

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS  
AMÉRICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**EXAMEN DE LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA  
ARBITRAL Y SU APLICACIÓN EN LA TEORÍA DEL  
LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO**

**AUTOR**

**ALEXANDER BRENES MADRIGAL**

**SAN JOSÉ, DICIEMBRE 2017**

## CONTENIDO

<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
<b>Planteamiento del Problema.....</b>	<b>2</b>
<b>Objetivos.....</b>	<b>5</b>
<b>Objetivo General.....</b>	<b>5</b>
<b>Objetivos Específicos.....</b>	<b>5</b>
<b>Justificación.....</b>	<b>6</b>
<b>Antecedentes.....</b>	<b>8</b>
<b>Proyecciones.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO.....</b>	<b>66</b>
<b>Enfoque.....</b>	<b>66</b>
<b>Diseño.....</b>	<b>66</b>
<b>Muestra de la Investigación.....</b>	<b>67</b>
<b>Unidades de análisis.....</b>	<b>67</b>
<b>Instrumento.....</b>	<b>67</b>
<b>Proceso para la Recolección de Datos.....</b>	<b>67</b>
<b>Método de Análisis.....</b>	<b>68</b>
<b>CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS.....</b>	<b>69</b>
<b>CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>95</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>97</b>
<b>APÉNDICES.....</b>	<b>100</b>

## **Capítulo I. Introducción**

### **Planteamiento del Problema**

En un mundo globalizado como en el que vivimos en la actualidad, es común que se den entre los seres humanos relaciones comerciales, mismas que van desde las más sencillas, como la compra de algún insumo en un supermercado u otras más complejas en las cuales se refieran a transacciones donde involucren multiplicidad de sujetos, pero lo cierto del caso es que para el Derecho, tanto una como otra no escapan a que produzcan efectos jurídicos.

Las relaciones comerciales son inherentes a los seres humanos y éstas pueden darse entre individuos en su condición personal, entre una persona y una sociedad o entre sociedades, a lo cual hay que tener presente que en la mayoría de los casos estas se encuentran plasmadas por medio de contratos donde se estipulan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, así como el procedimiento y la respectiva normativa aplicable en caso de algún incumplimiento o desavenencia de alguna de éstas.

Es importante indicar, también, que en las relaciones comerciales por razones de oportunidad y conveniencia, en la mayoría de los casos esté la figura de la sociedad o como se le conoce en el ámbito del Derecho, las personas jurídicas, las cuales tendrán las mismas condiciones en el contrato.

Teniendo un panorama claro acerca de la doble función del contrato y las posibles partes que pueden intervenir en éste, es destacable mencionar que el legislador le ofrece a éstas, dos opciones para resolver sus conflictos en caso de que susciten, la primera es la posibilidad de ventilar sus diferencias en la jurisdicción común por medio de un juez de la República, y la segunda es mediante un proceso arbitral, el cual es una garantía constitucional establecida en el artículo 43 de nuestra Carta Magna.

Sobre este proceso es importante acotar que éste goza de informalidad en comparación al ordinario, sin embargo, para que nazca a la vida jurídica es indispensable que en el contrato ambas partes en ejercicio del Principio de Autonomía de la Voluntad, hayan escogido esta vía para resolver sus diferencias por medio de la estipulación expresa de la cláusula arbitral o compromisoria. Igualmente, hay que indicar que dicho proceso, si bien es cierto es una forma alterna de resolver conflictos, eso no le resta que la decisión dictada por el tercero, en este caso denominado árbitro, tiene la misma fuerza legal y carácter vinculante para las partes como si dicho fallo hubiese sido dictado por un juez de la República.

Sabiendo que el proceso arbitral es una forma, también, reconocida de resolver conflictos entre las partes suscribientes de un contrato donde está establecida la cláusula compromisoria, salta la duda concretamente a las personas jurídicas, de qué sucede en aquellos casos donde una sociedad signataria de un contrato con cláusula arbitral y en la cual ésta, a su vez, pertenece a un grupo de empresas que no suscribieron dicho contrato, si los efectos de dicha cláusula le afectan o no a las no suscriptoras.

Para poder evacuar esta duda, se hace necesario y se puede decir, también, que es de carácter obligatorio, tener que referirse a dos temas que son altamente complejos y que generan posiciones contrapuestas, uno que es la posibilidad de extender los efectos de la cláusula arbitral a no firmantes y el otro tema es la aplicación del Levantamiento del Velo Corporativo donde se trata de evitar que por medio de formalismos jurídicos que sirven de escudos, se desarrollen actividades que perjudiquen a una de las partes vinculadas al contrato.

Sobre el primer tema de la extensión de la cláusula arbitral a no signatarios las opiniones son divididas, ya que se encuentran criterios en los cuales indican que el tercero no puede ser atraído al arbitraje en virtud de que existe una ausencia del consentimiento de éste para someterse al proceso, pero también existe una interpretación extensiva que, según Talero (2010 / 2011) *“...por razones de economía y conveniencia procesal, debe haber un solo arbitraje que abarque todos los asuntos posibles, para así evitar que controversias relacionadas entre sí terminen decidiéndose en escenarios o foros distintos y potencialmente contradictorios.”* (p.76)

Ahora bien, sobre el t3pico del Levantamiento del Velo Corporativo es un tema igual de complejo que el anterior, debido a que esto se da cuando un Grupo Econ3mico llega a un determinado pa3s a desarrollar una funci3n espec3fica y para ello utilizan una de sus empresas, sin embargo, en ocasiones las relaciones financieras se tornan de manera muy compleja, afectando a la contraparte y es aqu3 donde esta 3ltima puede invocar el convenio arbitral para demandar no solo a la empresa con la cual originalmente estableci3 la relaci3n jur3dica, sino a las otras compa3n3as del grupo para reclamar el patrimonio que le ha sido afectado y que han tenido participaci3n o relaci3n en los hechos que generan el arbitraje y es aqu3, precisamente, donde juristas, jueces y 3rbitros se preguntan si se puede responsabilizar a todas las empresas del grupo por la acci3n de solo una de ellas o lo que viene a ser igual ¿Es posible la extensi3n de la cl3usula arbitral y su aplicaci3n en la Teor3a del Levantamiento del Velo Corporativo?

## **Objetivos**

### **Objetivo General.**

Examinar la extensión de la cláusula arbitral y su aplicación en la en la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo.

### **Objetivos Específicos.**

- Conceptuar la cláusula arbitral desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial.
- Distinguir los terceros no signatarios de la cláusula arbitral.
- Analizar la legislación peruana sobre la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo y su aplicación en el arbitraje.
- Definir la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo y las demás existentes en la extensión de la cláusula arbitral.

## **Justificación**

La Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo es un tema bastante controvertido y dicha teoría se creó para dos supuestos específicos en relación con las personas jurídicas, el primero de ellos es cuando se utiliza esta figura de manera abusiva y la segunda es para ocultar que existe identidad de sujetos que intervienen en un acto determinado.

Sin embargo, si el tema es muy cuestionado por sí solo, a la luz del arbitraje se hace aún más y si no fuera suficiente, se podría decir que la manera de regularlo es casi nula en la mayoría de los países del continente americano ya que, desafortunadamente, se entra a otro tema que es bien hermético en las diferentes naciones del istmo, el cual es la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios.

Entonces, ¿Cómo se puede extender la cláusula arbitral aplicándola a esta teoría cuando hay que encontrarse casi sin regulación al respecto y bajo un hermetismo total? Se empezará por decir que existe una discordancia en cuanto a criterios, debido a que como se indicó supra, el procedimiento arbitral normado por cada nación de este continente, o sea se refiere a los arbitrajes domésticos, son reacios y tajantes al indicar que de ninguna manera se puede extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros no firmantes y la respuesta es la misma, todo se circunscribe al principio de autonomía de la voluntad el cual debe manifestarse expresamente y por escrito y donde es norma general que solo las partes que suscribieron el contrato son las que están sometidas a esta jurisdicción, produciendo que no se puede hacer extensivo los efectos de dicha cláusula a quien no la firmó y con esto se coloca una lápida para terminar con el tema sin importar si se puede lesionar los derechos de algunas de las partes en un conflicto.

Ahora bien, como se indicó existe una contradicción porque si los países del continente tienen su criterio ya definido, lo cierto del caso es que existe normativa internacional, que si bien no viene a resolver el problema totalmente, tampoco lo cierra, en donde incluso se dan posibles “soluciones” al tema, por ejemplo, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) indica en su artículo 7 la incorporación de partes adicionales a las cuales la cláusula arbitral dé alcance y, por ende, se haga la solicitud de un arbitraje en contra de esa parte.

Otro ejemplo de lo dicho es el artículo 4 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional de las principales Cámaras de Comercio de Suiza, donde se le da amplios poderes al tribunal de apreciación de admisibilidad sin necesidad que medie aprobación de las partes.

Y en Costa Rica, la situación no es tan cerrada como en otros países de América respecto del punto, pero lo cierto del caso es que el criterio predominante sobre el tema en cuanto a jurisprudencia es que solo podrá ser extensible la cláusula arbitral a terceros cuando ésta haya sido inserta en un contrato marco, por lo cual se vuelve al punto de partida respecto de que no hay una posible regulación de la extensión sobre el tema del Levantamiento del Velo Corporativo.

Ante tal panorama el propósito de esta investigación es que de acuerdo con lo indicado en la doctrina sobre la teoría del levantamiento del velo corporativo y su aplicación en el arbitraje, así como haciendo un análisis de derecho comparado con la legislación peruana que regula el tema y por último, pero igual de importante, considerando lo mencionado por la jurisprudencia; es que este trabajo constituya un instrumento de ayuda para los tribunales arbitrales cuando tengan que resolver sobre este punto, en el cual cada vez está tomando más auge el proceso arbitral con la participación de las sociedades.

## Antecedentes

Arango Perfetti (2010) en su escrito *“LA EXTENSION DEL ACUERDO ARBITRAL A LOS NO-SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL”*, empleando un enfoque cualitativo, buscó como objetivo analizar la naturaleza jurídica y características del convenio arbitral desde la óptica de la teoría general de los contratos y los problemas que surgen a partir de la vinculación de los no signatarios al pacto arbitral, así como los supuestos e hipótesis que han permitido en el arbitraje internacional la vinculación de los no signatarios del pacto arbitral. El autor concluye que la ausencia del consentimiento genera un problema frente a la decisión de extender la cláusula arbitral a los no firmantes en el arbitraje comercial internacional por varias razones: hay un ayuno de normativa que regule la materia, determinación de la competencia, limitaciones al principio de *kompetenz-kompetenz* y el reconocimiento y ejecución de laudos que incluyen a los no signatarios.

Talero Rueda (2010 / 2011) en su publicación *“Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”*, empleando un enfoque cualitativo, buscó como objetivo revisar el tratamiento que la legislación arbitral peruana vigente le ha dado a la materia, a la luz de los criterios y demás condiciones que deben orientar el análisis de la extensión del pacto arbitral a no signatarios en el ámbito internacional. El autor concluye que salvo la teoría del alter ego, la legislación peruana ha recogido las principales teorías de la doctrina y la jurisprudencia han gestado para el tratamiento de este tema, sin embargo, también se menciona que a pesar de las diferentes teorías y sus numerosas aplicaciones, su aplicación debe ser cautelosa e incluso de manera excepcional debido a sus posibles repercusiones.

Incluso, menciona el mismo autor que tratándose de grupos empresariales hay que equilibrar este criterio con las razones de carácter legal y comercial que ameritan conservar los principios de separación jurídico-patrimonial y de limitación de riesgos. Sin embargo, concluye el autor al decir que conforme con la buena fe, la extensión del acuerdo arbitral a no signatarios dependerá de la participación activa y decisiva del mismo en las fases del contrato que den vida a la controversia.

De Trazegnies Granda (2012) en su publicación “¿VELO SOCIETARIO vs. ARBITRAJE?”, empleando un enfoque cualitativo, buscó como objetivo realizar un análisis de las condiciones para el rasgado del velo, así como su aplicación dentro del arbitraje con sus posibles problemas y las nuevas tendencias existentes. El autor concluye que el tema ha evolucionado mucho y en Perú la ley permite la extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes bajo ciertas condiciones, tomando en consideración las razones de justicia y protección contra las distorsiones que pueden darse en el uso malintencionado del velo societario.

Villalobos y París (2013) en su investigación “LA CLAUSULA ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS”, empleando un enfoque cualitativo, buscaron como objetivo analizar los supuestos menos controvertidos aceptados por la doctrina, la jurisprudencia y los propios tribunales arbitrales en donde ha sido admitido que terceros que no forman parte, en sentido estricto, de la cláusula arbitral, sean atraídos por ésta y participen finalmente del proceso arbitral. Los autores concluyen que el consentimiento y la forma escrita son elementos primordiales a la hora de someter un conflicto a arbitraje y a pesar de principios contractuales y nuevas teorías que permitan ampliar el consentimiento para incorporar a partes que no suscribieron la cláusula, lo cierto del caso es que dependerá del rol del árbitro con una buena interpretación y las decisiones adoptadas por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia para decidir sobre el tema.

García Larriva (2013) en su trabajo “*Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica*”, empleando un enfoque cualitativo, buscó como objetivo analizar los requisitos mínimos de los convenios arbitrales en el ámbito nacional e internacional y definir quiénes son las partes que intervienen en el arbitraje, los efectos del mismo frente a terceros, y la discusión doctrinaria de la posibilidad de extender el convenio arbitral a terceros que no hayan suscrito formalmente el mismo. El autor concluye que es posible que un tribunal arbitral pueda extender los efectos del convenio a una parte no signataria bajo dos condiciones, la primera que haya de manera inequívoca por parte del no signatario un consentimiento respecto del negocio jurídico, y la segunda refiere si el extender los efectos al no suscriptor dé como resultado una vulneración al principio de buena fe.

## **Proyecciones**

Esta investigación se fundamenta en dos temas que son altamente polémicos en la realidad no solo de nuestro país, sino del mundo entero, los cuales son primero la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios y el segundo la teoría del levantamiento del velo corporativo, y si se unen el tema se hace aún más polémico, ya que, si bien es cierto, existe doctrina y jurisprudencia sobre ambos temas, lo cierto del caso es que existen posiciones divididas, por ende, sucede que cuando se presenta un proceso arbitral en el cual hay que aplicar uno u otro tema o ambos al mismo tiempo, las decisiones de los tribunales arbitrales no son unánimes produciendo en ocasiones fallos contradictorios.

De acuerdo con esto, una de las principales metas que se quiere alcanzar con la presente investigación es que ésta sirva de instrumento de ayuda a los tribunales arbitrales cuando estos se encuentren ante un proceso con estas características y les dé la luz necesaria para poder resolver el conflicto con las bases necesarias por medio de decisiones uniformes sin incurrir en posiciones contradictorias.

## Capítulo II. Marco Teórico

### Aspectos generales del proceso arbitral.

#### Concepto.

Antes de entrar al tema que interesa sobre la extensión de la cláusula arbitral y su aplicación en la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo, es indispensable tener conocimiento del concepto de qué es el arbitraje y sobre este punto es que se iniciará el presente trabajo, no sin antes mencionar, como parte introductoria, que el proceso arbitral es una garantía constitucional establecida en el artículo 43 de nuestra Carta Magna que así lo dispone “Artículo 43.- Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.”

Ahora bien, sobre el arbitraje indica la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en su página web lo siguiente:

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI], sin fecha de cita, *¿Qué es el arbitraje?* Recuperado de <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>)

En ese mismo sentido, indica más adelante “Un proceso de arbitraje únicamente puede tener lugar si ambas partes lo han acordado.” E igualmente, sobre el tema se menciona lo siguiente:

[el arbitraje] nace de un negocio jurídico que como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo, por medio del contrato de arbitraje las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra. Castro (2005), citado por García (2013)

Por su parte el doctor Artavia brinda la siguiente definición:

Por mi parte, el arbitraje es un proceso de carácter jurisdiccional, mediante el cual las partes –o un juez en ausencia de acuerdo- eligen, en forma privada, los sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una controversia, y cuya decisión, la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de cosa juzgada. (Artavia, 1996, p.45)

Y para finalizar el tema, los licenciados Adelina Villalobos y Mauricio París brindan una definición del arbitraje de una manera bastante completa a nuestro juicio y que de seguido se expone:

El arbitraje, como la decisión de uno o más personas de someter sus divergencias al fallo de un tercero...

Este método encuentra su fundamento en el Principio de la autonomía de la voluntad... Es con base en este Principio que las partes deciden someter sus conflictos a un tercero imparcial (árbitro), que decidirá de forma definitiva sobre los mismos.

La decisión de las partes de someterse a este procedimiento queda plasmada en la cláusula arbitral o compromisoria, por medio de la cual los contratantes acuerdan que en caso de que surja una divergencia entre ellos producto de la relación contractual, la misma será resuelta por medio de un proceso arbitral.

El arbitraje, por lo tanto, cobra vida a raíz de la elección de las partes de someter sus diferencias a esta vía en menoscabo de la jurisdicción

ordinaria a la que acudiría en defecto de un pacto arbitral en los términos antes dichos. Villalobos et al. (2013)

Ahora bien, tomando en consideración todas estas posiciones, se podría definir al arbitraje como aquel procedimiento por medio del cual las partes involucradas en un contrato donde conste expresamente pactada por escrito la cláusula arbitral y en ejercicio del Principio de Autonomía de la Voluntad, deciden someter sus diferencias derivadas de ese contrato a este proceso, a efectos de que sean conocidas y resueltas por un tercero cuya decisión será vinculante, abstrayéndose de la jurisdicción ordinaria.

### **Características**

Sobre este aspecto es importante tener un panorama amplio y claro acerca de las características propias que distinguen al proceso arbitral, ya que en muchas ocasiones el tema se presta a confusión debido a que se tiene la errónea idea que este proceso es similar al proceso ordinario tramitado en los tribunales judiciales cuando la realidad es otra muy diferente.

Si bien es cierto, ambos procedimientos lo que buscan es la impartición de justicia, uno mediante el dictado de una resolución judicial denominada sentencia, como lo es en el proceso ordinario y el otro por la elaboración del laudo en el caso del arbitraje, también es verdad que ambos tienen características propias que los diferencian, por lo cual es erróneo indicar que ambos procesos son “similares”, y para que esto no suceda es importante conocer lo que indican las instituciones creadas para la regulación propia de esta materia, así como la doctrina y la misma jurisprudencia.

Se comenzará diciendo que el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia en su página de Internet enumera cinco características del procedimiento arbitral muy concretas y someras, las cuales de seguido se proceden a mencionar:

### Características de Arbitraje

1. Es un mecanismo hetero-compositivo, toda vez que es un tercero diferente a las partes quien se encarga de dirimir el conflicto.
2. Es oneroso ya que se debe pagar los honorarios y gastos del tribunal para que se pueda adelantar el trámite.
3. Es excepcional, ya que las partes mediante un pacto arbitral han decidido relevar a la justicia ordinaria permanente para que su controversia sea resuelta por particulares investidos para administrar justicia.
4. Si el pacto está contenido en una cláusula, ésta es autónoma del contrato.
5. Es temporal, dado que el tribunal cesa en sus funciones cuando se presentan diversas causales como la expedición del laudo o el vencimiento del término entre otros. (Ministerio de Justicia de Colombia y del Derecho de Colombia [MINJUSTICIA], sin fecha de cita, Características del Arbitraje, Recuperado de <https://conciliacion.gov.co/portal/Arbitraje/-Qu%C3%A9-es-Arbitraje/Caracter%C3%ADsticas-de-Arbitraje>)

En esta misma línea el autor Sergio Artavia Barrantes menciona cuatro características del arbitraje que explica de la siguiente manera:

a.-Medio de solución de conflictos

...el arbitraje supone la existencia de un conflicto entre dos o más personas, que origina la sumisión ante un tercero que dirime la controversia. La solución, que este tercero da, sustituye la solución judicial tradicional. Por lo demás, esa solución es vinculante, obligatoria y despliega los efectos de cosa juzgada material para los sujetos que participan en ella.

#### b.-Intervención de un tercero

Ese tercero debe ser un sujeto ajeno a la controversia –imparcial-, cuya decisión debe ser acatada por las partes. La solución que ese tercero da, acabará con el conflicto; el ordenamiento jurídico reconoce validez y eficacia a su resolución.

#### c.-Se trata de una facultad del ciudadano

Es indiscutible que el derecho de los ciudadanos de terminar sus diferencias a través de un arbitraje, es un principio de rango constitucional, que no podría ser negado por una ley o por un acto de alcance general. Una norma que prohibiera que determinada materia de carácter patrimonial no pueda ser sometida a la decisión final por medio de un arbitraje sería inconstitucional;... Esto tiene su fundamento en el hecho de que la tutela jurisdiccional no es un derecho absoluto del Estado; está establecida fundamentalmente para la protección y el respeto de los derechos de los individuos.

#### d.-Fuerza vinculante del laudo.

La ley confiere al laudo o sentencia arbitral la prerrogativa de tener la misma fuerza vinculante de una sentencia de un juez ordinario. A pesar de que la solución es dada por sujetos privados, los efectos que esa resolución produce, son los mismos de los de cosa juzgada de la sentencia –Arts. 58 Ley RAC y 1385 Código Civil-, de allí su carácter autónomo de función jurisdiccional. (Artavia, 2000, pp.53-54-55)

Como se mencionó supra, éstas son las cuatro características puntuales del arbitraje que indica el autor Artavia Barrantes en su obra, sin embargo, hay dos más que no están incluidas dentro de este acápite sino en el tema “*Ventajas del Arbitraje*” y que a nuestro juicio podrían ser una quinta y sexta característica muy importantes, las cuales son:

#### c.-Celeridad

El proceso jurisdiccional está lleno de una serie de etapas y plazos que redundan en un proceso lento y retardado. No se cumple en la

realidad el anhelado principio de justicia pronta y cumplida, a lo que debemos agregar un sistema desesperadamente escrito..., un sistema donde no hay concentración ni celeridad.

Frente a este problema humano, institucional y material, del proceso común el arbitraje se eleva como una eficaz respuesta, con un proceso sencillo, sin muchos tecnicismos procesales, sin gestiones dilatorias, sin trámites burocráticos en los proveídos o resoluciones judiciales, sin horarios rígidos, pero, especialmente, por un procedimiento rápido en tiempo, que las partes han acordado, y que puede dar respuesta a un litigio de tres a seis meses, cuando mucho, un proceso sin la excesiva recurribilidad de las resoluciones judiciales.

Esta celeridad se logra al crear, las cámaras o centros de arbitraje, toda una infraestructura dedicada, en exclusiva, a la función que se le encomienda. También se logra al tener juzgadores –árbitros-, dedicados a la solución de uno o pocos litigios a la vez.

También como motivo que origina esta celeridad tenemos las consecuencias con que la ley castiga el retardo en el dictado del laudo, pues se produce su extinción si se dicta fuera del plazo fijado por las partes.

