirecta o lateral: Terceros acreedores de los socios solicitan la desestimación en contra de la sociedad y de algunos socios o controlantes no socios.

2. Desestimación Pasiva:

Siendo un escenario bastante extraño, sería aquel en que para su beneficio los socios o controlantes no socios soliciten la desestimación, en contra de terceros. Cuando soliciten que una específica actuación de la sociedad se les repunte a ellos mismos.

-Pasiva directa o frontal: Esta se dirige contra acreedores de la sociedad.

-Pasiva indirecta o lateral: Esta se dirige contra acreedores de los socios.

B- En relación a un conflicto interno

1. Desestimación Activa: Es solicitada por algunos socios o controlantes no socios, o bien la misma sociedad, para que la actuación societaria se le impute a algún socio o controlante no socio, quien actuó desviadamente a través de las estructuras sociales.

2. Desestimación Pasiva: Es solicitada por algunos socios o controlantes no socios, para que la actuación societaria se le impute a los reclamantes.²⁷²

Otras clasificaciones que, si bien son más acordes a la doctrina anglosajona, merecen la pena mencionar, son Levantamiento inverso del velo corporativo y el Levantamiento triangular.

²⁷² También expuesto de esa forma por Salgado y Villalta, 318 y ss.; Manóvil 101.

A. El Levantamiento inverso del velo corporativo

En el supuesto de levantamiento inverso solicitado por un tercero, éste acreedor se va contra el dueño de una empresa para cobrar sus créditos, o bien contra la casa matriz de una filial, por las deudas de la primera. Es decir, se aplica cuando un accionista usa una estructura social como escudo para eludir responsabilidades personales. En Estados Unidos ésta técnica inversa no es tan aceptada como el levantamiento directo.²⁷³

B. Perforación triangular del velo corporativo

La perforación triangular ocurre cuando una compañía es encontrada responsable por las deudas de una filial o de otra compañía, a propósito de la actuación de un accionista o controlante (intermediario). La responsabilidad ocurre de forma triangular, primero de una sociedad, a un socio controlante y de este hacia una filial u otra compañía.²⁷⁴

Estas distintas clasificaciones en torno a los mecanismos y efectos de la desestimación de la personalidad jurídica son un claro retrato de lo complejo que ha resultado para la doctrina sistematizar la teoría del levantamiento del velo. Sin embargo, si algo no debe olvidarse, es que las clasificaciones son serviles, son creadas por el hombre para ordenar información y dar un sentido de estructura a los distintos fenómenos. Dicho esto, invita al lector a percibir que en todas las clasificaciones expuestas existen de modo subyacente los siguientes elementos:

1. Una persona jurídica (o varias) que ha sido utilizada para fines distintos a los que la ley ha dispuesto para ella.

²⁷³ Nicholas B. Allen, "Reverse Piercing of the Corporate Veil: a straightforward path to justice". *St. John's Law Review* 85, (2011): 1147- 1187, accesado 14 de enero del 2015, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/stjohn85 &div=37&id=&page=>

²⁷⁴ Véase: Jonathan A. Marcantel "Because Judges Are Not Angels Either: Limiting Judicial Discretion by Introducing Objectivity into Piercing Doctrine", *University of Kansas LawReview* 59, no. 2, (2011): 198, acceso, 04 de marzo del 2015 https://law.ku.edu/sites/law.drupal.ku.edu/files/docs/law_review/v59/01-Marcantel_Final.pdf

2. Personas físicas que aprovechándose de los atributos de la personalidad jurídica.

3. Un tercero, un socio o la misma sociedad como perjudicada por las acciones realizadas.

4. La posibilidad de desestimar la persona jurídica en distintos grados, sea desde sólo "mirando a través de ella", desestimándola parcialmente o bien desestimándola completamente.

Las distintas clasificaciones expuestas son, al fin y al cabo, distintas combinaciones de estos supuestos.

Capítulo Cuarto. El desarrollo de la teoría de la perforación del velo corporativo en Costa Rica

Título I. La teoría del levantamiento del velo societario y el ordenamiento jurídico costarricense

I. Sección Única. Levantamiento del velo social en Costa Rica

La figura de la perforación del velo corporativo no encuentra en el ordenamiento jurídico costarricense, a nivel genérico, una norma que faculte expresamente su utilización. En el medio doméstico, el somero desarrollo de este instituto ha tenido que producirse en la vía jurisprudencial, mediante algunas sentencias, especialmente en derecho laboral, tributario y de familia, más no así en derecho penal, que tangencialmente remite al análisis del fenómeno en estas áreas de la práctica forense.

De manera menos frecuente aún, en materia penal se ha autorizado el corrimiento del velo corporativo, sin embargo, su plena implementación se ve dificultada y aún muchas veces, imposibilitada, no sólo por la falta de una tesis clara sobre los alcances de esta teoría en el ámbito penal y el desarrollo de un “test” para su aplicación en materia procesal penal, sino también, por la aprehensión de fiscales, jueces y otros operadores del derecho hacia una tesis que en apariencia vulnera intereses jurídicos tutelados, como lo son la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

Más allá, el problema se materializa en la dificultad para investigar y resolver casos en los que la comisión del delito se realizó mediante la implementación de estructuras corporativas complejas, y tanto más, por cuanto la reticencia a franquear estos mecanismos imbricados muchas veces impide la recuperación de los bienes distraídos precisamente, merced de su enajenación a través de una estructura tal.

Aunado a eso, el vacío tanto legislativo y jurisprudencial, especialmente en materia penal, respecto del tratamiento jurídico de la teoría de la perforación del velo

corporativo, se enarbola desafiante frente a la tradicional consagración de la personalidad jurídica autónoma de las figuras asociativas mercantiles, distinta de la de sus socios.

Retomando, esta figura jurídica no encuentra en el ordenamiento normativo costarricense, a nivel genérico, una norma que faculte expresamente su utilización, como sí sucede en otras legislaciones, verbigracia la argentina y uruguaya. El somero desarrollo de este instituto a nivel nacional ha tenido que producirse en la vía jurisprudencial.

Aunque sin la nomenclatura precisa de "levantamiento del velo", esa facultad existe autorizada de forma expresa únicamente en algunos supuestos de hecho específicos en algunas ramas del ordenamiento jurídico, cuando autoriza a los operadores jurídicos a analizar y perseguir la verdad, más allá de las formas.

Por ejemplo en materia tributaria (Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley N.º 4755, artículos 8 y 17) y la defensa del consumidor (Ley N.º 7472, artículos 32 y 67) existe normativa de aplicación general que permite la desestimación de tales atributos de la personalidad jurídica cuando sean utilizados en forma abusiva. Otras normas puntuales que autorizan el corrimiento del velo son La Ley Orgánica del Banco Central, N.º 7558, artículos 141 a 150 y Ley Reguladora del Mercado de Valores, N.º 7732, artículos 30, 54, 55, 71 y 72 concretamente en cuanto a Grupos de Interés económico dedicados a actividad financiera; en materia de contratación administrativa mediante la Ley N.º 7494, artículos 22, 22 bis, incisos f e i, y 58, o para otorgar concesiones en el Código de Minería, Ley N.º 6797, artículo 29, entre otras, estas dos últimas, relativas a prohibiciones por parentesco. Además, en materia de quiebras (sea civil o penal), existen una serie de normas en las que bajo ciertas circunstancias se autoriza responsabilizar personalmente a los socios y dueños de las empresas en proceso de quiebra. (Artículos 851, 854, 880, 932 y 960 al 966 del Código de Comercio, 761 del Código Procesal Civil).

Algunos jueces, especialmente en el área del derecho de familia, tributario y derecho laboral, se han aventurado a prescindir de la personalidad jurídica en

casos concretos, fundamentando sus decisiones con base en la integración del ordenamiento.

Tal cual se expuso anteriormente, esta práctica se da -infrecuentemente- en materia penal. Inicialmente en esta investigación se partió del supuesto que los jueces de garantía y los de juicio eran quienes autorizaban el levantamiento del velo, a solicitud de parte. Sin embargo, conforme avanzó la investigación, salió a la luz que la realidad es muy distinta a la intuida, pues los jueces de garantía (que durante el transcurso de la investigación son los que autorizan a los fiscales a ejecutar actos que pueden lesionar derechos y garantías de los imputados o terceros) no emiten resoluciones que autorizan propiamente "el levantamiento del velo corporativo", sino que los fiscales se amparan en las resoluciones de allanamiento para secuestrar libros legales y obtener información privilegiada sobre las sociedades.

Más bien parece entonces que no se está haciendo un examen adecuado y razonado para autorizar o no el levantamiento del velo (entendido éste como "mirar más allá de la estructura societaria para averiguar quiénes son los socios, quién ha tomado decisiones, qué decisiones y rastrear patrimonio) y además se está dejando de lado un instrumento que podría ser de mucha utilidad para averiguar la verdad real, que al fin y al cabo, es el fin del proceso penal, por las razones que se desarrollarán en los siguientes acápite.

Es opinión de la autora que esta práctica jurídica entorpece y limita las investigaciones penales, y en consecuencia, la posterior imputación de estos delitos a las personas detrás de estas estructuras, así como la persecución de su patrimonio. Se observa, entonces, un problema teórico y normativo, que presenta severas repercusiones a nivel social y económico.

Pero antes de estudiar los problemas de la práctica jurídico-penal en relación a este instituto, merece la pena detenerse en el ordenamiento jurídico general y analizar la posibilidad que este ofrece para la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo.

A- Principios y normas generales que posibilitan su aplicación

i. Facultad Interpretativa del Juez (¿o deber?)

En páginas anteriores se expuso que esta investigación pretende estudiar una laguna normativa en la legislación costarricense, específicamente en cuanto al instituto jurídico de “la perforación del velo corporativo”.

La laguna de derecho es la carencia de toda solución normativa en el sistema jurídico²⁷⁵, y para resolverla, es preciso utilizar los procedimientos de heterointegración y autointegración. Rolando Tamayo y Salmorán en cuanto a la laguna derecho explica que en literatura jurídica "se entiende la circunstancia en que en un orden jurídico determinado no existe disposición aplicable a una cuestión jurídica (caso, controversia)."²⁷⁶

Sin embargo, a estas alturas de la investigación se puede sostener que, si bien no hay una regulación expresa general que faculte tal cual la aplicación del corrimiento del velo social, sí existen normas generales aplicables en relación a otras figuras que permiten la desestimación de la persona jurídica, o para ser más precisos, algunos de los atributos de la personalidad jurídica de las figuras asociativas mercantiles. Es decir, aunque no se adopta formalmente la figura del levantamiento del velo corporativo, existen normas que al aplicarlas facultan al juez a desconocer el principio de limitación de responsabilidad entre la sociedad y sus miembros y trasladarla a éstos últimos.

Estas normas, como se desarrolló en el capítulo tercero, son aquellas del abuso del derecho, la buena fe, el fraude de ley y la simulación. Adicionalmente encontramos que existen leyes que en su articulado contienen normas específicas que permiten a las autoridades judiciales hacer a un lado las formas jurídicas y conocer el

²⁷⁵ Véase: Carlos Santiago Nino, citado por: Salvador Castillo Garrido, “Lagunas del derecho y el dogma de la plenitud del sistema jurídico” *Revista Judicatura*, (2009): 35-46, accesado 19 de enero de 2013, http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/27/3%20Lagunas%20del%20derecho_Revista%20Judicatura.pdf

²⁷⁶ Tamayo, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, México, Themis, 1998, citado por Jose Luis Castillo Alva, et al., *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. 2da edición. (Lima Perú: ARA Editores, 2006), 37.

sustrato real y personal de las sociedades. Todas estas normas tienen que ser entendidas y ejercidas, además, al tenor de otras normas y principios orientadores de la actividad judicial, como se expondrá en próximas líneas, y que permiten -¡y exigen!- a los jueces a resolver los conflictos llevados a su conocimiento haciendo uso no solo de las normas escritas, sino de los principios generales del derecho, usos y costumbres y sobre todo de sus facultades interpretativas e integrativas.

En ese sentido,

Para Bobbio por integridad del ordenamiento jurídico se entiende la propiedad por la cual el ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. La integridad significa en la ausencia de lagunas (ausencia de norma para regular un caso específico). La integridad es una condición necesaria para los ordenamientos que apliquen como reglas para la solución de sus conflictos: que el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se le presenten a examen y que debe juzgarlas con base en una norma que pertenezca al sistema.²⁷⁷

La Carta Magna de Costa Rica establece la competencia judicial a los jueces del Poder Judicial en su artículo 153.

ARTÍCULO 153.- Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso - administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.²⁷⁸

Por el contenido de la norma citada, los jueces tienen la obligación de resolver sobre todas las causas que sean puestas en su conocimiento y no pueden -bajo ninguna circunstancia- alegar falta de norma escrita para apartarse de sus causas o algún extremo de ellas. Luego, el Título Preliminar del Código Civil -aplicable a

²⁷⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho, España, Debate, 1998*, citado por: Jose Luis Castillo Alva, et al., *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. 2da edición. (Lima Perú: ARA Editores, 2006), 37.

²⁷⁸ Asamblea Nacional Constituyente, "Constitución Política de Costa Rica del 08 de noviembre de 1949":153.

todo el ordenamiento jurídico y por ende a los jueces de todas las instancias y jurisdicciones- establece el sistema de fuentes del derecho que deben aplicarse en la actividad judicial, específicamente en los artículos 1 al 6 del Código Civil. Resulta particularmente importante recordar lo que reza el artículo primero:

ARTÍCULO 1º- Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.²⁷⁹

Luego el artículo dos establece la prioridad de aplicación cuando exista conflicto de leyes de distinto rango: se aplicarán las de rango superior. Posteriormente, en su articulado cuarto dispone que en defecto de norma escrita o uso y costumbre, se aplicarán los principios generales del Derecho, sin embargo estos nunca -aún con norma escrita válida- pierden su carácter informador del ordenamiento jurídico. Este debe leerse junto con el último párrafo del artículo primero citado, y los artículos 10 al 20 de la Ley General de la Administración Pública y artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido de que las fuentes no escritas del ordenamiento jurídico tendrán el rango de la misma norma que interpreten, integren o delimiten.

Además, como eje de la justicia, dispone en el artículo sexto que *"Los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido."*²⁸⁰, disposición que es reforzada por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual expresa:

Artículo 5.- Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos exceptuados por la ley; pero, una vez requerida legalmente su intervención, deberán actuar de oficio y con la

²⁷⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 63: Código Civil de Costa Rica, de 28 de setiembre de 1887.": 1.

²⁸⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 3284 Código de Comercio de la República de Costa Rica de 1964": 6.

mayor celeridad, sin que puedan retardar el procedimiento valiéndose de la inercia de las partes, salvo cuando la actividad de éstas sea legalmente indispensable.

Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y **tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten**. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito." (El subrayado es propio).²⁸¹

En resumen, los jueces están obligados a resolver todas las causas y ejercer su autoridad de conformidad con las fuentes de derecho ya expuestas en párrafos anteriores. En los casos en que se carezca o sea insuficiente la norma escrita, deberá aplicar los usos y costumbres así como los principios generales del derecho, los cuales tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimiten. Cuando sea una carencia de norma, entonces estas fuentes no escritas tendrán el rango de ley.

Los numerales anteriormente citados entonces otorgan y exigen al juez que hagan una labor interpretativa, integrativa y de delimitación del ordenamiento jurídico vigente. Sobre esta ocupación, la doctrina explica que:

Interpretar es para el Derecho: "comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido". Implica la posibilidad de comprender los símbolos lingüísticos con los

²⁸¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 8: Ley Orgánica del Poder Judicial del 1 de diciembre de 1937": 5. Último acceso: 04.11.2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=33635&nValor3=0&strTipM=FN

que la norma se expresa, captando su sentido y atribuyéndoles un significado. La interpretación no supone una valoración subjetiva del juez, sino una comprensión de las pautas valorativas fijadas en la ley que tienen una naturaleza eminentemente objetiva. No se agota tampoco en volver a conocer una manifestación del pensamiento sino que yendo más allá de la mera reproducción del mismo implica integrarlo en la vida en relación con el fin de prevenir y solucionar los conflictos de intereses.²⁸²

La labor de interpretación es de suma relevancia pues "el legislador como todo ser humano no puede proyectar ni imaginar todos los supuestos a los que la norma está en condiciones de abarcar. Aquí existe -como dice Hart- una relativa ignorancia de los hechos."²⁸³

Es decir, si bien la integridad del ordenamiento es el norte, lo cierto es que por distintas razones, sea la falta de imaginación del legislador, la mala técnica legislativa, la rápida evolución de la sociedad, el comercio y su configuración así como de las relaciones entre personas y entes, existe una amplia gama de supuestos de hecho en los que la determinación de la norma y solución jurídica aplicable no resulta tan clara. La labor hermenéutica del juez toma relevancia en esas circunstancias, y "mientras más generales y abstractos sean los términos del precepto, mayor es la exigencia de interpretar con el fin de adaptar el sentido de las normas a casos concretos. Sin interpretación no hay posibilidad que funcione en la práctica ningún orden jurídico."²⁸⁴

Es entonces, en atención a las labor judicial y las normas aludidas mencionadas, que la jurisprudencia ha tratado el tema del abuso de la personalidad jurídica a través del legendario instituto de la teoría del abuso del derecho, siendo que la normativa civil que la regula es de carácter general y aplicable, consecuentemente, a los distintos tipos de abuso del derecho, incluyendo por supuesto el abuso del derecho en materia societaria. El abuso de los socios en relación a los atributos de

²⁸² Castillo Alva, et al., Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales. 23-24.

²⁸³ Castillo Alva, et al., 33.

²⁸⁴ Castillo Alva, et al., 33.

la personalidad jurídica, como ya fue expuesto de forma más amplia en capítulos anteriores. Una exposición breve sobre el desarrollo jurisprudencial en Costa Rica será presentada de seguido.

B-El levantamiento del velo social y su desarrollo jurisprudencial en otras áreas del derecho.

Se ha manifestado ya que la legislación costarricense carece de una disposición normativa que contemple la figura del levantamiento del velo social, sea su concepto, presupuestos y muchos menos el procedimiento aplicable. Por ello, los jueces en ciertas materias, algunos con normas más "autorizantes" -por llamarles de algún modo- que otros, en una labor de hermenéutica jurídica han aplicado la doctrina del levantamiento del velo social ante ciertos casos particulares. Además, puede detectarse que en ciertos tribunales hay mayor recepción y aceptación de dicha doctrina. A continuación se presentará un esbozo de la realidad judicial en áreas de interés y en las que de hecho se ha analizado, aunque sea tangencialmente, la figura en estudio.

i. Jurisprudencia Civil

De las salas y tribunales que han discutido e implementado la teoría del levantamiento del velo social, ésta es la rama que quizá es más reticente y restrictiva a la hora de penetrar en la realidad social de las compañías y atribuirles consecuencias acordes a ese rompimiento. Ha reiterado la Sala Primera²⁸⁵ - en su función de alto tribunal civil- que dicho instituto debe aplicarse de forma excepcional y restrictiva, únicamente cuando exista fraude de ley y abuso del derecho, siempre respetando el derecho de defensa de las partes (es decir, necesariamente tienen que integrarse en la *litis* todas las sociedades y personas involucradas), y siempre que se haya solicitado en el momento indicado de acuerdo a los numerales del Código Civil que facultan su solicitud, a fin de respetar el principio de congruencia.

²⁸⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 796-F-02, de las 9:45 horas del 18 de octubre de 2002.

Esto evidencia además el yerro que cometen los abogados litigantes en torno a esta figura, pues en las sentencias estudiadas por el Dr. Soto Castro ²⁸⁶, se aprecia que en varias ocasiones no se otorgó la prescindencia de la personalidad jurídica y sus peticiones concretas, pues fallaron los litigantes en solicitarlo adecuadamente, o bien integrar en la litis a todas las partes que pudieron estar involucradas. No existe en la cultura jurídica, y por ende, en la praxis jurídica, claridad en cuanto a cuál es el procedimiento adecuado y cuáles presupuestos y normas deben invocarse.

ii. Jurisprudencia Tributaria

La jurisprudencia en materia tributaria -así como la laboral- fue la primera que utilizó la doctrina del levantamiento del velo social para resolver conflictos presentados ante su jurisdicción. ²⁸⁷ Esto no es de extrañarse, pues no es secreto para nadie que muchas empresas echan mano de las entidades societarias para reducir el monto de sus tributos y de esta forma defraudar al Fisco. La planificación fiscal es válida y legal, pero muchos grupos de empresas o grupos de interés económico han violado -de formas más o menos gravosas- normas tributarias, pues muestran una apariencia formal distinta de su realidad societaria y comercial. Por esa razón, "dicha jurisprudencia no ha sido tan conservadora como la civil, posiblemente por los principios que rigen cada una de las sendas ramas indicadas y el acentuado poder de imperio del Estado a la hora que actúa como recaudador de tributos". ²⁸⁸

La norma tributaria que los autoriza es el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que reza:

Artículo 8º.- Interpretación de la norma que regula el hecho generador de la obligación tributaria.

²⁸⁶ Soto Castro, 122 y ss, .

²⁸⁷ Soto Castro, 197.

²⁸⁸ Soto Castro, 198.

Cuando la norma relativa al hecho generador se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse ni apartarse expresamente de ellas, el intérprete puede asignarle el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo.

Las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes no obligan al intérprete, quien puede atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, cuando de la ley tributaria surja que el hecho generador de la respectiva obligación fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica.

Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la ley tributaria se debe aplicar prescindiendo de tales formas.²⁸⁹

Aunado y a propósito de este artículo, se fundamentan también en el principio de realidad económica, que según definido por el Tribunal Contencioso Sección Cuarta, es un:

mecanismo que permite a la Administración Tributaria prescindir de las verdades formales y adentrarse en la relación privada a fin de tratar de desentrañar la realidad material subyacente en el negocio. (...) Este principio tiene una inminente finalidad práctica, esto es, la de permitir a la Administración Tributaria - en primer lugar- y a los jueces apartarse del formalismo conceptual, para interpretar de modo adecuado las formas jurídicas para desprender la objetiva valoración de los hechos y por ende, de la realidad que realmente se da (...) para que la norma financiera cumpla la función prevista.²⁹⁰

Ahora bien, tal principio de realidad económica, así como lo dispuesto por el numeral 8 del Código Tributario citado, son aplicados -la mayoría de las veces- a favor de la Administración Tributaria. Empero, es igualmente aplicable a favor de

²⁸⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 4755: Código de Normas y Procedimientos Tributarios del 03 de mayo de 1971": 8. Último acceso: 01 de enero del 2016 http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6530&nValor3=100658&strTipM=TC

²⁹⁰ Tribunal Contencioso Administrativo Sección Cuarta, Segundo Circuito Judicial de San José. "Sentencia # 28 del 8 de junio del dos mil siete", a las once horas.

los administrados, pues constituye un límite y garantía de la actuar administrativo, pues el fin de la norma es favorecer la prevalencia de la realidad por sobre las apariencias formales.

iii. Jurisprudencia Laboral

El Derecho Laboral es parte del derecho social, y su función primordial es la protección de los trabajadores, quienes constituyen el eslabón más débil en la relación obrero- patronal. Así está dispuesto en el artículo 17 del Código de Trabajo, que textualmente indica: "Para los efectos de interpretar el presente Código, sus Reglamentos y sus leyes conexas, se tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social."²⁹¹

Desde esa visión teleológica, es que el respeto y aplicación del principio de primacía de la realidad cobra gran importancia, ante las amplias posibilidades que tienen los patronos para evadir sus responsabilidades "al ocultar formalismos que pretenden ocultar la realidad de las relaciones laborales".²⁹²

Como se mencionó en el apartado anterior, la jurisprudencia laboral fue la primera - junto con la tributaria- en hacer uso de la prescindencia de las formas jurídicas y penetrar en la realidad personal y patrimonial de las empresas y grupos de interés económico, para proteger los intereses de los trabajadores, en las circunstancias en las que, para evadir sus responsabilidades, las empresas echaran mano de las figuras societarias e incumplir la ley laboral, en las amplias gamas de posibilidades que existen para hacerlo.

²⁹¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 2: Código de Trabajo, Costa Rica del 29 de agosto de 1943": 17. Último acceso: 01 de enero del 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=0&strTipM=FN

²⁹² Soto Castro, 146, 147.

La aplicación del Principio de Primacía de la Realidad se ampara en el artículo 15 del Código de Trabajo, el cual establece que:

ARTICULO 15.-: Los casos no previstos en este Código, en sus Reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales de Derecho de Trabajo, la equidad, la costumbre o el uso locales; y en defecto de éstos se aplicarán, por su orden, las disposiciones contenidas en los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional de Trabajo en cuanto no se opongan a las leyes del país, y los principios y leyes de derecho común. (El subrayado es propio).²⁹³

Entonces, en los casos en los que no existe una ley explícita que otorgue a solución jurídica a determinados casos, el juez deberá hacer uso de los principios generales del Derecho de Trabajo, entre los cuales claro está, se encuentra el Principio de Primacía de la Realidad. Sobre este principio el Tribunal de Trabajo indicó que: "Según este, los hechos prevalecen sobre las formas, las formalidades o las apariencias. En ese entendido, para determinar la figura patronal, no interesa la forma de organización adoptada, sino, quién o quiénes en realidad la constituyen, a efecto de determinar él o los obligados respecto del trabajador".²⁹⁴

Esta cita ejemplifica además el supuesto de hecho en el que más se levanta el velo social en materia laboral: y es en la determinación de la figura patronal, pues a través de las sociedades algunas empresas tratan eludir sus responsabilidades, pues mediante la creación de varias sociedades, dividen sus operaciones, y suelen contratar mediante sociedades con patrimonio insuficiente, o hacen cambios de patrono (formalmente) para eludir aquellos derechos relacionados con la antigüedad de una persona como empleado de otra.²⁹⁵

²⁹³ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 2: Código de Trabajo, Costa Rica del 29 de agosto de 1943": 17.

²⁹⁴ Tribunal de Trabajo, Sección Primera, Segundo Circuito Judicial de San José, "Sentencia número 592, del cinco de noviembre de dos mil cuatro" de las ocho horas.

²⁹⁵ Véase: Salgado y Villalta, 711.

iv. Jurisprudencia Familiar

La mayoría de las resoluciones en materia de familia que aplican la doctrina del corrimiento del velo societario son aquellas en las que se disputan bienes gananciales. El entramado societario ha sido lugar favorito de muchos cónyuges, especialmente hombres, para esconder bienes y patrimonio que se constituye como ganancial y evitar que sean incorporados en los procesos judiciales en los que se hace la repartición de éstos.

Al no ser rastreables fácilmente las acciones, se traspasan a nombre de una sociedad - o bien desde un inicio se adquiere mediante la forma jurídica- los bienes que se van adquiriendo durante el matrimonio. Luego, al hacer un estudio de registro de los bienes a nombre de los cónyuges (sea que se estén divorciando, sea que se trate de una liquidación anticipada de bienes gananciales), muchos quedan por fuera porque nominal y formalmente están a nombre de sociedades que en muchas ocasiones la contraparte ni siquiera sabe que existe.

Sobre ello el Tribunal de Familia indicó:

(...) para este Tribunal se ha utilizado la figura de la sociedad mercantil y la independencia de su persona jurídica, para sustraer del patrimonio de los cónyuges los bienes que deberían liquidarse merced a la finalización de la vida conyugal. Y he aquí dos elementos muy significativos para determinar que se trató de una sociedad constituida con fines distintos al giro mercantil.²⁹⁶

La resolución más antigua localizada en la base de datos del Poder Judicial es la sentencia número 251 de las catorce horas cincuenta minutos del quince de abril de mil novecientos noventa y ocho del Tribunal de Familia, tres años después de su constitución.²⁹⁷ En esta sentencia analiza el caso de un finquero que traspasó bienes a favor de otras empresas. Se decretó la ganancialidad de las acciones de

²⁹⁶ Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Voto 885-07 del veintinueve de junio del dos mil siete", de las ocho horas diez minutos.

²⁹⁷ Véase: Soto Castro, 158.

dichas empresas y no se tomaron como propias del señor, pues no fue petición de parte, sin embargo, se analizaron los traspasos formales de bienes y realidad en cuanto el control de los mismos.

En la exposición de sentencias que hace Soto Castro, éste señala errores en los que la parte actora incurre y que ocasionan la imposibilidad de levantar el velo social. Primeramente existe la formulación de pretensiones que son incompatibles entre sí, y luego señala sin solicitar expresamente el corrimiento del velo societario, solicitan al juez que declare la confusión de patrimonios entre el cónyuge y las sociedades involucradas.²⁹⁸

Sobre el desarrollo jurisprudencial en materia de familia, Soto Castro expone que

la tendencia jurisprudencial ius familiar se dirige hacia la protección de la parte que está siendo vulnerada en el goce de sus derechos patrimoniales y además se nota la intolerancia hacia el abuso del derecho, la mala fe y el fraude de ley; toda vez que ha de darse preponderancia a los más altos fines éticos del Derecho, no siendo admisible -bajo ningún concepto- el uso "pervertido" del ordenamiento jurídico para conseguir objetivos innobles o violatorios de igualdad, dignidad y respeto de género.²⁹⁹

La normativa propia -además de los principios generales y teoría del abuso del derecho- en la que se basan los jueces en materia de familia para levantar el velo social y penetrar en la realidad económica y personal de las sociedades es el artículo 8 del Código de Familia, que indica en su segundo párrafo: "los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren, pero en todo caso, deberán hacer constar las razones de su valoración..."³⁰⁰

²⁹⁸ Véase: Soto Castro, 163-164.

²⁹⁹ Soto Castro, 190.

³⁰⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley 5476: Código de Familia, Costa Rica, del 05 de agosto de 1974." Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=FN Último acceso: 01 de enero del 2016. Artículo 8.

v. Jurisprudencia Constitucional

Si bien resulta relativamente atípico por la materia que conoce, La Sala Constitucional se ha referido positivamente sobre la teoría del levantamiento del velo social, autorizando su uso, particularmente en un caso de responsabilidad extracontractual. En un análisis muy adecuado, indica que:

La Sala admite la posibilidad de sancionar civilmente a aquellos sujetos de derecho nacional e internacional que materialmente no forman parte del sujeto garante y que actúan ocultamente utilizando personas físicas o jurídicas que operan bajo su mando; es con fundamento en el Principio Jurídico del Levantamiento del velo corporativo y con las figuras doctrinarias del Grupo Económico Empresarial y Holding Financiero, que ahora es posible responsabilizar en sede judicial a aquellas personas jurídicas y físicas que ocultan la realidad de los negocios bajo otras personas relacionadas directa o indirectamente con ellas. Esta modalidad se acomoda en la tesis del abuso de la personalidad jurídica, que consiste en el abuso de la inmunidad de responsabilidad que la ley otorga a socios o propietarios ocultos del patrimonio social, para cometer actos lícitos o ilícitos por medio de la sociedad que controlan; escudo o impunidad que se materializa cuando la persona es utilizada en forma dolosa para lograr una irresponsabilidad económica y penal, mediante el fraude y el ocultamiento de la realidad. Bajo estos elementos, el levantamiento del velo social surge con la utilización del régimen social para aprovechar las ventajas o privilegios de la limitación de su responsabilidad, bajo modalidades de fraude, ocultamiento y mala fe. (El subrayado es propio).

301

Si bien esta resolución constitucional se refiere a un caso ambiental en el que se discutía la responsabilidad civil extracontractual, del desarrollo, exposición conceptual y fundamentación jurídica se deduce, no solo la constitucionalidad de dicho instituto, sino también que resulta aplicable a todo el ordenamiento jurídico.

³⁰¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 2010-09966 de las 15:38 horas del 9 de junio de 2010.

Título Segundo. Proceso Penal y penetración en la realidad corporativa

I. Sección Primera. Realidad jurídico-penal: inconveniencias e irregularidades

La hipótesis inicial de este trabajo partía del supuesto que en materia penal los Jueces de garantía eran los operadores jurídicos encargados de conocer las solicitudes de levantamiento del velo social en cuanto al acto investigativo y consecuentemente el Tribunal de Juicio en cuanto a efectos y consecuencias jurídicas, una vez establecido y probado el abuso de la personalidad jurídica. Esa presunción encontró motivo en el hecho ya esbozado de que el Juez de garantías es el encargado de autorizar cualquier acto que pueda lesionar derechos y garantías de cualquier persona, especialmente las constitucionales.

Para sorpresa de la autora, al realizar varias entrevistas y sostener reuniones con varios fiscales, algunos jueces y letrados, constató que en la práctica jurídico-penal los fiscales y las partes no presentan solicitudes del levantamiento del velo societario, como sí lo hacen cuando quieren penetrar en otros ámbitos de intimidad, como por ejemplo mediante solicitudes de levantamiento de secreto bancario, solicitudes de levantamiento de secreto tributario , solicitudes de allanamiento, etc.

Ante esas circunstancias no fue posible analizar sistemáticamente las resoluciones se creía autorizaban o discutían la posibilidad de levantar el velo social y penetrar en la realidad de las compañías; con el propósito de determinar si la falta de regulación tenía consecuencias en cómo los jueces tomaban las decisiones, si tenía consecuencias en el curso de la investigación y en el cumplimiento de los fines del proceso.

Con la propuesta de analizar las resoluciones (que luego se supo no existen) hubiera podido examinarse cuáles eran los supuestos en los que los jueces los autorizaban, qué indicios se necesitaban presentar, si existía uniformidad de criterio entre los jueces, cuáles consecuencias se imponían civilmente al

constatarse un abuso de la personalidad jurídica, el porcentaje de reticencia o aceptación de la figura por parte de los operadores, etc.

La pregunta que sigue resultó evidente: Entonces, si no existen resoluciones que autorizan el levantamiento del velo social, ¿cómo se investigan los delitos en los que existe un uso abusivo de entidades sociales y corporativas? ¿Cómo hacen las partes para penetrar las estructuras formales, el anonimato y la separación para conocer la verdad detrás de la telaraña corporativa, si no existen resoluciones que autoricen la penetración en el sustrato formal societario?

Ante estos cuestionamientos es menester hacer algunas precisiones.

1. Primero reiterar que "levantar el velo corporativo" no es un concepto unívoco, sino que puede referirse a dos cosas: a. levantar el velo como acto de investigación, de conocimiento, de constatación de quiénes son los socios, qué decisiones se tomaron, cuál es el patrimonio, etc. y b. como desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica parcial o totalmente, en este segundo supuesto se habla ya de consecuencias jurídicas que deberán asignarse en los casos en que se haya constatado el abuso de las formas jurídicas para la comisión de delitos.

2. Que el Derecho Penal es un derecho de *ultima ratio* cuya finalidad es la búsqueda de la verdad real y que para su consecución goza de libertad probatoria. Además que la responsabilidad penal es subjetiva, y las personas jurídicas no son susceptibles de ser castigadas penalmente, por el método de conformación de su voluntad.

3. Por las características antes descritas y por los fines del proceso penal, resulta ilógico creer que éste siga sin reparo los formalismos propios de otras áreas como lo son la Civil y Mercantil, pues sus principios y fines no lo permiten. Cada área tiene sus propios institutos procesales y herramientas jurídicas que se adaptan a sus específicas necesidades, y que (al ser las clasificaciones un invento del hombre para poder estructurar de alguna forma las ideas, vida y sociedad) en la realidad jurídica terminan entremezclándose un poco con y en otras áreas del derecho. No se puede trasladar el formalismo comercial a una investigación penal y el tratamiento jurídico de la figura del levantamiento del velo en ésta debe

entenderse a merced sus principios rectores, sus normas concretas y sus fines. Si se juega bajo las reglas comerciales, éstas deben respetarse. Pero en el momento en que exista sospecha que se ha cometido una infracción a la norma penal el juez no debe permitir que se cumpla el resultado contrario a derecho que se persiguió con el abuso de la estructura de las personas jurídicas.

4. La aplicación del instituto puede ocurrir tanto para favorecer el ámbito puramente penal, como al ámbito civil en cuanto a la reparación debida por el hecho punible.

Ahora bien. Tras realizar varias entrevistas a distintos operadores jurídicos de altos rangos³⁰², se constató que en los casos en que existen sociedades involucradas en la comisión de un ilícito, generalmente las actuaciones de la Fiscalía son:

1. Solicitud de una personería de la sociedad al Registro Público Nacional, a fin de determinar quién o quiénes son los representantes de éstas. A ellos son quienes normalmente se les imputa el delito en los casos en que la actividad fuera hecha por medio de la compañía.

2. Cuando sí se decide ir más allá y se "levanta el velo" en la investigación, ésta se hace por medio de la información obtenida en los allanamientos, en los casos en que tuvieren la suerte de encontrarse los libros legales de la compañía y demás documentos corporativos. El gran cuestionamiento que surge es que esto se realiza sin que haya una solicitud específica de acceso a esa información privilegiada, una solicitud de penetración en ese fuero especial, sino más bien se basan en una autorización genérica. Por otro lado, "levantar el velo" de esta forma se podría entender únicamente en el sentido de mirar detrás de las estructuras para descubrir quiénes son los socios, y no en cuanto a efectos o consecuencias por el abuso.

³⁰² Entrevista realizada a los fiscales: HENDERSON GARCÍA, OSVALDO, Fiscal Coordinador de la Fiscalía de Legitimación de Capitales. Entrevista realizada por Carolina Isabel Damha Najjar el día 25/06/2015, Hora: 2:00, sobre el tema: Levantamiento del velo social en materia penal y González Ugalde, Criss, Fiscal Coordinadora de la Fiscalía de Económicos Tributarios y Aduaneros. Entrevista realizada por Carolina Isabel Damha Najjar el día 02/07/2015, Hora: 2:00, sobre el tema: Levantamiento del velo social en materia penal.

A. Problemas de la praxis jurídico penal

Hasta aquí ya se identifican por lo menos 4 problemas:

i. Se limita la investigación

Gran problema resulta la falsa creencia de que los administradores "casi siempre" son los socios, pues bajo esa creencia no se está yendo más allá de la mampara misma. No se puede ignorar el hecho que en numerosas ocasiones esto es lo que ocurre, empero en las grandes defraudaciones -por ejemplo-, en el crimen organizado o el lavado de dinero es difícil creer que quienes toman decisiones vayan a exponerse de esa forma. Además la realidad jurídica es que en Costa Rica cualquier tercero ajeno a la sociedad puede ocupar cargos de representación en ella y la ley no requiere que sea socio, a menos que así se exprese en el pacto constitutivo.

Más allá de la atribución de responsabilidad a los administradores o representantes de sociedades, en la práctica jurídico-penal costarricense se omite con frecuencia indeseada indagar y analizar el grado de participación y conocimiento que tuvieron los socios en los ilícitos cometidos cuando hay sociedades involucradas. Desde la perspectiva de política criminal, esto corresponde a lo que se observa ha sucedido desde tiempos inmemoriales. Los delitos de cuello blanco no han sido de interés para el Estado. Esto es reprehensible, porque a la fecha se conoce con mucha más precisión el enorme daño que este tipo de criminalidad provoca a la sociedad.

Adicionalmente, haciendo de lado el tema de política criminal y lesividad social, esta omisión es capaz de producir un perjuicio directo para quien fuere la víctima de estos delitos. Se le está privando de incorporar al proceso a sujetos de derecho que podrían responder (tanto penal como civilmente) por el daño que se les ha causado.

Los fiscales y actores del proceso en general tienen que ser más conscientes de los derechos patrimoniales de las víctimas. Si el Estado ha "monopolizado" la

venganza, debe cerciorarse de hacer su trabajo de la mejor manera, a fin de no causar perjuicio a quienes ya de por sí han sufrido consecuencias nocivas por un ilícito. En el seno de una causa penal, la labor investigativa fiscal es crucial para imputar a todos los posibles y plausibles autores del delito y para demandar a todas las personas que pueden ser responsables civilmente, (y que no necesariamente son las mismas).

Los fiscales tienen muchísimas más potestades que la parte privada/querellante / actora civil no tiene, y en honor a esos atributos estatales debe procurar una investigación en la cual idealmente se logre condenar a todo aquel quien ha infringido el ordenamiento penal, -¡idealmente claro está!- y también a aquel que por ley sea responsable (en el caso de responsabilidades civiles objetivas, por ejemplo). Si bajo esos principios e ideales se trabaja, el desarrollo del instituto del levantamiento del velo social en materia penal sería una herramienta casi ineludible para el correcto desenvolvimiento de aquellos casos en los que se utilice de manera abusiva la personalidad jurídica de las formas asociativas mercantiles. Casos que, debe decirse, no son pocos.

ii. Cuando no se encuentran libros en el recinto allanado

¿Qué sucede cuando no se encuentran libros o documentos corporativos en los allanamientos? Pareciera que sólo puede conocerse el sustrato real cuando el Ministerio Público y los policías judiciales tienen la suerte de encontrar libros y/o acciones en los allanamientos. Esto significa que en una gran cantidad de ocasiones se está dejando por fuera de las investigaciones y procesos a posibles imputados y patrimonios, en perjuicio sobre todo de la víctima.

El allanamiento se realiza en relación a un lugar, no a una persona. Si los libros no estaban en el recinto, ¿cómo se podrán obtener la información? ¿qué autorización tienen para acceder a esa información privilegiada si necesitaran obtenerla fuera del escenario de un allanamiento. Si existiera una orden de levantamiento, los fiscales tienen más posibilidad de ordenar su entrega, pues podrían compeler al

custodio de los libros (que en muchas ocasiones son los Agentes Residentes), que en el caso de incumplir estaría cometiendo el delito de desobediencia a la autoridad.

iii. Inexistencia de autorización expresa y análisis adecuado

Por otro lado, no menos importante es el hecho que pareciera ser que el allanamiento es una forma subrepticia e incorrecta de penetrar en las estructuras societarias, porque tanto en las solicitudes así como en las resoluciones que autorizan el allanamiento, no se hace especial mención y análisis sobre el tema de los libros societarios, y resulta que éstos no son cualquier documento privado, sino que tienen un fuero especial de protección.

¿Es suficiente la Ley de Registro y Secuestro de Documentos ?

Considera que esa no es la forma adecuada de proceder, primero porque los libros sociales no son documentos privados cualquiera, sino que resguardan el velo social, que tiene un fuero especial consagrado en la normativa Comercial y que para ser penetrado necesita de un examen particular que no exige la Ley de Registro y Secuestro de Documentos y que los jueces tampoco hacen.

Ahora, no puede evitarse el análisis de las facultades otorgadas en La Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones. Ésta en su artículo primero establece la competencia de los tribunales, e indica:

ARTÍCULO 1.- Competencia. Los Tribunales de Justicia podrán autorizar el registro, el secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento. Para los efectos de esta Ley, se consideran documentos privados: la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra

forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo.³⁰³

Ese numeral entonces faculta que el juez penal autorice el secuestro de cualquier documento privado, incluyendo "libros". A primera lectura pareciera que autoriza el secuestro de los libros sociales, pero sin duda esa interpretación de dicha disposición normativa es polémica, por las razones que expresó anteriormente: los libros sociales no son documentos privados cualquiera, sino que resguardan el velo social, que tiene un fuero especial consagrado en la normativa Comercial.

El profesor Ewald Acuña³⁰⁴ sostiene que esa alusión a la palabra "libros" hace referencia a otro tipo de documentación privada, por ejemplo libros contables. Además manifiesta que ese numeral de la Ley de Registro y Secuestro de Documentos debe integrarse con el artículo 2 del Código Procesal Penal, el cual estipula:

Regla de interpretación. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento.³⁰⁵

Es decir, debe leerse e interpretarse el vocablo "libros" de forma restrictiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo citado. Los registros de accionistas, de socios o de cuotistas tienen un valor supra, son documentos todavía mucho más protegidos

³⁰³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° No.7425: Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, de 09 de agosto de 1994." Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=16466&nValor3=17615¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=3&strSim=simp. Artículo 1.

³⁰⁴ Acuña, Ewald, abogado litigante especialista en Derecho Penal, primer juez de instrucción en aplicar en materia penal, caso Banco Anglo la doctrina del levantamiento del velo. Entrevista realizada por Carolina Isabel Damha Najjar el día 20/11/14 , Hora: 10:00, sobre el tema: Levantamiento del velo social en materia penal.

³⁰⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996). Artículo 2.

que el resto de documentos privados, porque precisamente ésta es la razón de ser de la Ley Comercial.³⁰⁶

Parece entonces que no es suficiente la aplicación de la Ley de Registro y Secuestro de Documentos. Que esta sea la forma como se "levanta el velo social" genera una serie de inconveniencias tanto prácticas como jurídicas. Sin embargo considera que es un problema que podría solventarse si en la práctica se hiciera una debida aplicación del artículo tres de esa ley, que señala cuales son los requisitos de la orden de secuestro, registro o examen. Exige que dicha orden debe efectuarse mediante auto fundado, lo que significa que debe fundamentarse adecuadamente que dichos documentos pueda servir como prueba indispensable de la comisión de alguna conducta delictiva, así como la ponderación de los derechos lesionados con la necesidad de protección de otros valores de igual o mayor importancia.

