**SCI-676-2012**

**Comunicación de acuerdo**

|  |  |
| --- | --- |
| **Para:** | Dr. Julio C. Calvo A, Rector Departamento de Servicios Parlamentarios Asamblea Legislativa |
| **De:**  | Licda. Bertalía Sánchez Salas, Directora Ejecutiva Secretaría del Consejo InstitucionalInstituto Tecnológico de Costa Rica  |
| **Fecha:** | **29 de agosto del 2012** |
|  |  |
| **Asunto:** | **Sesión Ordinaria No. 2780, Artículo 13, del 29 de agosto del 2012. Pronunciamiento del Consejo Institucional sobre el Proyecto de Ley “Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica, Adición del Artículo 20 Bis del Código de Comercio Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964 y sus Reformas”, Expediente No. 18.213** |

Para los fines correspondientes se transcribe el acuerdo tomado por el Consejo Institucional, citado en la referencia, el cual dice:

**CONSIDERANDO QUE:**

1. En Sesión Ordinaria No. 2768 del Consejo Institucional, celebrada el 31 de mayo de 2012, se conoce la propuesta del Proyecto de Ley “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, Expediente No. 18.213 y se dispone solicitar el criterio a la Escuela de Administración de Empresas, a la Oficina de Asesoría Legal y la Escuela de Ciencias Sociales.
2. Mediante oficio SCI-421-2012, del 31 de mayo de 2012, suscrito por la Licda. Bertalía Sánchez Salas, Directora Ejecutiva de la Secretaría del Consejo Institucional, dirigido al Lic. Alejandro Masís, Director de la Escuela de Administración de Empresas, a la M.Sc. Grettel Ortiz, Directora de la Oficina de Asesoría Legal y a la M.Sc. Martha Calderón, Directora de la Escuela de Ciencias Sociales, se solicita criterio técnico sobre el Proyecto de Ley “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. La Secretaría del Consejo Institucional, recibe oficio AED-364-2012, del 12 de julio de 2012, suscrito por el Dr. Alejandro Masís, Director de la Escuela de Administración de Empresas, dirigido al Dr. Julio Calvo, Presidente del Consejo Institucional, en el cual indica que el Proyecto fue revisado por los profesores Dr. Ronald Mora y Dr. Juan Carlos Leiva y coinciden en que por su formación no pueden emitir un criterio sobre este Proyecto, pues a pesar de que se trata de una modificación del Código de Comercio, éste se encuentra directamente ligado a leyes.
4. La Secretaría del Consejo Institucional, recibe oficio ECS-204-2012, del 13 de agosto de 2012, suscrito por la Dra. Martha Calderón Ferrey, Directora de la Escuela de Ciencias Sociales, dirigido a la Licda. Bertalía Sánchez Salas, Directora Ejecutiva de la Secretaría del Consejo Institucional, en el cual indica que esa Escuela no tiene ninguna observación a este Proyecto.
5. La Secretaría del Consejo Institucional, recibe oficio Asesoría Legal-457-2012, del 21 de agosto de 2012, suscrito por la M.Sc. Grettel Ortiz Álvarez, Directora de la Oficina de Asesoría Legal, dirigido a la Licda. Bertalía Sánchez Salas, Directora Ejecutiva de la Secretaría del Consejo Institucional, en el cual presenta las siguientes observaciones:

“*Basado en la doctrina (ya que en la actualidad no hay regulación concreta con respecto a este tema), específicamente en el libro del autor Rodrigo Herrera Fonseca denominado: La Doctrina del “levantamiento del velo” de las Personas Jurídicas y su responsabilidad civil por los hechos ilícitos penales.*

***CONSIDERACIONES***

1. *El artículo 20 del Código de Comercio de la República de Costa Rica establece lo siguiente: “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”.*

*Lo que se pretende según el proyecto de Ley supra indicado, es adicionar el artículo 20 del Código de Comercio indicado, con un artículo 20 bis, el cual indicará lo siguiente:*

***“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 controladores, quienes serán solidariamente solidarios con esta. La desestimación de la personalidad jurídica solo producirá efectos respecto del caso concreto en que sea declarada. En ningún caso podrá efectuarse a terceros de buena fe. Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos”.***