#### i.-Descongestión de la justicia común

Un desarrollo institucional del arbitraje permite, a mediano y largo plazo una descongestión de los tribunales ordinarios; sustrae litigios a una sede diversa de la del juez común, cuya resolución, al igual que la de aquel, produce los efectos de cosa juzgada y ofrece las mismas garantías de defensa para las partes. (Artavia, 2000, pp.58-59-66)

Por último, se hará mención a lo indicado por la jurisprudencia de nuestro sistema judicial en cuanto al tema, y sobre esto debe referirse al fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No. 2009-12215 de 14:45 horas del 5/08/2009.

El Tribunal no comparte el criterio de los accionantes relativo a que el arbitraje puede asimilarse al proceso ordinario y por ello, debería contar con los mismos medios recursivos. Ciertamente los dos procesos buscan el mismo objetivo, cual es resolver un conflicto de naturaleza jurídica entre dos partes; sin embargo, difieren en la forma de alcanzarlo.

El arbitraje es un instrumento procesal que el ciudadano puede utilizar para ejercer su derecho a resolver sus diferencias patrimoniales a través de un medio alternativo a la tutela jurisdiccional.

Indica más adelante el mismo Voto y lo que a nuestra opinión merece, es donde radican las principales características del procedimiento arbitral:

VIII- En primer término, la justicia arbitral tiene su origen en un acuerdo de voluntades suscrito con ese propósito, fundado en el principio de autonomía de la voluntad. Prueba de ello es que nadie puede ser obligado a participar en un arbitraje si de previo no ha consentido en eso por escrito. El proceso ordinario, en cualquiera de sus formas, es actividad judicial. Tiene su origen en una controversia que culmina con la interposición de una demanda ante un órgano judicial por parte de una persona física o jurídica (actora) en contra de otra (demandada). El demandado es traído al proceso de manera forzosa y deberá mantenerse en él con el objeto de defender sus derechos. Por otra parte, y en relación con el objeto del proceso, es importante acotar que no todos los asuntos pueden ser sometidos a arbitraje; existen materias de orden público que por su naturaleza están reservadas para ser conocidas y resueltas por la jurisdicción estatal la que, por el contrario, puede y debe conocer y resolver todos los asuntos que le sean sometidos. En relación con los profesionales que tramitan el proceso, el arbitraje es conducido por profesionales (normalmente abogados, pero en los procesos ad hoc no necesariamente es así), nombrados por las partes y pagados por estas.

Desempeñarán su labor como verdaderos jueces en tanto su decisión es vinculante y produce cosa juzgada material. Sin embargo, a diferencia

de los jueces adscritos al Poder Judicial, son nombrados para conocer el caso concreto; una vez que dictan el fallo, cesa su nombramiento. En cuanto al plazo, los árbitros tienen que realizar su labor dentro de un plazo definido previamente para resolver, que normalmente oscila entre siete meses y un año, contados a partir de la notificación de la demanda. Solamente en los procesos ad hoc, la ley no prevé un plazo determinado. En cualquier supuesto, siempre se tratará de un plazo mucho menor al que toma dictar la resolución final de un asunto en la vía judicial. Ello pone de relieve la principal característica de la justicia arbitral, la celeridad, que constituye además la mayor ventaja que presenta el arbitraje frente a la justicia estatal y el elemento que atrae a muchos ciudadanos a su ámbito.

Del otro lado tenemos que la justicia estatal es gratuita; los procesos han sido diseñados de manera tal que factores económicos no obstaculicen el acceso a la justicia. Siendo la función jurisdiccional una de las funciones básicas del Estado, éste ha creado la infraestructura necesaria al efecto y la ha dotado de los recursos humanos y materiales necesarios para que sea tan eficiente y efectiva como el sistema lo permite. Los jueces que conocen de estos procesos, conocen al mismo tiempo de otros muchos, lo que con más frecuencia de la deseada, provoca sobrecarga de trabajo y congestión, aspectos que representan uno de los mayores problemas y desafíos de la justicia ordinaria, pues provoca atrasos en la resolución de conflictos. Adicionalmente si bien ambas formas de resolución de conflictos están sometidas a los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción, etc., en el proceso jurisdiccional los jueces y las partes deben someterse rigurosamente al procedimiento establecido en la ley correspondiente según su competencia.

En el arbitraje, aunque está sometido a los mismos principios, los árbitros gozan de mayor flexibilidad en cuanto a las reglas procesales de manera que pueden “diseñar” su propio proceso o pueden adoptar uno ya

establecido e introducirle las modificaciones que estimen convenientes, en aras de agilizar el procedimiento.

Ahora bien, ya teniendo una panorámica clara sobre lo expuesto por las instituciones creadas al efecto, la doctrina y jurisprudencia, se puede indicar con propiedad que las características que hacen resaltar al proceso arbitral son las siguientes:

1. Es un proceso cuya base está cimentada por el principio de autonomía de la voluntad, es decir que nadie está obligado a someterse a este proceso si no lo consiente expresamente, de manera libre y voluntaria.
2. Si bien es cierto, quien resuelve en un arbitraje y en un proceso judicial es un tercero, la diferencia radica en que en el primero sólo va a conocer sobre ese proceso u otros, pero pocos, situación que no sucede en el segundo escenario donde ese tercero conocerá de ese y muchos otros procesos.
3. Siguiendo con el tema del tercero, otra diferencia radica en que en el arbitraje, el tribunal arbitral es designado y pagado por las partes, cosa que no sucede en la jurisdicción común.
4. El tema de los costos del proceso no escapa a las características, ya que en vía judicial son gratuitos y en arbitraje son onerosos y, si bien es cierto, esto genera críticas por su costo, también es claro que se compensa con la rapidez con que se falla, situación que no sucede en los procesos ordinarios.
5. La decisión del tribunal arbitral tiene la misma fuerza de ley que la dictada por un juez de la República, ambos fallos gozan de cosa juzgada material.
6. El arbitraje goza en su procedimiento de flexibilidad e informalidad y esto se traduce en celeridad del mismo, caso contrario de la vía judicial cuyos procedimientos son llenos de formalismos, engorrosos, tediosos y extremadamente largos.

### **Arbitrabilidad de la materia**

Sobre este aspecto se dirá con total certeza de que únicamente serán susceptibles de ser conocidos por medio de un proceso arbitral, aquellos conflictos de índole patrimonial y para dar sustento a esta afirmación hay que basarse primeramente en el artículo 43 de nuestra Constitución Política que indica: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.”

También, en apoyo a este criterio se remite a lo indicado en la jurisprudencia de nuestro sistema judicial que menciona:

Es común que el arbitraje se genere por una manifestación de la voluntad de las partes, consistente en incluir en el vínculo contractual, la norma que las compromete a someterse a tal procedimiento o las remite al mismo (cláusula compromisoria), que resulta, entonces, ser un acuerdo bilateral (contractual) en virtud del cual las partes se obligan a someter las cuestiones de índole patrimonial a la decisión de árbitros... Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No. 10352 de las 14:58 horas del 22/11/2000.

II.-Sobre el fondo. Debe indicarse, como lo ha hecho la Sala en anteriores ocasiones, que el proceso de arbitraje es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales...

Ahora bien, sin ninguna duda, este proceso es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales...

De la lectura de la disposición anterior es posible concluir lo siguiente: a) la Constitución garantiza una forma alternativa para la solución de conflictos de naturaleza patrimonial;... Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No. 6144 de 9:43 horas del 4/05/2004.

## **Tipos de arbitraje**

De acuerdo con la doctrina nacional expuesta por el doctor Sergio Artavia Barrantes en sus obras *El Arbitraje en el Derecho Costarricense* y *El proceso arbitral en Costa Rica*, menciona que existen los siguientes tipos de arbitrajes:

### Arbitraje ad-hoc

En este tipo de arbitraje, las partes pueden fijar libremente el procedimiento –libertad absoluta- o bien, someterse a un procedimiento de algún reglamento o cámara de arbitraje.

### Arbitraje institucional o administrado

...es aquel que se desarrolla a través de instituciones especializadas – Cámaras, Centros, Cortes Arbitrales o Corporaciones Arbitrales.

El desarrollo del arbitraje en este caso se regirá por las normas preestablecidas por la Cámara o Corporación Arbitral.

### Arbitraje de derecho

Supone que los árbitros al dictar su fallo, deben fundamentarlo aplicando todas las normas materiales vigentes, tal y como lo haría un juez ordinario o común. Los árbitros en el arbitraje de derecho necesariamente deben ser abogados.

### Arbitraje de equidad

En este tipo de arbitraje, los árbitros, al momento de laudo, lo hacen aplicando los principios de equidad, sin sujeción a las normas materiales vigentes, y obedeciendo a la prudencia, equidad y honradez; y, si se quiere el sentido común manda.

### Arbitraje pericial

El arbitraje técnico o pericial es similar al arbitraje de equidad –en el sentido de que el fallo se hace a conciencia sin sujeción a normas legales-, pero con la diferencia de que en esta modalidad, los árbitros son expertos en una materia, ciencia, arte o profesión determinada, que deben ser las fuentes utilizadas para fundamentar el laudo. (Artavia Barrantes, 1996) (Artavia Barrantes, 2000)

Teniendo este antecedente se puede indicar que en nuestro país se conocen los cuatro primeros tipos y que se pueden definir de la siguiente manera:

- *Institucional*: Las partes expresamente mencionan la institución o el centro arbitral y su reglamento donde se ventilará el conflicto.
- *Ad Hoc*: No se elige ninguna institución específica, por lo cual los propios árbitros lo pueden tramitar en sus oficinas, es decir hay una completa libertad en cuanto al procedimiento.
- *Derecho*: El Tribunal arbitral estará compuesto exclusivamente por abogados y apegados a la normativa vigente.
- *Equidad*: Cualquier persona puede integrar el tribunal sin ningún requerimiento y basados en su sentido común, prudencia y otros elementos que no tienen nada que ver con normas legales.

En Costa Rica la ley que rige los procesos arbitrales es la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley No. 7727 y en adelante Ley RAC) y expresamente menciona solo los arbitrajes de derecho y equidad en sus artículos 19 y 20:

Artículo 19.-Arbitraje de derecho.

El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad. Cuando no exista acuerdo expreso al respecto, se presumirá que el arbitraje pactado por las partes es de derecho.

Artículo 20.-Composicion del tribunal.

Para los arbitrajes de derecho, el tribunal estará compuesto, exclusivamente, por abogados y resolverá las controversias con estricto apego a la ley aplicable.

Si se tratare de un arbitraje de equidad, cualquier persona podrá integrar el tribunal sin requerimiento alguno de oficio o profesión, excepto lo que las partes dispongan para este efecto. El tribunal resolverá las controversias en conciencia “ex aequo et bono”, según los conocimientos sobre la materia objeto del arbitraje y el sentido de la equidad y la justicia de sus integrantes. (pp.12-13)

**Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley RAC, No. 7727)**

La resolución alternativa de conflictos surge desde el momento cuando se comienzan a dar los primeros problemas entre los seres humanos, esto debido a que la primera forma de buscar una solución a dichos conflictos es por medio de la comunicación, la tolerancia, el entendimiento, el respeto y otros factores que se anteponen a una posible “solución” como es el tomar la justicia por propia mano.

Sin embargo, debido a que en esos tiempos no se conocía este método como tal, es por esta razón, que no era conocida con este nombre, pero como se indicó supra, la comunicación, la tolerancia, el entendimiento y el respeto han existido desde el inicio de los tiempos para que los seres humanos traten de arreglar sus diferencias sin el uso de la violencia.

Ahora bien, en el caso de nuestro país la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley No. 7727) se promulga el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y siete con un doble propósito, el primero para que aquellas partes que están inmersas en un conflicto traten de resolver ellas mismas sus divergencias de una manera tolerante, cordial, respetuosa, educada, ágil y rápida.

Y el segundo propósito es descongestionar el aparato judicial, trasladando los conflictos de las partes a instituciones especializadas o Centros de Conciliación y Arbitraje y Casas de Justicia para que sean estas instituciones las que resuelvan estos, pero brindándoles la seguridad a las partes del conflicto que en estos lugares habrá personeros especializados para tratar su problema, la decisión que se tome en éstas tendrán la misma vinculatoriedad o fuerza legal como si fuera dictada por un juez de la República y por último y no menos importante, sus divergencias serán resueltas de una manera ágil y rápida, cumpliéndose así la máxima establecida en el artículo 41 de nuestra Constitución Política en la que menciona que todos tenemos derecho a una justicia pronta y cumplida.

### **La cláusula arbitral**

Se ha venido hablando sobre el arbitraje, su procedimiento, los diferentes tipos que existen, características y una serie de particularidades que lo distinguen, sin embargo, no se ha indicado sobre aquella condición *sine qua non* para que éste nazca a la vida jurídica y produzca todos sus efectos, en otras palabras no se ha indicado sobre la cláusula arbitral o cláusula compromisoria como también se le conoce, su significado, ese elemento trascendental que tiene que existir desde un principio en la redacción de un contrato para que el arbitraje despliegue todas sus consecuencias.

Sobre este aspecto se empezará indicando que de acuerdo con el Centro de Arbitraje de México en su portal de la Web, definen la cláusula arbitral de la siguiente manera: “La cláusula arbitral es el acto concreto mediante el cual las partes ejercen su libertad contractual y autonomía de la voluntad para someter a un procedimiento arbitral las diferencias que provienen de una relación jurídica contractual o extracontractual determinada.” (Centro de Arbitraje de México

[CAM], 2011, Criterios Jurisprudenciales Relevantes, Cláusula Arbitral-Concepto. Recuperado de <http://www.camex.com.mx/index.php/publicaciones/criterios-jurisprudenciales-relevantes/305-clausula-arbitral-concepto>)

Igualmente, para dar mayor luz sobre el tema, es de relevancia lo expuesto por la Corte Constitucional de la República de Colombia en su sentencia T-511/11 publicada en la Web y en la cual define dicha cláusula como se expone a continuación:

La cláusula compromisoria es el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Sin embargo, dicho órgano no deja ahí la definición y le agrega una característica fundamental dentro del mismo voto indicando: “...exigen su carácter documental como solemnidad sustancial para que se repute legalmente perfecto.”

Ahora bien, en el ámbito de nuestro país el tema no es ayuno de una definición y así lo expone el autor Sergio Artavia Barrantes en su obra *El Proceso Arbitral en Costa Rica*, en el cual define la cláusula compromisoria de la siguiente manera: “La cláusula compromisoria es un acuerdo o pacto, parte de un contrato, en virtud del cual, las partes se obligan a someter cuestiones controvertidas que puedan surgir en el futuro, a la resolución de los árbitros.” (Artavia, 1996, p.116)

Pero como se notó líneas arriba en el voto de la Corte Constitucional de Colombia en el que no solo define la cláusula arbitral, sino que le agrega una característica única para que dicha cláusula tenga validez y el arbitraje nazca el cual es que dicha cláusula debe estar expresamente por escrito, eso mismo pasa en Costa Rica de acuerdo con la resolución dictada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 910-C-07 de 14:00 horas del 18/12/2007 que reza lo siguiente:

II.-Según se establece en el ordinal 23 de la Ley RAC, el acuerdo para someterse a arbitramento carece de formalidades, salvo la de ser escrito... Por lo tanto, ha de concluirse que habrá acuerdo para un arbitraje, cuando se compruebe que las partes lo estipularon, quedó constancia escrita de ello y, además, no cabe duda alguna de la plena intención a someterse a esa vía alterna para resolver conflictos.

Con un panorama amplio sobre qué es la cláusula arbitral o cláusula compromisoria, se puede brindar una definición al respecto indicando que es aquel acto emanado por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, expresamente por escrito, incluido dentro de un contrato o acuerdo, en el cual aceptan someter sus diferencias respecto de ese contrato o acuerdo, a un procedimiento arbitral.

#### ***Modelo de cláusula arbitral.***

De acuerdo con lo indicado sobre la definición de lo que es la cláusula arbitral y a pesar de lo mencionado en el tema sobre la Ley RAC donde ésta solo remite a los arbitrajes de derecho y de equidad, también es cierto que se ven con buenos ojos los modelos planteados de cláusulas arbitrales institucionales y ad hoc que de seguido se exponen ambos para su mejor comprensión.

#### ➤ *Modelo de cláusula arbitral institucional del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.*

Todas las controversias o diferencias que pudieran relacionarse con, o derivarse de este contrato, de su ejecución, liquidación o interpretación; se resolverán por la vía arbitral, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, a cuyas normas las partes se someten en forma incondicional. El Tribunal Arbitral estará compuesto por (uno o tres miembros), y decidirá en (derecho o equidad). El Centro de Conciliación

y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, es la institución encargada de administrar el proceso arbitral.

➤ *Modelo de cláusula arbitral Ad Hoc.*

Todas las controversias o diferencias que pudieran relacionarse o derivarse de este contrato, de su ejecución, liquidación o interpretación; se resolverán por arbitraje, de conformidad con la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, a cuyas normas las partes se someten. El Tribunal Arbitral estará compuesto por (uno o tres miembros), y decidirá en (derecho o equidad).

### **Principios que rigen el arbitraje**

Sobre este tema existen numerosos principios que rigen el procedimiento arbitral, sin embargo, a continuación, se pasa a describir los que se consideran son los más importantes.

- *Debido proceso:* Este principio es pilar fundamental en todo proceso sea judicial o no y el arbitraje no es la excepción, ya que el mismo viene a dar la seguridad a los involucrados que el procedimiento se desarrollará garantizando el cumplimiento de todas las etapas procesales correspondientes con los derechos que a las partes les asisten.
- *Contradicción:* El mismo se manifiesta en cada etapa del proceso, pero para brindar una luz se puede definir como aquella facultad o derecho que tiene una parte de desvirtuar por los diferentes medios de prueba lo que manifiesta su contraria.
- *Inmediación:* Para el autor Artavia “la inmediatez supone un contacto directo y personal con los elementos probatorios, pero, además, directo y recíproco de los sujetos entre sí y frente al juez” (Artavia, 2000, p.62) Razón por la cual se puede indicar que este principio se refiere al contacto e interacción que tiene el juez con las partes y las pruebas para así poder dictar su respectivo fallo.

- *Concentración:* Indica Peyrano, que el objeto de éste es evitar la dispersión de los actos procesales y sobre esta premisa se debe entender que no se refiere a hacer todos los actos procesales en una sola actuación, -cosa que es materialmente imposible y sin dejar de lado que atentaría contra todos los derechos de una defensa efectiva de las partes-, sino por el contrario es agotar todas las etapas procesales correspondientes, pero que entre las mismas no pase mucho tiempo, es decir, que sean lo más cercanas posibles.
- *Oralidad:* Se puede hacer referencia a este principio indicando que éste es uno de los que resalta al arbitraje y lo distingue de los procesos judiciales, esto se da debido a que la mayoría de los procesos tramitados en la jurisdicción ordinaria son escritos en casi todas sus etapas, sin embargo y a contrario sensu, sucede en el arbitraje que ocurre que la mayoría de sus etapas son orales, la parte escrita sí se da, pero no es lo predominante en estos procesos.
- *Igualdad:* Este se refiere a la misma oportunidad que tienen ambas partes de hacer valer sus derechos y que sean escuchados, es decir, de recibir un mismo trato, tanto una como otra parte.
- *Informalidad:* Si se mencionó anteriormente que la oralidad resalta en el arbitraje, la informalidad no se le queda atrás. Esto se da porque con este principio se eliminan todos los rituales formalistas, -sin que esto implica la violación de etapas procesales-, que están presentes en los procesos judiciales, lo cual va a ayudar a hacer el proceso más expedito.
- *Celeridad:* La celeridad se puede definir como aquel principio que rige al proceso arbitral y en el caso particular al o los árbitros, a conducir el procedimiento de una manera pronta y ágil y sin dilaciones de tiempo innecesarias.

## Partes

Haciendo referencia a este tema en el proceso arbitral, se puede indicar que las partes intervinientes no son nada extrañas a las que participan en los procesos judiciales y que de seguido se exponen:

- *Parte actora*: Esta parte será la que interpone el proceso y la cual considera que se le está violentando un derecho, igualmente se puede denominar como requirente.
- *Parte demandada*: Es la contraparte y es aquella que supuestamente está violentando el derecho de la parte actora con su actuar o también con su omisión, también se le puede denominar requerida.
- *Arbitro (juez en los procesos judiciales)*: Será el encargado de escuchar a ambas partes y con base en la prueba aportada por éstas deberá emitir su pronunciamiento o laudo y el cual será de acatamiento obligatorio.

Se debe indicar, también, que en ciertas ocasiones hay otras partes a las cuales se denominarán secundarias debido a su papel no tan protagónico en el proceso, como por ejemplo, es la figura del perito, el cual es un profesional en una determinada materia ajena al Derecho, que interviene en el proceso a solicitud de alguna de las partes y designado por el árbitro, para que emita una opinión profesional que servirá para darle la luz necesaria al mismo árbitro en el momento cuando pueda emitir su fallo, pero como se indicó anteriormente es una parte secundaria debido a dos razones sustanciales, la primera, no es la parte que solicitó el arbitraje, por lo cual no se le está violentando ningún derecho o a contrario sensu, no es la parte que está siendo demandada en el proceso y la segunda, la labor del perito se circunscribe a una actuación específica como lo es la emisión de su opinión profesional a la situación que se le plantea, por lo cual no tiene una interacción en todo el proceso y no le alcanza las consecuencias del laudo dictado.

## Los terceros no signatarios de la cláusula arbitral

### Antecedentes.

Este es un tema que parece no encontrar respuesta debido a que una de las características de las cuales goza el procedimiento arbitral es la informalidad, sin embargo, existe un requisito *sine qua non* en este proceso, es el hecho que la cláusula arbitral debe constar expresamente por escrito y se da exclusivamente para delimitar dos situaciones muy concretas; la primera indicar expresamente qué controversias serán conocidas y resueltas en este proceso, y la segunda consiste en identificar las partes involucradas en el procedimiento.

Sin embargo, ante esta particularidad se puede mencionar que, si bien es cierto, el requisito indicado anteriormente debe de cumplirse, esto no impide que existan terceros no signatarios a los cuales sean extensivos los efectos de la cláusula compromisoria y sobre este aspecto consta jurisprudencia de nuestros tribunales judiciales. Al respecto como antecedentes se tienen los siguientes votos:

V.- La Sala ha admitido que si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevinientes del negocio. Esto es así, porque en principio lo general comprende a lo particular. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 357-A-03 de las once horas diez minutos del veinticinco de junio del año dos mil tres.

Siguiendo sobre esta misma línea encontramos este otro fallo.

Si bien, ni el señor Herrera Arauz ni Consolidaciones Karpa comparecen expresamente en dichos contratos, es claro que el Tribunal Arbitral tiene competencia para conocer de la demanda planteada en esa sede en su contra, por cuanto efectivamente, su participación en los actos objeto del proceso de examen, se ajusta al concepto de parte sobreviniente expuesto

por esta Cámara de modo reiterado. Nótese que el 5 de marzo de 2010, el señor Herrera Arauz, suscribió un acuerdo con el accionante, en el cual se modifican compromisos anteriores, suscritos con respecto al “Grupo Karpa”, documento que fue reconocido en la contestación de la demanda por parte del señor Herrera Arauz, como propio de esa negociación.

Dichos contratos fueron suscritos por el señor Schurer, quien firmó a nombre de Deerswood así como en representación de las empresas del “Grupo Karpa”.