Pero este examen debe ser individualizado, pues el artículo tercero mencionado claramente estipula que deben individualizarse, de ser posible, los documentos sobre los que se ejecutará la medida de registro, secuestro o examen, el nombre de la persona que los tenga en su poder y el lugar donde se encuentran. Además sostiene que "de ser secuestrados otros documentos que no se incluyan en la orden, deberán restituirse inmediatamente a quien se le secuestraron, salvo que el Juez los estime trascendentales para esa u otra investigación; si así fuera, el Juez deberá ampliar la orden para incluirlos y justificar el motivo por el cual se incluyeron."³⁰⁷

Si en ese auto fundado, el juez hiciera un análisis propio sobre la procedencia o no del levantamiento del velo, del descubrimiento de información protegida por las estructuras y atributos propios de la personalidad jurídica, y además hace un examen adecuado conforme las reglas y criterios que se han ido desarrollando a lo

³⁰⁶ Acuña, Ewald, abogado litigante especialista en Derecho Penal, primer juez de instrucción en aplicar en materia penal, caso Banco Anglo la doctrina del levantamiento del velo. Entrevista realizada por Carolina Isabel Damha Najjar el día 20/11/14 , Hora: 10:00, sobre el tema: Levantamiento del velo social en materia penal.

³⁰⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° No.7425: Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, de 09 de agosto de 1994." Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=16466&nValor3=17615¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=3&strSim=simp. Artículo 3.

largo de esta investigación, entonces considera la autora que podrían solventarse los problemas ya indicados y los que se expondrán en los subsiguientes párrafos.

Los Fiscales entrevistados no creen que sea necesaria más regulación en este sentido porque podría "amarrarlos". Sí consideran que la Ley de Registro y Secuestro de Documentos es suficiente. Lo que parece suceder es que lo que formalmente se conoce en otras materias del derecho como "levantamiento del velo", es arrasado en materia penal bajo la premisa del descubrimiento de la verdad real y la libertad probatoria, y omiten ciertos "formalismos" o exámenes en aras de buscar esa verdad real. Considera que esa es la dificultad de trasladar una figura comercial al área penal. Sin embargo, es una figura que bien trasladada podría abrirles muchas puertas a los Fiscales y a los Querellantes y Actores Civiles, y que los primeros no están conscientes de ello, sino más bien preocupados que cualquier regulación u otro enfoque más bien entorpezca la investigación.

Curiosamente, ambos fiscales sacaron a relucir la necesidad de un Registro Estatal de Accionistas. Según sostuvo Osvaldo Henderson³⁰⁸ una de las recomendaciones del GAFI y requisitos del OCDE es la creación de dicho Registro, y según él, va a suceder más temprano que tarde. Otro asunto en relación a la OCDE, es que pide como uno de los requisitos de acceso al organismo, que la legislación del país que esté ingresando a la OCDE permita que se condenen a las personas jurídicas. El Ministerio Público está trabajando en un proyecto de ley en este momento para poder imputar penalmente a las personas jurídicas. Se trae a colación porque el Fiscal Cubillo³⁰⁹ en un artículo que publicó años atrás sobre el Banco Anglo- y la Fiscal González³¹⁰, expresaron el criterio que la imputación penal a las personas jurídicas solventaría la necesidad de "ir más allá" de la estructura societaria.

³⁰⁸ Henderson García, Osvaldo, Fiscal Coordinador de la Fiscalía de Legitimación de Capitales. Entrevista realizada por Carolina Isabel Damha Najjar el día 25/06/2015, Hora: 2:00, sobre el tema: Levantamiento del velo social en materia penal.

³⁰⁹ Véase: Juan Carlos Cubillo Miranda, "Debate del Banco Anglo Costarricense y la participación de la persona jurídica" *Cuaderno de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica N° 10*. Costa Rica N° 10" (s.f) 75-90, accesado http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/cuaderno_estudio/Cuaderno10.pdf

³¹⁰ González Ugalde, Criss, Fiscal Coordinadora de la Fiscalía de Económicos Tributarios y Aduaneros. Entrevista realizada por Carolina Isabel Damha Najjar el día 02/07/2015, Hora: 2:00, sobre el tema: Levantamiento del velo social en materia penal.

iv. Problema Jurídico. El allanamiento: una medida gravosa

El allanamiento es la excepción a la garantía constitucional consagrada en el artículo 23 de la Carta Magna, que otorga a los ciudadanos la inviolabilidad de su domicilio y otros recintos privados. Existen tres supuestos en los que un juez mediante resolución fundada puede autorizar el allanamiento de un recinto: 1- para impedir la comisión de un delito, 2- impedir la impunidad de delitos, o 3- evitar daños graves a las personas o a la propiedad. El allanamiento "... consiste en el franqueamiento compulsivo de estos [recintos privados], practicado por autoridad habilitada a tales efectos, previo cumplimiento de las exigencias previstas en la ley de rito y con la finalidad procesal: el registro y secuestro de las cosas relacionadas con el delito, la detención del sospechoso, imputado o evadido, la inspección del lugar, etc."³¹¹

El Código Procesal Penal (artículos 193 y siguientes) lo establece como un medio de prueba, por eso debe entenderse a la luz de lo dispuesto por los artículos 180 y siguientes de ese cuerpo de leyes, en relación a los métodos de investigación del Ministerio Público para la averiguación de la verdad real de los hechos, a merced del cumplimiento de los fines del proceso, la investigación y la persecución penal.³¹² Tiene doble naturaleza jurídica, es un medio de prueba, pero también un acto de investigación.³¹³

Es un medio de obtención de prueba, de rango constitucional, un acto de naturaleza coercitiva irrepetible y al cual le acompañan también factores como la inmediatez, sorpresa y confidencialidad, es además un acto de investigación y se debe emplear "cuando se estime que el titular del derecho de exclusión del lugar que se quiere registrar, posiblemente no se preste voluntariamente a la realización

³¹¹ Carlos Eduardo Bonilla, Manual de técnica policial (Buenos Aires, Argentina: Universidad S.R.L., 1992), 299.

³¹² Véase: Carolina Muñoz Con y Ruiz Ugalde, Alfonso. "El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su Incidencia en los Derechos Fundamentales". (Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 11.

³¹³ Carolina Muñoz Con y Alfonso Ruiz Ugalde, "El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su Incidencia en los Derechos Fundamentales". (Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 13.

del acto, la ley autoriza al juez disponer de la fuerza pública y ordenar el allanamiento".³¹⁴

La diligencia supone varias operaciones: la entrada (que debe cumplir con las formalidades de ley), el registro del recinto, el secuestro de prueba y evidencia, la detención de un sospechoso y la prestación de auxilio.³¹⁵ Sin embargo, las últimas tres son ocasionales, pues no siempre se realizan, ya que depende de cada caso específico, de las necesidades del proceso y de lo que encuentren en el lugar.

El objeto o fin del allanamiento es la obtención y conservación de elementos de prueba que no se hubieran podido recabar de otro modo. Para su autorización, deben existir elementos de convicción que hagan presumible que en ese recinto existe material probatorio útil para la causa, sean objetos, instrumentos o personas vinculadas a los hechos investigados.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su Voto N° 4029-92 de las 9:30 horas del 22 de diciembre de 1992, advirtió sobre los límites del allanamiento, al ser una figura cuya aplicación violenta derechos constitucionales:

El allanamiento no constituye un fin en sí mismo, por el contrario, el constituyente autorizó que se violara el ámbito de intimidad en los casos expuestos, atendiendo a la necesidad de defender otros valores de igual o mayor importancia, como lo son la justicia o la protección de los valores jurídicos fundamentales de la colectividad (la vida, la propiedad, por ejemplo). El ordenamiento penal tiene su razón de ser en la necesidad de proteger esos valores, cuando no sea posible su salvaguarda por medios menos drásticos y es con ese fin que se limitan los derechos individuales, en la medida indispensable para proteger los de la colectividad. (El subrayado es propio).³¹⁶

Entonces, si bien el allanamiento es una de las formas más seguras y rápidas de obtener evidencias (con el fin de evitar que sean destruidas o movilizadas del

³¹⁴ Véase: Jose Caferata Nores, Medidas de coerción en el proceso penal (Córdoba, Argentina: Editora Córdoba, 1994), 146.

³¹⁵ Véase: Muñoz Con y Ruiz Ugalde, "El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su Incidencia en los Derechos Fundamentales", 14.

³¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Voto N° 4029-92 del 22 de diciembre de 1992" de las 9:30 horas.

lugar), una de sus características intrínsecas es la violación de derechos fundamentales,³¹⁷ como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad de domicilio e inclusive en algunas ocasiones, el derecho a la libertad de tránsito.

Es decir, es una medida demasiado gravosa que se puede evitar en algunos casos. Por ejemplo, existirán situaciones fácticas en las que para obtener los libros de Registros de Accionistas o Cuotistas no sea necesario afectar de esa manera todos esos derechos fundamentales, por ejemplo en el caso que un tercero imparcial sea el tenedor de los libros, o en los casos en que los Contadores o Agentes Residentes tienen copias de los registros de socios, etc. En esos casos, con una resolución de un juez autorizando la obtención de dichos documentos, la policía judicial puede ir a secuestrarlos, como se le llama en la jerga penal, sin necesidad de un despliegue tal como lo es el allanamiento.

Luego, también están los casos en que por las condiciones de la causa no se justifique un allanamiento -por ser demasiado gravoso-, pero sí existen elementos suficientes para que el juez ordene el levantamiento del velo. En esos casos, podría hacerse una solicitud de levantamiento del velo específicamente ante el juez penal de garantías y tratar de obtener los documentos por los medios disponibles en cada causa: documentos de respaldo que tengan los bancos -como certificaciones de participación accionaria-, documentos contables, certificaciones o archivo de referencias del Agente Residente o Notarios en general, etc.

Al igual que el allanamiento, la perforación del velo puede servir como medio de obtención de prueba y como acto de investigación. Sin embargo, en ciertos casos el levantamiento como acto de investigación será insuficiente para lograr los fines deseados. Es decir, si quedase como un mero acto de investigación y medio de prueba se echaría de menos la consecuencia jurídica que sería esperable imponer cuando se encuentre un abuso de las formas jurídicas y un daño a la víctima o un tercero.

Entonces, sucede que el levantamiento del velo en materia penal es jurídicamente posible en Costa Rica, sin embargo en las etapas de investigación de los procesos

³¹⁷ Véase: Muñoz Con y Ruiz Ugalde, 9.

penales en vez de aplicarse expresamente, se hace de manera solapada, cuando en realidad sí es posible hacerlo amparándose en la normativa existente. Este último extremo será lo que nos ocupe en las próximas líneas.

II. Sección Segunda. Proceso Penal y sus fines, etapas y actores

Ya hemos expuesto a lo largo de esta investigación la naturaleza jurídica, evolución, teorías y estado actual de la personalidad jurídica de las formas asociativas mercantiles. También se analizaron algunas formas en la que éstas son utilizadas de forma abusiva y se hizo referencia a los delitos en los que esto sucede en forma común. Posteriormente se estudió la doctrina del levantamiento del velo social como instrumento y remedio ante las sendas formas de abuso de la personalidad jurídica y su desarrollo doctrinario y jurisprudencial en algunas jurisdicciones extranjeras y en el fuero doméstico.

Ahora, como el objeto de estudio de esta investigación es el levantamiento del velo social en la jurisdicción penal, resulta apremiante referirnos aunque sea referencialmente, a los fines del proceso penal, sus actores y etapas. Esa exposición resulta relevante para poder evidenciar la importancia del instituto "levantamiento del velo" como una herramienta jurídica que resulta acorde a dichos principios y estructura jurídica, y que debe ser utilizada por las partes y autorizada por los jueces a fin de cumplir los propósitos del proceso penal, sus garantías y los derechos de las partes involucradas.

A. El proceso penal y sus fines

Se ha sostenido por decenas de años que el fin del proceso penal es establecer la verdad real o verdad histórica de los hechos para resolver los conflictos que surgen a raíz de la comisión de un delito, a fin de dar cumplimiento a la ley penal que se aduce violada y procurar restaurar la armonía social dentro del marco de los procesos y garantías que delimitan el *ius puniendi*, siempre en respeto irrestricto de los derechos humanos.³¹⁸

³¹⁸ La autora se sustrae de las discusiones y críticas en cuanto a las teorías clásicas relativas al fin de proceso penal, por cuanto escapa del propósito de este trabajo.

Es decir el proceso penal es creado en -por lo menos- tres sentidos: Para a) regular la actividad represiva del Estado (*ius puniendi*), b) legitimar la función judicial para la intervención del juez penal, c) restaurar la armonía social.

Klaus Volk sostiene que el proceso penal tiene tres fines: la búsqueda de la verdad real, la búsqueda de la justicia y la búsqueda de la paz jurídica, pero además señala que "entre esas metas existe, en todo caso, un equilibrio muy inestable".³¹⁹ Por otro lado el profesor Claus Roxin expone su postura e indica que "El fin del proceso penal tiene, entonces, *naturaleza compleja*: la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión."³²⁰ En esos "fines del proceso penal", expuestos por diversos doctrinarios, se echa de ver que la protección de la víctima es uno de los pilares de los sistemas penales, especialmente los acusatorios, en los cuales el papel de la víctima toma mayor relevancia y se le otorgan más derechos dentro del proceso. Al respecto, Gimeno Sendra señala que la doctrina ya es pacífica en cuanto a que "la reparación de la víctima constituye uno de los fines del proceso penal"³²¹, aunque sin dejar de advertir que pese a ello "en la práctica, la acción civil que se ejercita en éste es relegada a un segundo plano".³²²

El Derecho Procesal Penal, que es el que faculta y modula la aplicación de la ley sustantiva, tiene una relación estrecha con el Derecho Penal, "como corresponsables de la configuración de la política criminal y como ejes estructuradores de lo que se ha denominado "Sistema Penal" o "Sistema de Justicia Penal", que es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal."³²³

³¹⁹ Minor E. Salas, "Panfleto contra la teoría de los fines del proceso penal. (Notas polémicas contra una ideología (¡mentirosa!) de los Juristas)", en *Derecho Procesal Penal Costarricense*, tomo I, 2da ed. (San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales, 2011), 233.

³²⁰ Minor E. Salas, "Panfleto contra la teoría de los fines del proceso penal. (Notas polémicas contra una ideología (¡mentirosa!) de los Juristas)", 232.

³²¹ Gimeno Sendra, prólogo obra de Martín (2007, 18) citado por: Rafael Sanabria Rojas, La reparación civil en el proceso penal. Premio Ulises Odio Santos 2009, 2da ed. (San José Costa Rica, EDITORAMA SA., 2013), 23.

³²² Gimeno Sendra, prólogo obra de Martín (2007, 18) citado por: Rafael Sanabria Rojas, La reparación civil en el proceso penal. Premio, 23.

³²³ Alberto Binder, Introducción Al Derecho Procesal Penal, 2da ed. actualizada y ampliada. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc, 1999): 41, accesado el 26 de diciembre del 2015,

A propósito de ello, Binder define la política criminal como "el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad."³²⁴ Bajo esa tesis se puede afirmar que la implementación -¡o no!- de ciertas herramientas procesales para la averiguación de la verdad real, la protección de los intereses de la víctima, y demás objetivos del proceso, es al fin y al cabo, una cuestión de política criminal.

B. Etapas del proceso penal y sus actores funcionarios judiciales

El proceso penal en Costa Rica está estructurado en cinco etapas: la etapa preparatoria o de investigación, la etapa intermedia, el juicio, la apelación y la casación (como recurso extraordinario). El Código Procesal Penal vigente, Ley 7594, se promulgó en 1996, entró a regir en 1998 y ha tenido posteriores reformas, siendo una de las más significativas la introducción del recurso de apelación de sentencia penal y la modificación de los presupuestos del recurso de casación, a consecuencia de una condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que encontró a Costa Rica violatoria del principio de doble instancia en cuanto a la sentencia penal.

Las reformas procesales penales de mediados de la década de los noventa y sus posteriores reformas introducen la figura del Ministerio Público y nos da un sistema penal de corte mixto-acusatorio, en las que además se crea la figura del Juez Penal de Garantías, que es el encargado de tutelar las garantías y derechos constitucionales del imputado y las partes dentro del proceso penal, a fin de evitar la comisión de abusos de poder estatal en su contra, como sucedió cientos de veces en los procesos inquisitivos.

<https://polancoadrian.files.wordpress.com/2013/09/introduccion-al-derecho-procesal-penal-alberto-binder.pdf>

³²⁴ Alberto Binder, *Introducción Al Derecho Procesal Penal*, 2da ed. actualizada y ampliada. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc, 1999): 45, accesado el 26 de diciembre del 2015, <https://polancoadrian.files.wordpress.com/2013/09/introduccion-al-derecho-procesal-penal-alberto-binder.pdf>

1. MINISTERIO PÚBLICO

De acuerdo a la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley Número 7442, el Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial y ejerce sus funciones en el ámbito de la justicia penal. El numeral segundo de dicho cuerpo normativo, en cuanto a las funciones de éste órgano indica que:

Artículo 2.- Funciones. El Ministerio Público tiene la función de requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la realización de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública. No obstante, cuando la ley lo faculte, previa autorización del superior, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho.

Deberá intervenir en el procedimiento de ejecución penal, en la defensa civil de la víctima cuando corresponda y asumir las demás funciones que la ley le asigne.³²⁵

Su función está orientada a ejercer la acción penal como representante del Estado - quien monopoliza el *ius puniendi*-, a solicitar la aplicación de la ley penal y realizar y dirigir los actos de investigación en la etapa preparatoria, sujetos a lo dispuesto en la ley y a los fines del proceso penal, pero con independencia funcional. Además, de acuerdo a lo estipulado en el artículo ocho de su ley orgánica, sus requerimientos, dictámenes y conclusiones deberán estar debidamente motivadas y formuladas de forma específica.

Luego, esta normativa debe leerse en conjunto con lo dispuesto en el Código Procesal Penal, en lo relativo a la etapa preparatoria (y que comúnmente es llamada también "etapa de investigación"). El artículo 274 de este código expone la finalidad de esta etapa procesal al indicar que "el procedimiento preparatorio

³²⁵Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7442: Ley Orgánica del Ministerio Público, del 25 de noviembre de 1994": 2. Último acceso: 04.11.2015, http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/BUSQUEDA/normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=27760&nValor3=29368&strTipM=FN

tendrá por objeto determinar si hay base para el juicio, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y la defensa del imputado." ³²⁶ Además, establece el deber del Ministerio Público de promover la investigación cuando tenga conocimientos de delitos de acción pública, sea impidiendo sus consecuencias ulteriores así como en la determinación del hecho y de sus autores y partícipes, según lo establecido por el numeral 289 de ese cuerpo legal.

Ahora bien, para poder ejercer esas potestades y deberes, el legislador le dotó de ciertas facultades para la buena ejecución de la etapa preparatoria. Dichas facultades y deberes se encuentran a lo largo de la ley citada, pero específicamente el artículo 290 del Código Procesal Penal indica que:

Facultades del Ministerio Público: El Ministerio Público practicará las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional. Podrá exigir informaciones de cualquier funcionario o empleado público, quienes están obligados a colaborar con la investigación, según sus respectivas competencias y a cumplir las solicitudes o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley. Además, podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios de prueba en los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales.³²⁷ (El subrayado es propio.)

Una vez que el fiscal haya realizado todos los actos investigativos, puede hacer distintas solicitudes. Las tres primordiales son: solicitud de desestimación cuando no se haya realizado la declaración indagatoria del imputado y no existan elementos de prueba suficientes o no se haya podido imputar la acción; una solicitud de sobreseimiento (definitivo o provisional) cuando considere que los elementos de prueba son insuficientes, o bien realizar la acusación. También,

³²⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 274.

³²⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 298.

podrán solicitar la suspensión del proceso a prueba, la aplicación de criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado o que se promueva la conciliación.³²⁸ Y bajo toda circunstancia, las actuaciones del Ministerio Público deben estar cubiertas por el halo de la objetividad e imparcialidad.

2. JUEZ DE GARANTÍAS

La figura del juez de garantías nace a partir de la necesidad de otorgar un contrapeso en la investigación penal, en aras de proteger los derechos y garantías de las partes involucradas, especialmente las del imputado. En ese sentido, existen actuaciones de la investigación preparatoria que requieren autorización judicial o tienen contenido jurisdiccional, como lo indica el citado numeral 290 del código de rito penal. La función de jueces de garantía es otorgada a los tribunales de procedimiento preparatorio, quienes deben:

(...) realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa (la preparatoria), otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código. Lo anterior no impedirá que el interesado pueda replantear la cuestión en la audiencia preliminar. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este Código, no podrán realizar actos de investigación.³²⁹

En consecuencia, cuando exista la posibilidad de una lesión a un derecho o garantía constitucional, o aquellas establecidas en el Derecho Internacional y Comunitario o bien en la legislación patria -durante la etapa de investigación o preparatoria- se debe poner en conocimiento del juez de garantías a fin de que éste de su

³²⁸ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 299.

³²⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 277.

aprobación o no mediante resolución fundada. Entre algunos de esos supuestos que debe conocer el juez de garantías está: la aplicación de medidas cautelares, de embargos o anotaciones, la solicitud de allanamiento, la solicitud de levantamiento del secreto bancario, solicitud de levantamiento del secreto tributario, etc.

3. TRIBUNAL DE LA ETAPA INTERMEDIA

Una vez que el fiscal haya concluido la etapa preparatoria, sea que haya decidido solicitar desestimación, sobreseimiento o apertura a juicio (o bien los mencionados en la sección anterior), debe poner en conocimiento de las partes para que éstos ejerzan sus derechos de conformidad con la normativa procesal. Ese es el momento oportuno para que la víctima, damnificados o terceros perjudicados presenten la querrela y acción civil resarcitoria, dentro de los plazos establecidos por la ley.³³⁰

Una vez realizado lo anterior y cumplidos los plazos, el Ministerio Público debe elevar el expediente, con todos sus legajos, pruebas y evidencias al Juzgado Penal de la jurisdicción competente, a fin de que éste de audiencia a las partes y -si es pertinente- señale para audiencia preliminar.³³¹

En la audiencia preliminar el juez escuchará a las partes intervinientes. "El fiscal y el querellante resumirán los fundamentos de hecho y de derecho, que sustenten sus peticiones; el actor civil, la defensa y las otras partes manifestarán lo que estimen pertinente en defensa de sus intereses"³³². Además el imputado está en su derecho de rendir declaración si lo deseara, y se le concederá la palabra a la víctima. Si fuere necesario para poder resolver, el juez puede disponer que se

³³⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 299.