1. *Para un mejor entendimiento en el tema, de conformidad con el libro denominado: “Doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas y su responsabilidad civil por hechos ilícitos penales” del autor Rodrigo Herrera Fonseca, indica que la* ***persona jurídica*** *puede ser entendida como una entidad o creación con derechos y obligaciones que se obtienen mediante la unión de dos o más voluntades de personas físicas y o a su vez jurídicas bajo una serie de formalismos, en la que una vez consolidada y así reconocida por la ley, se le otorga capacidad jurídica a esa creación para que pueda actuar y producir efectos, independientemente del objeto o finalidad que tenga. La persona en sí no existe materialmente, aunque sus actos de acción u omisión si producen efectos jurídicos al grado que tienen una existencia independiente de sus fundadores.*

*El mismo autor Herrera Fonseca sigue manifestando: “… de la creación de esa entidad diferente a la humana, surge una consecuencia directa e inevitable del contrato sociedad:* ***la personalidad jurídica de las personas jurídicas,*** *la cual implica la posibilidad de actuación y representación independiente de las personas que la confronta****.*** *En este sentido, para su existencia se requiere la asociación de varias personas, una finalidad, y el reconocimiento del ordenamiento jurídico, por lo que surge como consecuencia del reconocimiento de la personalidad jurídica, que el* ***patrimonio de la sociedad sea autónomo, diferente e independiente de sus socios****, según se desprende del decreto número 20 del Código de Comercio. Es decir, las personas jurídicas tienen la potestad de adquirir y disponer de bienes sujetos de inscripción registral, constituyendo un patrimonio independiente y autónomo del de sus socios, lo que hace imposible (primariamente) perseguir los bienes de aquellas por compromisos de éstos, inclusive la representación y utilización de la personalidad jurídica puede ser ejercida por personas físicas que no son sus socios fundadores y que se llegue al grado de* ***no poder conocer quiénes son los propietarios de la empresa****, dado que en nuestro medio las acciones pueden transmitirse por endoso pudiéndose fundir con otras, y además no existe un registro público de acciones y los libros de participación social pueden no estar al día o ni siquiera existir, motivo que hace imposible comúnmente el embargo de acciones en procesos cobratorios.*

*En el mismo orden de ideas, el Proyecto “Ley Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica, Adición del artículo 20 Bis del Código de Comercio Ley 3284, del 30 de abril de 1964, y sus Reformas”, establece que* ***la personalidad jurídica*** *es un mecanismo mediante el cual se faculta a determinadas organizaciones humanas para funcionar y relacionarse tanto frente a terceros como frente a los individuos que las integran, como una unidad dotada de capacidad jurídica, de un patrimonio propio y de una estructura organizativa interna, a la que le son imputables directamente efectos jurídicos, de manera independiente a dichos integrantes. No se trata ni de una “ficción” carente de cualquier vinculación con la realidad, ni de “entes” o “seres vivos” asimilables a las personas humanas. Tampoco son meras creaciones de derecho desconectadas de la realidad social. Son mecanismos jurídicos sí, pero que responden a las necesidades y realidades de las organizaciones humanas que les preceden y a cuyos intereses responden. Es a partir de esta realidad que se debe evaluar su funcionamiento. Como un mecanismo para satisfacer necesidades de expansión del capitalismo moderno se dotó a las sociedades mercantiles del privilegio de la responsabilidad limitada, mediante el cual sus socios, únicamente responden por las deudas sociales con el monto de sus aportes y no con el resto de su patrimonio. Posteriormente, dicho privilegio legal otorgado a las sociedades mercantiles fue asociada al concepto de persona jurídica, el cual se extendió para incluir a este tipo de entidades.*

*Sobre este tema dice Manuel Gracia Rendón al respecto: “La creación de una persona moral investida de responsabilidad jurídica propia y dotada de patrimonio autónomo, distinto de la responsabilidad y el patrimonio de los socios, en algunos casos produce el efecto de limitar la responsabilidad de éstos al pago de las aportaciones a que se hubieran obligado…, circunstancia que puede dar lugar a que el o los socios capitalistas dominantes o controladores abusen de la inmunidad de responsabilidad que les concede la ley para cometer actos ilícitos por medio de las sociedades que controlan o abusen de la autonomía patrimonial de la persona moral para burlar creedores”. Al respecto dice el autor Herrera Fonseca: “….. tal y como lo afirma el autor citado, pese a tratarse de un fenómeno cada vez más común y de mayores dimensiones pecuniarias contra particulares y el mismo Estado, las legislaciones mundiales han mostrado un total desinterés en regular expresamente los presupuestos y soluciones del abuso en la utilización de las personas jurídicas, de lo cual* ***Costa Rica*** *no es la excepción, siendo necesario que mediante la jurisprudencia (principio general del derecho) y variada doctrina, se le otorgue una solución al problema….”.*