Por consiguiente, estima esta Sala, lleva razón el cuerpo de arbitradores, al estimar, sin entrar al fondo del asunto, que existen “suficientes elementos de convicción” para relacionar a Consolidaciones Karpa y Víctor Emilio Herrera Arauz con los contratos en mención, por lo que corresponde al Tribunal Arbitral, en el laudo respectivo, abordar su conocimiento. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 1162-F-S1-2012 de las catorce horas del trece de setiembre de dos mil doce.

En votos más recientes sobre el tema que indica lo siguiente.

IV.- La Sala ha admitido en algunos casos la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias, en ese sentido ha señalado, “V.- ...si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevinientes del negocio. Esto es así, porque en principio lo general comprende a lo particular...” (véanse las sentencias no. 357-A-03 de las 11 horas 10 minutos del 25 de junio de 2003, no. 1162-F-S1-2012 de las 14 horas del 13 de setiembre de 2012). Además, ha aceptado la extensión del acuerdo arbitral a terceros no signatarios cuando existe un acuerdo de vinculación suscrito por ese tercero donde acepta relacionarse con el contrato, sin externar su rechazo al acuerdo arbitral (en ese sentido ver sentencia no. 488-F-S1-2012 de las 8 horas 30 minutos del 19 de abril de 2012).

...en el cual el señor J. manifestó que tenía una opción de compra de un inmueble ubicado en Guanacaste, donde explota un negocio llamado TM, del cual es el único propietario de todas las “acciones”.

2) La finca se inscribiría a nombre de una sociedad que se denominaría NHC SRL,. Las acciones de esa sociedad se dividirían en un 50% para el señor J. y 50% para la señora T. 3) Que de la empresa TM Ltda, el señor J. cedería el 50% de sus “acciones” a favor de la señora T.

...la Sala considera que los contratantes tuvieron la intención de incluir a esas sociedades no signatarias en el acuerdo arbitral y por otra parte tales empresas codemandadas resultan innegablemente vinculadas con la ejecución del o pactado, pese a que la persona jurídica sea distinta de la de los socios individualmente considerados ya que las partes se relacionaron para adquirir un inmueble y explotar un negocio que se desarrolla en ese inmueble, siendo NHC SRL, la sociedad que se registraría como propietaria del inmueble y TM LTDA, la sociedad que explota el negocio desarrollado en dicho inmueble, donde los socios serían la señora T. y el señor J., por lo cual resulta imposible negar la relación existente entre los contratantes y las sociedades mencionadas,...

En mérito de lo dicho, la participación de NHC SRL y TM LTDA, se ajusta al concepto de parte sobreviviente expuesto por esta Cámara de modo reiterado. Por consiguiente, lleva razón el Tribunal Arbitral, sin entrar al fondo del asunto, al manifestar que las citadas sociedades “...no devienen en terceros ajenos o extraños al contrato utilizado como base del presente proceso arbitral; todo lo contrario, se trata de personas jurídicas, que han sido objeto de algunas estipulaciones contractuales que integran el referido contrato (...) En consecuencia con lo anterior, este Tribunal estima que estamos ante un caso de terceros no signatarios que han sido incorporados de forma expresa, ergo, pueden ser sometidos a arbitraje...”

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 1063-C-S1-2016 de las diez horas cinco minutos del trece de octubre de dos mil dieciséis.

Otro fallo al respecto es el que se presenta a continuación.

Si bien la sociedad no fue identificada en un primer momento, lo cierto es que ella quedó incorporada al contrato de compraventa por referencia expresa, con la venia de ambas partes, y es válido sostener que adquirió los derechos y obligaciones nacidos en virtud de esa contratación. De ahí que en criterio de esta Sala, BE deba ser considerada como signataria del acuerdo arbitral y sea esta la vía correspondiente para hacer valer sus pretensiones, pues así quedó acordado expresamente en la contratación que vincula a las partes. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 1293-C-S1-2016 de las dieciséis horas veintisiete minutos del dos de diciembre de dos mil dieciséis.

Y para finalizar el tema esta última resolución.

Esta Sala ha extendido los efectos de un acuerdo arbitral a personas no suscriptoras, entre otros motivos, por la participación e injerencia que han tenido en las correspondientes relaciones jurídicas que sirvieron de antecedente al conflicto arbitrable. Pueden consultarse, por ejemplo, los fallos 475-C-01 de las 14 horas 40 minutos del 27 de junio de 2001, 200-A-06 de las 15 horas del 7 de abril de 2006...

De la primera resolución citada, es destacable el análisis que debe emprenderse respecto a si dos empresas son solidariamente responsables por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en un contrato, a partir de lo cual se colegirá si la cláusula arbitral las vincula necesariamente a ambas. Sobre el particular se extrae de ese fallo: *“De toda suerte, la conducta y las manifestaciones provenientes del Grupo (...), a juicio de esta Sala, de ningún modo permiten concluir que esta persona, fuera de toda duda, haya querido responsabilizarse por los incumplimientos de (...) y mucho menos, consentir frente a una diferencia, la sumisión a un arbitraje”*. De la segunda resolución cabe resaltar el examen de la pluralidad de situaciones que pueden acontecer respecto a la amplitud o restricción del acuerdo arbitral. Expuso esta

Cámara en lo de interés: *“A partir de la promulgación de la Ley RAC y con el transcurso del tiempo, se ha venido desarrollando un proceso de ajuste y decantación, en el cual paulatinamente la Sala ha venido ajustando su criterio, frente a la diversidad de casos concretos”*. Con referencia a la vinculación de personas sobrevinientes al negocio, con injerencia en él, dispuso: *“Como se observa, la entidad panameña no concurrió con su firma a ese contrato. No obstante, de la prueba documental obrante en autos y la participación que en el conflicto suscitado mostró su representante, se colige que aquella asumió las obligaciones de su homóloga estadounidense y por ende, se sujetó a la forma convenida para solucionar las controversias (...) Tales manifestaciones implican inequívocamente su voluntad de sujetarse al acuerdo arbitral, pese a no haberlo suscrito (...) por ende, cabría la posibilidad de que la contraparte le obligue a solucionar sus diferencias en la vía del arbitraje”*. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 127 de las once horas seis minutos del dos de febrero de dos mil diecisiete.

De las anteriores resoluciones se puede observar que el tema de los terceros no signatarios de la cláusula arbitral, si bien es cierto, es un tema bastante controvertido tampoco es desconocido en nuestro país, ya que como se expuso por la jurisprudencia dictada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, este órgano ha hecho extensivo los efectos de la cláusula compromisoria a quienes no aparecen originalmente suscribiendo el respectivo contrato, tomando como consideración los diferentes actos que han realizado esas partes no suscriptoras y que los ligan directamente al contrato donde versa la cláusula o por aquellos acuerdos que han tomado las partes que sí firmaron dicha cláusula para incorporar a esas otras que no lo hicieron.

Lo que es un hecho indudable es que haya terceros que a pesar de no figurar en el contrato donde consta la cláusula compromisoria, son alcanzados por sus efectos por diferentes manifestaciones que estos tengan en la relación contractual o como se indicó supra, por acuerdo de las partes que originalmente sí suscribieron el contrato con la cláusula arbitral.

Por lo anterior, se han elaborado diferentes teorías que abordan el tema y la inclusión de los terceros en la cláusula arbitral, las que se estarán desarrollando de seguido a mayor profundidad para una mejor comprensión.

### **Teorías**

Existen varias teorías que permiten la extensión de los efectos de la cláusula compromisoria a los terceros no signatarios y cuya lista es bastante amplia, sin embargo, se presentan, a continuación, las que han sido mayormente acogidas, tanto a nivel jurisprudencial como de doctrina.

1. Aceptación tácita
2. Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo
3. Doctrina del *alter ego*
4. Doctrina del Grupo de Sociedades
5. *Estoppel*
6. Tercero beneficiario

1. *Aceptación tácita*: Esta indica que se está en presencia de una aceptación tácita por parte de un tercero no suscriptor, cuando éste haya participado en el negocio jurídico y lleve a cabo actos de ejecución establecidos en el contrato donde está inserta la cláusula arbitral.
2. *Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo*: Menciona que la misma se aplica para aquellos casos en los cuales la personalidad jurídica de las sociedades se utiliza indebidamente para efectos constitutivos de provocar un fraude o de perjudicar los derechos de terceros. Igualmente esta teoría conocida en Estados Unidos como *Piercing the Corporate Veil*, se ha aplicado para los supuestos de la imposición de las responsabilidades sin limitación alguna de los accionistas de esas compañías frente a las deudas y obligaciones que esta ha asumido.

3. *Doctrina del alter ego*: Sobre este tema se cita lo indicado por los autores Hunter, Pineda y Garcia (2012) para brindar un criterio sobre esta teoría:

En el arbitraje Internacional, es práctica común solicitar la incorporación de una compañía matriz alegando que dicha compañía es el “alter ego” de la compañía subsidiaria parte en el arbitraje, y por tanto, debe ser considerada como parte del acuerdo arbitral y del procedimiento.

A los fines de establecer si una compañía matriz es efectivamente el “alter ego” de alguna de sus subsidiarias, la Jurisprudencia Norteamericana ha enfocado el análisis en establecer el grado de control ejercido por la matriz sobre la subsidiaria.

Al respecto, algunos de los elementos utilizados para explorar el contexto de las relaciones matriz-subsidiaria dentro de los casos de “alter ego”, son los siguientes: (i) la matriz y la subsidiaria tienen directores comunes, (ii) la matriz y la subsidiaria tienen departamentos de negocios comunes, (iii) la matriz y la subsidiaria consignan Estados Financieros consolidados, (iv) la matriz financia a la subsidiaria, (v) la matriz paga los salarios y otras expensas de la subsidiaria; (vi) la subsidiaria no recibe negocios distintos a aquellos otorgados por la matriz, (vii) la matriz utiliza las propiedades de la subsidiaria como propias, (viii) las operaciones diarias de la matriz y la subsidiaria no son llevadas ni archivadas de forma separada y (ix) la subsidiaria no respeta las formalidades corporativas.

Ahora bien, de acuerdo con lo mencionado por los autores, se puede indicar que esta teoría se aplica en aquellos casos en los cuales se tiene la existencia de dos compañías que se denominarán como matriz y subsidiaria, en el cual la compañía subsidiaria es quien firma el contrato donde está inserta la cláusula compromisoria, sin embargo y después de constatar diferentes elementos como los indicados supra, quien realmente está detrás de esa relación contractual es la compañía matriz, además que sin ésta, la subsidiaria no existiría, por lo que es indispensable que los efectos de la cláusula arbitral sean extensibles a la compañía matriz.

4. *Grupo de Sociedades*: Es importante conocer primeramente sobre la definición de los Grupos Societarios y para ello lo indicado por Talero es bastante correcto “grupos societarios cuya estructura y funcionamiento persiguen optimizar productividad, reducir costos, facilitar la especialización administrativa o funcional de sus unidades y diversificar las actividades de explotación económica.” Reyes (sin fecha de cita), citado por Talero (2010 / 2011)

Ahora bien, esta teoría está dirigida para los llamados Grupos de Interés Económicos en los cuales estos actúan a través de afiliadas, subsidiarias y/o asociadas donde las mismas deben ser consideradas para efectos jurídicos no en forma independiente, sino precisamente como una sola.

Es importante indicar para efectos de poder establecer cuándo se está en presencia de uno de estos grupos hay dos indicadores medulares; lo primero es que para hacer extensiva la cláusula arbitral, es necesario que las empresas no signatarias hayan formado parte del grupo en el momento cuando concluyó el contrato, y la segunda señal se da cuando las empresas no signatarias tuvieron una participación efectiva en el contrato, ya sea en las negociaciones, en la ejecución o terminación.

5. *Estoppel*: Esta teoría deviene del principio del Derecho Romano *Non-venire contra factum proprium*, conocida en nuestro medio como la Teoría de los Actos Propios, y es de resaltar lo mencionado por los autores Hunter, Pineda y Garcia (2012):

A través de la doctrina del Estoppel Arbitral se puede vincular a partes no signatarias que se benefician de un determinado contrato pero alegan estar exentas de la obligación de someterse a arbitraje.

En particular, esta doctrina impide a una parte alegar que la ausencia de su firma en un contrato escrito implica que la cláusula arbitral contenida en dicho contrato no le puede ser aplicada, aun cuando dicha parte ha obtenido beneficios de otras disposiciones del contrato.

En esa misma línea se refieren los licenciados Villalobos y París (2013) al indicar:

Esta situación normalmente se presenta cuando alguna de las partes se benefició de un contrato que establecía cláusula arbitral (contrato del cual no formaba parte) y que en el momento en el que por alguna circunstancia se le intentó hacer extensivo dicho acuerdo arbitral, intentó eludir el compromiso alegando que no formaba parte del mismo. Talero, citado por Villalobos y París (2013).

Como elemento importante y diferenciador de otras figuras que hemos analizado (aceptación tácita y grupo de sociedades), esta figura es ajena al criterio de voluntad, es decir, en el análisis de los hechos el tribunal arbitral o en su caso, el tribunal judicial, no valorará si hubo voluntad de un tercero no signatario con respecto al contrato y por ende a la cláusula compromisoria. Aguilar (sin fecha de cita), citado por Villalobos y París (2013).

Y para mayor claridad conceptual del tema existe jurisprudencia arbitral local, la resolución No. 04 de las 14:00 horas del 29 de agosto del 2016 dictada en un proceso arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica en el cual indica en lo conducente:

Allá interpuso la excepción de incompetencia del juez civil, alegando a su favor la existencia de la cláusula arbitral, pero aquí, en la vía arbitral alega la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral alegando que MSA no es firmante de la cláusula.

Ambas posiciones son contradictorias y por tanto no pueden ambas ser verdaderas.

El proceso monitorio arrendaticio lo tramitó únicamente MSA, por lo que no es aceptable que allá, el demandado alegare como defensa a su favor la existencia de una cláusula arbitral, cerrando así la vía judicial a M, para

ahora venir, en la vía arbitral, a alegar que esa misma sociedad no puede beneficiarse la cláusula arbitral.

Si, como alega ahora el señor PL, M no tiene derecho de usar la cláusula arbitral para establecer un proceso arbitral, tampoco le sería oponible tal cláusula en la vía civil. De nuevo, ambas posiciones no pueden ser, las dos, válidas y no es de recibo que una parte use una u otra a su conveniencia.

Ahora teniendo todos estos elementos que se refieren a la doctrina del Estoppel, se puede indicar que la aplicación de esta teoría se da cuando se presenta un tercero no signatario del contrato con cláusula arbitral, que ha realizado actos propios de la relación contractual y más aún se ha visto beneficiado del mismo, sin embargo, cuando existe un conflicto alega que no le son extensivos los efectos de la cláusula compromisoria por no formar parte de ese contrato al haberlo suscrito, contrariándose, asimismo, dicha parte cuando percibió beneficios de ese contrato como se dijo líneas arriba.

6. *Tercero beneficiario:* Sobre el tema indican Adelina Villalobos y Mauricio París lo siguiente: “Este presupuesto se configura cuando las partes de determinada relación jurídica estipulan derechos a favor de un tercero que no intervino en el negocio.” (Villalobos et al., 2013, p. 32)

De lo anterior claramente se desprende que en las estipulaciones a favor de tercero surge una relación tripartita, es decir, hay una relación entre el promitente y el estipulante, así como una relación entre el promitente y el beneficiario, y entre el estipulante y el beneficiario. Aguilar (2001), citado por Villalobos et al. (2013).

Y en la misma publicación continúa diciendo:

La doctrina ha dicho que para que el tercero (beneficiario) pueda quedar vinculado a la cláusula compromisoria, es necesario que las partes de la relación jurídica principal (promitente y estipulante), hayan tenido la

intención de vincular al tercero en cuanto a este aspecto. Asimismo, el beneficiario deberá de haber aceptado expresa o tácitamente, la prestación entre promitente y estipulante, quedando así, vinculado a las condiciones establecidas entre aquellos. Villalobos et al. (2013).

Abarcado el tema por diferentes autores y contando con criterios suficientes, se puede definir la Teoría del Tercero Beneficiario o Estipulación a favor de otro, como también es conocida, cuando las partes intervinientes de una determinada relación jurídica, estipulan por mutuo acuerdo que un tercero que no ha intervenido en el negocio sea susceptible de derechos y obligaciones, sin embargo, la situación no termina ahí, porque cuenta con la particularidad que ese tercero debe expresar su anuencia de manera tácita o expresa a esos derechos y obligaciones convenidos por los intervinientes originales.

## La Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo y su aplicación en el arbitraje

### Concepto.

Antes de brindar una definición sobre el tema, es necesario tener conocimiento sobre lo expuesto por varios autores que se han referido a éste, por ejemplo, para el autor Soto la definición del levantamiento del velo corporativo está muy relacionada con dos presupuestos que son la persona jurídica y la teoría del abuso del Derecho:

Es claro que la doctrina del levantamiento del velo social tiene íntima relación con el concepto de persona jurídica (...) y la teoría del abuso del Derecho. Ello es así por cuanto (...) la doctrina mencionada nació como reacción ante la crisis del concepto de la persona jurídica y como una forma de enfrentarse al abuso que de la misma se ha hecho.

De ahí que se tiene que dar un acercamiento a estos temas para posteriormente interiorizar en el tema de fondo.

### 2.-LA PERSONA JURIDICA:

...la persona jurídica (...) es un instrumento creado por el ser humano para su beneficio, más este debe ser acorde al Derecho y a los valores que persigue, no siendo dable admitir un abuso de la figura de la persona jurídica en contraposición a aquellos. (Soto, 2015, pp.11-12-20)

Más adelante indica el mismo autor sobre la teoría del abuso del Derecho:

...la persona jurídica ha sido y es, en algunos casos, utilizada de forma abusiva para buscar fines distintos para los que fue concebida (...)

Ante estas situaciones reacciona el Derecho con la elaboración de la denominada Teoría del Abuso del Derecho (...)

### 3.1 Concepto.

Dice el Diccionario Jurídico Virtual Lex Jurídica que el abuso del Derecho es *“el ejercicio de un Derecho sobrepasando los límites normales y en perjuicio de un tercero”*

([www.lexjuridica.com/diccionario.php](http://www.lexjuridica.com/diccionario.php)). En términos muy similares el Diccionario Jurídico de la Universidad Nacional a Distancia de España indica que:

*“Supone el ejercicio de un derecho subjetivo excediéndose de sus naturales y adecuados límites, lo que genera perjuicio a tercero, sin utilidad alguna para el titular”* (<http://foro.uned-derecho.com/index.php?action=diccionario>).

Los conceptos transcritos reflejan el ejercicio excesivo de un Derecho y la intencionalidad de dañar a un tercero. (Soto, 2015, pp.20-21)

Sobre el particular en su misma obra, el autor hace referencia al levantamiento del velo social en nuestro país y donde se destaca lo siguiente:

En Costa Rica –como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica- no existe norma expresa que regule la doctrina del levantamiento del velo social o la desestimación de la personalidad jurídica.

A nivel nacional la producción jurídica sobre el tema ha sido muy general y escasa; destacándose un primer trabajo de Víctor Manuel Garita González titulado “El abuso de la personalidad jurídica en sociedades anónimas”. En dicha publicación el citado autor hace una síntesis muy ilustrativa y didáctica del concepto de personalidad jurídica y advertía, desde entonces, cómo el mismo se ha sometido a un proceso de corrupción, fraudes y abusos. (...)

Una de esas importantes conclusiones es que el atributo de la personalidad jurídica puede ser limitado o abolido, para casos concretos, cuando exista un desvío de sus verdaderos fines, es decir cuando se busque la obtención de objetivos no autorizados por el ordenamiento jurídico. (Soto, 2015, pp.110-111)

Tomando otro parámetro, se tiene lo mencionado por el autor Herrera en el siguiente sentido:

Hemos afirmado que la creación de una entidad jurídica conlleva el reconocimiento de responsabilidad jurídica propia y la individualización o autonomía de su patrimonio respecto al de sus socios, otorgándole el sistema capacidad de actuación. Se crea así una inmunidad o barrera que separa los patrimonios del sujeto creador y del sujeto creado, haciéndolos independientes entre sí, sin que se pueda perseguir uno de los patrimonios por la actuación del otro y viceversa.

Sin embargo, cuando esa entidad jurídica se utiliza para ejecutar actos en fraude de acreedores o para distracción de bienes bajo mala fe y dolo – evitando la aplicación de los artículos 981, 1023 y 1045 del Código Civil –, se quiebra ese principio y se desconoce esa abstracción que sirve de “pantalla” protectora, y por orden judicial se tiene acceso a esos bienes que descansan en una persona ajena a la comprometida, sin necesidad de estudiar y decretar la simulación del acto, lo cual configura la doctrina del *levantamiento del velo*.

Ello ocurre cuando los socios capitalistas utilizan de forma abusiva o irregular, de mala fe, la estructura de la entidad moral para consumir el incumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales, y el juzgador desconoce la separación de patrimonios y capitales de los socios y la sociedad. (Herrera, 2000, pp.27-28)

En el mismo sentido, se tiene lo dicho por González en su trabajo publicado en el libro Derecho Societario y Concursal Panamericano al indicar en lo conducente sobre el particular:

...el autor español De Ángel Yaguez, citado por José Hurtado Cobles, opina que el levantamiento del velo es aquella “*actuación encaminada a prescindir de la*

*forma externa de la personalidad jurídica, y, a partir de allí, penetrar en la interioridad de la misma, levantando su velo y así examinar los reales intereses que existen o laten en su interior”* Hurtado (2000), citado por González (2014)

Y para finalizar, pero no menos importante, lo indicado por Caivano:

En términos generales, se señala que la personalidad de una sociedad puede ser desestimada cuando está formada con propósitos fraudulentos o impropios, cuando actúa o se comporta como un agente o una “marioneta” de su controlante, cuando está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, o cuando es una mera pantalla o un *alter ego* de la controlante

Teniendo los distintos criterios expresados por los diferentes autores mencionados supra, es importante indicar que para la aplicación de esta teoría deben concurrir dos situaciones; la primera es que debe darse la constitución o existencia de una persona jurídica y la segunda es un abuso del Derecho de esa persona jurídica donde sus actuaciones sobrepasen los límites establecidos por el ordenamiento jurídico.

Ahora con los elementos establecidos por la doctrina, se puede tratar de definir la teoría del levantamiento del velo corporativo como aquella acción tutelada por el ordenamiento jurídico en la cual, por medio de la orden de un juez, ante el uso indebido de una persona jurídica que se aparta de los fines para los que fue creada, se logra ingresar a lo interno y sustancial de la sociedad para descubrir sus verdaderas intenciones y perseguir a los socios responsables de la entidad por las actuaciones de ésta.