³³¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 316.

³³² Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 318.

produzca prueba en la audiencia, a excepción de aquella que necesariamente deba recibirse en juicio oral.

Una vez que se hayan realizado los actos, el juez decidirá la procedencia de la acusación y/o querrela, es decir, si el proceso continúa y se eleva a juicio, determinando a su vez la prueba que será admitida y deberá recibirse en la siguiente etapa, así como la determinación de los hechos que serán objeto de debate. Además conocerá otras solicitudes que le sean presentadas, por ejemplo lo relativo a medidas cautelares, o bien a criterios de oportunidad, o acuerdos entre partes si fuere el caso. También puede rechazar la solicitud de los querellantes y acusadores, y dictar el sobreseimiento definitivo si fuere el caso.

En cuanto a la admisión de la prueba para juicio, el artículo 319 dispone que

El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas. Contra lo resuelto sólo procede recurso de revocatoria, sin perjuicio de reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio.³³³

El juez de la etapa intermedia funge entonces como un contralor de legalidad, del respeto de las garantías y derechos de las partes involucradas, un saneador del proceso y un filtro del ejercicio estatal de la acción penal. Bajo esta tesitura, lo esperable sería que sea éste quien se encargue de hacer el análisis pertinente para establecer si existen suficientes elementos e indicios para sospechar que ha existido un abuso de la persona jurídica y por ende autorizar mediante resolución fundada el levantamiento del velo social -como acto de investigación- ya sea solicitando los libros, mediante allanamiento, secuestrando información en entidades financieras o legales, etc.

³³³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 319.

4. TRIBUNAL DE JUICIO

Los jueces del Tribunal de Juicio son los que deciden sobre el fondo de la disputa, quienes finalmente deciden si existió acción penal jurídicamente relevante, si ésta se le puede imputar a una o varias personas, en qué grado de autoría o participación, así como el análisis de antijuricidad y culpabilidad y la pena si corresponde. Por último, pero no menos importante, decide sobre la procedencia y monto de la reparación civil de las víctimas, aunque en algunos casos se haga condena en abstracto.

Una vez que el expediente sea remitido al Tribunal Penal, las partes deberán apersonarse y señalar medio para recibir notificaciones. Posteriormente, el Tribunal señalará hora y fecha para la realización del debate oral y público. Asimismo, ordenará todas las diligencias necesarias para ello, incluyendo las citaciones a testigos y peritos, así como la documentación necesaria para el juicio si fuera el caso.

De acuerdo a lo señalado por el artículo 326 del Código de rito, "El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua."³³⁴ En él las partes harán sus alegatos de apertura, iniciando con la lectura de los hechos acusados y querellados. Posteriormente se hace la recepción de prueba oral, la incorporación de la prueba documental, la declaración del imputado así como la declaración de la víctima, actor civil y demandado civil.

Por último las partes dan sus alegatos de conclusión finalizando con sus pretensiones. Una vez realizados los actos necesarios, el tribunal deliberará y emitirá sentencia en la que deberá referirse tanto a las pretensiones penales como a las civiles, aunque puede condenar civilmente en abstracto. Contra la sentencia, cabe recurso de apelación, y luego en casos muy calificados procederá la casación.

³³⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 362.

C. Principios orientadores del proceso penal que autorizan el levantamiento del velo

Fue expuesto en capítulos anteriores que el levantamiento del velo social en materia penal, no se circunscribe únicamente a la criminalidad realizada por medio de entes colectivos o en la actividad societaria/ corporativa, sino que el uso indebido de vehículos corporativos también puede suceder en cualquier etapa del *iter criminis*, e incluso antes o después de su agotamiento, y sin embargo estar vinculados de alguna forma con la actividad delictiva.

También se puso en evidencia que el abuso de las entidades corporativas, en tratándose de acciones e investigaciones criminales, entorpece el proceso en varios sentidos: sea en la determinación de los hechos, la imputación de ellos, en la obtención de prueba y sobre todo en cuanto a la recuperación de activos para el resarcimiento de la víctima. El entorpecimiento ocurre a propósito de las características y atributos de las personas jurídicas, mismos que han acelerado su proliferación en el campo económico: limitación de responsabilidad, anonimato, patrimonio propio, derechos procesales, la conformación de la voluntad social, la multi jurisdiccionalidad etc. Todas estas características brindan a los criminales una ventana de oportunidad para crear infinitas (¡casi!) capas de anonimato y propiedad, por lo que determinación del hecho y más aún su imputación directa resulta dificultada.

Ya se hizo la pregunta con anterioridad, pero resulta relevante plantearla nuevamente: ¿Qué atributos tienen, las personas jurídicas, que facilitan la comisión de ilícitos? La respuesta obvia es la limitación de responsabilidad, sin duda. Pero a ello hay que añadirle que los vehículos corporativos son aptos para disfrazar una amplia gama de hechos, elementos y eventos, entre ellos: los verdaderos socios, los mecanismos de toma de decisión y con ello la identidad del verdadero orquestador del delito, los verdaderos propósitos de negocios o cuentas, fuentes de ingresos, financiamientos anónimos, etc., y para ello se valen de empresas

ficticias/fantasmas, estructuras complejas, el uso de intermediarios y testaferros³³⁵, situación que es acelerada y fomentada a su vez por la facilidad de transmisión de las acciones. Aunado a ello y para agravar aún más el panorama, está el fenómeno multi jurisdiccional o la "internacionalidad" de las corporaciones, en otras palabras, la facilidad con la que una compañía puede crear y ser dueña de otras sociedades domiciliadas en otros países, que a su vez pueden ser dueñas de la totalidad del capital social de otra empresa de nacionalidad distinta, y así sucesivamente, y en jurisdicciones con pocos o inexistentes sistemas de control y en las que incluso se puede crear o comprar una sociedad por medio de internet, sin necesidad además de identificarse, ante el notario o funcionario que la incorpora.

De ello se concluye entonces que la aplicación del levantamiento del velo social (como acto investigativo) y la desestimación de la personalidad jurídica (la ineficacia de la separación sociedad-socios) son herramientas que no deberían dejarse de lado en las investigaciones penales, pero sobre todo que su aplicación no se circunscribe únicamente a los grandes delitos económicos o empresariales, o el lavado de activos y financiamiento de terrorismo, sino que pueden ser herramientas útiles en investigaciones penales de casi cualquier delito, pues en todos ellos existen consecuencias económicas en las que los responsables podrían tratar de eludir su cumplimiento mediante el abuso de estructuras corporativas.

Ahora las preguntas que restan plantearse son ¿dónde se sitúa el Derecho Penal y sus normas de rito frente a esta doctrina? ¿Los principios orientadores, las normas y fines jurídico penales son ya suficientes para dar vida a este instituto? Al ser una figura que nace en el seno del Derecho Comercial y Civil, ¿cómo debe entenderse entratándose de su aplicación en el proceso penal, que resulta ser una rama del Derecho mucho menos formal y cuyo principal norte es la averiguación de la verdad real?

³³⁵ Timothy Goodrick, 4.

Considera la autora que el levantamiento del velo societario en materia penal debe entenderse a la luz de ciertas máximas que brillan por su relevancia en el Derecho Penal: por una parte está el principio de libertad probatoria, la búsqueda de la verdad real, la subjetividad de la responsabilidad penal, el mandato de restablecer las cosas al estado que tenían antes del hecho, así como las reglas de responsabilidad por el hecho punible y otras normas del ordenamiento penal.

1. La búsqueda de la verdad real

Este principio, si bien no es poco controversial en algunas esferas, es posible sostener con algún grado importante de consenso que el proceso penal se aboca a la constatación de los hechos y circunstancias acusados, como sus características de modo, tiempo y lugar, a fin de asignarle a una consecuencia jurídica, es decir, la aplicación de una o varias norma a esa situación fáctica. Y es que "... si el derecho penal no tuviera como norte la búsqueda de la verdad, ¿qué función tendría?"³³⁶. Este principio descansa sobre la base de los mismos fines del proceso penal, es la justificación y la legitimación del mismo *ius puniendi*, monopolizado por el Estado.³³⁷

Sin embargo, entender la verdad como un concepto absoluto ha suscitado la más amplia variedad de críticas y cuestionamientos, especialmente a nivel *iusfilosófico*. Se sustraerá de esas discusiones por escapar del propósito de esta sección, mas considera necesario señalar las apreciaciones que al respecto hiciera el profesor Zamora:

Sobre la verdad, y además de tener un especial protagonismo en los procesos penales en los cuales se interesa por conocer qué sucedió, cómo sucedió y quién lo hizo o por lo menos quién se le señala como sospechoso: esto es, el proceso se ve como un método para "conocer y

³³⁶ Miguel Zamora Acevedo, "La búsqueda de la verdad en el proceso penal", *Acta Académica*, (2014): 149, accesado el 12 de enero del 2016, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33626.pdf>

³³⁷ Véase Zamora Acevedo, "La búsqueda de la verdad en el proceso penal", 147.

alcanzar la verdad” (Rodríguez Cepeda, 1999, p. 1), incluso a veces parecería que más bien busca la omnisciencia (Lucasiewicz, sf, p. 4) en el proceso, -por ejemplo la llamada verdad real-, con lo cual, el proceso penal tiende más a reconstruirse con base en criterios religiosos que científicos en cuanto a sus fines.³³⁸

Este principio se encuentra reiterado a lo largo de la normativa penal y procesal, sea implícita o expresamente. Sin embargo existen ciertas disposiciones normativas que merece la pena mencionar.

Por ejemplo, el artículo 180 del Código Procesal Penal establece el deber de objetividad del Ministerio Público y los Tribunales, quienes, dice la norma, "tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación."³³⁹

Luego el artículo 183 insiste en punto al declarar que la prueba para admitirse "deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y deberá ser útil para descubrir la verdad."³⁴⁰

Por su parte, existen una serie de medidas que están destinadas precisamente a la preservación de los medios necesarios para la averiguación de la verdad real, como lo es la prisión preventiva, que de acuerdo a lo señalado por el numeral 283 del Código de rito solo podrá ser acordada "mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley."³⁴¹

En el mismo sentido se aplican muchas de otras medidas cautelares, así como la protección de víctimas y testigos (claramente como fin secundario). También lo menciona nuevamente en cuanto a las funciones y actuaciones de la policía judicial

³³⁸ Zamora Acevedo, 148.

³³⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 180.

³⁴⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 183.

³⁴¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996):283.

(art. 286 del Código Procesal Penal); medidas precautorias (art. 287 del Código Procesal Penal); secreto de las actuaciones (art. 296 del Código Procesal Penal); dirección del juicio oral y público (art. 335 del Código Procesal Penal) y sobre el imputado como objeto de prueba (art. 88 del Código Procesal Penal).

A diferencia de otros procesos que pueden ser resueltos con base en una verdad más "formal", en los que se permite por ejemplo que el demandado al no contestar en tiempo sea "allanado" en cuanto a los hechos demandados, en materia penal no es posible hacerlo, precisamente por la subjetividad propia de la responsabilidad criminal, y porque debe condenarse con absoluta certeza (aunque esto puede ser discutible en algunos niveles). Esa verdad "representa un juicio sobre una relación de conocimiento".³⁴²

Soler (citado por Meléndez Sánchez) sostuvo que: "en el proceso penal, la meta del juez, es el descubrimiento de la verdad real, por cuyo motivo no está limitado a conocer solamente las pruebas que las partes aporten a la causa, pudiendo, pues, adoptar todo tipo de iniciativas útiles para alcanzar aquel propósito."³⁴³

En este sentido, integrando este principio cardinal del proceso penal resulta claro que el juez goza de amplias potestades para sustraerse de los formalismos en general, y particularmente en el caso en estudio de las formas y estructuras societarias, para alcanzar ese grado de certeza y "de verdad" que se requiere para imputar delitos, recuperar bienes e imponer responsabilidades civiles.

2. Principio de libertad probatoria

En atención a ese principio orientador del proceso penal expuesto en líneas anteriores, es que el legislador dispuso que en esta materia rige además el

³⁴² Julio Maier, Derecho Procesal Penal, tomo I, 2ª edición (Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto, 1996), 842.

³⁴³ Xinia María Meléndez Sánchez, "Principio de verdad real en el derecho costarricense".)Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica, 2002); 24.

principio de libertad probatoria. Al fin y al cabo, la única forma o vía de establecer esa verdad material o real de un hecho ilícito es mediante el elenco probatorio. "En este aspecto debe puntualizarse que el principio que nos rige en la búsqueda de la verdad real o material es la libertad de la prueba (art. 198, ibídem), esto es que cualquier medio probatorio lícito es válido para acreditar hechos o circunstancias dentro del proceso penal..."³⁴⁴

La ley define libertad probatoria en su artículo 182 procesal, el cual expresa que "podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley." ³⁴⁵ Claramente esa prueba debe ser legítima. Esto significa 1- debe ser obtenida por un medio lícito y 2- debe ser incorporada al proceso de acuerdo a las disposiciones de la ley.

Además señala que:

a menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas.³⁴⁶

La prueba que no cumpla con lo requerido en el artículo anterior, será calificada como prueba ilícita o espuria y no deberá considerarse para resolver el caso. La prueba espuria son "aquellas pruebas que se han obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales e implican un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso"³⁴⁷

³⁴⁴ Mario A. Houed Vega "El Proceso Penal En Costa Rica", (s.f.): 8, accesado en 26 de diciembre del 2015, <http://biblioteca.icap.ac.cr/BLIVI/UNPAN/CARPETA%20DICIEMBRE/DD3-03.pdf>

³⁴⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996):182.

³⁴⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996):181.

³⁴⁷ Armijo, Gilbert, citado por Hugo Luis Amores Vargas, "La prueba ilícita en el proceso penal".)Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999), 15.

Adicionalmente, el numeral 234 del Código Penal establece otros medios de prueba distintos a los indicados en el cuerpo normativo, siempre que no se supriman las garantías y facultades de las personas ni afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos.

Por último, otra restricción en cuanto a la libertad probatoria y la prueba a incorporarse es la pertinencia y utilidad de la misma para descubrir la verdad, de acuerdo al numeral 183 del código de rito.

A partir de estas premisas se puede concluir que:

1. El juez penal tiene suficientes facultades para aprobar (si fuere prueba de contenido jurisdiccional) la recolección de cualquier tipo de prueba para la averiguación de la verdad real de los hechos, incluyendo por supuesto aquella relacionada con la utilización abusiva de sociedades, siempre y cuando se respeten los mandatos establecidos en líneas previas.

2. Si bien el secuestro de los libros legales, específicamente del registro de accionistas es el medio de prueba más idóneo que existe en la actualidad para comprobar quiénes son las personas titulares de las acciones (o cuotas), lo cierto es que depender únicamente de este medio puede ser limitante en muchos sentidos. Este tema se abordará más ampliamente en próximas secciones, pero adelanta que esta información puede accederse también a través de certificaciones de accionistas que guardan las entidades financieras, contadores, notarios públicos, protocolos de referencia, aseguradoras, etc., además de la prueba que deberá reproducirse en otros países.

3. La subjetividad de la responsabilidad penal.

El delito es un hecho típico, antijurídico y culpable. La conducta típica contiene tres elementos: elementos objetivos, elementos normativos y elementos subjetivos, los

cuales deben cumplirse todos necesariamente para que jurídicamente se constate la existencia de un delito y pueda atribuírsele a alguien.

Además de realizar el verbo, el autor del delito debe ser capaz de comprender (cognición) y querer (volición) la ilicitud de sus actos u omisiones. Únicamente quien haya realizado el hecho o la omisión (en el sentido amplio de la frase) podrá ser tenido como autor o partícipe del delito, y deben probarse con certeza todas las circunstancias requeridas por ley, las cuales varían de un delito a otro.

A diferencia de la responsabilidad objetiva en materia civil, en derecho penal no se puede ser penalmente responsable por las acciones de terceros, a menos de que se esté hablando de un delito de omisión, autoría mediata o cuando se esté en posición de garante. Por eso, la responsabilidad es subjetivísima, deriva de las consecuencias de los propios actos u omisiones.

En la delincuencia ejecutada a través de la implementación de estructuras societarias complejas, estas reglas de la responsabilidad subjetiva significan un obstáculo importante en el cumplimiento de los -ya expuestos- fines del proceso penal.

1. Como se expondrá más adelante, la práctica usual en Costa Rica es que se tenga como imputados a los administradores formales -inscritos en la Sección Mercantil del Registro Público- de las sociedades que han sido utilizadas para cometer delitos, o por actividades cometidas por las sociedades que constituyan una violación al orden jurídico-penal. El gran problema surge cuando a propósito de esta responsabilidad personal subjetiva es imposible atribuirle una acción al administrador, pues quien lo cometió fue el o los accionistas, por ejemplo. O peor aún el caso que éste debe cargar con las consecuencias de las decisiones de la Asamblea de Accionistas. Resumiendo, la toma de decisiones es compleja y la conformación de la voluntad social es poco clara, sobre todo entratándose de actividades ilícitas.

2. Por las limitaciones expuestas en el punto precedente, se pueden ver excluidos bienes y patrimonio que a la larga deba responder civilmente por los daños

causados, pues al verse dificultada la imputación de otras personas y sociedades, consecuentemente lo serán sus patrimonios.

4. El mandato de restablecer las cosas al estado que tenían antes del hecho.

En materia penal los jueces deben -en la medida de lo materialmente posible- restablecer las cosas al estado que tenían con anterioridad del hecho delictivo. Pueden hacerlo de forma provisional, mientras aún no se haya resuelto el fondo del asunto, y también de forma definitiva, mediante sentencia. La norma que lo ordena son los artículos 7y 140 del Código Procesal Penal y 132 del Código Penal. Al respecto, la Sala Tercera señaló:

Por las razones que se dirán los reclamos son atendibles. Los Tribunales penales –incluidos los juzgados penales, como medida cautelar, artículo 140 del Código Procesal Penal- pueden ordenar la restitución de la cosa objeto del delito, o el restablecimiento de las cosas al estado en que estaban antes de cometerse el hecho delictivo, sin que sea necesario que se haya instaurado o ejercido el reclamo civil dentro del proceso, pues es parte de las potestades coercitivas que legítimamente corresponden a las autoridades, para restablecer en lo posible las alteraciones que el hecho ilícito implicó. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado: “[...] Ahora bien, una vez establecida la existencia de un hecho delictivo en torno a un bien determinado, debe entenderse que la potestad de restitución que reconoce el artículo 103 del Código Penal deberá ser ejercida por la autoridad jurisdiccional aún de oficio; esto es, aún en aquellos supuestos en los que no se haya ejercido la acción civil por parte del legítimo titular, quedando a salvo las indemnizaciones que pudieran corresponder a terceros de buena fe. En el presente asunto antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal el primero de enero de 1998, ya se había dictado el auto de elevación a juicio, razón por la cual la causa continuó tramitándose conforme al Código de Procedimientos Penales, Ley número 5377 de 19 de octubre de 1973 (cfr. Transitorio III de la Ley de Reorganización Judicial, número 7728 de 15 de diciembre de 1997). Como ya ha sido señalado por esta Sala: “...el artículo 103 del Código Penal vigente señala que una de las consecuencias civiles de todo delito es la restitución de las cosas objeto del hecho punible o en su

defecto el pago del respectivo valor; aspecto que reitera el artículo 123 del Código Penal de 1941 también en forma imperativa, al disponer que el condenado deberá restituir al ofendido la cosa objeto del hecho punible y si no pudiere hacerlo, estará obligado a satisfacer su valor. Estas disposiciones deben necesariamente relacionarse con la normativa procesal, en especial con el párrafo final del artículo 399 del Código de Procedimientos Penales, al señalar que la restitución del objeto material del delito podrá disponerse aunque la acción civil no se hubiere formulado, aunque no lo ordena en forma imperativa. En otros términos, el reclamo de los daños y perjuicios provenientes del delito debe hacerse por medio de la acción civil resarcitoria, porque así lo condiciona la normativa procesal; sin embargo esa misma condición no existe cuando se trata de la restitución del objeto material del delito. Ello es así, conforme lo ha interpretado anteriormente esta misma Sala, porque la restitución no constituye una forma de indemnización en sentido estricto (Sentencia N° 52-F. 10:35 hrs. 31 enero 1990, Sala Tercera)...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 604-F-91, de las 9:25 horas, del 07 de noviembre de 1991) [...] ³⁴⁸

No queda duda entonces que la restitución de las cosas al estado anterior del delito es independiente de si se presente acción civil, pues no es considerada como una forma de indemnización en sentido estricto. Además, se sostiene que es una obligación del juez penal, quien deberá incluso actuar de oficio.

5. Las reglas de responsabilidad civil por el hecho punible.

Todo hecho punible tiene consecuencias civiles³⁴⁹. El damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o el beneficiario -en el caso de pretensiones personales-, pueden irse contra los autores del hecho punible y partícipes en él y, en su caso, contra el civilmente responsable, mediante el ejercicio de la acción civil para restituir el objeto materia del hecho punible, así como la reparación de los daños y

³⁴⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, "Sentencia n° 01272 del 29 de Octubre de 2008".

³⁴⁹ Véanse: Artículos: 103 del Código Penal, 1045 y 1046 del Código Civil, 41 de la Constitución Política, del ordenamiento jurídico costarricense.

perjuicios causados, según lo indica el numeral 37 del Código de rito. Además la acción civil "podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos."³⁵⁰

El ejercicio de la acción civil es un derecho procesal de la víctima (artículo 71 del Código Procesal Penal) puede hacerse dentro del proceso penal, de forma accesoria, o bien separadamente en un proceso civil, tal cual lo estipulan los artículos 40 y 41 del cuerpo de leyes anteriormente citado.