1. *“….En materia laboral, familiar, civil, mercantil, penal y tributaria es común notar el uso abusivo e irregular de las sociedades mercantiles, mediante la utilización de personas jurídicas para defraudar patrimonios u ocultar bienes; 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 son*

*personales. Esta modalidad de defraudación es llamada por la doctrina nacional como el* ***escudo o impunidad*** *de la personalidad. La creación y existencia de una sociedad real tiene como finalidad la producción organizada bajo la modalidad de “empresa” como centro de intereses, por lo que el* ***abuso de la personalidad jurídica*** *se materializa cuando de forma dolosa ella es utilizada para concretar un fraude o estafa tendentes a lograr una irresponsabilidad económica del deudor solvente, mediante el ocultamiento o trasiego de la riqueza. Aquí, no solo se independizan los patrimonios y se limita la responsabilidad del socio, sino que se emplea tal persona moral para ocultar bienes que de una u otra forma tienen conexidad con una actividad ilegítima del socio. Precisamente, ese es el principio que debe sobrevivir para analizar cuándo una persona jurídica es usada en abuso: que la existencia y empleo de la sociedad mercantil tenga relación directa o indirecta con la actividad del asociado, ya que nada impide que un sujeto conforme varias personas distintas a él con la finalidad exclusiva de separar sus bienes y no arriesgar todo su patrimonio en los negocios que tiene, aún cuando esa sociedad no funcione realmente como empresa organizada, pues en estos casos no hay fraude o intención comprobada, y la legislación y doctrina no exige como requisito de validez que una persona jurídica tenga que funcionar financieramente o de hecho para poder existir,* ***reitero, mientras no sea utilizada en perjuicio de acreedores bajo una comprobada conexidad.*** *Por ello, tal como lo afirma el autor Víctor Manuel Garita González, no puede tutelarse el principio de la limitación de la responsabilidad cuando una sociedad mercantil se utiliza con la finalidad de distraer el patrimonio del sujeto físico o jurídico apareciendo como la deudora u obligada, mientras que otras personas son las que tienen la solvencia, siendo que la primera reporta solo perdidas y la segunda ganancias mediante prácticas viciosas que tienen como finalidad ocultar la realidad económica de la sociedad, y a la vez, defraudar o incumplir con sus deberes….”.*

*Por todo lo anteriormente expuesto, es que el autor Herrera Fonseca, establece lo siguiente: …“configúrese la impunidad o abuso de la persona jurídica como la utilización de la sociedad mercantil para aprovechar las ventajas del privilegio de la limitación de su responsabilidad, participando del fraude, ocultamiento o mala fe por parte del sujeto activo comprometido ya sea haciéndose parecer insolvente o haciendo parecer insolvente a su entidad social que representa”.*

1. *Por último a lo que nos interesa con respecto a éste tema, dicho autor Herrera Fonseca indica que: “…. el fraude en el ocultamiento de bienes debe contener varios presupuestos a cumplir para tenerlo presente, que podrán excluirse entre sí dependiendo del caso concreto, e indica como ejemplo los siguientes:*

1. *Que el acto sea ilegal, contrario a las fuentes del derecho y al derecho positivo. Esta “ilegalidad” implica irrespetar la norma e ir en contra de su letra y espíritu sobrepasando los límites normales de su aplicación, abusando de las mismas para variar la finalidad natural de la persona jurídica (artículo 20 y 22 del Código de Civil). Puede ubicarse aquí la constitución de sociedades ficticias o la utilización de las ya existentes para fines ilícitos.*
2. *El nexo causal entre el acto de fraude de la persona y el acto de enriquecimiento patrimonial ilícito, en concurso con la relación de hecho o de derecho entre la persona física que lo comete y la jurídica utilizada abusivamente para la distracción. Ejemplo de ello puede ser la actuación ilícita personal o por medio de una sociedad bien identificada insolvente y la inscripción de bienes provenientes de ese daño en una sociedad de accionistas desconocidos, donde deben existir una coincidencia plena entre las causas de adquisición del patrimonio y las causas se inscripción del mismo. Aquí el dueño de la sociedad ha dispuesto de la empresa*

*como suya, utilizándola para ejercer actos que en realidad corresponden al socio en lo personal.*