### **Análisis jurisprudencial.**

Como se mencionó anteriormente, en nuestro país la normativa sobre el tema del levantamiento del velo corporativo es escasa, sin embargo, existe jurisprudencia donde la teoría ha sido aplicada paulatinamente por los tribunales judiciales en diferentes casos que de seguido se exponen para su análisis y comprensión:

Se establece claramente que detrás de XXX S.A., se encuentra la demandada YYY S.A. como socia mayoritaria. No debe hacerse mucho esfuerzo, para descubrir lo realizado para entorpecer el reclamo del legítimo dueño de su marca. La doctrina dice que "...en los casos en que el uso "aparente" de una sociedad anónima no esté gobernando por la buena fe, debe prevalecer la "realidad" sobre la "apariencia" trasladando la tutela y protección a los sujetos que sí la ostentan... En particular, las soluciones se han orientado hacia la posibilidad de vulnerar el velo social para pasar a determinar qué personas se encuentran detrás de esa persona jurídica y, si fuera el caso, sacar a luz los sujetos parapetados detrás de ese velo, para juzgar o resolver la situación a la luz de la personalidad jurídica que se interpone, sino teniendo los sujetos que en forma real y efectiva actúan detrás de esa apariencia..." (El Abuso de la Personalidad Jurídica en Sociedades Anónimas. Víctor Ml Garita González, Revista Judicial, N° 50, pág. 43). En este mismo sentido la legislación ha previsto este tipo de situaciones y así el artículo 221 inciso 2° del Convenio Centroamericano de Protección a la Propiedad Intelectual ordena que "...Se presume que la persona es la misma, no solo cuando la inscripción aparezca a favor de quien fue vencido en juicio sino también cuando aparezca a favor de algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad... Tratándose de personas jurídicas, se presumirá lo anterior, sin lugar a prueba en contrario, cuando la empresa o negocio a cuyo favor aparezca la inscripción, sea una sucursal o agencia de la que fue vencida en juicio o cuando los socios de

ésta sean los mismos o constituyan la mayoría de copartícipes de la empresa o negocio a cuyo favor aparezca el asiento...” como se observa el legislador previó el caso concreto del abuso de la personalidad jurídica, en el registro de las marcas, para no hacer ilusorio el reclamo de los derechos legítimos, ante la experiencia de lo sucedido en la realidad de los conflictos surgidos por la propiedad e inscripción de las marcas.[...] Por lo indicado, el Tribunal estima que en este asunto no habría operado la prescripción de tres años, contenida en el artículo 227 del Convenio, respecto a la adquirente, por ser la primera demandada, la socia mayoritaria de la segunda y constar en el Registro la oposición, de ZZZ. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, San José. Sentencia número 81 de las dieciséis horas del veinticinco de abril de mil novecientos noventa y siete.

Es importante indicar que a pesar de la mención hecha en el voto transcrito sobre el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, mismo que se encuentra derogado, se aplicó el principio de la primacía de la realidad ante diversas situaciones de abuso de las personas jurídicas.

Otros fallos que exponen sobre esta teoría son los siguientes:

No se demostró en autos, que las personas jurídicas mercantiles XXX y ZZZ fueran miembros de un mismo grupo de interés económico, como para proceder a considerar las relaciones existentes con ambas personas respecto a la demandada, para la resolución del asunto. La parte accionada aportó en segunda instancia una certificación, donde consta que el señor [...] y la señora [...], son apoderados generalísimos sin límite de suma de ambas sociedades. Sin embargo, esto no es suficiente para concluir la existencia de un mismo grupo de interés económico, que permita aplicar la teoría del levantamiento del velo societario o desestimación de la personalidad jurídica. Su punto de partida es el abuso del derecho, cuando se utiliza la separación de responsabilidades entre

personas jurídicas, con el objetivo de burlar los intereses de terceros. Sin embargo, no ha sido objeto del debate dicha afirmación. Ni siquiera se ha demostrado que alguna de estas sociedades sea a su vez socia de la otra. Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, San José. Sentencia número 265 de las diez horas del catorce de setiembre de dos mil seis.

...es lo cierto que nuestro ordenamiento jurídico tributario establece un principio interpretativo propio y especial, contenido en el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que contiene el principio de realidad económica,

[...] como 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 del negocio [...]

Este principio tiene una eminente 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;** esto es, prescindir de las formas o apariencias jurídicas para aplicar la legislación tributaria según la realidad de los hechos económicos, que no siempre son coincidentes con aquellas, para que la norma financiera cumpla la prevención prevista.

Por su contenido e implicaciones prácticas es que la doctrina ha denominado este principio como “doctrina de la transparencia fiscal” o “doctrina de la penetración o desestimación de la personalidad jurídica”, en tanto –se insiste- se aboga por prescindir de las formas jurídicas cuando estas son inapropiadas a la realidad de los hechos gravados o poseen un fundamento o finalidad distinto de la norma tributaria, con lo cual, su finalidad es esclarecer plenamente las circunstancias reales, **levantar el velo de la personalidad jurídica para aprehender la**

**realidad de los hechos.** Y aún cuando se originó para corregir las anomalías y prácticas elusivas de los contribuyentes (límite para el contribuyente, al obligarle a actuar con transparencia en sus relaciones jurídico-tributarias, en tanto conforme al citado artículo 8 del Código Tributario **se sanciona el abuso de las formas jurídicas dentro de un contexto contrario a su naturaleza y fin, con el único propósito de evadir y disminuir sus obligaciones tributarias**), también tiene plena aplicación para determinar el límite del ejercicio de la potestad tributaria cuando éste es excesivo (cuando la Administración Tributaria intenta cobrar impuestos sobre actividades ajenas a la realidad tipificada por la norma tributaria), por cuanto, es lo cierto que la prescindibilidad de las formas jurídicas en la interpretación de los asuntos tributarios es una regla general del ordenamiento jurídico tributario, por lo que bien puede concluirse que **este principio se erige como límite y garantía de la Administración y de los contribuyentes, en tanto lo que la norma pretende –artículo 8 del Código Tributario- es la prevalencia de la realidad, indistintamente del tipo de afectación (positiva o negativa) que pueda producir a los sujetos de la relación.** (El resaltado no corresponde al original). Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia número 28 de las once horas del ocho de junio de dos mil siete.

En el derecho tributario, es posible apoyarse en una de las dos, de manera que aunque puede ser solamente la jurídica, también está permitido fundarse e interesarse tan solo en la intención empírica de las partes, por encima de las formalidades creadoras de efectos legales.

En otros términos, el derecho fiscal, para los fines del tributo, intenta seguir a las partes en su intención empírica, y no en lo referente al régimen jurídico a que se han sometido, porque si obedeciera siempre a las fórmulas jurídicas escogidas por ellas, les estaría dando opción de elegir el régimen tributario que prefieran, al que más les conviene

someterse, y por eso no es posible, porque la única fuente de la cual deben nacer las consecuencias tributarias de los actos de los actos de los particulares, es la ley [...]

Mediante la aplicación de estos criterios, los jueces pueden apartarse y prescindir del formalismo conceptual, de las apariencias jurídicas establecidas por las partes, y aplicar la legislación fiscal de acuerdo con la realidad de los hechos económicos, sin necesidad de tener que acudir a acciones relativas a nulidad o simulación de los actos jurídicos celebrados por los individuos. A éstos se les continúa manteniendo la facultad de usar las formalidades legales que deseen para sus propósitos, en tanto con ello no limiten o detengan al legislador o al juez, en este campo impositivo... Antigua Sala de Casación. Sentencia número 23 de las nueve horas del veintinueve de abril de mil novecientos setenta y siete.

Precisamente ese modo de interpretación es el que se encuentra normado en el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios que se ha referido como violado en el recurso que aquí se conoce, y es a través del mismo método que se logra desentrañar la verdadera intención empírica del actor, independientemente de la figura escogida por él. [...]

En la especie, es indudable que el ejercicio profesional por el licenciado ..., y el despliegue del giro o tráfico de la sociedad de responsabilidad limitada, mediante los servicios o prestaciones personales y profesionales del primero –vínculo económico-, además de calidad de socio mayoritario y representante legal –vínculo jurídico-, conforman lo que se ha denominado por la doctrina un “conjunto o unidad económica”. Frente a tal situación, el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, permite unificar entidades con personería, capacidad y autonomía patrimonial independientes o diferenciadas, a efectos de descubrir la realidad económica subyacente. Es así como en el Derecho comparado se habla de la “doctrina del disgregar of legal entity”, “doctrina de la transparencia fiscal” o “doctrina de la penetración o

desestimación de la personalidad jurídica”, que abogan, ante el abuso de las formas jurídicas, por prescindir de estas, a fin de esclarecer plenamente las circunstancias reales, esto es, **de levantar el velo de la personalidad jurídica para aprehender la realidad.**

Estas doctrinas han sido empleadas, preponderantemente, para corregir anomalías en el funcionamiento de las empresas, no obstante nada impide su aplicación extensiva a la situación jurídica existente entre una persona física y una jurídica, creada por la primera... Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 49 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis.

Hasta el momento se puede notar cómo esta teoría ha sido utilizada, tanto en materia civil y tributaria, sin embargo, es interesante observar su aplicación en el Derecho de Familia de acuerdo con los fallos que se exponen a continuación:

**XIV.- LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIAL.** Por las facilidades que ofrece tanto en el tráfico comercial como en el orden tributario, es cada vez más frecuente, en la sociedad costarricense, la utilización de personas jurídicas para registrar y manejar el propio haber patrimonial. Cuando este comprende bienes con vocación de ganancialidad, el otro cónyuge o conviviente se le abren, cuando menos, tres posibilidades: a) reclamar su eventual derecho de participación sobre las acciones o cuotas societarias suponiendo que están o estuvieron a nombre de su pareja o expareja; b) demandar la declaratoria de ganancialidad de bienes concretos y, de manera conexa, su reintegro al patrimonio de su consorte o conviviente, estimando que el acto dispositivo presenta algún vicio del consentimiento; y c) solicitar el levantamiento del velo social, a efecto de que la personalidad jurídica no sea oponible a quien acciona. [...]

Dentro del grupo de teorías que no desvalorizan esa institución como configuradora de una realidad civil y mercantil y que, a su vez, exigen el

establecimiento de mecanismos de control para evitar el abuso del modelo legal cometido al amparo del dogma del “sometimiento” de la personalidad jurídica, cabe enmarcar, como máxima exponente, la que propugna la aplicación judicial de la doctrina del levantamiento del velo social, [...]. Esa técnica judicial permite adentrarse en su seno, con el fin de investigar su realidad sin detenerse en la forma y, de ese modo, poder desvelar cualquier posible fraude o abuso que se haya podido cometer desde su propia estructura.

Continúa indicando el mismo fallo sobre el tema más adelante:

**XVI.- EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIAL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.** [...] Ahora bien, los conceptos sobre los que se ha forjado la doctrina del levantamiento del velo, tanto durante su nacimiento como en su posterior desarrollo en materias tales como la administrativa, la tributaria y la laboral, no tienen, sin embargo, una transposición directa en el Derecho de Familia. Mientras en esas otras materias la consecuencia de esa doctrina es la imputación jurídica de responsabilidad a las personas físicas que ostentan la calidad de directivos, miembros o socios de la sociedad mercantil por el abuso de la personalidad jurídica, en última instancia en el Derecho de Familia se busca lo contrario: responsabilizar a la persona jurídica, mediante la afectación de su patrimonio, de la deuda por gananciales de la que, en principio, solo es titular la persona física que ostenta la condición de cónyuge o conviviente. [...] Tribunal de Familia. Voto número 33-10 de las trece horas con cuarenta minutos del seis de enero del dos mil diez.

**QUINTO:** Es novedosa la figura del levantamiento del velo social o societario, y su finalidad responde a la necesidad de limitar la utilización de la figura de la persona jurídica de la sociedad mercantil con fines distintos a los suyos propios. Quizás la cita de un extracto de resolución judicial dada en los tribunales españoles ayude a esclarecer. Señala esta

que *“La Jurisprudencia ha admitido la práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto- se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 Cód. Civil) admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar “levantar el velo jurídico” en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajena o de “los derechos de los demás” (art. 10 Const. Esp) o contra el interés de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC) [...]*

**SEXTO:** [...] Fácil es concluir, con ese panorama, que la constitución de una sociedad mercantil entre don Sergio y doña Damiana, cuando ya no convivían juntos, y el traspaso de bienes a esa sociedad en fechas cercanas subsiguientes, no tenían la finalidad de fundar una sociedad de tipo familiar [...]

Ya después de constituida, se procedió traspasar al patrimonio de la sociedad los bienes aquí reclamados. Y para este Tribunal se ha utilizado la figura de la sociedad mercantil y la independencia de la persona jurídica, para sustraer del patrimonio de los cónyuges los bienes que deberían liquidarse merced a la finalización de la vida conyugal. [...]

**SETIMO:** [...] Pero también es muy importante para el ordenamiento que los legítimos derechos no sean mampara para afectar intereses de otros, faltando a la obligación de respetar el principio de la buena fe. Quedan así fuera de esa libertad, los casos excepcionales regulados en la ley por estimarse provenientes de actos contrarios al ordenamiento o abusivos de tal derecho, ante los cuales la ley sí permite limitaciones como ocurre, entre otros supuestos, con la situación de la burla evidente de los intereses patrimoniales conyugales, [...] Tribunal de Familia. San

José, a las ocho horas diez minutos del veintinueve de junio del dos mil siete.

Y por último, se tiene por aplicada esta teoría de acuerdo con el siguiente fallo:

[...] Para establecer la aplicación de la teoría del levantamiento del velo social, deben concurrir alguno de los siguientes presupuestos, fraude de ley, abuso del derecho y/o mala fe, (...) en donde puede establecerse el abuso de la personalidad jurídica. Y su aplicación se constituye en una protección que se otorga como mecanismo coercitivo en procura del cumplimiento de una obligación. [...]

#### VI.-

En este caso, en primer término, debe tenerse por establecida en forma clara la pretensión de la recurrente en punto a los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad “Barquero y Mora, Sociedad Anónima”. Es el objetivo de la parte accionante al establecer el presente proceso; que se aplique la doctrina del levantamiento del velo social y se proceda a la cuantificación de su derecho a gananciales, que hasta hoy ha hecho nugatorio el demandado, el cual organizó el patrimonio de la sociedad, con el fin de burlar el derecho a gananciales de su esposa. Y parecer sin patrimonio, y ponerse en una posición de vulnerabilidad incompatible con las obligaciones inherentes a su rol de padre inclusive; (entre otro el pago de la pensión alimentaria en favor de sus hijos). [...]

El negocio jurídico constituido por los cónyuges “Barquero Mora” Sociedad Anónima objetivamente se denomina, una sociedad de carácter familiar, que surge dentro de un marco de plena legalidad (...) para organizar el patrimonio de la familia, los bienes que se van adquiriendo durante el desarrollo de la relación de convivencia marital. [...]

[...] lo importante es determinar que el demandado utilizó el velo social para efectuar de apariencia lícita y legítima un negocio, pero cuyo

objetivo es contrario, al ordenamiento jurídico vigente. Porque el traspaso accionario, o sea el nuevo negocio jurídico habido entre hermanos, tiene como finalidad insoslayable el propósito de excluir los bienes caracterizables como gananciales de la comunidad de bienes habidos en matrimonio; con lo cual se deja sin contenido el derecho a gananciales declarado de la esposa y lo que es peor sin posibilidad de hacer efectivo, en términos de cuantificación dineraria, el mismo. [...]

El demandado es un profesional, sano, joven, un experto en administrador de negocios, que no demuestra haber atravesado un colapso económico por lo cual se viese compelido a comprometer el patrimonio familiar en su totalidad. La administración de la sociedad y todos los bienes de la misma siguieron en su totalidad siendo suyos. [...]

De cierto es que a través del sustrato probatorio aportado a los autos solo se acredita que los bienes de la sociedad “Barquero-Mora S.A.” se adquieren a título oneroso durante la vigencia del matrimonio, a través de esa unidad económica familiar por parte de ambos cónyuges. Pero una vez rota la relación matrimonial por la conducta adultera del esposo, éste sale del otrora domicilio conyugal traspasando la totalidad de las acciones a su hermano Luis Carlos, quien fungía como peón de sus fincas, pero continúa ostentando la representación de las mismas (...) la administración de una sociedad anónima, puede ostentar la cualquier persona, aun cuando no tenga la calidad de socio; lo cual demuestra que el traspaso del haber accionario no fue real sino aparente, a fin de hacer nugatorio el derecho a gananciales de la esposa. (...) En la especie, lo importante es que se han identificado los problemas relacionados con la voluntad real del accionado, tendientes, únicamente a excluir los bienes, que conforman el patrimonio de la familia, que se organizó en esa unidad económica de carácter familiar y que hoy por hoy en fraude de ley, Ulber Barquero Vargas traspasa a su hermano, para impedir la concretización del derecho a gananciales, que a la esposa demandante corresponde. La fecha del traspaso evidencia y refuerza una vez más las conclusiones

establecidas pues el mismo se efectúa un día después de que se produce el colapso de la relación matrimonial, cuando el esposo abandona el domicilio conyugal (...).

El simple hecho de que los bienes estuviesen solo formalmente; fuera del patrimonio del demandado, al momento de plantearse esta litis desde el punto de vista jurídico, no constituyen obstáculo de ninguna naturaleza, para levantar el velo social impuesto y establecer su carácter de bienes gananciales y por ende el derecho que le asiste a la recurrente al 50% del valor neto de los mismos. (...). Esta integración con vista en la prueba recabada y analizada líneas atrás, arriba a la conclusión de que las partes han hecho uso de una sociedad anónima como forma lícita de organización del patrimonio adquirido a título oneroso durante la vigencia del matrimonio. Sociedad que se constituye caracterizable por su objetivo y doctrinariamente denominada de orden familiar, la cual traspasa en su totalidad el demandado a su hermano, traspaso contrario a la ley, por su objetivo burlar el derecho a gananciales, y que esta revestido de un total mala fe de parte del accionado, ellos se determina a través de la secuencia cronológica de actos que concluyen en la extinción del patrimonio familiar para constituirlo en un patrimonio de terceros, totalmente ajenos a la relación matrimonial, con lo cual de hecho se logra de corolario el fin principal del negocio jurídico fraudulento, cual es la liquidación de sociedad conyugal, como unidad económica de organización el patrimonio familiar. Las expectativas de los cónyuges a nivel económico o patrimonial han variado y ante el resquebrajamiento de la relación de convivencia marital se interpone el cónyuge y organiza el patrimonio familiar, en forma subjetiva, sustrayéndolo de la masa común, con toda mala fe y a través de una negociación totalmente contraria a derecho. El instrumentó la separación de hecho de su cónyuge y reestructura los bienes con el objetivo de impedir la repartición legal de los mismos a través de la transmisión del haber societario, a su hermano, traspasando en apariencia, cuando es el marido en que en un abuso de la personalidad

jurídica totalmente contrario a derecho, como se dijo continúa en la administración de ciertos bienes que forman parte de la sociedad “Barquero-Mora S.A.”. en la especie, esta integración procede revocando la sentencia recurrida en forma parcial en cuanto que denegó una simulación de traspaso, y en su lugar procede acogiendo la pretensión de que se levante el velo social de la “Sociedad Barquero-Mora S.A.”, y se establece que todos los bienes pertenecientes a la misma son bienes gananciales y que a la esposa corresponde el 50% del valor neto de los mismos.

### POR TANTO

Se revoca parcialmente la sentencia recurrida en punto a la desestimación de la simulación y en su lugar se acoge la pretensión y se ordena el levantamiento del velo social, estableciéndose consecuentemente que todos los bienes pertenecientes a la Sociedad “Barquero-Mora S.A.” son bienes gananciales y consecuentemente a la actora señora Mora Jiménez corresponde el 50% del valor neto de los mismos los cuales se liquidarán en la respectiva ejecución de sentencia. Tribunal de Familia. Voto No. 598-09 de las ocho horas del quince de abril del dos mil nueve.

De los votos transcritos es importante indicar que para para la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo deben sopesar varias situaciones:

1. Esta teoría está dirigida exclusivamente a ser aplicada a las personas jurídicas.
2. Que el uso dado a esa persona jurídica no sea acorde a los fines para los que fue creada, dándose así un quebranto al principio de la buena fe, lo que producirá como consecuencia jurídica que la autoridad judicial competente tendrá la potestad de apartarse de esos conceptos legales definidos por las partes para llegar a la realidad de la sociedad.
3. La existencia de un abuso del Derecho con la intención de incumplir con sus responsabilidades y producir un menoscabo a los intereses de terceros.

Igualmente, es conveniente mencionar que a pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma expresa que regule específicamente el tema del levantamiento del velo corporativo, eso no es excusa para que los tribunales apliquen, y sigan aplicando, con buen tino esta teoría en los casos que en su momento se les presentó, tomando como referencia el artículo 22 de nuestro Código Civil y otros más que se desarrollarán posteriormente en el apartado de Análisis de Derecho Comparado con la Legislación Peruana expuesto más adelante.

### **Aplicación al arbitraje.**

La Teoría del Levantamiento Corporativo es un tema bastante debatido en vía judicial, debido al recelo existente por parte de los juzgadores de aplicar ésta a los diferentes casos que se les presentan, en arbitraje no es la excepción. Sin embargo, se tomará como ayuda los trabajos realizados por los autores Oswaldo Hundskopf Exebio, denominado Controversias Relacionadas con la Pretensión de Levantamiento del Velo Societario en Procesos Arbitrales, y Fernando de Trazegnies Granda titulado El Rasgado del Velo Societario para determinar la competencia dentro del arbitraje, para clarificar el tema y la aplicación de dicha teoría en los procesos arbitrales.

Menciona Hundskopf en su obra lo siguiente:

[...] La base o punto de partida para iniciar un proceso a través del cual se pretenda levantar el velo societario es el convenio arbitral incorporado en el pacto social, (...) de una determinada sociedad, (...)

Aun cuando el tema es ciertamente discutible, en mi opinión, si el magistrado puede aplicar esta teoría también lo podría hacer el tribunal arbitral, en casos excepcionales, aun cuando es un hecho que las facultades de un árbitro no son tan amplias como las atribuciones jurisdiccionales de un magistrado.

Considerando que la sociedad anónima es una categoría jurídica creada por el Derecho, que tiene al igual que la <<persona>> física, derechos,

pero también deberes y obligaciones, y como sujeto de derecho, el ordenamiento jurídico le ha concedido privilegios como la impenetrabilidad o el hermetismo patrimonial, la única manera de evitar un uso irregular y abusivo de ese privilegio por parte de sus titulares, es en consecuencia, recurrir a la institución del levantamiento del velo societario.

[...] Una de las principales críticas que se hace a la institución del levantamiento del velo societario, es que antepone el valor justicia y equidad a la seguridad jurídica, que es un bastión del Estado de Derecho.

Sin embargo, en algunas circunstancias, por la utilización indebida e ilícita de la personalidad jurídica, podría justificarse darle preferencia a la justicia y equidad, respecto de la seguridad jurídica.

Indica el mismo autor en su obra que existen dos opciones con respecto de la aplicación o no de la teoría y éstas son las siguientes:

- a) O bien, se niega de plano su aplicación, ya sea porque se entiende que vulnera el principio de seguridad jurídica o porque en el ordenamiento jurídico habrían instituciones que regulan las formas de castigar las conductas desleales, los actos contra la buena fe, la inequidad, el fraude de ley y el abuso del derecho.
- b) O bien, se considera y acepta como una atribución discrecional del juez o del árbitro, aplicar la institución del levantamiento del velo societario en casos concretos y excepcionales, en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Y para terminar, Hundskopf deja plantado el problema de aplicar esta teoría a los socios cuando estos no forman de la cláusula arbitral en cuanto a los posibles efectos de ésta si les son extensibles:

Ahora bien, en los casos en que se pretenda aplicar la teoría del levantamiento del velo societario en procesos arbitrales se demandaría a quien de otra forma no podría ser demandado arbitralmente por cuanto no fue parte del convenio arbitral. El problema se presenta, entonces, no sólo como una cuestión sustantiva sino, antes que eso, como una cuestión de legitimidad procesal. Hundskopf, O. (Sin fecha de cita). *Controversias relacionadas con la pretensión de Levantamiento del Velo Societario, en Procesos Arbitrales*.