Todo daño o perjuicio que sea causado a una persona debe ser reparado por quien la ley determine que es responsable. Dicha premisa tiene protección constitucional, si bien su artículo 41 expresa que "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."³⁵¹ Asimismo, la responsabilidad civil extracontractual originada por delito no sólo encuentra fundamento en el numeral 103 del Código Penal, sino que las normas civiles también lo contemplan (art. 1045 y 1046 del Código Civil):

ARTÍCULO 1045.- Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.³⁵²

ARTÍCULO 1046.- La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasi-delito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasi-delito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos. 353

³⁵⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 38.

³⁵¹ Asamblea Nacional Constituyente, "Constitución Política de Costa Rica del 08 de noviembre de 1949": 41. Último acceso: 01 de enero del 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC

³⁵² Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 63: Código Civil de Costa Rica, de 28 de setiembre de 1887": 45.

³⁵³ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 63: Código Civil de Costa Rica, de 28 de setiembre de 1887": 46.

La sentencia condenatoria que admita la responsabilidad civil ordenará:

- 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor;
- 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y
- 3) El comiso.³⁵⁴

Las personas civilmente responsables son los autores y partícipes del delito claramente. Pero también aplican reglas de responsabilidad objetiva regulada en el código civil art. 1047 y siguientes, así como lo dispuesto en el numeral 106 del Código Penal, que reza:

Solidaridad de los partícipes. Artículo 106.-Es solidaria la acción de los partícipes de un hecho punible, en cuanto a la reparación civil.

Están igualmente obligados solidariamente con los autores del hecho punible, al pago de los daños y perjuicios:

- 1) Las personas naturales o jurídicas dueñas de empresas de transporte terrestre, marítimo o aéreo de personas o de cosas;
- 2) Las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles;**
- 3) Las personas naturales o jurídicas dueñas de establecimientos de cualquier naturaleza, en que se cometiere un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes y demás trabajadores a su servicio;
- 4) Los que por título lucrativo participaren de los efectos del hecho punible, en el monto en que se hubieren beneficiado; y**
- 5) Los que señalen leyes especiales.

El Estado, las Instituciones Públicas, autónomas o semi-autónomas y las municipalidades, responderán subsidiariamente del pago de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus

³⁵⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica., "Ley N° 4573: Código Penal del 04 de mayo de 1970". Alcance 120A a la Gaceta, No. 257 (15 noviembre, 1970):103.

funcionarios con motivo del desempeño de sus cargos. ³⁵⁵ (El subrayado es propio).

La ley es clara al indicar que no solamente los autores o partícipes del delito serán responsables civilmente, sino que existen otros supuestos en los que terceras personas pueden ser civilmente responsables. Esos supuestos son las posiciones de garante o bien el del riesgo asumido por explotar una actividad económica riesgosa, tal como fue expuesto en líneas anteriores. Empero, existe un supuesto que resulta particularmente importante destacar, sea la responsabilidad de aquellos que por título lucrativo participaren de los efectos del hecho punible, en el monto en que se hubieren beneficiado.

Este inciso faculta traer al proceso a entes mercantiles y personas, que aunque no están vinculados de ningún modo con el hecho -porque ni son imputados, ni son garantes, ni explotan una actividad riesgosa, a responder por algún daño causado. Tal es el caso del *tan común* desvío de fondos de una sociedad a otra para disipar rastros del delito. Este inciso entonces responsabiliza civilmente a personas jurídicas o personas físicas que se ampararon en la figura mercantil **para obtener "los efectos" del hecho punible.**

En general, los terceros que eventualmente puedan ser civilmente responsables pueden solicitar su participación en el proceso, cuando se haya ejercido la acción civil resarcitoria, de acuerdo al numeral 121 del Código Penal. Éste gozará de todas las facultades concedidas al imputado para su defensa, en lo concerniente a sus intereses civiles manifiesta el artículo 124 del mismo cuerpo legal.

Otra protección que da la ley adjetiva a los actores civiles es la facultad de éste para solicitar el embargo, como medida cautelar de carácter real. Esto permite solicitar el embargo de bienes de las sociedades que presuntamente puedan estar involucradas de algún modo en la comisión del delito. El juez lo otorgará a petición de parte, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios, y el pago de las

³⁵⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica., "Ley N° 4573: Código Penal del 04 de mayo de 1970". Alcance 120A a la Gaceta, No. 257 (15 noviembre, 1970):106.

costas.³⁵⁶ Se aplicarán supletoriamente las reglas de carácter civil para este extremo.

D. Relevancia de la acción civil en el proceso penal

A lo largo de los últimos años y cambios procesales, el Estado le ha devuelto a las víctimas su protagonismo en los procesos que resuelven conflictos penales, "partiendo de la base que es una de las personas involucradas en el conflicto y que el Estado no es el dueño del problema en discusión, cómo lo interpretó el sistema inquisitivo (Salazar, 2003, p. 33; Hassemer y Muñoz, 2001, pp. 177-217; Cesano, 2005, pp. 307-308)."³⁵⁷

El Estado debe considerar los intereses y derechos de todas las partes vinculadas al conflicto "entre ellos la víctima, quien usualmente no estará interesada sólo en la sanción penal, sino también en la reparación de los daños y perjuicios."³⁵⁸ Por muchas décadas la víctimas fue excluida de los procesos penales, despojándola de todo derecho para ejercer privadamente la acción penal. Luego, a pesar de las reformas que han ido aumentando su participación y poder, se puede sostener que la balanza garantista no en pocas ocasiones se inclina a favor de los derechos del imputado, en perjuicio de los derechos de las víctimas. De manera cristalina expuso esta situación el profesor Villamor, al advertir que

... debe de seguir avanzándose hasta situar a la víctima en un plano de igualdad con el imputado como sujeto de derechos y deberes, y el proceso penal, no sólo debe erigirse como instrumento neutro de jurisdiccional sino que ha de convertirse en instrumento útil para la reparación de la víctima, pues constitucionalmente tan fundamentales son los derechos del imputado a la libertad e inocencia como los del perjudicado a la obtención de una eficaz y rápida tutela efectiva de la pretensión resarcitoria.³⁵⁹

³⁵⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996): 263.

³⁵⁷ Sanabria Rojas, La reparación civil en el proceso penal, 27.

³⁵⁸ Sanabria Rojas, 27.

³⁵⁹ Villamor (2004, 93), citado por Sanabria Rojas, 27.

La implementación de herramientas que fortalezcan la eficaz obtención y la tutela efectiva de las víctimas en cuanto a implementación resarcitoria, es una obligación del Estado, con sus ciudadanos y con la Constitución (artículo 41); y más concretamente es una obligación del Ministerio Público y los Jueces quienes con sus potestades son quienes encarnan al Estado en el ejercicio de su poder punitivo.

Empero, como se ha ido exponiendo, la realidad dista un poco de esa máxima constitucional consagrada en el artículo 41. Los intereses de las víctimas han sido relegados, en menor o mayor medida.

El grado de atención real prestado al tema de la indemnización a la víctima y, en general a los intereses directos del perjudicado por el delito ha sido muy bajo, y eso explica que se haya acusado a la ciencia penal de olvidarse de los perjudicados en su afán de preocuparse por los derechos del delincuente, como si la víctima y perjudicado no fueran también parte del problema penal...³⁶⁰

³⁶⁰ Quintero (2004, 25) citado por Sanabria Rojas, La reparación civil en el proceso penal, 27-28.

Título III. Proyectos de reforma de ley

A. Proyecto de Ley 18213

José María Villalta Florez-Estrada, quien fuera diputado en la administración 2010-2014, presentó el Proyecto de Ley número 18213³⁶¹, "Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas", el 29 de Julio del 2011.

En la justificación de dicho proyecto de ley, expone de forma muy atinada en relación a las sociedades comerciales que:

Un poder tan amplio otorgado sin mayores controles al servicio de los objetivos más diversos, no tardó en generar abusos. La noción de abuso de la personalidad jurídica comprende todas aquellas prácticas mediante las cuales dicha institución, es utilizada de forma tal, que se generen resultados que, excedan, contravengan, o menoscaben los fines para los que fueron concebidas, permitiendo la evasión de obligaciones contractuales, derivando en perjuicios para los derechos de terceras personas, o burlando la ley o los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.³⁶²

Como remedio a esos abusos, señala que nace en el derecho anglosajón la doctrina del levantamiento del velo social, para poder penetrar en los sustratos formales de la compañía. "Se trata de una forma de ineficacia relativa (inoponibilidad) y parcial de la persona jurídica. No implica su nulidad o su disolución. Únicamente se dejan sin efecto, para quienes lo solicitan, algunos atributos de la personalidad,

³⁶¹ Proyecto de Ley número 18213, República de Costa Rica, "Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas", propuesto por el diputado José María Villalta Florez-Estrada, 2011. Último acceso: 13 de febrero de 2013 http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=18213

³⁶² Proyecto de Ley número 18213, República de Costa Rica, "Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas, 2.

concretamente su carácter de centro de imputación diferenciado y su autonomía patrimonial."³⁶³

Es decir, se rompe con la separación entre la sociedad y sus miembros y se toman como un solo centro de imputación para algunos extremos. La mayoría de las veces en relación a cuestiones patrimoniales (contractual o extracontractual), "pero también puede tratarse de otros efectos como la atribución de conocimientos o características, de la titularidad de bienes, de prohibiciones legales o de obligaciones de hacer o de no hacer."³⁶⁴

Por la problemática expuesta, presenta el siguiente proyecto de ley:

ARTÍCULO ÚNICO.- Adiciónese un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley N.º 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas, que se leerá de la siguiente manera:

"Artículo 20 bis.- Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de las sociedades reguladas en este Código, cuando estas sean utilizadas en fraude de ley, como un mero recurso para violar la ley y el orden público o para frustrar derechos de terceros.

En tales casos, las actuaciones y obligaciones de la sociedad se imputarán directamente a sus socios o controlantes, quienes serán solidariamente responsables con esta. La desestimación de la personalidad jurídica solo producirá efectos respecto del caso concreto en que sea declarada.

En ningún caso podrá afectar a terceros de buena fe.

Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales civiles y penales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos."

Rige a partir de su publicación.³⁶⁵

³⁶³ Proyecto de Ley número 18213, República de Costa Rica, "Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas, 3

³⁶⁴ Proyecto de Ley número 18213, República de Costa Rica, "Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas, 3.

³⁶⁵ Proyecto de Ley número 18213, República de Costa Rica, "Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas, 9.

Este proyecto de ley ha recibido aplausos pero también duras críticas, tanto en cuanto al texto propio de la norma como críticas políticas.

La Procuraduría General de la República mediante Opinión Jurídica OJ -069- 2013 de fecha 3 de octubre de 2013 expresó que:

Por lo que la reforma en consulta, pretende dotar al ordenamiento jurídico de una norma expresa que regule todos estos casos que se han venido dando sobre el abuso de la personalidad jurídica y que hasta ahora ha sido la jurisprudencia quien los ha resuelto, sin embargo una norma expresa que regule la materia contribuye al resguardo de la seguridad jurídica.³⁶⁶

La Corte Suprema de Justicia en acuerdo de la sesión N°21-12 celebrada el 11 de junio del 2012, señala, que: "...en cuanto al fondo de la propuesta debe señalarse que resultaría oportuno y conveniente que se clarifique en cuales casos responden los socios y en cuales los controlantes...".³⁶⁷

Entre otras críticas, más políticas, está el temor expresado en cuanto que una norma como la propuesta podría desincentivar la inversión extranjera y el desarrollo del comercio. Por ejemplo, la Bolsa Nacional de Valores quienes mediante la resolución G/077/2013 del 15 de mayo de 2013 manifestaron "...La implementación del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, traería consigo consecuencias groseras a la inversión nacional, por cuanto desnaturaliza la figura y desestimula su uso...".³⁶⁸

Contraloría General de la República: Mediante oficio DJ-0636-2012 de 21 de junio del año 2012: manifestó que "...la norma no precisa sobre los alcances del término

³⁶⁶ Dictamen Afirmativo De Mayoría de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos del Proyecto de Ley número 18213, "Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas", propuesto por el diputado José María Villalta Florez-Estrada, 2011, 3, accesado 26 de agosto del 2014, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=18213

³⁶⁷ Dictamen Afirmativo De Mayoría de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos del Proyecto de Ley número 18213, "Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas", 4.

³⁶⁸ Dictamen Afirmativo De Mayoría de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos del Proyecto de Ley número 18213, "Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas", 9.

“controlantes”. En un principio pareciera tratarse de los socios en general, sin embargo se puede confundir con los órganos de control y/o vigilancia de las sociedades, lo que no queda claro en el texto del proyecto...”³⁶⁹. Otra crítica que le realizó al proyecto fue que “...no se establecen los órganos administrativos y/o jurisdiccionales ante los cuales se deberá solicitar el levantamiento del velo societario...”³⁷⁰

En relación a este último punto señalado por la Contraloría General de la República, la autora considera que dicha preocupación carece de asidero, por las siguientes razones: El levantamiento del velo se solicita de forma accesoria en los procesos ventilados de acuerdo al daño causado o a las características propias de cada caso. Sería ridículo y contra toda economía procesal crear un proceso nuevo para conocer sobre esta petición, pues si la desestimación de la personalidad jurídica supone siempre un daño o perjuicio, será el reclamo de éste daño o perjuicio el que motive e incite la actividad jurisdiccional y la vía procesal adecuada.

La Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos emitió un Dictamen Afirmativo sobre esta iniciativa, pero introduciéndole la siguiente adición al final del texto:

No operara el levantamiento del velo para el accionista que demuestre haber gestionado de manera formal en Asamblea de Accionistas o ante los órganos contralores respectivos que se opuso a las actuaciones que generan el levantamiento del velo.

Los representantes legales que no sean accionistas serán responsables solidariamente en el porcentaje que determine un juez según haya sido su responsabilidad, hasta por un veinte por ciento de la obligación.³⁷¹

³⁶⁹ Dictamen Afirmativo De Mayoría de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos del Proyecto de Ley número 18213, “Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas”, 6.

³⁷⁰ Dictamen Afirmativo De Mayoría de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos del Proyecto de Ley número 18213, “Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas”, 6.

³⁷¹ Dictamen Afirmativo De Mayoría de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos del Proyecto de Ley número 18213, “Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas”, 14.

Ahora, dos críticas más al muy bien intencionado proyecto de ley 18213, son las siguientes:

1. Como consecuencia de la prescindencia de la personalidad jurídica impone que: "En tales casos, las actuaciones y obligaciones de la sociedad se imputarán directamente a sus socios o controlantes, quienes serán solidariamente responsables con esta." En esta afirmación, no hace distinción alguna entre los socios que utilizaron abusivamente y los socios que no. Sino que nada más extiende la responsabilidad a todos los socios, de forma solidaria, y sin poner ningún tipo de restricción o limitación. Esta norma reformaría completamente el régimen de responsabilidad de las sociedades, y además les obligaría a los socios y "controlantes" (quienes sea que éstos sean), una posición de garante de legalidad de todas las actuaciones no sólo de la sociedad, sino de los socios mismos. A todas luces esto es inaceptable, y debe limitarse la responsabilidad a quienes hayan abusado de la personalidad jurídica.

2. Luego, deja por fuera a los socios cuyos derechos hayan sido frustrados y quieran solicitar el levantamiento inverso explicado en el capítulo tercero.

Se mencionó en páginas anteriores que La República de Argentina y La República Oriental de Uruguay son dos países que tienen regulada la desestimación de la personalidad jurídica. La norma uruguaya es más completa que la argentina, por ello, con base en las observaciones planteadas al Proyecto 18213 y los artículos 189 al 191 de la Ley 16.060, de 5 de setiembre de 1989, de Sociedades Comerciales de Uruguay, la autora hace la siguiente propuesta para la regulación del levantamiento del velo social a nivel general:

B. Levantamiento Del Velo De La Personalidad Jurídica. Adición De Un Capítulo Al Código De Comercio, Ley N.º 3284, De 30 De Abril De 1964, Y Sus Reformas

"CAPÍTULO IV: De la Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica

Art. 33. (Procedencia). Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros, cuyas acciones se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción, se seguirán los trámites del juicio abreviado.

Art. 34. (Efectos). La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.

A esos efectos, conforme a derecho se imputará a quién o a quiénes corresponda, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad, o viceversa.

En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros o socios de buena fe.

Lo dispuesto se aplicará, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos.

Art. 35. (Anotación). El Juez interviniente en un proceso en el cual se pretenda la prescindencia de la personalidad jurídica de una sociedad, ordenará, si correspondiera, la anotación de la pretensión en la Sección Automatizada del

Registro Público Sección Mercantil; sin perjuicio de otras medidas cautelares que pueda adoptar. "

Rige a partir de su publicación.

Sin embargo, esta propuesta de ley dejaría por fuera ciertos aspectos conflictivos que fueron discutidos en cuanto a la praxis penal en la etapa de investigación, pero que resulta impertinente regular en el Código de Comercio. Por ese motivo, considera que una reforma al artículo primero de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones en conjunto con la reforma sugerida líneas arriba solventarían los problemas jurídicos y prácticos analizados en páginas anteriores.

C. Levantamiento Del Velo De La Personalidad Jurídica. Reforma Del Artículo Primero De Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, Ley No.7425 de 09 de agosto de 1994.

"ARTÍCULO 1.- Competencia.

Los Tribunales de Justicia podrán autorizar el registro, el secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento.

Para los efectos de esta Ley, se consideran documentos privados: la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo.

Sin embargo, tratándose de Libros de Actas así como Libros de Registros de accionistas o cuotistas, o de socios en general de las sociedades mercantiles, el juez

deberá realizar un examen separado de la solicitud de levantamiento del velo social que el Ministerio Público o la parte querellante plantee de forma motivada.

El juez lo ordenará cuando resulte indispensable para averiguar la verdad de los hechos investigados y existan suficientes elementos para sospechar que la sociedad ha sido utilizada en forma abusiva.

En caso de que el tribunal considere proporcional y razonable la solicitud del fiscal o querellante, aprobará mediante auto fundado el secuestro y registro de dichos libros sociales, así como de cualquier otra documentación pertinente para los efectos indicados. "

Rige a partir de su publicación.

Recapitulando: El ordenamiento jurídico costarricense contiene suficientes normas y principios que facultan a los jueces de todas las áreas a aplicar la doctrina del levantamiento del velo social. Sin embargo, la realidad dista de esa posibilidad jurídica, pues -aunque en unas materias más que en otras- los jueces han actuado de forma tímida frente a ello. Una norma que regule de forma genérica y expresamente autorice a los jueces a aplicar esta doctrina elevaría el número de resoluciones que la apliquen. Por eso, aunque reitera que para su debida aplicación no se requiere de reformas en el ordenamiento jurídico, si recomienda que se introduzcan normas pues *de hecho* tendría un impacto en el quehacer judicial.

Capítulo Quinto. Conclusiones Generales

Las sociedades mercantiles y sus atributos han evolucionado de manera compleja a lo largo de la historia. Los primeros institutos asociativos romanos, por ejemplo, carecían de personalidad jurídica propia, en contraste con las Compañías de las Indias de la Edad Moderna, que además ya gozaban para entonces de limitación de responsabilidad. Su papel en el desarrollo económico ha sido indudablemente relevante, pues ha fungido el rol de herramienta agilizadora del comercio y de las inversiones. Tomó gran fuerza y proliferación a partir del reconocimiento de la personalidad jurídica propia y la limitación de responsabilidad de los socios. La separación entre las compañías y sus socios, y la limitación de responsabilidad eran verdaderos privilegios otorgados a la burguesía por el Estado, con el propósito de impulsar ciertas actividades económicas riesgosas.

Hoy día es indiscutido que las personas jurídicas son centros de imputación diferenciados, entes independientes de los seres que las conforman, sin embargo aún persisten discusiones -aunque cada vez menos- acerca de cuál es su "verdadera naturaleza", como si fuera un hecho constatable. Sin embargo, no pocos autores han señalado ya la necesidad de hacerse las preguntas correctas. Además es cardinal reconocer las limitaciones que ésta ofrece debido a su naturaleza, a fin de reconocer los derechos que sean compatibles con ella, pues no se puede entender el término "persona" de la persona jurídica en el mismo sentido que lo es la persona física. Para entender el ámbito de tutela es importante entender a la persona jurídica en el contexto económico actual y su papel central en las economías de mercado. Es decir, el ámbito de tutela no es estático, en tanto cambian las circunstancias y el papel que juegan en cada momento histórico.

Luego, en relación al desarrollo del Derecho Mercantil en Costa Rica, a partir de la codificación se pueden identificar la creación de normas que reconocían la personalidad jurídica. En orden cronológico: Las Ordenanzas de Bilbao; El Código General del Estado de Costa Rica de 1841; El Código de Comercio de Costa Rica de 1853; La Ley de Sociedades Comerciales de 1909; La Ley de Sociedades de

Responsabilidad Limitada del 1942; y finalmente el Código de Comercio de Costa Rica de 1964, que se encuentra actualmente vigente.

En todas estas normas, así como desde las formas asociativas romanas más rudimentarias se prohibía que la compañía fuera utilizada para fines ajenos a los pactados.

En el actual Código de Comercio la personalidad jurídica se consagra en el artículo 20, pero también el Código Civil las reconoce jurídicamente, aunque de forma más superficial, en sus artículos 33, 34 y 36. La personería jurídica nace a partir del momento de la inscripción de este pacto en la Sección Mercantil de Registro Público. Tres de los requisitos ineludibles para que nazca a la vida jurídica son: a) aporte de los socios; b) ejercicio en común de una actividad y c) fin de lucro. Resulta también que estos requisitos son los que más se echan de menos en la actividad societaria, ya que muchas sociedades se crean con otros propósitos distintos a los que la ley faculta.

La personalidad jurídica ha sido utilizada desde tiempos inmemoriales de manera abusiva, gracias a las "bondades" de su forma. A la luz de esos atributos se han cometido defraudaciones de diversas naturalezas: contra acreedores, terceros, cónyuges, el fisco, víctimas de delitos, administración pública, consumidor, etc. También se han utilizado para eludir regulaciones (de cualquier naturaleza), para manipular mercados, como carcasa para el crimen organizado y especialmente para perpetrar delitos de naturaleza financiera y económica, como lo es el lavado de dinero, corrupción, ocultamiento de bienes a acreedores, fraude fiscal, elusión de los requisitos de divulgación y otra serie de comportamientos ilícitos.

Surge en respuesta a ello la llamada "teoría del levantamiento del velo social", mediante la cual se busca penetrar en las formas jurídicas para conocer el sustrato real y personal que subyace, a fin de evitar y detener usos abusivos.