1. *Puede existir dirección externa por parte de una sociedad que es la dueña de la mayor parte del capital social de la persona jurídica objeto de abuso, donde esta no tiene voluntad propia, aun cuando el control administrativo no sea ejercido por aquella,*
2. *Debe haber un beneficio injustificado al socio fraudulento y un daño y perjuicio a cargo del damnificado, resultando el aumento en el patrimonio una causa de pérdida injustificada de otro patrimonio. Pese que el punto es discutido en doctrina, la producción de un daño es esencial, dado que si éste existe, habrá un enriquecimiento sin causa a cargo de otro patrimonio que se verá disminuido injustificadamente. Este daño debe ser entendido como “estafa civil” en sentido amplio.*
3. *Debe existir un ocultamiento o distracción de bienes tendentes a evitar la aplicación del principio de la garantía universal del patrimonio contenido en el artículo 981 del Código Civil, mediante inscripciones simuladas o enajenaciones del patrimonio o acciones.*
4. *Debe existir una violación a la buena fe en los negocios de conformidad con el artículo 21 del Código Civil, con relación a los numerales 4 y 11 del mismo cuerpo legal, cuando ha habido un uso abusivo del derecho que sobrepase el derecho de la norma. Cabe aquí citar el abuso de la personalidad jurídica.*
5. *Debe existir dolo en el encubrimiento del hecho bajo el amparo de la persona jurídica, cuya intensión defraudatoria debe ir dirigida a producir un aprovechamiento ilegal y ajeno a la misma naturaleza de la entidad social.*
6. *Debe comprobarse la confusión de patrimonios de los socios con el de la sociedad, cediendo el principio de división de patrimonios ante el principio de la confusión de esferas, el que supone irrespeto al nombre, organización, imputación patrimonial y formalidades legales.*
7. *Los socios demandados deben de ser considerados como los verdaderos propietarios del capital que está bajo la protección de la persona jurídica.*
8. *Insuficiencia del capital. Se produce por el saqueo que hacen los socios de los ingresos de la empresa o el de no dotarla de suficientes recursos para operar.*
9. *El fraude debe atentar contra un interés público o contra terceros de buena fe de derecho privado.*
10. *Como efecto, el fraude lleva como consecuencia contraria la pretensión de reparar un daño por incumplimiento de una obligación contractual o por la comisión de un ilícito penal.*
11. *La actividad fraudulenta debe producir la confusión de patrimonios entre la persona física (socio) con la persona jurídica.*

***RECOMENDACIONES***

*De lo anteriormente expuesto, esta Asesoría Legal considera que es necesario regular sobre este tema, ya que en la actualidad no tenemos norma escrita que la regule en Costa Rica, siendo necesario su regulación actualmente únicamente mediante la jurisprudencia nacional (principio general del derecho) y variada doctrina, que se encuentre solución al problema para el efectivo levantamiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades por medio de una orden judicial de un juez, en los casos de supuestos defraudaciones de ley en perjuicio de terceros, en diversas materias del derecho, como la penal, laboral, familia, tributario y civil.*

*Por estas razones es que el Proyecto denominado “Ley Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica, Adición del artículo 20 Bis del Código de Comercio Ley 3284, del 30 de abril de 1964, y sus Reformas”, cuenta con nuestro aval, proyecto el cual pretende adicionar lo siguiente: 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 controladores, quienes serán solidariamente solidarios con esta. La desestimación de la personalidad jurídica solo producirá efectos respecto del caso concreto en que sea declarada. En ningún caso podrá efectuarse a terceros de buena fe. Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos”.***

**ACUERDA:**

1. Pronunciarse a favor del Proyecto de Ley “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, Expediente No. 18.213.
2. Instar al Departamento de Servicios Parlamentarios, para que analice y considere las recomendaciones emitidas por los entes técnicos de esta Institución; citados en el considerando 5 de este acuerdo.
3. Comunicar**.** **ACUERDO FIRME**

BSS/vvl

|  |  |
| --- | --- |
| **ci. Secretaría del Consejo Institucional****Vic. Administración****Vic. Docencia****Vic. de Investigación y Extensión****VIESA** **Oficina de Planificación Institucional****Dirección Centro Académico** | **Licda. Grettel Ortiz, Directora Oficina Asesoría Legal****Oficina de Comunicación y Mercadeo****Auditoría Interna****FEITEC** **Centro de Archivo y Comunicaciones****Lic. Alejandro Masís, Director de la Escuela de Administración de Empresas****M.Sc. Martha Calderón, Directora de la Escuela de Ciencias Sociales** |