Recuperado de <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol8.pdf>

Sobre este último aspecto, siempre en la teoría del levantamiento corporativo, se refiere de Trazegnies al indicar lo siguiente:

Notemos que los términos de sometimiento de una controversia a un juez y a un tribunal arbitral son bastante diferentes. La teoría del rasgado del velo societario implica citar como demandado a quien aparentemente no es parte en el negocio contractual cuya naturaleza o consecuencias se discute. [...]

Ello es posible por cuanto el juez ejerce constitucionalmente una función jurisdiccional y cualquiera puede ser demandado ante el Poder Judicial, correspondiendo al juez decidir si a todos los demandados les corresponde el rol de partes contrarias en el proceso sin que éstos tengan más argumentos para exceptuarse que los derivados de su relación causal con los hechos y de la ley.

Sin embargo, las cosas se presentan de una manera diferente ante un tribunal arbitral. En este caso, el árbitro no solo debe tener en cuenta los hechos y las normas sustantivas para establecer que una determinada persona natural o jurídica es justiciable o no, sino también un principio constitutivo del arbitraje que establece que este método de solución de

conflictos resulta de un acuerdo entre las partes y que, por tanto, no es posible involucrar en un procedimiento arbitral a quien no se ha sometido previamente a éste. Dicho en otras palabras, mientras que el juez en tanto que ejerce una función jurisdiccional pública puede involucrar a cualquiera en un juicio a pedido de la parte contraria si considera que hay razones suficientes, el árbitro se limita a ejercer una función delegada por las partes que lo invistieron con el poder de juzgar y, por tanto, puede pensarse que no podría rasgar el velo societario para incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral.

Más adelante continúa diciendo el mismo autor en su obra:

La posición formalista comenzó a evolucionar (...) hacia una consideración más sustantiva de las situaciones. Dentro de esta línea de desarrollo, cada vez más se considera que la naturaleza reservada y privada del convenio arbitral puede ser excepcionalmente perforada no sólo en cuanto el análisis de la cuestión de fondo sino también con relación a la competencia del tribunal arbitral respecto de partes no directamente incluidas en el convenio arbitral.

La doctrina y la jurisprudencia francesa, (...) se orientaron en el sentido de que un no-signatario del convenio arbitral podía ser involucrado en el proceso arbitral y obligado a aceptar sus resultados, cuando había intervenido en la formación del acuerdo (conclusión), ejecución o terminación del contrato subyacente. [...]

La posición norteamericana adoptó un camino diferente, basado fundamentalmente en el rasgado del velo corporativo. Como lo describe muy gráficamente el Prof. Sandrock, “Estas teorías sobre el descorrimiento del velo societario o sobre las conductas *alter ego*, pueden ser aplicadas también a situaciones en las que un convenio arbitral ha sido suscrito por una compañía como un *alter ego* respecto de alguien

parapetado detrás del escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. Ese cerebro oculto detrás de la personalidad jurídica de la signataria puede ser una persona natural u otra compañía. En esos casos, la compañía signataria aparece sólo como un strawman (“*puppeteer*” o “*marionnette*” en inglés; en alemán: “*Strohmann*”; en francés: “*homme de paille*” or “*prete-nom*”) [en español, diríamos “testaferro”] que cubre al cerebro de la operación, el cual opera detrás del escudo de su subsidiaria” de Trazegnies, F. (2004). *El Rasgado del Velo Societario para determinar la competencia dentro del arbitraje*.

Recuperado de <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm>

De lo mencionado supra sobre el tema se puede arribar a los siguientes comentarios:

1. La aplicación de esta teoría es un tema sumamente controvertido ya que no hay un criterio uniforme y, por el contrario, existen posiciones encontradas por su posible vulneración al principio de seguridad jurídica.
2. Aquellas vertientes donde sí avalan la aplicación de la teoría, lo hacen bajo un criterio discrecional del juez o árbitro y ante situaciones específicas y excepcionales.
3. La aplicación de la misma abre otra discusión bastante amplia y también polémica, sobre si los socios son responsables o no por las actuaciones de la sociedad suscriptora de la cláusula arbitral, es decir, si los efectos de la cláusula compromisoria le son extensivos a ellos.

Ahora bien, tomando en consideración estos puntos, lo indicado anteriormente por la jurisprudencia y al tenor de lo expresado por los diferentes cuerpos normativos de nuestro país, en donde se reitera que estos serán desarrollados en el siguiente apartado, dejan un camino más llano de cara a concluir si es posible la aplicación de la presente teoría en el arbitraje y, de resorte sus efectos a no signatarios.

### **Análisis de Derecho Comparado con la Legislación Peruana.**

Previo a entrar a analizar la legislación peruana con la de nuestro país respecto del tema de la teoría del levantamiento del velo corporativo, es menester indicar que Perú es quien mejor maneja el procedimiento arbitral con todas sus implicaciones, y para muestra cuenta con la Nueva Ley Peruana de Arbitraje publicada el 28 de junio del 2008 y entrando en vigencia el 01 de setiembre del mismo año.

Sobre este último aspecto con la entrada en vigencia de la referida ley, Perú se convierte en pionera referente a la regulación del arbitraje, si bien es cierto, Costa Rica cuenta con anterioridad con la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley No. 7727), la cual empieza a regular el proceso arbitral a partir del artículo 18, ésta es muy básica en cuanto a su contenido debido a que lo indicado sobre el arbitraje va más enfatizado a la parte procedimental. Una situación distinta se encuentra en la ley peruana debido a que ésta, también, regula el procedimiento, sin embargo, contiene ciertos artículos que la hacen estar un peldaño más arriba por lo cual marca la diferencia, donde se pueden citar como algunos ejemplos: el involucramiento del Estado en el arbitraje referido su artículo 4 o la extensión del convenio arbitral indicado en su articulado 14.

Para los efectos de la presente investigación, es precisamente este último artículo al cual se hará referencia conjuntamente con el 40 de la mencionada ley, ya que uno de los objetivos de la teoría del levantamiento corporativo es perseguir a los socios responsables de la sociedad por el manejo indebido de ésta, dicho fin se logra con la extensión de los efectos de la cláusula compromisoria a esto; aunque no suscribieran el contrato que contenía la cláusula, situación que se vincula con la competencia del tribunal para aplicar dicha extensión.

Sin más preámbulo se transcribe lo regulado por los artículos 14 y 40 de la Nueva Ley Peruana de Arbitraje para después conocer lo referido por la normativa costarricense en cuanto a la aplicación de la teoría:

**Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral**

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

**Artículo 40.- Competencia del tribunal arbitral**

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

Ahora bien, de los artículos indicados supra se logran observar dos situaciones importantes que son de resaltar; la primera es que se extenderá los efectos de la cláusula compromisoria a aquellas partes no suscriptoras que hayan tenido una participación activa en el negocio jurídico, y la segunda es que el árbitro tendrá la potestad de conocer la controversia sobre cuestiones conexas y accesorias durante la tramitación del arbitraje.

En conclusión , se puede entender que la importancia de ambas situaciones radica en el hecho de que esta legislación le otorga la potestad al árbitro no solo de conocer el conflicto principal, sino que al indicar la palabra “accesorias”, hace referencia a posibles partes sobrevivientes del contrato que han actuado en el mismo de una manera activa y determinante, permitiendo como resultado que se logre penetrar la personalidad jurídica de la sociedad y que los efectos de la cláusula arbitral lleguen a los socios de la persona jurídica por las actuaciones de ésta, dando como resultado una de las finalidades perseguidas por la teoría del levantamiento del velo corporativo.

Ahora se pasa a conocer cómo se aplica la teoría del levantamiento del velo corporativo en Costa Rica cuando no existe norma expresa para la regulación de esta situación e incluso ni siquiera para extender los efectos del acuerdo arbitral, sin embargo, esto no ha sido obstáculo para que dicha teoría sea aplicada en nuestros tribunales, tomando como base la normativa establecida por los artículos 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y 22 del Código Civil. Al efecto mencionan los mismos:

**Artículo 8.- Interpretación de la norma que regula el hecho generador de la obligación tributaria.**

[...] 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 (...) 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.

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

De lo referido por los artículos indicados líneas arriba, se puede arribar que ambos regulan dos situaciones que son indispensables para que se configure la teoría; el primero es que el legislador no confiere predominio a las formas jurídicas adoptadas por las partes cuando son contrarias a la realidad presentada y, la segunda es el repudio por parte de la ley al abuso del Derecho.

Como se puede apreciar, tanto en Perú como en Costa Rica, a pesar que en nuestro medio no existe normativa expresa sobre la teoría, lo cierto es que ambos países tienen el común denominador de aplicar la figura tomando como base la realidad presentada sin atender a la denominación jurídica establecida por las partes.

Asimismo, el abuso del Derecho en el que se incurre por el uso indebido de la sociedad, es lo que permite penetrar la personalidad jurídica haciendo extensibles los efectos de la cláusula arbitral a los terceros no signatarios, entendidos estos como los socios, por medio del mandato del juez o árbitro que es totalmente competente para ordenar dicha penetrabilidad.

### **Capítulo III. Marco Metodológico**

El procedimiento metodológico que se utilizará en esta investigación será el propósito de este capítulo que está constituido por el enfoque, el diseño, la muestra de la investigación, la descripción de los participantes, las unidades de análisis y el instrumento seleccionado para recabar la información.

#### **Enfoque de la investigación.**

Se ha seleccionado el enfoque cualitativo, toda vez que la recolección de datos de la presente investigación consiste en la obtención de puntos de vista de los participantes, cuyos datos no se analizarán estadísticamente, sino que se utilizará una entrevista, mediante la cual los participantes externarán sus opiniones con respecto de la forma como se ha tratado el tema de la extensión de la cláusula arbitral y su aplicación en la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo.

Parafraseando a Hernández, Fernández y Baptista (2014) los participantes perciben su propia realidad mediante sus experiencias y el enfoque cualitativo resulta el más idóneo para el caso de la presente investigación en la que se pretende que las partes intervinientes en un proceso arbitral, incluidos sus abogados, manifiesten las situaciones vividas cuando se presentan este tipo de procesos y cómo han fallado los respectivos tribunales arbitrales sobre el tema.

#### **Diseño de la investigación.**

Como el más adecuado para esta investigación, se escogió el diseño llamado Teoría fundamentada en la cual el investigador produce una explicación general o teoría a un fenómeno, proceso, acción o interacción que se aplica a un contexto concreto y desde la perspectiva de diversos participantes.

Hernández et al (2014) sobre la teoría fundamental menciona que” provee de un sentido de comprensión sólido porque embona en la situación bajo estudio, se trabaja de manera práctica, es sensible a las expresiones de los individuos del contexto considerado, además puede representar toda la complejidad descubierta en el proceso (p.473)

### **Muestra de la Investigación.**

Se ha seleccionado como muestra de la investigación a los especialistas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica de San José quienes bajo conocimiento informado aceptan su colaboración brindando la información necesaria a los efectos de esta investigación.

### **Unidades de Análisis.**

De cada contenido de los objetivos específicos se derivan las unidades de análisis con el objeto de realizar las preguntas de los instrumentos de investigación.

### **Instrumento de investigación.**

Con fundamento en las unidades de análisis, la entrevista estructurada es el instrumento idóneo para llevar a buen puerto este trabajo, toda vez que ésta permite considerar el objeto primordial del trabajo de investigación

### **Proceso para la Recolección de Datos.**

De la entrevista estructurada se recolectarán los datos necesarios con el propósito de dar respuesta a la interrogante planteada en el problema. Sobre ello, Hernández et al (2014) señala que “la recolección de datos lo que busca es realizar un estudio cualitativo para obtener datos (que se convertirán en información) de personas, seres vivos, comunidades, situaciones o procesos en profundidad, en las propias formas de expresión de cada uno” (p. 396).

**Método de Análisis.**

Para esta investigación se utilizará el método de Factorización de Hernández et al (2014), conformado por una cantidad de propósitos en serie, con base en los objetivos y determinado por las unidades de análisis de estos que se confrontarán con los datos recopilados, que darán lugar a las diferentes categorías de análisis.

## Capítulo IV. Análisis de Resultados

El presente capítulo se inicia con la exposición de una manera resumida de las diferentes corrientes o teorías existentes que permiten hacer extensivos los efectos de la cláusula compromisoria a los terceros no firmantes en este proceso, mismas que han sido desarrolladas a lo largo de esta investigación en el capítulo anterior y dentro de la cual se encuentra el objeto de análisis, como lo es la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo.

Seguidamente, se conocerán los resultados obtenidos del trabajo de campo realizado por medio de las diferentes entrevistas efectuadas sobre este tema, a los licenciados: Rosa María Abdelnour Granados, Alberto Fernández López y Mauricio París Cruz, quienes son personas que, además de ser profesionales en la carrera de Derecho, forman parte de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, pues gozan de una amplia experiencia en el procedimiento arbitral.

Y para finalizar, de lo mencionado en los párrafos primero y segundo supra indicados y, también, haciendo un análisis de los diferentes fallos transcritos en el capítulo precedente sobre el tema objeto de investigación, se hará una confrontación de todo este material que permitirá dar un paso más firme y certero de si es posible la extensión de la cláusula arbitral aplicada en la Teoría del Levantamiento Corporativo. Sin más preámbulo, se procede al desarrollo del presente capítulo según lo indicado.

De una manera rápida, pero explicada para mayor comprensión, se puede definir como terceros no signatarios a aquellas partes que sin haber firmado un contrato donde consta la cláusula arbitral, estos participan de una manera activa o pasiva en el negocio jurídico, ya sea ejecutando diversos actos o siendo beneficiarios de éste. Igualmente, las teorías que refieren sobre el tema son las siguientes:

- *Aceptación tácita:* Se estará en presencia de ésta cuando un tercero que no forme parte del negocio jurídico, ejecute actos establecidos en el contrato donde se halle la cláusula arbitral.

- *Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo:* Aplicada para los casos donde las sociedades se utilizan irregularmente con la intención de provocar un fraude o un perjuicio a terceros.
- *Doctrina del alter ego:* Refiere la misma a la existencia de dos compañías, donde una es la matriz y la otra la subsidiaria, en la cual la segunda es quien firma el contrato con la cláusula arbitral, sin embargo, quien realiza todos los actos convenidos es la matriz.
- *Grupo de Sociedades:* Dirigida a los llamados Grupos de Interés Económicos, en los cuales las compañías que integran estos grupos deben ser consideradas como una sola unidad y no de manera independiente para efectos jurídicos.
- *Estoppel:* Denominada también la Teoría de los Actos Propios, y se está en presencia de ésta cuando un tercero no suscriptor realiza actos propios y más aún, ha sido beneficiario de ese contrato, sin embargo, en el momento de un conflicto alega que no le es extensible los efectos por no ser parte de ese contrato.
- *Tercero beneficiario:* Indica la misma que ésta se da en el tanto las partes que conforman el negocio jurídico, establecen que será un tercero el susceptible de derechos y obligaciones, sin embargo, ese tercero tiene que dar su anuencia a esta situación.

Siguiendo la misma línea sobre una de las teorías expuestas anteriormente, concretamente la del Levantamiento del Velo Corporativo, se procedió a definir ésta y para un mayor entendimiento del tema, se tomó como base el análisis de Derecho comparado realizado a los artículos 14 y 40 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje en concordancia con los artículos 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y 22 del Código Civil, ambos cuerpos normativos de nuestro país.

Se puede definir la teoría del levantamiento del velo corporativo cuando ante el uso indebido de una sociedad que realiza actos distintos de los que fue creada, por medio de la orden de un juez y cuya acción es respaldada por el ordenamiento jurídico, se penetra en esa persona jurídica

para descubrir sus verdaderos fines y responsabilizar a los socios de la entidad por las actuaciones de ésta.

Sobre este tema en arbitraje Perú representa la única legislación en Latinoamérica que de manera expresa regula el mismo en sus artículos 14 y 40 en su nueva ley de arbitraje, indicando el primero de ellos que la cláusula será extensiva a aquellas partes cuya participación sea activa y determinante en el negocio, asimismo, cuando resulten con derechos o beneficios de éste. E igualmente, el artículo 40 le otorga plena competencia al tribunal para resolver no solo el fondo del litigio, sino cualquier situación conexa y accesoria que se presente en el transcurso de éste.

Es interesante detenerse a analizar lo indicado en el numeral 14 al mencionar “que la cláusula será extensiva a aquellas partes cuya participación sea activa y determinante en el negocio, asimismo, cuando resulten con derechos o beneficios de éste”, ya que se podría entender a los socios de una persona jurídica que consintieron por medio de sus actuaciones o su silencio ante tales actuaciones, que la sociedad operara con fines diferentes a los que fue creada, no honrando sus obligaciones, no por el hecho de una difícil situación que esté pasando la sociedad, sino con la finalidad de provocar un perjuicio a sus acreedores y abusando del Derecho para seguir operando ilegalmente.

En el mismo sentido, si se toma en consideración lo descrito en el artículo 40 de ese mismo cuerpo normativo, donde menciona que se le otorga la competencia al tribunal para resolver no solo el fondo del litigio, sino además, cualquier situación “conexa y accesoria”, con mucha más razón cabe la posibilidad de hablar de los socios de la persona jurídica como responsables de las actuaciones de la sociedad.

Ahora bien, en nuestro país no existe norma expresa que regule el tema, sin embargo, esto no implica que en los casos en que se ha presentado esta situación, el juez no ha podido resolver la controversia, ya que ante la carencia de este precepto, el juzgador ha utilizado correctamente, de dos normas jurídicas como son el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en el cual indica que al juez no le importará la denominación jurídica que las partes le dieron al

negocio, éste se guiará por la realidad que se presente en ese momento, este concepto es muy bien conocido como el Principio de Realidad Económica.

Y el otro artículo es el 22 del Código Civil el cual no se admite el abuso de Derecho ni ejercicio antisocial de éste, donde en aquellos actos que sobrepasen los límites normales de un derecho, se ejecutarán las medidas judiciales necesarias para impedir la persistencia del abuso, situación que ha quedado demostrada con la aplicación de esta teoría, en los diferentes procesos que se han presentado ante los tribunales y que estos han resuelto con buen tino, creando jurisprudencia sobre el tema.

A continuación, de acuerdo con lo referido en el párrafo segundo del presente capítulo, se dan a conocer los resultados de las entrevistas practicadas a los licenciados Abdelnour Granados, Fernández López y París Cruz sobre el tema bajo estudio. Primeramente, se expondrán los resultados obtenidos a las preguntas efectuadas al licenciado Mauricio París Cruz.

## **CUESTIONARIO SOBRE EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS**

1. En su experiencia profesional, ¿cuáles han sido los principales criterios (o lo más reiterados) emitidos por los tribunales de justicia en el momento de resolver el tema del levantamiento del velo corporativo?

R/ No tengo conocimiento de casos en donde se haya aplicado esta teoría con respecto a la extensión de la cláusula a no signatarios.

2. ¿Considera usted que con el paso del tiempo, la jurisprudencia ha tenido un avance o un rezago respecto del tema de la teoría del levantamiento del velo corporativo y por qué considera tal situación?

R/ Por lo dicho en la respuesta anterior, no tengo criterio para responder esta pregunta.

3. De seguido se transcribe el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje. ¿En su criterio, los presupuestos que se indican son suficientes para hacer extensivo el convenio arbitral y lograr su aplicación en la teoría del levantamiento corporativo o, por el contrario, son ambiguos y no logran la aplicación de dicha teoría?

**Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral**

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

R/ En mi criterio es una cláusula que cobija claramente otros supuestos de extensión de la cláusula a no signatarios, como los casos de aceptación tácita, grupos de sociedades o tercero beneficiario. En mi criterio, no prevé expresamente la teoría del alter ego o levantamiento del velo corporativo, en el tanto esta teoría requiere una acción fraudulenta o cuando menos irregular por parte del no signatario.

Es valioso el artículo en cuanto otorga lineamientos generales –inexistentes hoy día en nuestro ordenamiento- para determinar los supuestos de extensión, sobre todo la voluntad de someterse al arbitraje en cualquiera de las fases de la negociación. Creo que resulta valioso para el análisis del levantamiento del velo, la referencia que se hace a la buena fe, en el sentido de que se desprende en consecuencia que dicho parámetro de comportamiento debe ser implícito en la negociación de la cláusula arbitral, y en consecuencia, un uso contrario a la buena fe, como sería el ocultamiento tras un velo corporativo, podría ameritar su levantamiento.

De seguido se muestran las respuestas del licenciado Alberto Fernández López.

**CUESTIONARIO SOBRE EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS**

1. En su experiencia profesional, ¿cuáles han sido los principales criterios (o lo más reiterados) emitidos por los tribunales de justicia en el momento de resolver el tema del levantamiento del velo corporativo?

R/ La Sala Primera tiene una larga tradición de incluir a partes no signatarias por su vinculación a contratos marco, precontratos, acuerdos preliminares, que luego se materializan en contratos relacionados.

En cuanto a las sociedades mercantiles, ha recurrido al criterio de vincularlas al arbitraje por el uso meramente instrumental que una de las partes hace de esa figura jurídica, sin que pueda desvincularse de la persona de sus socios. En tales casos, se levanta el velo corporativo pero sin que necesariamente ese levantamiento del velo sea por el uso fraudulento o simulado de la sociedad, que es el criterio que internacionalmente se reconoce como más usual.

2. ¿Considera usted que con el paso del tiempo, la jurisprudencia ha tenido un avance o un rezago respecto del tema de la teoría del levantamiento del velo corporativo y por qué considera tal situación?

R/ Creo que se ha avanzado en términos de que la teoría del levantamiento del velo, se utiliza predominantemente en casos de fraude, simulación o abuso de la figura social, pasándose a utilizarla cuando se da un uso meramente instrumental de la sociedad en una contratación determinada, sin que necesariamente ese uso instrumental responda a fraude, abuso o conductas ilícitas.

3. De seguido se transcribe el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje. ¿En su criterio, los presupuestos que se indican son suficientes para hacer extensivo el convenio arbitral y lograr su aplicación en la teoría del levantamiento corporativo o, por el contrario, son ambiguos y no logran la aplicación de dicha teoría?

#### **Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral**

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución

o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

R/ Los criterios de la ley peruana de arbitraje reúnen lo mejor de la práctica internacional, para extender el acuerdo arbitral a partes no signatarias, situación que se puede dar en diversas situaciones que, como ella indica, muestren esa PARTICIPACIÓN ACTIVA y DETERMINANTE en el contratación, es decir, que exista un verdadero CONSENTIMIENTO TÁCITO AL CONTRATO y por ende al acuerdo arbitral que debe estar contenido en él.