La agenda global tiene entre sus prioridades la implementación de regulaciones que ataquen al crimen organizado, el lavado de dinero y el financiamiento del

terrorismo, y es en congruencia con esos objetivos que se han establecido regulaciones -más o menos estrictas o radicales según el país- en aras de regular y controlar más la actividad corporativa. Costa Rica no escapa de esta tendencia y está en proceso de incorporarse a la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos), para lo cual ha tenido que hacer e implementar cambios en su regulación.

Este escenario ha impulsado el estudio de la teoría del levantamiento del velo, el que cobra relevancia especialmente en una rama como lo es el Derecho Penal, en la cual se conocen y escudriñan los abusos más groseros con consecuencias más nocivas para la sociedad.

Estos abusos no son la excepción, a pesar de los esfuerzos de los países y organizaciones para evitarlo, se cometen con muchísima frecuencia en todo el orbe. Los riesgos y daños asociados a ello son muchos, pero saltan a la vista de las autoridades la integridad y la estabilidad financiera de los mercados, e incluso de la seguridad de la sociedad civil, en tratándose del financiamiento del terrorismo.

Las actividades mayormente asociadas a la profanación societaria son el lavado de dinero, la corrupción, el ocultamiento y protección de los activos de los acreedores, las prácticas tributarias ilícitas, auto contratación / defraudación de activos / desvío de activos, fraude de mercado y de elusión de los requisitos de divulgación, y otras formas de conducta ilícita.

Entonces, ¿cuáles son las características que permiten y facilitan estas conductas ilícitas? Ciertamente la limitación de responsabilidad, pero además existen otras que convierten a los vehículos corporativos en estructuras para disfrazar una amplia gama de hechos, elementos y eventos, entre ellos: los verdaderos socios, los mecanismos de toma de decisión y con ello la identidad del verdadero orquestador del delito, los verdaderos propósitos de negocios o cuentas, fuentes de ingresos, financiamientos anónimos, etc., y para ello se valen de empresas ficticias/fantasmas, estructuras complejas, el uso de intermediarios y testaferros, situación que es acelerada y fomentada a su vez por la facilidad de transmisión de

las acciones. Añádasele a ello la internacional de las compañías, la posibilidad de suscribir contratos desde cualquier parte del mundo, la facilidad para trasladar activos de un país a otro (normalmente en paraísos fiscales).

Luego, se utilizan mecanismos societarios específicos para lograr el anonimato, que aunque no sean permitidos en todas las jurisdicciones, la multi jurisdiccionalidad de las sociedades faculta que se permeen de un país a otro. Estos son: 1. Acciones al portador (*Bearer shares*), 2. Accionistas nominales (*Nominee shareholders*), 3. Directores nominales y directores "corporativos" (*Nominee directors and "corporate" directors*), 4. Cadenas de vehículos corporativos (*Chains of corporate vehicles*) y 5. Los intermediarios - agentes de formación de empresas, sociedades fiduciarias, abogados, administradores y otros profesionales (*Intermediaries – company formation agents, trust companies, lawyers, trustees, and other professionals*).

Para poder emprender una lucha exitosa contra las distintas formas de abuso de la personalidad jurídica será preciso encontrar mecanismos que logren romper con ese anonimato que fomenta las actividades ilícitas, y obtener la información sobre el beneficiario real en tiempo y forma oportuna y ser capaces de compartirla con otras autoridades, sean nacionales o internacionales, además de la existencia de mecanismos efectivos y rápidos de cooperación internacional.

Ahora bien, en cuanto al panorama doméstico, en Costa Rica existen numerosas formas de creación compleja de estructuras societarias, sin embargo tres son las predilectas del sector comercial para estructurar sus negocios: los grupos de interés económico (GIE's), los conglomerados y vehículos con propósitos especiales. Éstos, así como las Sociedades Anónimas y en ocasiones las de Responsabilidad limitada, son grandes instrumentos jurídicos y comerciales. Permiten la distribución del riesgo, hacer planificación fiscal, promueven la inversión, etc.

Sin embargo, precisamente las características que les facultan hacerlo son aquellas que le permiten agregar diversos niveles de propiedad y anonimato a sus

estructuras y con ello el ocultamiento del beneficiario o titular real. Circunstancia que, como se dejó en evidencia en capítulos anteriores, es la característica más significativa y utilizada para el abuso de los vehículos corporativos. Esos abusos en ocasiones escapan de la esfera civil o comercial, y llegan a configurar actividades ilícitas más graves y reprochables: delitos.

Existen tipos usuales de actividades ilícitas que son cometidas a través de vehículos societarios. Empero, hacer una lista taxativa de éstas o de todas las posibles formas de cometer abusos a través de las persona jurídicas y de los delitos que podrían cometerse es una labor más que titánica. Sin embargo, no fue necesario enumerarlas, porque si bien el enfoque de la investigación apunta su mirada a estos tres ejes, la tesis se desarrolló de modo tal que la teoría del corrimiento del velo social penal es aplicable a cualquier delito, en el tanto todos los delitos tienen consecuencias económicas, que los responsables pueden tratar de eludir con abuso de las formas jurídicas.

Una de esas formas de abuso es la creación de un entramado societario complejo. Estos se pueden utilizar para distraer bienes objeto de un delito, o bien para distraer bienes que fueron adquiridos de modo legítimo pero para eludir responsabilidades que deben asumir con su patrimonio.

Como se expuso en párrafos anteriores, existen a su vez una serie de delitos que son propensos a cometerse mediante el uso indebido de los beneficios de la personalidad jurídica, en distintos momentos del *iter criminis*. Éstos son:

1. Delitos económicos y empresariales, categorías desarrolladas sobre todo en Argentina y España, pero cuya clasificación es ajena a la realidad normativa costarricense.

- 2- Delitos en el Código Penal costarricense: intermediación financiera no autorizada, delitos tributarios, delitos aduaneros, delitos funcionales (corrupción, peculado), delincuencia organizada, delitos bursátiles (uso de información privilegiada, manipulación de precios del mercado), legitimación de capitales,

estafas, administración fraudulenta, encubrimiento, fraude de simulación, autorización de actos indebidos, propaganda desleal, publicación y autorización de balances falsos, ofrecimiento fraudulento de efectos de crédito, agiotaje, connivencia maliciosa, quiebra o insolvencia fraudulenta, quiebra culposa, etc.

Los momentos del iter criminis en el que se puede cometer abuso de las formas jurídicas, ya sea para la comisión misma del delito o para asegurarse los efectos del ilícito son varias: 1- Antes del delito; 2- Fase inicial del delito. Como acto preparatorio; 3- Durante la ejecución del delito, siendo o no parte de los elementos del tipo penal; 4- Durante el agotamiento del delito, siendo o no parte de los elementos del tipo penal. y 5- Después de la ejecución y agotamiento del delito, como actos de distracción u ocultamiento de rastros y activos. Estas acciones pueden o no constituir en forma independiente otro delito.

Mediante la utilización de sociedades, vehículos corporativos, cuentas off shore, sociedades fantasmas, fideicomisos, etc, y la estructuración compleja e incluso internacional de éstas es posible "desaparecer, alterar u ocultar" rastros del delito. Nada más es importante tener presente que puede existir un concurso aparente de normas, pero que por especialidad, un hecho que a primera vista podría parecer favorecimiento, tal vez en realidad cumpla con el tipo penal de legitimación de capitales.

Como consecuencia de lo expuesto, en Costa Rica surgen problemas en el proceso penal cuando se investiga delincuencia corporativa. Se pueden distinguir por lo menos dos categorías: los problemas relativos a la teoría jurídica del delito y los problemas relativos al proceso. En cuanto a la teoría jurídica están los: 1. Problemas de tipicidad, 2. Autoría y participación en los delitos económicos. 3. Imputación de delitos en estructuras empresariales complejas. y 4. Imputación subjetiva: dolo y error.

Luego, están los otros problemas procesales, relativos a la obtención de prueba para la investigación y consecuente imputación esos delitos, pero principalmente en cuanto a la recuperación de activos. En muchas ocasiones, las mismas víctimas

están más interesadas en lograr una recuperación económica que lo están de la condena penal propiamente.

Estas circunstancias generan un rompecabezas en cuanto a información se trata. Por ello los fiscales y el OIJ (Organismo de Investigación Judicial) se encuentran con no pocos problemas a la hora de desplegar investigaciones en las cuales se encuentren involucradas distintas entidades corporativas.

Hay varias maneras de obtener esa información que se esconde detrás de la telaraña corporativa, pero lo cierto es que para obtenerla es preciso irrumpir en velo y penetrar más allá de las estructuras externas para determinar cuál es la realidad personal y material de esos vehículos corporativos.

Dicho esto, el velo social es un fuero especial dotado por ley del que gozan algunas formas asociativas mercantiles, y para levantar y prescindir de esos atributos es preciso que haya autorización de un juez competente, siempre que exista razón fundada para ello y hayan suficientes elementos para sospechar de la existencia del abuso de la personalidad jurídica.

El abuso de la personalidad jurídica, que es una sub especie del abuso del derecho, comprende aquellas acciones que, realizadas a través de la sociedad, buscan fines diversos a los otorgados y pensados en la ley. Estas acciones pueden ser relativas al abuso de la limitación de responsabilidad o bien de la autonomía patrimonial, para perpetrar actos ilícitos, burlar acreedores, o de cualquier forma contrariando la ley o los derechos de terceros.

La concepción formalista de la persona jurídica impulsadas por las corrientes positivistas reforzó el hermetismo atribuido a las sociedades, especialmente las anónimas. Dicho hermetismo ha sido el causante de la crisis de la personas jurídicas, pues ha deformado su concepto, permitiendo que se dejasen de lado elementos esenciales para su conformación, tales como: 1. Concurrencia de un substrato asociativo (conjunción de personas o varios socios para la consecución

de un fin colectivo); 2. El fin de lucro; 3. El objeto social o ejercicio en común de una actividad, 4. Aporte.

El sistema societario en general, y costarricense particularmente, está configurado en forma tal que es posible la prescindencia "silenciosa" de esos elementos, tal y como se explicó más ampliamente en el capítulo primero de esta investigación. Esos elementos esenciales son requeridos formalmente en la escritura constitutiva de la sociedad, mas no hay organismos estatales que en efecto fiscalicen la concurrencia de esos elementos, y tampoco existen consecuencias expresas en el ordenamiento jurídico mercantil -ni general- para aquellas que lo incumplan.

La prolífica autorización para limitar la responsabilidad así como el anonimato han sido la mayor causa de abusos de las formas asociativas mercantiles. La teoría del abuso del derecho es la base para aplicación y análisis de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica. En Costa Rica, el abuso del derecho está regulado en el artículo 22 del Código Civil. En resumen, dicho numeral expresa que: 1. La ley prohíbe el abuso del derecho; 2. éste consiste en sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte.; 3. Los efectos del abuso del derecho son A- indemnización y B- medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Ahora bien, es preciso señalar que si bien el abuso de la personalidad jurídica es uno de los presupuestos más comunes en los que se basan los jueces y la doctrina para encontrar aplicable el levantamiento del velo social, existen otras patologías negociales que facultan su aplicación, como lo son el fraude de ley, actuación en mala fe y simulación. Todas ellas encuentran sustrato normativo sea directo o indirecto en el ordenamiento jurídico costarricense, así como sus propias consecuencias jurídicas sustantivas y procesales por la comisión de dichos actos, siendo que además son aplicables a todas las ramas del ordenamiento jurídico.

La teoría del levantamiento del velo societario surge como remedio ante los abusos cometidos a propósito del hermetismo de la persona jurídica, y de su

consideración como ente autónomo al de los socios que la conforman, y por cuya característica ha sido utilizada para fines distintos a los planteados en la ley.

Ésta se define como la herramienta jurídica que faculta la penetración en las formas de la sociedad para alcanzar al grupo de personas o bienes detrás de su estructura, para negar su existencia como centro de imputación derechos autónomos en relación a una situación específica, o bien negando al socio la limitación de su responsabilidad. Es decir, la comunicación de las consecuencias jurídicas a aquellos que mediante las formas mercantiles trataron de eludir.

La teoría del levantamiento del velo, también denominada la teoría de la desestimación de la persona jurídica, surge en el derecho estadounidense de *common law*, bajo la denominación de "piercing the corporate veil" o "disregard of legal entity". Su desarrollo ha sido a través de la vía jurisprudencial, que es fuente de creación del derecho en esos sistemas jurídicos. Posteriormente, el derecho Alemán lo asumió como "la teoría de la penetración", impulsado por la gran obra de Rolf Serick. Luego, en los sistemas jurídicos continentales se ha ido incorporando por vía jurisprudencial, siendo que en muy pocas de ellas ésta figura encuentra regulación expresa, a la fecha.

La doctrina del levantamiento del velo supone dos estadios: 1) la primera como un acto de investigación, para adentrarse en la realidad corporativa y conocer el sustrato patrimonial y personal a fin de determinar si hubo o no una violación de la ley y principios jurídicos; y luego 2) una vez constatado un abuso se penetra en el velo para imponer consecuencias jurídicas distintas a las del régimen de responsabilidad societario común.

En el derecho anglosajón, tres conceptos de gran raigambre han jugado un papel importante en el desarrollo y aplicación de esta doctrina. Estas son: la equidad (EQUITY), el fraude y la doctrina del "agency".

En la tradición Alemana, destaca la obra del profesor SERICK, quien estudió y creó una clasificación de los presupuestos más reiterados de abuso de la personalidad

jurídica. Las categorías generales que él detectó fueron: a) fraude a la ley; b) fraude o violación al contrato; c) daño causado a terceros; d) relaciones entre holdings (sociedad matriz) y sus filiales. Desde esa clasificación, esboza una serie de reglas fundamentales para la determinación de cuándo se puede prescindir de las formas jurídicas.

No tardan en surgir posturas críticas a la Doctrina del Levantamiento del Velo, siendo las más severas aquellas postuladas desde el normativismo kelseniano. Uno de los primeros autores en dirigir su desacuerdo fue ASCARELLI, quien, además es precursor de las corrientes que proponen que el concepto de persona jurídica sea reevaluado y reformulado. Desde esta postura la prescindencia de la persona jurídica es innecesaria, pues este concepto es puramente normativo, su naturaleza dependerá únicamente de lo que el legislador le haya otorgado en el texto de la ley. Su propuesta era una reformulación del concepto de persona jurídica, pues parece ilógico partir del concepto de persona jurídica como sujeto independiente para luego desestimar esos presupuestos, que además con base en criterios que no son del todo claros, lo que generaría un gran alto de inseguridad jurídica.

Esas preocupaciones de los detractores también son compartidas incluso por los mismos propulsores de la doctrina del levantamiento del velo, en el sentido que los presupuestos de aplicación no son claros. Es decir, ¿ante cuáles indicios y situaciones de hecho se amerita levantar el velo y mirar detrás de las estructuras formales de la persona jurídica? y además, una vez que se haya mirado e investigado, ¿ante cuáles supuestos de abuso o ilicitud es posible prescindir de la forma jurídica, y en qué grado se debe hacer?

La doctrina y jurisprudencia estadounidense han bordeado estos presupuestos de forma más abundante que en el resto de latitudes, sin embargo, éstos han sido asumidos –con matices– en la doctrina y jurisprudencia internacional. Los cuatro supuestos básicos que se requieren para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo social son cuatro.

1. Confusión de esferas: cuando el patrimonio social y el de los socios se interconectan, o el patrimonio de dos o más sociedades, y deja de existir la verdadera autonomía patrimonial de la sociedad frente sus miembros.
2. Infracapitalización: se configura en los casos en que se dota de un capital societario inferior e inadecuado a la compañía, en relación al giro y objeto social de la misma.
3. Dirección externa: cuando otra compañía ejerce un control absoluto sobre la segunda, y además antepone los intereses empresariales propios.
4. Abuso de la forma jurídica: cuando se utiliza a la sociedad de forma instrumental, en la que se busca eludir el cumplimiento de obligaciones contractuales o bien producirle daños a terceros; fraude de ley o incumplimiento de obligaciones.

Los contornos de cada una de ellas son diversos dependiendo de la jurisdicción, incluso entre mismos Estados de Estados Unidos de América.

La doctrina se ha abocado a crear categorías y clasificaciones de distintos tipos de levantamiento del velo social, según quien lo solicite y en contra de quién se solicite. Por ejemplo en la doctrina argentina existe la desestimación pasiva y activa, sea en relación a un conflicto con terceros (ajenos a la sociedad) o a un conflicto interno. Luego en la tradición anglosajona se habla del levantamiento del velo corporativo directo, el inverso (tercero acreedor del socio se va contra la compañía) o triangular (en el caso de holdings y filiales).

Estas distintas clasificaciones en torno a los mecanismos y efectos de la desestimación de la personalidad jurídica son un claro retrato de lo complejo que ha resultado para la doctrina sistematizar la teoría del levantamiento del velo.

Costa Rica no ha escapado de ese panorama complejo. La figura del levantamiento del velo corporativo carece de una norma genérica que faculte expresamente su utilización. Su sucinto tratamiento se ha dado en sede jurisdiccional, especialmente en derecho laboral, tributario y de familia.

Aunque sin la nomenclatura precisa de "levantamiento del velo", esa facultad existe autorizada de forma expresa únicamente en algunos supuestos de hecho específicos en algunas ramas del ordenamiento jurídico, cuando autoriza a los operadores jurídicos a analizar y perseguir la verdad, más allá de las formas, en materia del consumidor, actividad financiera de grupos de interés económico, etc.

Luego, después del análisis de normas realizado se concluyó que a pesar de la falta de norma genérica expresa que regule el corrimiento del velo societario, la existencia de normas y principios generales en relación a otras figuras sí permiten la aplicación de este instituto, y el desconocimiento del principio de separación y limitación de responsabilidad entre la sociedad y sus miembros. Estas normas son las relativas al abuso del derecho, el fraude de ley, la actuación en mala fe y la simulación. Luego, éstas deben ser entendidas y ejercidas al tenor de otras normas y principios orientadores de la actividad judicial, que exigen a los jueces a resolver los conflictos llevados a su conocimiento haciendo uso no solo de las normas escritas, sino de los principios generales del derecho, usos y costumbres y sobre todo de sus facultades interpretativas e integrativas.

Por ello, los jueces en ciertas materias, algunos con normas más "autorizantes" - por llamarles de algún modo- que otros, en una labor de hermenéutica jurídica han aplicado la doctrina del levantamiento del velo social ante ciertos casos particulares. Además, puede detectarse que en ciertos tribunales hay mayor recepción y aceptación de dicha doctrina. Así se ha hecho en jurisprudencia Civil, Tributaria, Laboral, Familiar y hasta Constitucional, en las que haciendo uso de sus propios principios y herramientas procesales, se ha integrado el ordenamiento en aras de dar respuesta a las sendas situaciones de abuso de las formas asociativas mercantiles.

En la realidad jurídico penal, este panorama dista sustancialmente del expuesto anteriormente. A lo largo de la investigación se constató que aun menos frecuente es en materia penal la utilización del corrimiento del velo corporativo. El fenómeno responde no sólo a la falta de una tesis clara sobre los alcances de esta teoría en el ámbito penal y el desarrollo de un "test" para su aplicación en materia procesal

penal, sino también, por la aprehensión de fiscales, jueces y otros operadores del derecho.

La realidad jurídica descrita supone dificultades para investigar y resolver casos en los que la comisión del delito se realizó mediante la implementación de estructuras corporativas complejas, así como en cuanto a la recuperación de los bienes distraídos para el resarcimiento de la víctima. Este panorama lesiona derechos consagrados incluso en la constitución, de muchas de las partes involucradas, sea por un lado el derecho de privacidad, intimidad, desarrollo económico, así como la tutela judicial efectiva y el reparo que todas personas deben encontrar cuando sus derechos han sido vulnerados.

Al iniciar la investigación se pretendía analizar cuáles eran los supuestos en los que los jueces de garantía del proceso penal mediante sus resoluciones autorizaban el secuestro y registro de documentos que revelara información protegida por el fuero especial que otorga el velo social, también los indicios se necesitaban presentar, si existía uniformidad de criterio entre los jueces, cuáles consecuencias se imponían civilmente al constatarse un abuso de la personalidad jurídica, el porcentaje de reticencia o aceptación de la figura por parte de los operadores, etc.

Es decir, se partió del supuesto que los jueces de garantía y los de juicio eran quienes autorizaban el levantamiento del velo, a solicitud de parte. Pero la realidad es muy distinta a la intuida, pues los jueces de garantía (que durante el transcurso de la investigación son los que autorizan a los fiscales a ejecutar actos que pueden lesionar derechos y garantías de los imputados o terceros) no emiten resoluciones que autorizan propiamente "el levantamiento del velo corporativo", sino que los fiscales se amparan en las resoluciones de allanamiento para secuestrar libros legales y obtener información privilegiada sobre las sociedades.

Esta práctica jurídica presenta sendos problemas, de corte jurídico y práctico. Para empezar se está evadiendo un examen adecuado y razonado para penetrar en las estructuras societarias, violentando así los derechos de las sociedades y sus socios,

así como lesiones al principio de seguridad jurídica. Por otro lado también se están vulnerando derechos de las víctimas y terceros perjudicados civilmente, pues se deja de lado un instrumento que podría ser de mucha utilidad para averiguar la verdad real, que es el fin del proceso penal.

Los problemas que resultan de esta praxis jurídico penal son al menos cuatro:

i. Se limita la investigación

En muchas investigaciones se parte de la falsa creencia de que los administradores "casi siempre" son los socios, y por ende a ellos es a quienes automáticamente se les imputa delitos cometidos a través de estructuras corporativas complejas. Esto ocurre numerosas ocasiones, pero al generalizarlo se están excluyendo personas y patrimonio que podría responder por el hecho delictivo.

Si el Estado ha "monopolizado" la venganza penal, éste debe realizar su labor de forma exhaustiva, a fin de no causar perjuicio a quienes ya de por sí han sufrido consecuencias nocivas por un ilícito. En el seno de una causa penal, la labor investigativa fiscal es crucial para imputar a todos los posibles y plausibles autores del delito y para demandar a todas las personas que pueden ser responsables civilmente, (y que no necesariamente son las mismas).

ii. Cuando no se encuentran libros en el recinto allanado.

El allanamiento se realiza en relación a un lugar, no a una persona. Si los libros no estaban en el recinto, ¿cómo se podrá obtener la información? Si existiera una orden expresa que ordene el secuestro y registro de los libros societarios e información que permita franquear el anonimato societario, los fiscales tendrían más herramientas, además de actuar de forma legítima, pues podrían compeler al custodio de los libros (que en muchas ocasiones son los Agentes Residentes), o terceros que tengan información indiciaria a entregar esos documentos, quienes en el caso de incumplir estarían cometiendo el delito de desobediencia a la autoridad.

iii. Inexistencia de autorización expresa y análisis adecuado

La Ley de Registro y Secuestro de Documentos compete al juez penal a autorizar el secuestro y registro de cualquier clase de documentos privados, e incluye el vocablo "libros". Sin embargo, la autora sostiene que dicha norma es insuficiente, sobre todo en relación a la praxis penal: carencia de un auto en el que se haga un estudio sobre la vulneración de los derechos atribuidos por la personalidad jurídica.

Secundando lo sostenido por el profesor Ewald Acuña, considera que esa alusión a la palabra "libros" hace referencia a otro tipo de documentación privada, por ejemplo libros contables. Además manifiesta que ese numeral de la Ley de Registro y Secuestro de Documentos debe integrarse con el artículo 2 del Código Procesal Penal, según el cual debe leerse e interpretarse el vocablo "libros" de forma restrictiva. Los registros de accionistas, de socios o de cuotistas tienen un valor supra, son documentos todavía mucho más protegidos que el resto de documentos privados, porque precisamente ésta es la razón de ser de la Ley Comercial.

Si en ese auto fundado, el juez hiciera un análisis propio sobre la procedencia o no del levantamiento del velo, del descubrimiento de información protegida por las estructuras y atributos propios de la personalidad jurídica, y además hiciera un examen adecuado conforme las reglas y criterios que se han ido desarrollando a lo largo de esta investigación, entonces considera la autora que podrían solventarse los problemas ya indicados y los que se expondrán en los subsiguientes párrafos.

iv. El allanamiento: una medida gravosa

El allanamiento es una medida demasiado gravosa que se puede evitar en algunos casos en los que se requiera levantar el velo. Si bien el allanamiento es una de las formas más seguras y rápidas de obtener evidencias, una de sus características intrínsecas es la violación de derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad de domicilio e inclusive en algunas ocasiones, el derecho a la libertad de tránsito.

Luego de hacer un análisis sobre los fines del proceso penal, sus etapas, actores y principios orientadores concluye la autora que éstos son suficientes para autorizar el levantamiento del velo social. Éste debe entenderse a la luz de ciertas máximas: por una parte está el principio de libertad probatoria, la búsqueda de la verdad real, la subjetividad de la responsabilidad penal, el mandato de restablecer las cosas al estado que tenían antes del hecho, así como las reglas de responsabilidad por el hecho punible y otras normas del ordenamiento penal.

El Proyecto de Ley número 18213, presentado por el ex diputado José María Villalta Florez-Estrada, pretende introducir dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense una norma comercial que autorice expresamente la aplicación de la teoría del levantamiento del velo social. Las plausibles intenciones no pueden dejarse de lado, sin embargo, considera que la redacción tal cual excluye algunos supuestos (por ejemplo el levantamiento del velo invertido y la desestimación pasiva), y no hace distinción alguna entre los socios que utilizaron abusivamente y los socios que no. Sino que nada más extiende la responsabilidad a todos los socios, de forma solidaria, y sin poner ningún tipo de restricción o limitación.

La propuesta de norma genérica comercial que luego hace la autora se basa en la experiencia Uruguay y Argentina, atendiendo también a las críticas hechas al proyecto 18213, en la que se pueda individualizar a quien obrare ilícitamente y tomando en cuenta ciertos aspectos procesales que fueron dejados de lado.

Luego, propone que para el caso penal concretamente, se reforme el artículo primero de la Ley de Registro y Secuestro de Documentos, para que se adicione un análisis particular en los casos en que los libros y documentos que quieran obtenerse puedan violentar el fuero especial de protección que brinda la personalidad jurídica y su velo corporativo.

Si bien realizó las propuestas mencionadas, cree firmemente que el ordenamiento jurídico costarricense tal cual contiene suficientes sustento jurídico que facultan a los jueces de todas las áreas a aplicar la doctrina del levantamiento del velo social, en cualquier materia, incluyendo por supuesto la penal. La realidad dista de esa

posibilidad jurídica, ya que se ha constatado que los jueces actúan de forma tímida frente a esa posibilidad.

Por ello concluye, confirmando su hipótesis inicial de que “la perforación del velo corporativo es una herramienta jurídica-procesal inexistente en nuestro ordenamiento jurídico penal que (...) bien definida y aplicada, sería de gran utilidad no sólo en la elaboración de la teoría del caso sino en la resolución del mismo y en el rastreo y recuperación de bienes...”, afirma que la promulgación de una norma que autorice y regule la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo mucho favor le haría los procesos en los que se conocen situaciones fácticas en las que alguien abusó de los atributos de la personalidad jurídica para procurar un fin contrario a la norma en perjuicio de terceras personas.

Dicha norma elevaría el número de resoluciones que apliquen la desestimación de la personalidad jurídica. Por eso, aunque reitera que para su debida aplicación no se requiere de reformas en el ordenamiento jurídico, si recomienda que se introduzcan normas pues *de hecho* tendría un impacto en el quehacer judicial. Además, en materia penal, por la naturaleza de su proceso y por la forma de obtención de la prueba, recomienda enfáticamente que se reforme lo dispuesto en el primer numeral de la Ley de Registro y Secuestro de Documentos Privados.

Consideraciones finales:

La creación deliberada de estructuras societarias introduce una serie de problemas muy complejos en distintos niveles y esferas, no sólo en las diversas ramas del ordenamiento jurídico, sino problemas que pueden abordarse desde una perspectiva económica, política y social.

Además, son problemas no sólo difíciles de abordar por esa complejidad señalada, sino que también son difíciles de señalar y delimitar, a propósito de la dicotomía que existe en relación a una figura como lo es "la personalidad jurídica" y

particularmente la "sociedad". Que por un lado no es estática, pues como se explicó en el desarrollo de la tesis, su contenido, ámbito y atributos han ido actualizándose a propósito de los amplios y apasionados debates doctrinarios que se han gestado, especialmente en cuanto a "su naturaleza" y el hermetismo del que se la dotado.

Por otro lado es una figura la cual por sus atributos (especialmente el de limitación de responsabilidad) ha fungido un papel central y acelerador en el desarrollo económico. La limitación de responsabilidad en una era de crecimiento económico fomentó el uso de formas asociativas, sobre todo porque permitió una mayor protección en las crecientes inversiones y grandes empresas en las que además el Estado participaba o tenía un interés directo. La dotación de la personalidad jurídica y la aceptación de la existencia de un patrimonio autónomo se desarrolló paralelamente al sistema económico capitalista. Esto que hace referencia a los inicios de la Edad Moderna, es una premisa que tiene tanta o más vigencia a la fecha, porque dota a los empresarios de amplias posibilidades, especialmente la de diversificar su riesgo de inversión.

Sin embargo, por otro lado también - y precisamente por esos atributos, hermetismo y amplias posibilidades que brinda- ha facilitado la comisión de los más groseros abusos, en todas las áreas posibles: familia, laboral, fiscal, penal, ambiental, administrativo, etc.

Luego, no estamos hablando aquí de un problema nuevo. En realidad, desde las formas asociativas más rudimentarias (*societas* sin personalidad por ejemplo) existen registros de utilización abusiva y la previsión del legislador de atribuirle consecuencias a esos usos no conformes. Entonces, si bien la personalidad jurídica otorga medios legítimos utilizados en la práctica diaria del comercio, también lo es que se utilizan como instrumentos para cometer ilícitos, delitos y distraer bienes, frutos de esos ilícitos.

Sin embargo estos abusos se han mantenido, siendo que los fraudes más grandes del último medio siglo se han gestado a través del uso empresas fantasmas, entramados societarios, vehículos corporativos, grupos de sociedades, la multijurisdiccionalidad, paraísos fiscales, etc.

Expuesto lo anterior, parece ser que a la fecha lo que importa preguntarse ya no es "¿cuál es su naturaleza jurídica?", sino "¿qué contenido queremos darle?" Es hora de hacerse las preguntas correctas, superar una discusión que ya huele a libro viejo. La discusión debe ser transpuesta a la práctica, para pasar a un debate que tome en cuenta esa realidad social, económica, política y jurídica.

Por otro lado, es criterio de la autora que la realidad de la práctica jurídico penal en cuanto al levantamiento del velo social, en etapa de investigación, no es conforme al ordenamiento jurídico. Considera que este panorama expuesto en el cuarto capítulo de esta investigación, lesiona derechos consagrados incluso en la constitución, de muchas de las partes involucradas, sea por un lado el derecho de privacidad, intimidad, desarrollo económico, el principio de seguridad jurídica, así como la tutela judicial efectiva y el reparo que todas personas deben encontrar cuando sus derechos han sido vulnerados.

Haciendo una lectura de la posición sostenida a lo largo de la tesis se afirma:

Primero: que la persona jurídica no es una ficción de ley, sino una respuesta del ordenamiento jurídico a un fenómeno social y económico, cuyo contenido es y será modulado por el desarrollo normativo, siendo que la tendencia mundial ha sido la de ampliar el contenido y atributos de los mismos. Empero, debe desecharse la postura del hermetismo que ha fomentado el abuso de la personalidad jurídica, siempre respetando el contenido jurídico y papel central en la economía que ha tenido y tiene este instituto.

Segundo: Es cierto que el centro de las investigaciones penales es el ser humano, quien -a la fecha en nuestro sistema jurídico costarricense- es el único capaz de cometer una infracción penal. Sin embargo, para poder "alcanzar" ese sustrato personal e incluso de bienes, en muchos delitos será necesario investigar la realidad societaria. La investigación de las actuaciones de una sociedad no siempre van a implicar el levantamiento de su velo. Partir de esta postura sería absurdo, porque incluso una declaración de testigos, imputados o víctimas puede incorporar información relevante sobre personas jurídicas involucradas. Es más, en el escenario ideal propuesto por esta autora, para poder justificar el levantamiento

del velo de una compañía, resultaría necesario presentar argumentos sobre el actuar societario abusivo, que le den al juez suficientes indicios para autorizar - ahora sí- el secuestro de toda la documentación societaria pertinente.

Tercero: No existe preocupación sobre las reglas de responsabilidad de las sociedades, primero porque está claramente establecido que las normas de imputación penal excluyen a la sociedad como posible actor, y segundo porque existen suficientes reglas en cuanto a la responsabilidad civil para condenar en estos extremos, en el caso de que no existan elementos para prescindir de la personalidad jurídica e imputar el patrimonio social como patrimonio del imputado (tal como se estableció en el capítulo cuarto).

Cuarto: Sin embargo, para poder imputar responsabilidades civiles a sociedades en estos escenarios, o bien asignar ese patrimonio societario a un imputado o tercero civilmente responsable (es decir, levantar el velo en su modalidad de "estadio dos"), será importante y en muchos casos imprescindible acceder a información protegida por el velo societario, y que en respeto del ordenamiento constitucional y comercial, debe hacerse un examen adecuado para su autorización.

Para concluir es de mérito señalar que:

La realidad societaria mundial y patria supone una serie de retos y problemas jurídicos complejos, cuyo estudio puede y debe ser abordado desde distintas ramas del derecho, e incluso dentro de cada área desde el ordenamiento sustantivo o procesal. En el caso concreto del Derecho Penal el uso abusivo de la persona jurídica ha suscitado toda clase de debates: a nivel teórico: desde la teoría del delito, cuestiones relativas a la autoría y participación, incluso el replanteamiento y estudio de la máxima *societas delinquere non potest*. Por otro lado suscita también problemas de carácter procesal y de la práctica jurídica, como los expuestos en esta investigación.

Es un fenómeno y problema complejo, que involucra muchísimos actores y factores: el ordenamiento jurídico nacional, el *orden* jurídico mundial, los tratados

internacionales, países con toda clase de sistemas jurídicos y políticos, organismos internacionales, el derecho internacional público y privado, etc.

Es decir, es un fenómeno con muchas aristas, con muchos sub-problemas, que puede ser abordado desde muchas perspectivas, flancos e incluso ciencias, para poder acercarse a lo que podría ser tratamiento integral del uso y abuso de la persona jurídica.

Dicho lo anterior, quiere aclarar que esta tesis no pretende agotar esos problemas, hacerlo sería no sólo pretencioso, sino imposible, tomando en cuenta que el fenómeno se actualiza todos los días. Se necesitarían muchas tesis, muchos investigadores, y grandes recursos para hacerlo.

El propósito de esta investigación fue reconocer, señalar y delimitar un problema en la práctica judicial penal costarricense, exponer las consecuencias y errores a nivel teórico y práctico de ese modo de operar, y presentar una solución, una propuesta que si bien es sencilla, introduciría soluciones en la resolución de casos y solventaría los problemas concretos señalados.

Es una propuesta que considera se adapta a la integralidad del ordenamiento jurídico, a los recursos judiciales disponibles, y en general al estado actual de las cosas, el cual si fuere implementado reduciría la impunidad, aumentaría el éxito en la obtención de prueba, así como en el resarcimiento de la víctima, todo ello mediante prácticas y mecanismos que sí estén acordes al nuestro ordenamiento jurídico constitucional, penal y comercial, en respeto de los derechos de las víctimas, de las sociedades involucradas e incluso de los imputados.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos y documentos en línea

Abel Souto, Miguel. "La expansión penal del blanqueo de dinero por la LO. 5/2010, de 22 de junio," *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, No. 79, (2011): 1, accesado marzo 27, 2014,

Allen, Nicholas B. "Reverse Piercing of the Corporate Veil: a straightforward path to justice", *St. John's Law Review*, Vol. 85, (2011):1147-1148, accesado 4 de marzo 2015, <http://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5588&context=lawreview>

Álvarez de Toledo Quintana, Lorenzo. "El levantamiento del velo y el principio dispositivo del proceso civil español. Monografía Premios García Goyena XI". *Revista Digital Facultad de Derecho*, No. 5, 2nda ed. (2012): 36-85, accesado setiembre 11, 2015, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=192250>.

Andrade Ubidia, Santiago. "El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana". *Revista de Derecho*, No. 11 (2009): 7-35, accesado octubre 4, 2015, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2115/1/RF-11-Andrade.pdf>

Bainbridge, Stephen M. "Abolishing LLC Veil Piercing". *University of Illinois Law Review* (2005): 77-106. Accesado enero 14, 2015, <http://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2005/1/Bainbridge.pdf>.

Bialostosky Sara. "Antecedentes de las Sociedades Mercantiles en el Derecho Romano". *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*,

UNAM México (s.f.), accesado febrero 20, 2015, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/74/dtr/dtr2.pdf>

Campbell Black, Henry. "The Law Dictionary". *Black's Law Dictionary*, 2nd ed. (s.f.), accesado noviembre 10, 2015, <http://thelawdictionary.org/nominee-director/>

Castillo Garrido, S. Lagunas del derecho y el dogma de la plenitud del sistema jurídico. *Revista Judicatura*, (2009): 35-46, accesado enero 19, 2013, http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/27/3%20Lagunas%20del%20derecho_Revista%20Judicatura.pdf

Cheng, Thomas K. "The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines". *Boston College International and Comparative Law Review* 34, (2011): 329-412, accesado enero 14, 2015, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol34/iss2/2>.

Cornell University Law School. "Corporate State Laws". *Legal Information Institute*. (s.f.), accesado noviembre 22, 2015, http://www.law.cornell.edu/wex/table_corporations

Cubillo Miranda, Juan Carlos. "Debate del Banco Anglo Costarricense y la participación de la persona jurídica". *Cuaderno de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica*, No. 10. (s.f.): 75-90, accesado setiembre 10, 2014, http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/cuaderno_estudio/Cuaderno10.pdf

De León, Darío H. "La inoponibilidad de la personalidad jurídica y la extensión de la responsabilidad a los administradores de la sociedad comercial". *Ensayos* (s.f.): 9, acceso diciembre 23, 2015 <http://relaciondetrabajo.com/site/>

Departamento de Estado de Estados Unidos. "La lucha contra el lavado de dinero" *Economic Perspectives, an Electronic Journal of the US Department of State*, vol 6, No. 2 (2001), accesado mayo 28, 2014,

- Efraín Hugo, Richard. "Inoponibilidad de la Responsabilidad Jurídica: Imputabilidad y Responsabilidad", *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe*, (2009): 1-28, accesado 15 de marzo de 2015, http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/inoponibilidad-de-la-personajuridica/at_download/file *
- Falcóny Tella, María José. "La Equity Angloamericana". *Revista Científica Complutense. Foro, Nueva época*, No. 1. (2005): 79-108, accesado octubre 10, 2015, <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/14633>
- Farat Anna y Denis Michoň. "Lifting the Corporate Veil: Limited Liability of the Company Decision-Makers Undermined? Analysis of English, U.S., German, Czech and Polish Approach". *The Common Law Review*. (s.f.), accesado enero 1, 2015, <http://www.commonlawreview.cz/lifting-the-corporate-veil-limited-liability-of-the-company-decision-makers-undermined-analysis-of-englishus-german-czech-and-polish-approach>.
- FATF - GAFI. "Financial Action Task Force. The Misuse of Corporate Vehicles, Including Trust and Company Service Providers". *FATF - GAFI*. (2006), accesado junio 13, 2015, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Misuse%20of%20Corporate%20Vehicles%20including%20Trusts%20and%20Company%20Services%20Providers.pdf>
- Faus, Manuel. "Grupos de sociedades". *Breviario Mercantil*. (2012), accesado octubre 10, 2012, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/grupos-sociedades-78122127>
- Fernández Sessarego, Carlos. "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 52, (1999): 01-72, accesado setiembre 8, 2014, http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_12.PDF

García Hernández, Jorge. "Aspectos relevantes de las sociedades mercantiles". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 244, (2005), accesado junio 13, 2013, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/244/art/art3.pdf>

Goodrick, Timothy. "Preventing the Misuse of Corporate Vehicles". UNCITRAL. (2014), accesado marzo 18, 2015 http://www.uncitral.org/pdf/english/whats_new/2014_11/WGI/Goodrick-Preventing_misuse_of_corporate_vehicles.pdf

Guiñazu Mariani, María Antonieta. Las Personas Jurídicas en el Derecho Romano. XVII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, *Universidad Nacional de la Pampa*. (2010): 145-153, accesado noviembre 16, 2014, <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Docs/Maria%20Antonieta%20Guinazu%20Mariani.pdf>

Helfman, Neil A. "Establishing Elements for Disregarding Corporate Entity and Piercing Entity's Veil," *American Jurisprudence, Proof of facts*, 3era ed. (2011): 403-100, accesado febrero 8, 2011, www.westlaw.com

Henderson García, Osvaldo. "Abordaje y Planeación de la Investigación Penal". *Unidad de Capacitación y Supervisión Ministerio Público de Costa Rica*. (2005), accesado agosto 4, 2015, http://ministeriopublico.poderjudicial.go.cr/biblioteca/manuales/Abordaje_Planeacion.pdf

Houed Vega, Mario A. El Proceso Penal en Costa Rica. Biblioteca del Instituto Centroamericano de Administración Pública. (s.f.), accesado diciembre 26, 2015, <http://biblioteca.icap.ac.cr/BLIVI/UNPAN/CARPETA%20DICIEMBRE/DD3-03.pdf>

Illinois State Bar Association. "Lifting the veil on Rule 23 orders: heretofore unpublished orders will see the light of day and appellate court opinions will appear on the web more quickly thanks to a Supreme Court Rule

change". *Illinois Bar Journal*, vol 8, No. 10. (2010), accesado octubre 10, 2012, <http://law-journals-books.vlex.com/vid/lifting-veil-heretofore-unpublished-227327402>

Ireland, Robert M. "The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States". *Oxford Reference*. (2009), accesado diciembre 21, 2015, <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095445381>

Obando Pérez, Roberto. "Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n° 25, (2008):159-190, accesado 16 de enero de 2013, http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). "Behind the Corporate Veil: Using corporate entities for illicit purposes". *Editado por OECD Publications Service*, (2001): 1-102, accesado 3 de agosto de 2015, <http://www.oecd.org/corporate/ca/43703185.pdf>

PricewaterhouseCoopers LLP. "Creating an understanding of Special Purpose Vehicles" *PricewaterhouseCoopers*, (diciembre de 2011): 1-16, accesado 02 de octubre de 2015, <https://www.pwc.com/gx/en/banking-capital-markets/publications/assets/pdf/next-chapter-creating-understanding-of-spvs.pdf>

Puelma Accorsi, Alvaro. "Sociedades", *Jurídica de Chile*, tomo I (2011), accesado 10 de octubre de 2012, <https://sibdi.ucr.ac.cr/http://doctrina.vlex.cl/source/sociedades-tomo-i-5848>

Puga Vial, Juan Esteban. "Obligaciones especiales de las sociedades de grupos de sociedades", *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado › Octava Parte. De los grupos de sociedades. sociedades matrices, filiales y coligadas*, (2011):Páginas: 655-674, accesado

10 de octubre de 2015, <http://doctrina.vlex.cl/vid/obligaciones-especiales-sociedades-grupos-352773346>

Pugh Fraud, Charles. "Lifting The Corporate Veil", *Mondaq Business Briefing › United Kingdom Law Articles in English*, (2012), accesado 10 de octubre de 2015, <http://books-journals.vlex.co.uk/vid/fraud-the-corporate-veil-355867026>

Registro Público Nacional. "Manual de ayuda proceso de creación y registro de una sociedad mediante la plataforma", *CrearEmpresa*, (s.f.): 1-46, accesado 10 de octubre de 2015, <https://crearempresa.go.cr/cfm/plantillas/gobDigital/manual.pdf>

Robles Madrigal, Jorge. "¿En qué consiste el velo corporativo? Inconvenientes sobre la limitación de la responsabilidad de los accionistas en las sociedades anónimas", (s.f.): 1-4, accesado 30 de enero de 2015, <http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/En%20que%20consiste%20el%20velo%20corporativo.pdf>

Saavedra Gil, Rony. "Comentarios sobre la Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica", *Revista Derecho y Cambio Social*, (s.f), accesado 20 de octubre del 2015, <http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/velo%20de%20la%20persona%20juridica.htm>

Sánchez Morales, Gustavo Cesar. "Rasgando las vestiduras de la dama sociedad: la teoría del levantamiento del velo societario, presupuestos necesarios para su aplicación práctica", *de Centro de Estudios de Derecho Corporativo, Universidad San Martín de Porres*, (s.f.): 1-26, accesado 20 de enero de 2013, http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedec/revista/articulos_alumnos/Rasgando_las_vestiduras_de_la_dama_sociedad.pdf