La teoría del levantamiento del velo, es pues, una de entre varios criterios para traer al arbitraje a terceros no signatarios que han usado una sociedad con fines ilícitos, siendo en realidad lo más importante, la determinación de ese consentimiento tácito a arbitrar que se revele en los hechos mediante esa participación activa y determinante en la contratación.

Continuando con el tema, se exponen los resultados de la entrevista realizada a la licenciada Rosa María Abdelnour Granados.

### **CUESTIONARIO SOBRE EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS**

1. En su experiencia profesional, ¿cuáles han sido los principales criterios (o lo más reiterados) emitidos por los tribunales de justicia en el momento de resolver el tema del levantamiento del velo corporativo?

R/ La experiencia costarricense ha sido la aplicación de este instituto, más en el área laboral, de familia y tributaria, que en los casos contencioso-administrativos, penales y civiles. Pues en estas tres últimas áreas ha sido casi nula su aplicación. Y cuando, en general, se ha aplicado, opera en mayor grado en los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía organizacional (Salas, como la Segunda y la Constitucional). Ello enmarcado en principios generales del Derecho como: el Abuso del Derecho, el Fraude de Ley y la Buena Fe, ante la práctica patológica del abuso de la personalidad jurídica. Y ello para proteger a los terceros que confían en la apariencia de legitimidad que se les presenta.

En Costa Rica no se aplica como remedio específico y por ello no ha tenido el desarrollo que sí ha tenido en otros países como los Estados Unidos, donde se ha creado un abundante cuerpo doctrinal alrededor de este instituto. Por lo que en Costa Rica se ha carecido de una norma específica o sustancial que ampare la aplicación de la teoría del levantamiento del velo. Es por ello que su desarrollo se ha debido principalmente a su aplicación por los jueces y, por ende, a nivel jurisprudencial.

2. ¿Considera usted que con el paso del tiempo, la jurisprudencia ha tenido un avance o un rezago respecto del tema de la teoría del levantamiento del velo corporativo y por qué considera tal situación?

R/ No hay duda que la doctrina que envuelve a las sociedades y la base de protección de ellas como personas jurídicas, hace que los tribunales cuando aplican la teoría del levantamiento del velo, tengan sumo cuidado de no incursionar en terreno protegido de las sociedades. Tienen que hacer un balance de derechos, jerarquizar su aplicación, para medir cuál o cuáles tienen preferencia. Es una constante en el Derecho: Derecho a la Confidencialidad vs Derecho a la Información y a Informar, Libertad de Prensa; Derecho a la Libertad Personal vs Derecho a la Protección de los Fines Procesales, como ejemplos. En suma, Seguridad o Justicia. Porque los sectores que rechazan la aplicación del levantamiento del velo lo ven como un ataque a la Seguridad Jurídica.

El levantamiento del velo comienza a ser mencionado en nuestra jurisprudencia alrededor de 1995 y es en los últimos cinco años que se ha desarrollado (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 10 de las 14:45 horas del 13 de enero de 1995. En el mismo sentido Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica número OJ 041 2007 del 9 de mayo de 2007 y Tribunal de Familia, voto número 3310 de las 13:40 horas del 6 de enero de 2010). Más que referirse a avance o rezago, creo que en los últimos años se aplica más, pero aún le falta respaldo legal que permita a los jueces un referente de aplicación preciso.

La patología en los negocios debe ser atajada, pero sin menoscabo del núcleo esencial de los derechos. Es el balance del que se hablaba y en ocasiones en aras de la protección de derechos de unos se afectan los de otros.

3. De seguido se transcribe el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje. ¿En su criterio, los presupuestos que se indican son suficientes para hacer extensivo el convenio arbitral y lograr su aplicación en la teoría del levantamiento corporativo o, por el contrario, son ambiguos y no logran la aplicación de dicha teoría?

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

R/ Creo que hay que distinguir entre extender el convenio arbitral a otras personas que si bien no son parte expresa en la cláusula y entender que esa extensión, en caso de personas jurídicas autoriza la aplicación per se del levantamiento del velo. Yo creo que la norma no permite de forma expresa ni tiene la claridad que requiere para tal hipótesis. Sobre todo tratándose de una intromisión en el ámbito de la persona jurídica que aun cuando se pueda justificar en los derechos “superiores” que se quieren proteger, hay una afectación de derechos previamente declarados por ley, por lo que la norma debe ser expresa, con delimitación precisa de los supuestos de aplicación.

Ahora bien, habiendo hecho el resumen respectivo sobre las diferentes teorías que permiten extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros no firmantes dentro del negocio jurídico y la legislación arbitral peruana que le otorga esa facultad al árbitro para llevar a cabo tal extensión, aunado a las respuestas de las entrevistas realizadas a los licenciados París Cruz, Fernández López y Abdelnour Granados, más la jurisprudencia existente de nuestros tribunales de justicia sobre la teoría del levantamiento del velo corporativo en los casos que se ha presentado y la normativa nacional vigente aplicada para la resolución de ésta, es que se puede entender lo siguiente.

Como se ha venido mencionando a lo largo del presente trabajo, es requisito indispensable que mediante la manifestación libre y voluntaria de las partes contratantes en un negocio jurídico, conste de manera expresa la cláusula compromisoria para que despliegue todos sus efectos a estas partes, sin embargo, lo cierto del caso es que dichos efectos también pueden llegar a cobijar a sujetos o partes no contratantes de ese negocio, situación que ya ha quedado evidenciada con la explicación de las diversas teorías que indican sobre el tema.

En el caso bajo estudio sobre la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo, se ha dicho que ésta aplica cuando la persona jurídica se aparta de los fines para los que fue creada, con la intención de provocar un fraude o menoscabo a terceros y que, por medio de la orden de un juez, se logra penetrar en la sociedad para descubrir sus verdaderas intenciones y dar con los responsables de su actuación, entendidos estos como los socios de ésta.

Sin embargo, en nuestro país el tema de la presente investigación liga ambas situaciones y ante la ausencia de normativa expresa que hagan referencia a ambos temas, hace creer que se estaría en presencia de tres problemas sin solución como lo serían: la extensión de la cláusula a terceros no firmantes, la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo y la conjugación de ambas situaciones aplicadas directamente en un proceso arbitral, cuando en la realidad admitir tal creencia sería algo completamente erróneo.

El primero por el hecho de que, si bien es cierto, existen diferentes teorías para traer a un tercero no signatario a un proceso arbitral, en la práctica muchas veces sucede lo contrario, ya que no se ve con buenos ojos esta situación y se cierra cualquier brecha de una extensión hacia un tercero, con la opinión de que no es posible traer a este último, aunque se reconozca su participación en el negocio jurídico, fundamentando la decisión en que al no existir una manifestación de voluntad de esa parte no signataria de someterse a este procedimiento, entonces los alcances de la cláusula arbitral no le son oponibles y, por ende, tendría que conocerse ese conflicto, respecto de esa parte, en la vía judicial.

Argumento que no se comparte, ya que ha quedado bastante demostrado la existencia de diversas corrientes que señalan lo contrario y como también lo ha ido reconociendo a través

del tiempo nuestra Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, según ha sido expuesto en los fallos anteriormente conocidos, lo cual lo único que se provoca con no extender los efectos de la cláusula, es crear un perjuicio mayor a la parte que se está viendo afectada y premiar a la otra que está realizando el daño.

El segundo problema va enfocado a los casos en los cuales se debe aplicar la teoría del levantamiento corporativo. En muchas ocasiones, esta teoría no es aplicada por el argumento de que se estaría violentando el principio de Seguridad Jurídica del cual gozan las sociedades, como lo expuso la licenciada Abdelnour en una de sus respuestas, sin embargo, el ordenamiento jurídico debe proteger, también, al sujeto que se está viendo afectado con esa indebida actuación de la sociedad.

Es aquí donde se está ante la interrogante, y como bien lo expresó en igual sentido la licenciada Abdelnour, qué pesa más en la balanza, ¿Seguridad o Justicia? Porque, tanto derecho tienen los socios de una persona jurídica de mantenerse en el anonimato y proteger sus intereses respecto de terceros, como la protección de la cual tiene derecho el individuo que se está viendo afectado en su patrimonio por el uso indebido que se le está dando a la sociedad.

También, no se puede dejar de lado lo expuesto en los artículos 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y 22 del Código Civil, donde el primero hace mención al Principio de Realidad Económica que opera en materia tributaria e indica que al juzgador no le importa la denominación que le den las partes al negocio jurídico, sino la realidad de éste. Y el numeral 22 es tajante al indicar que la ley no admite el abuso del Derecho y tomará las acciones necesarias para detener el abuso del mismo.

Y el tercer posible problema es la conjugación de ambas situaciones, es decir, la extensión de la cláusula arbitral aplicada a la teoría del levantamiento del velo corporativo. A pesar de lo mencionado anteriormente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha ido teniendo un criterio más amplio sobre esa posible extensión a terceros y en los cuales perfectamente se pueden incluir a los socios de la sociedad, criterio que da un gran paso para ir aplicando ambas situaciones.

Sin embargo, lo cierto del caso es que al no existir en nuestro país normativa expresa que regule el tema por el momento, sumado al hecho de la no manifestación de voluntad del tercero y una “posible” violación al principio de Seguridad Jurídica de las sociedades, el criterio de muchos, es no extender los efectos de la cláusula arbitral en los casos aplicados a la Teoría del Levantamiento Corporativo.

También, es importante acotar que la teoría del Levantamiento del Velo Corporativo en países como Estados Unidos, conocida como *Piercing the Corporate Veil*, aplican la misma sentando las responsabilidades sin limitación de ninguna índole a los socios por las actuaciones que ésta ha realizado sin violentar ningún derecho de los socios, por el contrario queda muy bien manifestado el amparo que la ley le otorga a los perjudicados en estos casos por las actuaciones ilegítimas de la sociedad.

Otro aspecto por tomar en consideración es el hecho que las sociedades no operan por sí mismas, si bien es cierto nacen a la vida jurídica como una persona independiente sujeta de derechos y obligaciones, no toman sus propias decisiones, siendo que quienes actúan por cuenta de éstas son terceros, entendidos estos como los socios, criterio por la cual con mucha más razón al no tener decisión propia sobre sus actos, las consecuencias de sus actuaciones o decisiones deben ser asumidas por sus socios que la integran.

En el mismo sentido, otro punto que ha sido discutido ampliamente a lo largo del tiempo es el tema de la figura del árbitro o tribunal arbitral. Por cuanto existe la opinión que este juzgador solo deberá de resolver el conflicto que se le someta a su conocimiento, en donde vincule a las partes que suscribieron la cláusula arbitral.

Pero es en un momento como éste, donde es correcto afirmar que el procedimiento arbitral es un método alternativo de solución de conflictos y que un árbitro o tribunal arbitral no goza de todas las facultades que sí tiene un juez de la República, sin embargo, no por ello debe ser un escape para que la parte que esté actuando contrario al ordenamiento jurídico, se quede sin ningún tipo de sanción por sus actuaciones y peor aún, permitiéndole que siga provocando un perjuicio a la otra sin reparo alguno.

Ante este tipo de situaciones hay que detenerse un momento y analizar lo siguiente. Los métodos alternos de resolución de conflictos, incluido el procedimiento arbitral, fueron creados precisamente por los Tribunales de Justicia con dos objetivos primordiales en beneficio de las partes que realicen algún negocio jurídico y se sometan a esta vía.

El primer objetivo es que las partes que tengan algún conflicto de índole patrimonial, solucionen éste de una manera ágil y rápida, apartándose de la jurisdicción común, cumpliéndose el principio constitucional que indica que toda persona tiene derecho a gozar de una justicia pronta y cumplida.

El segundo objetivo por su parte tiene que ver con el hecho de descongestionar los tribunales de justicia ante la saturación de procesos que se ventilan ante esos estrados, mediante la creación de estos métodos alternos de solución de conflictos, otorgándole en este caso a un tribunal arbitral, las facultades de las cuales goza un juez de la República para resolver el conflicto que se le presente.

Entonces, teniendo como base estos dos objetivos, no es lógico considerar que existan limitaciones a un juzgador de un proceso arbitral para conocer de una situación en un conflicto, cuyo procedimiento fue creado por la misma jurisdicción común para el conocimiento de procesos que se puedan ventilar en esa misma sede, solo por el hecho de que este juzgador no tenga todas las “facultades” que sí goza un juez común. Es ante un criterio como éste que surge la interrogante ¿entonces para qué fueron creados estos métodos alternos de resolución de conflictos?

Finalmente, un tema por considerar es el hecho que es correcto afirmar que los procesos arbitrales, en su mayoría, son tramitados en los diferentes centros de conciliación y arbitraje existentes en nuestro país y que estas instituciones se rigen por sus propios reglamentos y ante la existencia de procesos que no se tramitan en ninguno de estos centros, conocidos como arbitrajes Ad Hoc, encuentran su sustento normativo en la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley No. 7727).

Sin embargo, ante tal situación en Derecho aplica el Principio general que indica que “ley especial priva sobre la general”, queriendo decir esto que primeramente los procesos arbitrales se resolverán de conformidad con los reglamentos vigentes por los respectivos centros de conciliación y arbitraje o en su defecto la Ley RAC, también es cierto que no debe existir ninguna laguna en el ordenamiento en el momento de resolver determinado conflicto.

Esto quiere decir que ante la existencia de un cuerpo normativo arbitral que no regule determinada situación, se debe acudir a otro que la regule y aplicarlo por medio de la integración de normas. Lo anterior, por cuanto así está establecido en nuestra Constitución Política en su artículo 41 al mencionar que acudiendo a la ley todos encontrarán reparo de los daños que se les hubiere causado, y asimismo, por el Principio de Hermenéutica Jurídica del cual habla el artículo 6 del Código Civil y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que así lo indican seguidamente:

**“Artículo 6**

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.”

ARTICULO 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 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 resaltado es propio).**

Ahora teniendo esta posición de la no existencia de laguna legal en el momento de resolver determinado conflicto, y que ante la ausencia de norma en un cuerpo normativo se buscará en otro para ser aplicada por medio de la integración, surge como una posible solución la figura del Litisconsorcio que indica nuestro Código Procesal Civil.

Se aclara de antemano que esta posible solución no pretende “judicializar” el procedimiento arbitral, por el contrario, se está absolutamente a favor que el arbitraje sea un procedimiento completamente independiente y autónomo del proceso judicial, regido por su propia normativa, sin embargo, lo mencionado en el párrafo anterior constituye solamente eso, una “posible” solución al problema de extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros aplicada en los casos de la teoría del Levantamiento del Velo Corporativo y más aún si se toma en consideración el punto que el árbitro no goza de todas las facultades que sí tiene un juez común y la no existencia de normativa expresa sobre el tema.

Ahora bien, si se toma en consideración el instituto del Litisconsorcio para que sea empleado en los procesos arbitrales a los casos de extensión de la cláusula aplicada a la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo, se tendría una alternativa para resolver este problema, ya que el árbitro no solo va a conocer del conflicto entre las partes que suscribieron la cláusula compromisoria, sino que tendrá la facultad de traer al tercero cuando sus actuaciones demuestren una vinculación expresa en el negocio jurídico, ya sea de oficio o a petición de parte, y así se estarían realizando tres situaciones sumamente importantes para todo proceso arbitral que tenga que conocer de este tipo de casos, que se describen a continuación:

La primera de ellas es que se estaría reafirmando lo mencionado en el artículo 14 de la Nueva Ley Peruana de Arbitraje al indicar que la cláusula se extenderá a aquellas partes cuya participación sea activa y determinante en el negocio, entendidos estos como los socios que, por sus actuaciones o silencio, consintieron en que la sociedad operara de determinada forma.

La segunda, como se mencionó anteriormente, que se estaría cumpliendo lo indicado por el artículo 40 del mismo cuerpo normativo referido en el párrafo anterior, donde se le otorga la competencia al tribunal arbitral no solo de conocer del fondo del asunto, sino que esa

competencia trasciende más allá para resolver sobre cuestiones conexas y accesorias, dejando más que evidenciado que el extender los efectos de la cláusula compromisoria a los socios de una persona jurídica por las actuaciones de ésta, es una cuestión conexas y accesorias indispensable para las resultas del caso.

Y por último es que al fin se rompería la limitación impuesta al árbitro o el tribunal arbitral, en el sentido que los mismos solamente tendrán competencia para conocer y resolver de los procesos en los cuales figuren las partes que suscribieron la cláusula arbitral, otorgándole así todas las facultades necesarias para resolver este tipo de situaciones dentro de la jurisdicción arbitral y equiparando finalmente la figura de este juzgador a la de un juez común.

Sin embargo, para determinar si el Litisconsorcio puede dar solución a los casos de la extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes aplicada en casos de la Teoría del Levantamiento Corporativo, es necesario saber algunos elementos importantes acerca de este instituto para ver si es viable o no esta alternativa.

Lo primero que hay que conocer sobre esta figura es su concepto y para ello se cuenta con varios autores que brindan una definición de ésta en el siguiente sentido.

**GARRONE**, explica el litisconsorcio, como una situación que surge cuando por mediar cotitularidad respecto del ejercicio de una pretensión o un vínculo de conexidad entre distintas pretensiones, el proceso se desarrolla con la participación de más de una persona en la misma posición de parte. Según que la pluralidad de partes consista en la actuación de varios actores, contra un demandado, de un actor contra varios demandados el litisconsorte se llama activo, pasivo o mixto.

**JAIME GUASP** afirma: " Que litisconsorcio es aquel tipo de pluralidad de partes que se produce cuando los diversos litigantes aparecen no solo situados en un mismo plano; sino, además unidos en una actuación procesal; según que la unión plural afecte a los demandantes, a los demandados o a ambos.

**PRIETO CASTRO** se refiere al liticonsorcio como la presencia en el mismo procedimiento de varias personas en la posición de actores (liticonsorcio activo) o de demandados (liticonsorcio pasivo), o de los actores de un lado y de los demandados del otro (liticonsorcio mixto).

**CARNELUTTI** define el liticonsorcio como el instituto que permite la existencia de más de una persona actuando en forma conjunta, en calidad de parte activa o pasiva en una relación procesal, por existir entre ellas un vínculo que las conecta, el mismo que puede ser de naturaleza absolutamente variada como ser integrante de la relación material, tener el mismo interés en la decisión que recaerá en el proceso, tener un interés indirecto, o incluso uno que en el fondo es opuesto, pero que para efectos prácticos autoriza una actuación conjunta con el de alguna de las partes. (<http://www.monografias.com/trabajos65/liticonsorcio/liticonsorcio.shtml>)

De acuerdo con lo expuesto anteriormente por estos autores sobre el instituto del liticonsorcio, se puede definir éste como aquella pluralidad de sujetos, entendidos estos como actores y demandados, dentro de un mismo proceso, cuya actuación o pretensión los vincula y que el resultado de éste los va a afectar directa o indirectamente, de manera positiva o negativa.

También es importante hacer referencia a lo manifestado por nuestros tribunales de justicia en cuanto a este instituto por medio de los diferentes fallos que se han dictado, de los cuales se procede a citar los siguientes:

*“V. De previo a entrar al análisis del segundo motivo, es menester traer a colación lo expresado por este órgano decisor respecto al litis consorcio necesario, en el sentido de que: “...implica la existencia de relaciones jurídicas materiales respecto de las cuales no es posible pronunciarse fraccionándolas o calificándolas solo en relación de algunos de sus sujetos, pues la decisión engloba y obliga a todos. La presencia de todos los sujetos es indispensable para que la relación procesal se complete y*

*sea posible decidir en sentencia sobre el fondo de la misma...*” (Fallo no. 824 de las 16 horas con cinco minutos del 1º de noviembre del 2000) [...] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 00412 de las nueve horas del veinte de marzo del dos mil catorce.

Otro voto que señala sobre este instituto es el número 00183, dictado por el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, que menciona:

“II. El artículo 106 del Código Procesal Civil regula la figura del litis consorcio, sobre la que, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en forma reiterada ha establecido que “IV.-

*El litisconsorcio es una de las figuras procesales de la pluralidad subjetiva que se caracteriza por situar al tercero (o los terceros) en una relación común con una de las partes, sea con la actora o la demandada, dándose el mismo objeto y la misma causa petendi, de manera que el actor pudo haber dirigido su acción contra el tercero directamente o conjuntamente con el demandado (litisconsorcio pasivo o que varios sujetos tienen la misma pretensión respecto a otro (litisconsorcio activo) u otros (litisconsorcio mixto). La intervención de los litisconsortes puede darse de dos maneras: facultativa o necesaria. La facultativa corresponde al caso del ejercicio de la acción dirigida en forma conjunta, por quienes tienen las mismas pretensiones nacidas de un mismo título o que se funden en una misma causa, o cuando quien ostenta la pretensión dirige la misma contra todos aquellos que deben responder a ella. Por su parte el litisconsorcio necesario se da cuando por disposición de ley o por la naturaleza de la relación jurídica, se exige que los sujetos a quienes afecta la resolución, actúen conjuntamente, como litisconsortes, de manera que queden vinculados al proceso y consecuentemente a los efectos de la sentencia. V.-*

*El litisconsorcio necesario supone que para resolver el asunto han de estar presentes en el proceso todos aquellos sujetos a los que tal resolución fuere a afectar [...] (Voto No. 18 de las 14:30 horas del 27 de abril de 1994) Tribunal Segundo Civil, Sección II. Sentencia 00183 de las catorce horas y cuarenta minutos del treinta de junio del dos mil ocho.*

Y para finalizar, está el fallo 00703 emitido por el Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, que indica:

“V. En vista de lo alegado en autos, es necesario reseñar brevemente lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a las partes que necesariamente deben participar en un proceso, para que la sentencia que lo resuelva pueda ser efectiva, lo cual se conoce litis consorcio pasiva y activa. Sobre ello, la doctrina ha señalado:...es una de las modalidades del proceso que consiste en la pluralidad de actores o demandados. Por lo tanto, hay litis consorcio cuando varias personas ejercitan una acción contra un solo demandado, cuando una persona demanda a varias, y cuando dos o más demandan a dos o más personas. [...] Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 00703 de las catorce horas y cincuenta y cinco minutos del veintiocho de octubre del dos mil tres.

Ahora bien, teniendo claro el concepto del litisconsorcio y la jurisprudencia existente sobre esta figura, es importante conocer los diferentes tipos de este instituto que nuestro ordenamiento regula, y para ello es que se remite al artículo 22 del nuevo Código Procesal Civil, en sus acápites 22.1 y 22.2, que mencionan el Litisconsorcio necesario y el Litisconsorcio facultativo respectivamente, los cuales indican lo siguiente:

## **ARTÍCULO 22.- Pluralidad de partes y personas**

**22.1. Litisconsorcio necesario.** Cuando por disposición de la ley o por la

naturaleza de la relación jurídica material, la decisión deba hacerse con varias personas, estas deberán demandar o ser demandadas en el mismo proceso.

Los tribunales ordenarán a la parte que dentro de cinco días amplíe su demanda o contrademanda contra quienes falten, bajo el apercibimiento de dar por terminado el proceso en cuanto a la demanda o contrademanda, según corresponda.

El demandante, al integrar la litis, solo podrá añadir a las alegaciones de la demanda inicial aquellas otras imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente lo pedido.

**22.2. Litisconsorcio facultativo.** Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso de forma conjunta, sea activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto.

A mayor abundamiento sobre el tema del litisconsorcio y para tener un panorama más claro de la eventual posibilidad de aplicar este instituto en el proceso arbitral en los casos de la extensión de la cláusula aplicada a la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo, es que se procedió a consultar con el doctor Olman Arguedas Salazar, quien fue uno de los redactores del Código Procesal Civil vigente en nuestro país y miembro, también, de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, sobre este aspecto.

En concordancia con lo indicado en el párrafo anterior, se efectuaron varias preguntas puntuales sobre el tema del litisconsorcio y su posible aplicación en el tema objeto de esta investigación al doctor Arguedas Salazar, a lo cual de seguido se remiten las respuestas a las preguntas realizadas.

1) ¿Cuáles son los presupuestos materiales y formales para que se declare un litis consorcio?

R/ Los presupuestos materiales del litisconsorcio consisten en que la decisión (sentencia) no tendría resultado práctico si no se refiere a todas las personas involucradas en una relación jurídica de fondo. Litisconsorcio se deriva de la expresión latina lis (litis) que puede traducirse por litigio y consorcio que significa suerte común. Es decir, el litisconsorcio es un litigio con comunidad de suerte entre las personas que integran la parte actora o la parte demandada. El litisconsorcio es una pluralidad de personas en una parte: actora o demandada. Si hay varios actores en realidad lo que hay son varias personas en la parte actora, y lo mismo podemos decir de la parte demandada. Ejemplo de presupuesto material en el proceso de ejecución hipotecaria es el párrafo primero del artículo 1329 del Código Civil.

El presupuesto procesal consiste en evitar indefensión por lo cual el juez prevendrá a la parte que corresponda, que dentro de ocho días amplíe su demanda, o en su caso la contrademanda, en cuanto a las personas que no han sido demandadas o contrademandadas. La finalidad es que el juez pueda dictar su sentencia válidamente, pues de no ser así la sentencia que se dictará, como se dijo al principio, no tendría ningún resultado práctico. La negativa a cumplir con lo ordenado obliga al juez a dar por terminado el proceso en el primer supuesto, y declarar inadmisibles la contrademanda en el segundo.

Así lo dispone el artículo 106 del Código Procesal Civil. Si no llegara a integrarse el litisconsorcio, la persona o las personas que no han sido demandadas o contrademandadas, quedarían en estado de indefensión. Por eso, si no se le trae al proceso por la parte actora una vez hecha la prevención por el juez, dicho proceso debe darse por terminado, y tener como inadmisibles la contrademanda si el incumplidor es la parte demandada. En esta forma se tutela el derecho de defensa en proceso. La actuación del juez ordenando esas prevenciones, según que se trate del actor o del demandado, es lo que en doctrina se llama integración del litisconsorcio.

2) ¿Puede operar el instituto del litisconsorcio en un proceso arbitral o es exclusivo de la vía judicial y por qué?

R/ El litisconsorcio puede operar, tanto en el proceso judicial como en el arbitral. No hay exclusividad para el proceso judicial, por las mismas razones que se han dado en la respuesta a la pregunta 1, es decir, por la indefensión que sufriría una persona que no ha sido traída al proceso arbitral.

3) En el caso de proceder esta figura en el procedimiento arbitral, ¿por qué no se le conoce como litisconsorcio y se le denomina como extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios?

R/ Se le conoce en el proceso arbitral como extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, por el carácter privado que tiene el proceso arbitral y cuya competencia la adquieren los árbitros de la mencionada cláusula. Por esa razón, es que si en un proceso arbitral el tribunal o el árbitro detectan la necesidad de la presencia de personas que no fueron demandadas o contrademandadas, lo que debe examinarse es si la cláusula arbitral, o acuerdo arbitral, como también se le llama, podría ser extendida a quien o a quienes no firmaron dicha cláusula, partiendo del punto de la intervención que hayan tenido esos signatarios en la relación jurídica respectiva. Por ejemplo, cuando dos sociedades firman una cláusula arbitral y cuando se presenta el conflicto y es necesario acudir al proceso arbitral y resultara afectada una sociedad que no ha firmado dicha cláusula, ésta se puede extender a esa sociedad si es de un mismo grupo económico que el de las sociedades signatarias. Otro ejemplo es el de la sentencia número 1162-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, relativa a personas sobrevivientes a un contrato de compraventa de acciones, pues la cláusula era válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio.

Ahora bien, teniendo un criterio amplio sobre la figura del litisconsorcio, gracias a las definiciones otorgadas por los diferentes autores expuestos, los cuales coadyuvaron para arribar al concepto de esta figura, la jurisprudencia existente, los tipos de este instituto que regula nuestro Código Procesal Civil y las respuestas brindadas por el doctor Olman Arguedas Salazar a las preguntas efectuadas, todo esto para determinar si es posible por medio de esta figura, extender la cláusula compromisoria a los casos de la Teoría del Levantamiento Corporativo, es que se procede a considerar lo siguiente:

En párrafos anteriores, se mencionó que, efectivamente, nuestros tribunales de justicia están teniendo un criterio más amplio al extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, de acuerdo con los diferentes votos en los cuales se han manifestado sobre el tema, sin embargo también, es que esos fallos no permiten determinar que estos sean aplicados en un proceso arbitral en el cual se pretenda hacer esa extensión de la cláusula compromisoria aplicada a la teoría del levantamiento corporativo.

Igualmente, y como complemento del párrafo anterior, ha quedado muy bien demostrado que existen diferentes corrientes que permiten aplicar dicha extensión y que precisamente una de las teorías que faculta para ello lleva el nombre de la Doctrina del Levantamiento Corporativo, pero debido al temor de usar ésta por una posible violación a la Seguridad Jurídica que gozan las sociedades y es que ésta en nuestro país se encuentra solamente como una posibilidad teórica.

En virtud de lo anteriormente expuesto, sumado al hecho que en nuestro medio se carece de normativa expresa para la regulación del tema objeto de esta investigación, es que precisamente, se tomó como una posible solución para el mismo, la figura del litisconsorcio y que con la información obtenida sobre este instituto es que se puede analizar lo siguiente.

En Costa Rica el sustento normativo que se ha utilizado por nuestros tribunales de justicia para los casos donde se aplique la teoría del levantamiento corporativo ante la ausencia de norma expresa sobre el tema, ha sido el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el cual define el Principio de Realidad Económica y que ya fue abordado anteriormente y por otra parte el artículo 22 del Código Civil que explica la no permisión de la ley ante el abuso del Derecho.

Sin embargo, una posible solución al tema del presente trabajo, es la figura del litisconsorcio por lo que ésta representa y aunque sea un instituto que se encuentra en nuestro Código Procesal Civil, no constituye problema para que sea aplicado en un proceso arbitral por medio de la integración de normas como se indicó anteriormente.

Es importante resaltar con esta figura varios aspectos. El primero de ellos para empezar es que el mismo doctor Arguedas indica que esta figura no es exclusiva de la vía judicial y que, por lo tanto, dicho instituto es susceptible, también, de ser aplicado en los procesos arbitrales, argumento que parece sumamente válido debido a que no se indica por ningún lado, ni en ninguna norma, ni jurisprudencia, que la figura del litisconsorcio pertenezca a una u otra vía únicamente.

Como segundo aspecto de importancia, y siguiendo en la misma línea de las respuestas del doctor Arguedas Salazar, es que hace una equivalencia del instituto del litisconsorcio con la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, radicando su diferencia en la privacidad que tiene el arbitraje, sin embargo, tal igualdad de conceptos lo define en el sentido que si en un proceso arbitral, el tribunal tiene conocimiento de la necesidad de traer a personas que no fueron demandadas, debe examinarse si la cláusula puede ser extendida a esos terceros no firmantes en razón de la participación que hayan tenido en la relación jurídica correspondiente.

Con este argumento del doctor Arguedas toma más fuerza la tesis de la aplicación del litisconsorcio a los procesos en los cuales se dé la extensión de la cláusula compromisoria a terceros no signatarios aplicada en los casos de la Teoría del Levantamiento Corporativo, ya que precisamente lo que se busca es que se hagan extensibles esos efectos de la cláusula a los socios de la persona jurídica en virtud de ese vínculo tan arraigado que estos tuvieron en la relación jurídica.

Como tercer aspecto por tomar en cuenta son los presupuestos materiales y procesales del litisconsorcio. Mientras que el presupuesto material se refiere a que la sentencia debe cubrir a todas las personas involucradas en la relación jurídica de fondo, situación que se llevaría a cabo si se hace extensibles los efectos de la cláusula a los socios de una sociedad.

Por su parte, el presupuesto procesal procura evitar una indefensión, ya que el juez o en este caso el árbitro, va a prevenir que se amplíe la demanda contra aquellos que no han sido demandados, entendidos estos como los socios, para que la sentencia o el laudo tenga un resultado práctico sobre todos los intervinientes.

Y como cuarto y último aspecto por tomar en consideración sobre la figura del litisconsorcio, es lo desarrollado en el artículo 22.1 del nuevo Código Procesal Civil que señala sobre el litisconsorcio necesario, donde reza lo siguiente. “Cuando por disposición de la ley o **por la naturaleza de la relación jurídica material**, la decisión deba hacerse con varias personas, éstas deberán demandar o ser demandadas en el mismo proceso.” **(El resaltado es propio)**.

En este sentido, el artículo es sumamente claro al indicar que ya sea por disposición de ley o por la naturaleza de la relación jurídica material, se deban demandar a varias personas dentro de un mismo proceso, situación que queda evidenciada en el momento de extender los efectos de la cláusula a los socios de una persona jurídica por su relación en el negocio jurídico, ya que fueron ellos quienes tomaron las decisiones para que la sociedad actuara de forma irregular.

En virtud de todo lo expuesto anteriormente, ya se pueden tener las bases suficientes para determinar si es posible extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios en los casos de la teoría del levantamiento corporativo, aplicando el instituto del litisconsorcio como vehículo, ante la ausencia de normativa expresa que regule el tema. Sin embargo, antes de arribar a esas conclusiones que se expondrán en el próximo capítulo, es importante meditar lo siguiente.

Es interesante hacer notar que, a lo largo de la presente investigación, se han venido mencionando dos situaciones particulares sobre el tema de la extensión de los efectos de la cláusula compromisoria a terceros no firmantes y la doctrina del levantamiento del velo corporativo y que ambos tópicos se fusionaron para el desarrollo del presente trabajo.

El primero de ellos es sobre el primer punto, es decir la extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, existen diversas corrientes que indican sobre el tema e incluso esas mismas teorías indican en qué casos opera tal extensión, pero no existe ningún cuerpo normativo que señale expresamente su regulación, por lo cual éstas muchas veces quedan en el papel como se mencionó anteriormente.

La segunda situación que tiene que ver con la doctrina del levantamiento del velo corporativo no escapa al mismo problema de la primera, con la salvedad de que, si bien es cierto,

no existe normativa expresa que regule el tema, ésta no es aplicada más que todo por una cuestión de temor por parte de los jueces ante una posible violación al principio de seguridad jurídica de las cuales las sociedades gozan.

En nuestro país, sin embargo, respecto a este segundo punto, cuando los jueces ordinarios deciden aplicar esta teoría lo hacen motivados por las dos normas que se han venido mencionando a lo largo del presente trabajo, como lo son el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y el artículo 22 del Código Civil, que, si bien es cierto, no son normas que regulen expresamente el tema, lo hacen por medio de la integración para resolver el conflicto que se les presenta.

Ahora bien, ante la conjugación de ambos temas en el procedimiento arbitral y la ausencia de normativa expresa que regule estos, se procedió a tomar como posible solución la aplicación del instituto del litisconsorcio, no sin antes investigar esta figura en todos sus aspectos para lograr determinar si ésta puede ser viable y utilizada por un árbitro o tribunal arbitral, ante un conflicto que se le presente con estas características, cuyas conclusiones se expondrán en el capítulo siguiente.

## Capítulo V. Conclusiones y Recomendaciones

Habiendo realizado la investigación correspondiente sobre la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, así como la teoría del Levantamiento del Velo Corporativo, aplicando ambas situaciones en el proceso arbitral, fundamentando la misma en doctrina, jurisprudencia y normativa nacional y extranjera, se puede arribar a las siguientes conclusiones sobre este tema:

1. El procedimiento arbitral es un método de resolución alternativo de conflictos basado en el acuerdo de voluntades de las partes que deciden someterse a esta vía, fundado en el principio de autonomía de la voluntad, y además, de ser una garantía constitucional establecida en el artículo 43 de nuestra Constitución Política.
2. Para que dicho procedimiento pueda darse, debe constar de manera expresa y por escrito la cláusula compromisoria en el contrato.
3. A pesar de lo dicho en el punto primero, es posible extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros no suscriptores cuando estos hayan tenido una participación e injerencia en el negocio jurídico, de acuerdo con las teorías que así lo mencionan y que son la Aceptación Tácita, Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo, Doctrina del *alter ego*, Doctrina del Grupo de Sociedades, *Estoppel* y Tercero Beneficiario.
4. Se puede definir la Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo, como aquella que cuando ante el uso indebido de una sociedad en el que se esté provocando fraude o un menoscabo en el patrimonio de terceros, se penetra a lo interno de esa persona jurídica para descubrir sus verdaderas intenciones y perseguir a sus socios para hacerlos responsables por la actuación de ésta.
5. En materia de arbitraje, la Nueva Ley Peruana de Arbitraje es la que mejor regula el tema de la extensión de la cláusula compromisoria aplicada a la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo, por medio de sus artículos 14 y 40, al indicar el primero, que la

cláusula se extiende a aquellos cuando se determine su participación activa y determinante en el negocio, y el segundo, cuando el tribunal es competente para decidir sobre cuestiones conexas y accesorias.

6. En Costa Rica, a pesar de la ausencia de normativa expresa para regular el tema de la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo, se ha recurrido a los artículos 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que menciona el Principio de Realidad Económica, y el artículo 22 del Código Civil, que no admite el abuso del Derecho y la toma de medidas necesarias para detener su abuso.
7. En virtud de lo indicado en el punto anterior y de acuerdo con la integración de normas, es posible extender los efectos de la cláusula arbitral a los socios de una persona jurídica por medio de la figura del litisconsorcio, por lo que ésta representa y que no es exclusiva de un determinado proceso.

Ahora bien, en virtud de lo manifestado en las conclusiones sobre el tema objeto de esta investigación, se procede a efectuar la siguiente recomendación consistente en la modificación de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, mediante la redacción de una norma que regule de manera expresa los casos en los cuales se pretenda la extensión de la cláusula arbitral aplicándola a la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo, como de seguido se expone:

**“Artículo...**

El árbitro tendrá plena competencia no solo para conocer y resolver del fondo del litigio puesto a su conocimiento, sino que además quedará igualmente facultado para extender la cláusula compromisoria a los socios de una persona jurídica, en aquellos casos donde la relación material de estos por sus actuaciones, fuera determinante en cualquier etapa del negocio jurídico, sin importar que quien haya suscrito el acuerdo arbitral fuese la sociedad.”

## Referencias

- Artavia Barrantes, Sergio. El Proceso Arbitral en Costa Rica, Arbitraje Tomo I, Editorial Jurídica DUPAS, San José, Costa Rica, 1996, página 44.
- Artavia Barrantes, Sergio. El Arbitraje en el derecho costarricense / Sergio Artavia Barrantes.-1ª. ed.-San José, C.R: Editorial Sapiensa; Editorial Jurídica Dupas, 2000.
- Cláusula arbitral, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.
- García Larriva, Hugo. Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica, Ecuador, 2013, Pág. 162.
- <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>
- <https://conciliacion.gov.co/portal/Arbitraje/-Qu%C3%A9-es-Arbitraje/Caracter%C3%A1sticas-de-Arbitraje>
- Ley No. 7727, Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.
- PEYRANO JORGE. El proceso civil. Principios procesales, Buenos Aires, 1978, pág. 278.
- Roque J. Caivano. Arbitraje y Grupo de Sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario, Lima Arbitration N° 1-2006.
- Villalobos López, Adelina y París Cruz, Mauricio; LA CLAUSULA ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS, Revista de Ciencias Jurídicas N° 131(13-42) mayo-setiembre 2013. Pág. 16.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 2009-12215 de 14:45 horas del 5/08/2009
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 10352 de las 14:58 horas del 22/11/2000.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 6144 de 9:43 horas del 4/05/2004.
- <http://www.camex.com.mx/index.php/publicaciones/criterios-jurisprudenciales-relevantes/305-clausula-arbitral-concepto>
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 910-C-07 de 14:00 horas del 18/12/2007.

- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 357-A-03 de las once horas diez minutos del veinticinco de junio del año dos mil tres.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 1162-F-S1-2012 de las catorce horas del trece de setiembre de dos mil doce.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 1063-C-S1-2016 de las diez horas cinco minutos del trece de octubre de dos mil dieciséis.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 1293-C-S1-2016 de las dieciséis horas veintisiete minutos del dos de diciembre de dos mil dieciséis.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 127-F-S1-2017 de las once horas seis minutos del dos de febrero de dos mil dieciséis.
- Instituto Peruano de Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje; Aplicación del Convenio Arbitral a Partes No Signatarias. Intervención de Terceros en el Arbitraje, 2012
- Centro de Conciliación y Arbitraje, Cámara de Comercio de Costa Rica. Resolución No. 04 de las 14:00 horas del 29 de agosto del 2016.
- El Levantamiento del velo social / Rolando Soto Castro, 1ª ed.-San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental, 2015.
- Herrera Fonseca. Rodrigo. La Doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas y su responsabilidad civil por hechos ilícitos penales /Rodrigo Herrera Fonseca. - 1ª ed.-San José, C.R.: IJSA, julio del 2000.
- Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, San José. Sentencia número 81 de las dieciséis horas del veinticinco de abril de mil novecientos noventa y siete.
- Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, San José. Sentencia número 265 de las diez horas del catorce de setiembre de dos mil seis.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia número 28 de las once horas del ocho de junio de dos mil siete.
- Antigua Sala de Casación. Sentencia número 23 de las nueve horas del veintinueve de abril de mil novecientos setenta y siete.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 49 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis.
- Tribunal de Familia. Voto número 33-10 de las trece horas con cuarenta minutos del seis de enero del dos mil diez.

- Tribunal de Familia. San José, a las ocho horas diez minutos del veintinueve de junio del dos mil siete.
- Tribunal de Familia. Voto No. 598-09 de las ocho horas del quince de abril del dos mil nueve.
- Ley Número 63. Código Civil de Costa Rica. 28 de setiembre de 1887. Artículo 22.
- <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol8.pdf>
- <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm>
- [http://www.peruarbitraje.org/pdf/Ley%20Peruana%20Arbitraje/NUEVA\\_LEY\\_PERUAN\\_A\\_DE\\_ARBITRAJE\\_2008.pdf](http://www.peruarbitraje.org/pdf/Ley%20Peruana%20Arbitraje/NUEVA_LEY_PERUAN_A_DE_ARBITRAJE_2008.pdf)
- Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Artículo 8
- Constitución Política de la República de Costa Rica. Artículos 41 y 50
- <http://www.monografias.com/trabajos65/liticonsorcio/liticonsorcio.shtml>
- Código Civil. Artículo 6
- Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley No. 7333). Artículo 5
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 00412 de las nueve horas del veinte de marzo del dos mil catorce.
- Tribunal Segundo Civil, Sección II. Sentencia 00183 de las catorce horas y cuarenta minutos del treinta de junio del dos mil ocho.
- Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 00703 de las catorce horas y cincuenta y cinco minutos del veintiocho de octubre del dos mil tres.

## Apéndices

**Apéndice A**

**SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 1162-F-S1-2012 de las  
catorce horas del trece de setiembre de dos mil doce.**

**EXP: 11-000171-0004-AR**

**RES: 001162-F-S1-2012**

**SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las catorce horas del trece de setiembre de dos mil doce.

Recurso de nulidad del laudo dictado en el proceso arbitral establecido en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, por **MAINOR ALFONSO SOLANO HIDALGO**, empresario; contra **CONSOLIDACIONES KARPA SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada por su presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, José Francisco Fuentes Cambroner, administrador de empresas, vecino de Alajuela; **TRANSAMÉRICA EQUITIES SOCIEDAD ANÓNIMA**; y, **VÍCTOR EMILIO HERRERA ARÁUZ**, divorciado, empresario. Figuran además, como apoderados especiales arbitrales, del actor, el Lic. Hugo Sequeira Solís, de estado civil no indicado; del codemandado Herrera Aráuz, el Dr. Gonzalo Fajardo Salas y la Licda. Mariela Hernández Brenes, soltera; por las sociedades codemandadas, los licenciados Mario Gómez Pacheco y José Antonio Hidalgo Marín. Las personas físicas son mayores de edad y con las salvedades hechas, casados, abogados y vecinos de San José.

### **RESULTANDO**

1. Con base en el Contrato de Compraventa de Acciones, Addendum y Addendum Segundo, suscritos entre Mainor Alfonso Solano Hidalgo y Deerswood Equities Corp. hoy Transamérica Equities S.A., los días 14 de diciembre de 2007, 11 de y 30 enero de 2008, respectivamente, cuyo objeto era la compraventa de acciones; las partes acordaron en su novena cláusula: “9. **Cláusula Arbitral:** 9.1 *En caso de diferencias, conflictos o disputas relacionadas con la ejecución, incumplimiento, interpretación, liquidación o cualquier otro aspecto derivado del presente Contrato, las Partes procurarán resolverlo en forma directa entre sí y con el apoyo de sus respectivos asesores, si así lo consideren pertinente. Si dicho esfuerzo resulta infructuoso, las partes de conformidad con los artículos cuarenta y uno y cuarenta y tres de la Constitución Política de la República de Costa Rica, renuncian en este acto expresamente a la jurisdicción ordinaria y acuerdan resolver el conflicto mediante el procedimiento arbitral, cuya conducción estará a cargo y se hará conforme la reglamentación del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Cada parte designará a un árbitro, de la lista que esté en el citado Centro o no, y entre los dos árbitros designados escogerán al tercer árbitro, quien*

presidirá el panel. 9.2. En caso de que en el momento en que deba resolverse el conflicto, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica no esté prestando los servicios anteriormente referidos, el conflicto se resolverá mediante un proceso arbitral que se tramitará en cualquier otro centro análogo."