Sánchez Zorrilla, Manuel. "La Metodología en la Investigación Jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho",

Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 14, (2011): 317-358, accesado 19 de enero de 2013, <http://www.rtfed.es/numero14/11-14.pdf>

Smith Douglas, George. "PIERCING THE CORPORATE VEIL IN REGULATED INDUSTRIES", *Brigham Young University Law Review, George Mason University School of Law*, (2008): 1-46, accesado 10 de agosto de 2015, http://ssrn.com/abstract_id=1090027

Soto Fallas, Minor. "La sociedad Anónima y el principio de limitación de responsabilidades", *Cuaderno de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica*, N° 10, (s.f), accesado 10 de setiembre del 2014, http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/cuaderno_estudio/Cuaderno10.pdf

Trujillo Espinel, Juan. "El Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles y su Desestimación", *Revista Jurídica de Universidad Católica de Guayaquil*, (s.f.): 57-63, accesado 20 de octubre del 2015, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=678&Itemid=120

Valenciano Góngora, Carlos. "La reivindicación de la personalidad jurídica "corporativa": una breve referencia a la evolución en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles", *Revista Judicial, Costa Rica*, N° 107, (Marzo 2013): 151-188, accesado 02 de marzo de 2015, http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/Revista%20107/pdf/08_reivindicaci%C3%B3n.pdf

Wormser, Maurice. "Piercing the Veil of Corporate", *Columbia Law Review*, Vol. 12, No. 6, (Jun., 1912): 496-518, accesado 22 de diciembre de 2015, <http://www.jstor.org/stable/1110931>

Zamora Acevedo, Miguel, "La búsqueda de la verdad en el proceso penal", *Acta Académica*, (2014): 147-186, accesado el 12 de enero del 2016, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33626.pdf>

Zerpa Levis, Ignacio. "El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 116, (1999): 80-109, accesado 04 de diciembre de 2013,
http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/116/rucv_1999_116_79-110.pdf

Libros en línea

Arrutbla Paucar, Jaime Alberto, "El Levantamiento del velo corporativo en Colombia" en *Levantamiento Del Velo Corporativo Panorama y perspectivas. El caso colombiano*. Rosario, Colombia: Editorial Universidad de Rosario, 2011, accesado octubre 9, 2015,
<https://sibdi.ucr.ac.cr/http://doctrina.vlex.com.co/source/levantamiento-velo-corporativo-panorama-perspectivas-caso-colombiano-6377>

Binder Alberto. *Introducción Al Derecho Procesal Penal*, 2nda ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc, 1999, accesado diciembre 26, 2015,
<https://polancoadrian.files.wordpress.com/2013/09/introduccion-al-derecho-procesal-penal-alberto-binder.pdf>

Colina Ramírez, Édgar Iván. "*Los sujetos de la conducta típica*". En *La defraudación tributaria en el código penal español. Análisis jurídico-dogmático del art. 305 CP*. 143-159. Barcelona, España: Editorial J. M. Bosch Editor S.A, 2010, accesado octubre 10, 2012, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sujetos-conducta-tipica-332028126>

Feijoo Sánchez, Bernardo. "*Problemas de imputación en estructuras empresariales*". En *Gobierno corporativo y derecho penal. Sexta mesa redonda*. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009, accesado octubre 25,

2012, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/autoria-organizaciones-empresariales-complejas-227528201>

Jaramillo Herrera, Andrea, "Desestimación de la personalidad jurídica en el derecho societario Colombiano", Revista CES DERECHO ISSN 2145-7719 Volumen 2 Número 2 Julio-Diciembre (2011), accesado 10 octubre, 2015, <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/1990>.

Lucarelli Moffo, Ricardo M., "El devenir de la sociedad comercial a través de la historia", Revista Electrónica de Derecho Societario, (2001), accesado 29 mayo 2014, <http://www.societario.com/estudiantes/HistoriaSociedadesComerciales.htm>.

Lucarelli Moffo, Ricardo M., "Historia de las Sociedades Comerciales", Revista Electrónica de Derecho Societario, (s.f.), accesado 29 mayo, 2014, <http://www.societario.com/estudiantes/HistoriaSociedadesComerciales.htm>

Malmendier, Ulrike, "Publicani", University of Berkeley, California, (2012), accesado 16 noviembre, 2014, http://eml.berkeley.edu/~ulrike/Papers/Publicani_Article_v5.pdf

Malmendier, Ulrike, "Societas", University of Berkeley, California, (2012), accesado 16 noviembre, 2014, http://eml.berkeley.edu/~ulrike/Papers/Societas_Article_v5.pdf

Marcantel, Jonathan A., "Because Judges Are Not Angels Either: Limiting Judicial Discretion by Introducing Objectivity into Piercing Doctrine", University of Kansas Law Review volumen 59, numero 2, (2011), accesado 3 marzo 2015, https://law.ku.edu/sites/law.drupal.ku.edu/files/docs/law_review/v59/01-Marcantel_Final.pdf

- Matheson , John H., "Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil", Revista Berkeley Bus. L.J., volumen 7, (2010) Accesado el 10 de agosto, 2015, <http://scholarship.law.berkeley.edu/bblj/vol7/iss1/1>
- Miranda Estrampes, Manuel, "la prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", Revista catalana de seguretat pública, (2010). accesado 10 octubre, 2015, <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/194215/260389>
- Motilla Martinez, Jesus," Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, interesante fuente histórica del derecho mercantil", Revista juridica Unam (2015), accesado el 15 mayo, 2015, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf>
- Vega Isaguirre Luciano Oscar, "La inoponibilidad de la persona jurídica societaria y el artículo 54, tercer párrafo de la ley 19.550 de sociedades comerciales", M. & M. Bomchil Abogados, (2013), accesado 07 de marzo, 2015, <http://es.scribd.com/doc/119906346/Inoponibilidad-de-La-Persona-Juridica>

Libros impresos

- Adriasola Gabriela, Ramiro Rubinska; Daniel Schurji. Derecho penal económico. Buenos Aires, Argentina: M. Pons, 2011.
- Alfonso Laso, Daniel. "*La modificación del delito de blanqueo de capitales (art. 301 y 302)*". En La reforma penal de 2010: análisis y comentarios. Editado por Gonzalo Quintero Olivares. Navarra, España: Aranzadi, 2010.
- Aliaga Méndez, Juan Antonio. Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales. Adaptada a La Ley 10/2010. Madrid, España: La Ley, 2010.

- Amadeo, José Luis. El abuso de la personalidad de las sociedades: La penetración de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitas, 1974.
- Ascarelli, Tullio. Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas. México: Imprenta Universitaria, 1951.
- Bajo Miguel, y Silvina Bacigalupo. Derecho Penal Económico. Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- Boldó Roda, Carmen. Levantamiento del Velo y Persona jurídica en el Derecho Privado Español, 3era ed. Navarra, España: Aranzadi, 2000.
- Bonilla, Carlos. Manual de técnica policial. Buenos Aires, Argentina: Universidad S.R.L, 1992.
- Borda, Guillermo. *“El abuso de la persona jurídica en el contrato de sociedad”*. En Contratación contemporánea, contratos modernos, derecho del consumidor, instituciones de derecho privado, tomo 2. Editado por Atilio Aníbal Alterini, Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2001.
- Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, vol. 1, 11va ed. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2002.
- Brunetti, Antonio. Sociedades Mercantiles: Sociedad Anónima. México: Editorial Jurídica Universitaria S.A., 2002.
- Brunetti, Antonio. Tratado de Derecho de las Sociedades, tomo 1. Buenos Aires, Argentina: Editorial Uteha, 1960.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Tratado de Derecho de las Sociedades, tomo 1. Buenos Aires, Argentina: Editorial Eliasta, 1994.
- Caferata Nores, José. Medidas de coerción en el proceso penal. Córdoba, Argentina: Editorial Córdoba, 1994.

- Capilla Roncero, Francisco. La persona jurídica, funciones y disfunciones. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1984.
- Castillo Alva José Luis, Manuel Luján Tupéz y Róger Zavaleta Rodríguez. Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales, 2da ed. Lima, Perú: Ara Editores, 2006.
- Castillo González, Francisco. El delito de legitimación de capitales. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012.
- Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil. Primer Curso. México: Editorial Herrero S.A., 1997.
- Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial, tomo 2. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1993.
- De Ángel Yágüez, Ricardo. La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia, 4ta ed. Madrid, España: Editorial Civitas, 1997.
- De Castro y Bravo, Federico. La persona jurídica. Madrid, España: Editorial Civitas, 1984.
- Dobson, Juan M. El abuso de la personalidad jurídica. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1991.
- Ensayos de Derecho Contractual. Publicación del Colegio de Abogados. San José, 1979.
- Esquivel Favareto, Juan Carlos. La Legitimación de Capitales. Efectos en el Derecho Comercial Costarricense. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, 2012.
- Falzea Angelo. Eficacia Jurídica. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2007.
- Farina, Juan. Derecho de las Sociedades Comerciales, vol. 1, 1era ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2011.

- Farran Farriol, Josep. Los acreedores y el concurso: La responsabilidad de personas ajenas al concurso, 1era ed. España: Editorial J.M. Bosch Editor, S.A., 2008.
- Ferrara, Francisco. Teoría de las Personas Jurídica, 2da ed. Traducido por Eduardo Ovejero y Maury. Madrid, España: Editorial Reus, 1929.
- Fix-Zamudio, Héctor. Metodología, ciencia e investigación jurídica. México Distrito Federal, México: Editorial Porruá, 2007.
- Galgano, Francesco. Derecho Comercial. Las Sociedades, vol. 2. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1999.
- Galgano, Francesco. Historia del Derecho Mercantil. Barcelona, España: Editorial Laia, 1981.
- García De Enterría, Eduardo. La Sociedad Anónima: Principios Fundamentales. Lecciones de Derecho Mercantil, 6ta ed. Navarra, España: Editorial Aranzadi, S.A., 2008.
- Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, tomo 1, 4ta ed. Madrid, España: Imprenta Silverio Aguirre Torre, 1962.
- Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, tomo 2. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1987.
- Giraldo Ángel, J. Metodología y técnica de la investigación jurídica. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1980.
- González Mora, Ricardo. *"Levantamiento del Velo Societario: Delimitación conceptual, nomenclatura y relación con el abuso de la personalidad"*. En Derecho Societario Concursal Panamericano, tomo 2, 1era ed. Dirigido por Álvaro Hernández y Gabriela Boquín. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2014.
- Haba, Enrique Pedro. Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico, 1era ed. San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2004.

- Herrera Fonseca, Rodrigo. La Doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas y su responsabilidad civil por hechos ilícitos penales. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas IJSA, 2000.
- Herrera, Enrique. Práctica metodológica de la investigación jurídica. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1998.
- Junyent Bas Francisco A. y Efraín Hugo Richard. "Acerca de la persona jurídica. A propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello." *Para la publicación de la Academia en relación al V Congreso de Derecho Civil, Córdoba septiembre 2009.*
- López Raffo, Francisco. El Corrimiento del Velo Societario. Alcances del art. 54, último párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc, 2005.
- Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado. Código Procesal Penal Comentado 5ta ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012.
- Maier, Julio. Derecho Procesal Penal, tomo 1, 2nda ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto, 1996.
- Malagarriga, Carlos C. Tratado Elemental de Derecho Comercial, tomo 1, 2nda ed. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora Argentina, 1958.
- Manóvil, Rafael Mariano. "Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria: El Artículo 54. III de la Ley de Sociedades Argentina". En Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero, vol. 1. Madrid, España: Editorial Mc. Graw Hill, 2002.
- Manóvil, Rafael Mariano. Grupos de sociedades. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 1998.
- Muñoz Conde, Francisco. "Consideraciones entorno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales". En I Congreso de prevención represión del blanqueo de dinero. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2009.

- Nissen, Ricardo Augusto. Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada, tomo 1, 3ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2010.
- Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado, 3era ed. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, S.A, 1994.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, tomo 1. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, 1977.
- Roitman, Horacio, Eduardo Chiavassa, Hugo Aguirre Manual de sociedades comerciales, 1era ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 2009.
- Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica, 2nda ed. corregida. Santo Domingo de Heredia, Costa Rica: Ediciones Chico, 2008.
- Salas, Minor E. "*Panfleto contra la teoría de los fines del proceso penal. (Notas polémicas contra una ideología (¡mentirosa!) de los Juristas)*". En Derecho Procesal Penal Costarricense, tomo 1, 2nda ed. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2011.
- Sanabria Rojas, Rafael. La reparación civil en el proceso penal. Premio Ulises Odio Santos 2009, 2nda ed. San José, Costa Rica: Editorama S.A., 2013.
- Sanz Morán, Ángel José, El Allanamiento de Morada, Domicilio de Personas Jurídicas y Establecimientos Abiertos al Público. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Serick Rolf. Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Barcelona, España: Ediciones Ariel, 1958.
- Soto Castro, Rolando. El levantamiento del Velo Social, 1era ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015.

Tamayo, Rolando. Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica. México: Editorial Themis, 1998.

Revistas y Antologías impresas

Alonso-Carbajo, José Miguel. "Evolución normativa del delito de blanqueo de capitales a tenor de su tratamiento en los ámbitos internacional, comunitario y nacional". *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, No. 7736, (2011): 6-8.

Barahona-Krüger, Pablo. "¿Y el lavado?". *Revista Universidad*, No. 1845, (2010).

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. "Notas sobre el origen histórico del Derecho Mercantil". *Antología de Derecho Comercial*. Compilado por Gastón Certad Maroto, (s.a.): 1-22.

Castro Adriana, Natalia Porras y Andrea Sittenfeld. "Régimen Legal Aplicable a los Grupos de Interés Económico". *Revista Judicial*. No. 93, (2009): 51.

Certad Maroto, Gonzalo. "Personalidad Jurídica y Autonomía Privada en el Derecho Societario". *Revista Escuela Judicial*. No. 5, (2007): 111-124.

Córdoba Morales, J. et al. "Lavado de dinero podría estar detrás de la baja del dólar". *Universidad*. No.1846, (2010): 3.

Díaz Molina, José. "La participación del notariado en el modelo preventivo español contra el blanqueo de capitales: el Órgano Centralizado de Prevención." *Revista IVSTITIA*. Vol. 23, No. 267-268, (2009): 8-13.

González Mora, Ricardo. El levantamiento del velo social y el desenmascaramiento de la personalidad jurídica, dentro de la obra de Daños y Perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial. *Antología de la Escuela Judicial de Corte Suprema de Justicia*. (1999).

Gullock Vargas, Rafael, "Del delito de legitimación de capitales en Costa Rica." *Revista Hermenéutica*. No. 17, (2009): 55-69.

Trabajos finales de graduación

Alter Montvelisky, Jacobo. "La doctrina del levantamiento del velo y su aplicación a las sociedades anónimas costarricenses". Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002.

Amores Vargas, Hugo Luis, "La prueba ilícita en el proceso penal". Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

Arias Córdoba, Fabio Alberto. "El abuso de la personalidad jurídica de la sociedad", Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987.

Bonilla Garro, Gary. "Análisis sobre la aplicabilidad del delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico en Costa Rica y bien jurídico". Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2009.

Castro Alfaro, Adriana; Porras Zamora, Natalia y Sittenfeld Suárez, Andrea, "Grupos de Interés Económico: abuso de las situaciones jurídicas y propuestas para su regulación". Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2007.

Cordero Alvarado, Rosaura. "El Levantamiento del Velo Social en el Derecho a Ganancialidad". Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2010.

Fernández Sequeira, Mariana y Alina Paniagua Rojas. "La utilización de sociedades offshore, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada,

con el fin de evadir la responsabilidad fiscal". Tesis de la Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009.

Madriz Ramírez, Osvaldo. "La aplicabilidad de la Teoría del Levantamiento del Velo Societario dentro de los procesos de pensiones alimentarias". Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2007.

Meléndez Sánchez, Xinia María. "Principio de verdad real en el derecho costarricense". Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002.

Muñoz Con, Carolina y Ruiz Ugalde, Alfonso. "El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su Incidencia en los Derechos Fundamentales". Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002.

Murcia Sánchez, Luis Miguel. "Doctrina del Levantamiento del Velo: Origen, Problemática y Aplicación", Trabajo Fin de Grado, *Universidad Miguel Hernández, Elche España*, Julio 2015. TOMADO DE <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2245/1/Murcia%20S%C3%A1nchez,%20Luis%20Miguel.pdf>. ÚLTIMO ACCESO: 23.12.2015

Murillo González, María. "El Levantamiento del Velo Societario a favor de la protección de los bienes gananciales". Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

Rojas Ramírez, Virginia. "El levantamiento del velo social: análisis doctrinal y propuesta para Costa Rica". Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2014.

Salgado García, Carlos Eduardo, Y Jose María Villalta Florez-Estrada. "La Aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Social en Materia Laboral como un Mecanismo para Garantizar el Cumplimiento de los Derechos de los

Trabajadores." Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

Spinelli Mora, Lina. "La legitimación de capitales en el crimen organizado: los capitales emergentes." Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2011.

Xiloj Vicente, Celso. "Oposición A La Inscripción De Sociedades Anónimas Por Igual Denominación En El Registro Mercantil." Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho, Ciudad de Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2005.

Sentencias Judiciales

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2010-09966 de las 15:38 horas del 9 de junio de 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 4029-92 de las 9:30 horas del 22 de diciembre de 1992.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 00261 de las 8:05 del 11 de abril del 2008.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 106 de las 14:55 del 8 de julio de 1992.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 796-F-02, de las 9:45 horas del 18 de octubre de 2002.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 1847 del 21 de noviembre del 2014.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 0133, de las 17:00 del 14 de febrero del 2013.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 01272 del 29 de Octubre de 2008.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 142-2000 de las 9:15 del 11 de febrero del 2000.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2005-01114 de las 15:45 horas del 29 de setiembre de 2005.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2008-00232 de las 17:00 horas del 11 de marzo de 2008.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 368-f-92 de las 8:55 horas del catorce de agosto de 1992.

Tribunal Contencioso Administrativo Sección Cuarta, Segundo Circuito Judicial de San José, voto 28 de las 11:00 horas del 8 de junio del 2007.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, resolución 2011-1054 de las 16:00 horas del 18 de agosto de 2011.

Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, resolución 33 de las 13:40 del 6 de enero del 2010.

Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 885-07 de las 8:10 del 29 de junio del 2007.

Tribunal de Trabajo, Sección Primera, Segundo Circuito Judicial de San José, Sentencia número 592, de las 8:00 del 5 de noviembre de 2004.

Tribunal Primero Civil de San José, Sección Primera Sentencia 00152 de las 10:10:00 a.m. emitida el 28 de mayo del 2015.

Normativas y proyectos de ley

Asamblea Legislativa de Argentina, "Ley N° 19550: Ley de Sociedades Comerciales", Reformada mediante Ley N° 22.903 (1983). Tomado de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm> Ultimo acceso: 25.12.2015

Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7442: Ley Orgánica del Ministerio Público, del 25 de noviembre de 1994". Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/BUSQUEDA/normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=27760&nValor3=29368&strTipM=FN. Último acceso: 04.11.2015.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 7594: Código Procesal Penal, del 01 de enero de 1998. Alcance 31 a la Gaceta 106 (04/06/1996).

Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 8: Ley Orgánica del Poder Judicial del 1 de diciembre de 1937." Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=33635&nValor3=0&strTipM=FN Último acceso: 04 de noviembre del 2015.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 8204: Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo" del 11 de enero del 2002. Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=FN Último acceso: 01 de octubre del 2015.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° 9069: Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria No. 9069, de la República de Costa Rica, vigente desde el 28/09/2012." Disponible en:

http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=73336&nValor3=89973&strTipM=FN. Último acceso: 10 de noviembre del 2015.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, "Ley N° No.7425: Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, de 09 de agosto de 1994." Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=16466&nValor3=17615¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=3&strSim=simp

Asamblea Legislativa de Costa Rica, Código General de Estado de Costa Rica, 1841.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley 5476: Código de Familia, Costa Rica, del 05 de agosto de 1974." Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=FN Último acceso: 01 de enero del 2016.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 4755: Código de Normas y Procedimientos Tributarios del 03 de mayo de 1971" Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6530&nValor3=100658&strTipM=TC. Último acceso: 01 de enero del 2016.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 2: Código de Trabajo, Costa Rica del 29 de agosto de 1943". Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=0&strTipM=FN. Último acceso: 01 de enero del 2016.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 3284 Código de Comercio de la República de Costa Rica de 1964." Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.

aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTipM=VA. Último acceso: 01 de enero del 2016.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley N° 63: Código Civil de Costa Rica, de 28 de setiembre de 1887." Tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=FN. Último acceso: 01 de enero del 2016.

Asamblea Legislativa de Costa Rica., "Ley N° 4573: Código Penal del 04 de mayo de 1970". Alcance 120A a la Gaceta, No. 257 (15 noviembre, 1970).

Costa Rica, "Constitución Política de Costa Rica del 08/11/1949", tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC Último acceso: 01 de enero del 2016.

Dictamen Afirmativo De Mayoría de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos del Proyecto de Ley número 18213, "Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas", propuesto por el diputado José María Villalta Florez-Estrada, 2011. (26 de agosto del 2014), página 3: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=18213

Ordenanzas del Consulado de Bilbao, en Documentos para la historia mercantil de Málaga (Siglos XVIII Y XIX). Universidad de Sevilla. Tomado de: <http://institucional.us.es/revistas/historia/02/02%20garcia%20espana.pdf> f. Último acceso: 01- febrero de 2015.

Ordenanzas del Consulado de Bilbao, en Documentos para la historia mercantil de Málaga (Siglos XVIII Y XIX). Universidad de Sevilla. Tomado de: <http://institucional.us.es/revistas/historia/02/02%20garcia%20espana.pdf> f. Último acceso: 01- febrero de 2015.

Procuraduría General de la República de Costa Rica, Dictamen N° 042 del 23 de febrero del 2011.

Proyecto de Ley de la República de Costa Rica, “Levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y sus reformas”, número 18213, propuesto por el diputado José María Villalta Florez-Estrada, 2011, accesado el 13 de febrero de 2013, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalles/Proyectos/20deLey.aspx?Numero_Proyecto=18213

Reglamento para la legalización de libros emitido por la Junta Administrativa del Registro Nacional, de la República de Costa Rica. Accesado 23 de noviembre de 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=74639&nValor3=92267&strTipM=TC. Último acceso: 23 de noviembre de 2015.