2. Con fundamento en los hechos en que mostraron acuerdo y desacuerdo, respectivamente, acude el actor ante el Tribunal Arbitral, a fin de que en laudo se declare: "1) Se orden la resolución TOTAL DEL CONTRATO DE COMPRA VENTA DE ACCIONES, PRESENTADO EN ESTE PROCESO Y LA CANCELACIÓN DE SALDOS DEUDORES Y OBLIGACIONES PENDIENTES DERIVADAS DEL MISMO. 1 a) Subsidiariamente, si el tribunal lo considera de otra manera, **En** (sic) **cuanto a los saldos no vencidos**, Solicito (sic) se ordene el DEPÓSITO DE CERTIFICADOS A PLAZO, por la suma de \$ 210.000. que garantizan parte de esas obligaciones, ante la Dirección del Centro de Conciliación, para liquidarlos o entregarlos según lo que disponga el Tribunal en su momento. En vista de la total incertidumbre sobre su poseedor actual, la actitud maliciosa y MALA FE DEMOSTRADA por la deudora. 2) Se ordene la cancelación de la deuda de CONSOLIDACIONES KARPA S.A. por \$ 150.000 que consta en pagaré, copia presentada, por su negativa a dar las garantías ofrecidas, y por su (sic) actuaciones de MALA FE. 2 a) Subsidiariamente, se obligue a Consolidaciones Karpa S.A. a otorgar las garantías suficientes, para cubrir esos pagos. se (sic) le pida a la deudora, depositar las acciones endosadas, junto con los Libros legales, ante la Dirección del Centro de Conciliación, hasta el efectivo pago de la deuda. en virtud de que no tiene otros bienes. 3) Se solicite al Juzgado Correspondiente (sic) expediente ya indicados (sic), la entrega de las sumas retenidas, en los embargos preventivos, al aquí actor, COMO PAGO PARCIAL DE LAS SUMAS YA VENCIDAS, y se orden la devolución del depósito de garantía, rendido para tal efecto. 4) Que las tres partes demandadas, son conjunta y solidariamente responsables, por el pago de todas las sumas, que llegue a determinar el Tribunal a favor del actor, dado que integran un solo grupo de interés económico, controlado pro una sola persona. 5) Se condene a las partes demandadas, al pago de las costas y honorario del proceso Arbitral en su totalidad, tanto los del Tribunal, como los del abogado director de la demandada, los incidentes y embargos judiciales, y los Gastos (sic) y honorarios del Centro de Conciliación y Arbitraje. 6) Se orden el pago de intereses debidos."

3. Todos los demandados contestaron interponiendo las defensas previas de falta de competencia, indebida acumulación de pretensiones y litis pendencia; así como las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, contrato no cumplido y de pago.

4. La codemandada Transamérica Equities S.A. planteó reconvenición en contra del actor, a fin de que en laudo se declare: 1. *Que en fecha 14 de diciembre del (sic) 2007 Mainor Solano Hidalgo firmó con Transamérica Equities S.A., antes denominada Deerswood Equities Corp. el documento denominado "Contrato de Compraventa de Acciones".* 2. *Que en el contrato denominado "Contrato de Compra Venta de Acciones", Mainor Solano Hidalgo, declaró que no existían en curso litigios judiciales, procedimientos administrativos, ni trámites de cualquier otra naturaleza en contra de ninguna de las empresas de "Grupo Karpa".* 3. *Que según el Addendum Segundo al Contrato de Compraventa de Acciones, la fecha de entrega de las empresas adquiridas, entre ellas Consolidaciones Karpa S.A., sería el día 31 de enero del (sic) 2008.* 4. *Que hasta el día 31 de enero del (sic) 2008, Consolidaciones Karpa fue controlada y administrada por Mainor Solano Hidalgo.* 5. *Que existe expediente administrativo relacionado con una deuda tributaria originada dentro del plazo de la administración de Mainor Solano Hidalgo, en contra de Consolidaciones Karpa S.A, procedimiento del cual el señor Solano Hidalgo tenía conocimiento.* 6. *Que el expediente en donde se tramitaba la deuda fiscal contra Consolidaciones Karpa (sic) S.A., debe considerarse como un "procedimiento administrativo".* 7. *Que cuando Mainor Solano Hidalgo firmó el Contrato de Compra Venta de Acciones y sus dos addendums correspondientes, NO reveló la existencia de la deuda tributaria antes dicha.* 8. *Que Mainor Solano Hidalgo realizó varios pagos de la deuda tributaria, que ascendieron hasta la suma de ¢33.557.055; sin embargo, dejó de cancelar el resto de dicha deuda.* 9. *Que la deuda tributaria no revelada por Mainor Solano Hidalgo, se encuentra aún pendiente de pago con la Administración Tributaria.* 10. *Que en el documento denominado "Addendum Segundo al Contrato de Compraventa de Acciones", se estableció que se crearían certificados de depósito, que irían venciendo en el tiempo, y que se entregarían a Mainor Solano Hidalgo, en el evento de que no existieran contingencias tributarias, y caso contrario, de aparecer contingencias, se utilizarían en beneficio de la empresa afectada con la contingencia. Entre esos certificados, se encontraba uno por la suma de \$40.000.00 que tenía fecha de vencimiento en 25 de enero del (sic) 2001.* 11. *Que Mainor Solano Hidalgo incumplió con la declaración que hizo en el Contrato de Compra Venta de Acciones, puesto que sí había un procedimiento administrativo mediante el*

*cual se está cobrando una deuda tributaria a Consolidaciones Karpa S.A. deuda que se originó antes de que esta empresa fuera adquirida por Transamérica Equities S.A. en fecha 14 de diciembre del (sic) 2007. 12. Que en virtud del incumplimiento de Mainor Solano Hidalgo, al haber ocultado una deuda tributaria, no correspondía entonces la entrega a éste (o la liquidación) del certificado de depósito de \$40.000.00 que se tenía previsto para fecha 25 de enero del (sic) 2011, ya que dicho certificado debía entregarse si no había contingencia alguna pendiente, y sí se había revelado ya para esa fecha la existencia de la deuda tributaria ocultada por Solano Hidalgo. 13. Que no corresponde entregar a Mainor Solano Hidalgo los \$40.000.00 del Certificado de depósito establecido para cubrir contingencias, hasta que la deuda tributaria sea saldada por Solano Hidalgo ante las autoridades tributarias. 14. Que en el evento de que Mainor Solano Hidalgo no pague la deuda tributaria ante las autoridades tributarias, Transamérica Equities S.A., antes denominada Deerswood Equities Corp. puede rebajar las sumas que la empresa que adquirió (Consolidaciones Karpa S.A.) le haya cancelado o le cancele en el futuro a dichas autoridades administrativas. 15. Que en fecha 30 de enero del (sic) 2008 se firmó con Mainor Solano Hidalgo el documento denominado Contrato de Confidencialidad y No Competencia donde éste asumía una obligación o deber de no competencia. 16. Que para garantizar el cumplimiento de la obligación de no competencia de Mainor Solano Hidalgo, este estableció una "garantía de cumplimiento" ante el Banco Scotiabank de Costa Rica S.A., por la suma de \$ 500.000.00 identificada como la número 380000000611 y de fecha 29 de enero del (sic) 2008, siendo el beneficiario de tal garantía la entidad antes denominada Deerswood Equities S.A. 17. Que en el texto de la garantía de cumplimiento número 380000000611 establecida por Mainor Solano Hidalgo, se incluyeron los requisitos necesarios para su ejecución. 18. Que los requisitos establecidos en el propio texto de la garantía 380000000611 corresponden al procedimiento de ejecución que el propio Mainor Solano Hidalgo estableció, y que privan sobre cualquier otro. 19. Que Mainor Solano Hidalgo tuvo vínculos con la empresa denominada ASESORES MARÍTIMOS Y AÉREOS TRASMUNDO S.A., según aparece en base de datos (Datum), de fecha 01/02/2008 hasta 01/07/2008. 20. Que de fecha 01/02/2008 hasta 01/07/2008 Mainor Solano Hidalgo estuvo laborando para la empresa Consolidaciones Karpa S.A. 21. Que la sociedad ASESORES MARÍTIMOS Y AÉREOS TRASMUNDO S.A. tiene un giro comercial que consiste en "comercio, industria, ganadería, agricultura, representaciones marítimas, y la prestación de servicios de transporte aéreo y marítimo de importación y*

exportación de toda clase de mercadería lícita. 22. Que Consolidaciones Karpa S.A., tiene el giro comercial: "Comercio, Industria, Ganadería, Exportación, Importación, podrá pedir toda clase de fianzas a favor de socios o terceros." 23. Que el giro comercial de la sociedad ASESORES MARÍTIMOS Y AÉREOS TRASMUNDO S.A. y Consolidaciones Karpa S.A. son similares. 24. Que Mainor Solano Hidalgo incumplió su obligación de no competencia, por haberse vinculado a otra empresa con un giro similar a la sociedad Consolidaciones Karpa S.A. 25. Que el incumplimiento de Mainor Solano Hidalgo al haberse vinculado con la sociedad ASESORES MARÍTIMOS Y AÉREOS TRASMUNDO S.A. es un motivo válido o legítimo según el "Contrato de Confidencialidad y no Competencia" para haber nuestra representada solicitado la ejecución de la garantía de cumplimiento número 380000000611 ante el Banco Scotiabank de Costa Rica S.A. 26. Que la solicitud de Deerswood Equities Corp. hoy denominada Transamérica Equities S.A., planteada ante el Banco Scotiabank de Costa Rica S.A., para la ejecución de la garantía de cumplimiento número 380000000611, incluyó todos los requisitos que el texto de al citada garantía establecía como necesarios para el correspondiente pago." 27. Que se declare con lugar la presente contrademanda en contra de Mainor Solano Hidalgo, y en el caso de que éste se oponga a la misma, se le condene al pago de ambas costas, las cuales solicitamos se liquiden y refieran expresamente al laudo."

5. El Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, integrado por los árbitros Roberto Yglesias Mora, Alberto Pauly Sáenz y Alfredo Bolaños Morales, en resolución n.º 10-11 de las 11 horas del 24 de agosto de 2011, resolvió: "Se declara parcialmente con lugar la excepción de incompetencia opuesta por los codemandados, acogiéndose únicamente respecto de las pretensiones #2 y #2 a) de la demandada, respecto de las cuales se declara incompetente el Tribunal. Se rechaza dicha excepción a los codemandados Consolidaciones Karpa S.A. y de Víctor Emilio Herrera Aráuz. Manténgase en suspenso el plazo para el dictado del laudo hasta tanto adquiera firmeza la presente resolución y el Tribunal reasuma, en sus caso, el proceso."

6. Los licenciados Mario Gómez Pacheco y José Antonio Hidalgo Marín, en su expresado carácter, revocaron y apelaron; y, el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, integrado por los árbitros Roberto Yglesias Mora, Alberto Pauly Sáenz y Alfredo Bolaños Morales, en resolución n.º 11-11 de las 16 horas del 1º de setiembre de 2011, resolvió: "Se rechaza la revocatoria interpuesto por los demandados en

*contra de la resolución #10-11 de 11 horas del 24 de agosto del (sic) 2011. Se admite el recurso de apelación formulado, debiendo los interesados apersonarse ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Manténgase en suspenso el plazo para laudar hasta tanto resuelve dicha autoridad y el Tribunal arbitral reasuma, en su caso, el proceso arbitral."*

7. El Lic. José Antonio Hidalgo Marín, en su expresado carácter, interpone recurso de nulidad indicando expresamente las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal Arbitral.

8. En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley.

### **Redacta la magistrada Escoto Fernández**

#### **CONSIDERANDO**

I. En la demanda arbitral, el señor Mainor Alfonso Solano Hidalgo, manifestó, el 14 de diciembre de 2007, vendió el capital accionario de las compañías Consolidaciones Karpa S.A., Agencia Aduanal Karpa S.A., Exportaciones Karpa S.A. y Distribuidora Karpa S.A., a la sociedad panameña Deerswood Equities Corp (en adelante Deerswood). Adujo, posteriormente, el señor Victor Emilio Herrera Arauz, actuando como “dueño” y apoderado de Deerswood y Consolidaciones Karpa S.A. (en lo siguiente Consolidaciones Karpa), tomó la dirección de esas empresas. Agregó, de la venta quedó un adeudo a su favor por la suma de USD \$400.000,00; garantizado con certificados de depósito a plazo de Scotiabank, para ser cancelados en las fechas y forma según se detalla en el contrato. Manifestó, sin haber realizado el primer pago de USD \$100.000,00; el señor Herrera Arauz le solicitó mantener esa suma por el plazo de un año, como un préstamo a favor de Deerswood, monto sobre el cual le pagaría un interés mensual. Aseveró, aunque no se firmó ningún documento de garantía, si recibió el pago de los intereses. Indicó, también accedió a realizar préstamos mercantiles a Consolidaciones Karpa, por USD \$150.000,00; respaldados por un pagaré. Argumentó, el día 5 de marzo de 2010, ante sus reclamos por atraso en los pagos, el señor Herrera Arauz improvisó un documento, en el cual introdujo elementos que no habían sido parte de las negociaciones, no obstante, lo recibió, toda vez que no contaba con otro comprobante de esos acuerdos. Así, dijo, según el programa de pagos acordado, debía recibir USD \$40.000,00 el 25 de enero de 2011, desembolso que no fue realizado. Expuso, en su lugar, recibió otro documento por correo, en el cual, el señor Herrera Arauz propone un nuevo addendum para una supuesta compensación de deudas, reconociendo que no ha cancelado las sumas vencidas. Ante esa situación, apuntó, interpuso embargo

preventivo ante el Juzgado Tercero Civil de San José. En ampliación de la demanda, manifestó, que mediante hechos falsos, los representantes de Deerswood, hoy Transamerica Equities S.A. (en lo subsiguiente Transamerica Equities), se apoderaron de la suma de USD \$500.000,00; que garantizaban “*la no competencia*” en el giro comercial de las sociedades vendidas. Alegó, las accionadas constituyen un grupo de interés económico, controlado por el señor Herrera Arauz. El demandante solicita la resolución del contrato de compraventa de acciones y la cancelación de las sumas adeudadas. Subsidiariamente pide, se ordene: a) el depósito de los certificados de depósito por la suma de USD \$210.000,00, que garantizan parte de los compromisos, ante la Dirección del Centro de Conciliación; y b) la liquidación de la deuda de Consolidaciones Karpa por la suma de USD \$150.000,00. En defecto de lo anterior, requiere: a) se obligue a Consolidaciones Karpa a otorgar garantías suficientes para cubrir los pagos pactados y depositar las acciones endosadas junto con los libros legales ante la referida Dirección; b) se solicite al Juzgado la entrega de las sumas retenidas en los embargos preventivos, y la devolución del depósito de garantía rendido a ese fin. Para todos los supuestos, solicita se declare, que las partes demandadas son conjunta y solidariamente responsables y se les imponga el pago de las costas. Las demandadas interpusieron la excepción previa de incompetencia. Alegan, que dos de las partes accionadas no firmaron la cláusula arbitral. El colegio arbitral declaró parcialmente con lugar la excepción, acogiéndola solo en cuanto a la cancelación de la deuda por USD \$150.000,00 y que se obligue a Consolidaciones Karpa a otorgar garantías suficientes para cubrir esos pagos, y depositar acciones y libros legales ante la Dirección del Centro de Conciliación. Mantuvo el conocimiento respecto de Consolidaciones Karpa y Victor Emilio Herrera Arauz. Recurren las codemandadas.

**II.** El representante de los codemandados objeta mediante recurso de apelación la decisión del Tribunal para mantener el conocimiento del asunto respecto de Consolidaciones Karpa y Victor Emilio Herrera Arauz. A pesar de que en el recurso se entremezclan una serie indistinta de agravios, del análisis de la censura planteada, se puede colegir que se trata en realidad de un **único** reproche. Alega falta de precisión sobre el concepto de “personas sobrevinientes al negocio”, lo cual lleva a una interpretación errónea y falta de fundamentación. Aduce, en el considerando III de la resolución, el Tribunal Arbitral cita una resolución, donde se introduce el concepto dicho, sin embargo, no fundamenta adecuadamente su decisión. Añade, no comparte las valoraciones hechas en el considerando V respecto de ese mismo tema. Asevera, es incorrecto interpretar que todo representante de una persona jurídica o física, que participe en una

negociación, “*donde haya un contrato con cláusula arbitral*”, ha aceptado en lo personal vincularse con esa estipulación, pues haría extensivo el compromiso de someterse al arbitraje, sin que para ello haya mediado la expresa voluntad y la necesaria renuncia a la jurisdicción de los tribunales comunes. Lo anterior, expresa, es claro en el caso del señor Victor Emilio Herrera Arauz, quien no asumió derechos ni obligaciones en el negocio realizado entre Transamerica Equities y Mainor Solano Hidalgo, por ello no puede considerársele “persona sobreviviente al negocio”. Reclama, en el considerando III, se hace referencia a la posibilidad de que unas partes queden integradas en el arbitraje y otras no, lo que estima incorrecto. No es posible, argumenta, que en esa sede se declare la existencia de un grupo económico, y que tal declaratoria involucre a una o mas partes quienes no participaron en la cláusula arbitral. Recrimina, en el considerando III, se hace mención a doctrina y jurisprudencia de arbitrajes internacionales, las cuales no son aplicables al caso. Señala, no sería válido suplir la legislación aplicable al asunto, con doctrina o jurisprudencia que aplica en otros contextos. Endilga, la resolución justifica mantener dentro del proceso a Consolidaciones Karpa argumentando para ello, que el señor Hans Peter Schurer firmó un documento diciendo que lo hacía a nombre de “*Empresas que integran el Grupo Karpa*”. Lo anterior, apunta, no es admisible, pues el Tribunal Arbitral no fundamenta con elementos de prueba, las razones que le hacen presumir que el señor Schurer tenía esas facultades. Arguye, tampoco es suficiente para ello, que la negociación sea compleja, ni comparte lo indicado en el sentido de que no se ha cuestionado en el proceso la “adhesión y suscripción”, lo cual es incorrecto, pues, se opuso la excepción de falta de competencia. Refiere, se ha hecho ver al tribunal arbitral que nunca se firmó o aceptó expresamente la cláusula, ni existe mención en los hechos de la demanda a la “adherencia” a la contratación.

**III.** Con base en el numeral 38 de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (en adelante Ley RAC), compete a esta Sala decidir, por vía de apelación, sin trámite adicional alguno ni ulterior recurso, sobre la competencia del Tribunal Arbitral, sin perjuicio de que el tema pueda también ser examinado como causal de nulidad del laudo, cuando por la naturaleza de la discusión o por otra circunstancia no fuere posible resolver el conflicto interlocutoriamente.

**IV.** El Tribunal Arbitral expresó, en el documento base de la demanda, identificado como “*Contrato de Compraventa de Acciones*”, se insertó un acuerdo arbitral, por el cual se les confirió competencia. Dicho, convenio, agrega ese órgano decisor, tiene dos anexos, fechados 11 y 30 de

enero de 2008. Efectivamente, expresan los árbitros, las partes fueron Mainor Alfonso Solano Hidalgo y Deerswood Equities Corp., hoy Transamérica Equities S.A., de modo que no comparecieron ni el señor Herrera Arauz ni Consolidaciones Karpa. Expresan, no obstante, existe antecedente jurisprudencial (Sala Primera, resolución no. 200-2006 de las 15 horas del 7 de abril de 2006), según el cual, si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio, esta vincula incluso a las personas sobrevinientes al negocio, salvo disposición expresa en contrario. Nota el Tribunal Arbitral, que en la especie se acordó firmar el convenio base y otros tres acuerdos complementarios, “...*que se interpretarían en forma integral, conforme al espíritu que ha llevado a las partes a consignar los compromisos que han suscrito, según reza literalmente la cláusula 6.1 del citado convenio principal*”. Aseguran los integrantes del colegio arbitral, el primer anexo refiere un acuerdo de confidencialidad y no competencia, fechado 30 de enero de 2008, el segundo, un convenio de servicios profesionales, de esa misma fecha, y el tercero refiere al arrendamiento de las oficinas. Se trató por ello, afirman, de una contratación compleja, que incluye en el denominado pacto de confidencialidad y no competencia, un acuerdo arbitral adicional e independiente del principal. Dicen, dicha transacción fue suscrita, por el señor Hans Peter Schurer en nombre de Deerswood, indicando que lo hacía además en representación de las “Empresas que integran el Grupo Karpa”. Declaran, asimismo, el anexo de servicios profesionales firmado por el actor y Deerswood, incorpora otra cláusula arbitral. Así, en criterio de los árbitros, existen suficientes elementos de convicción para relacionar a Consolidaciones Karpa con el contrato de confidencialidad y no competencia, que en su primer considerando refiere, que las partes han celebrado un contrato de compraventa de acciones el 15 de diciembre de 2007, mediante el cual el comprador adquirió entre otras, las acciones de Consolidaciones Karpa. Continúan, la referencia expresa a esta empresa y la participación del señor Schurer en nombre del Grupo Karpa, “...*dan motivo suficiente para estimar que efectivamente dicha sociedad se adhirió a esa contratación en particular y por consiguiente, también al acuerdo arbitral insertado en ella, adhesión y suscripción que ninguna parte ha cuestionado en este proceso arbitral, lo que lleva al Tribunal a la convicción y a la conclusión de que la codemandada Consolidaciones Karpa S.A. aceptó la jurisdicción arbitral en los términos contemplados en dicha contratación*”. En cuanto al codemandado Herrera Arauz, estimó ese cuerpo de árbitros, también debe mantenerse ligado al proceso, por el hecho de que es una parte sobreviniente a los contratos suscritos entre el actor y la

empresa hoy denominada Transamerica Equities. Notan los integrantes de esa cámara, que en fecha 5 de marzo de 2010, don Victor Emilio suscribió con el actor un acuerdo concerniente al cumplimiento de obligaciones que según el contrato correspondía a las empresas del Grupo Karpa y a Transamérica Equities. Agregan, en su contestación, el señor Herrera Arauz reconoce que negoció con el señor Solano Hidalgo aspectos atinentes a la ejecución de los contratos relacionados con la compraventa de las empresas del Grupo Karpa. Así, concluyen, si la intervención del señor Herrera Arauz en la ejecución de tales contratos, se dio de modo tal que implicaba un compromiso de cumplimiento de obligaciones resultantes de tales contratos, no cabe remitir al actor a la vía jurisdiccional para discutir la eventual responsabilidad de uno de los partícipes, en el cumplimiento de obligaciones convenidas, por lo que estima el cuerpo de árbitros, que es competente para dirimir el conflicto en cuanto a dichos codemandados.

V. En cuanto al tema de la extensión de la cláusula arbitral, a personas sobrevinientes, esta Sala reiteradamente ha admitido: “... *si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevinientes al negocio. Esto es así, porque en principio lo general comprende a lo particular...*” (resolución no. 357-F-03 de las 11 horas 10 minutos del 25 de junio del 2003), y más recientemente ha indicado esta Sala “*Por lo tanto, ha de concluirse que habrá acuerdo para un arbitraje, cuando se compruebe que las partes lo estipularon, quedó constancia escrita de ello y, además, no cabe duda alguna de la plena intención a someterse a esa vía alterna para resolver conflictos*” (Resolución no. 910-C-2007 de las 14 horas del 18 de diciembre de 2007. Consúltese también el fallo 1180-2010 de las 9 horas 13 minutos del 30 de setiembre de 2010). Observa este órgano decisor, en el contrato firmado entre el actor, y Deerswood (hoy Transamerica Equities) denominado “*Contrato de Compraventa de Acciones*” (folios 11 a 18), fechado 14 de diciembre de 2007, punto 9.1, se incluye una cláusula arbitral para la resolución de disputas relacionadas con la ejecución, incumplimiento, interpretación, liquidación o cualquier otro aspecto derivado de ese contrato. Dicho, convenio, contiene una addenda, la cual fue firmada los días 11 y 30 de enero de 2008, en la cual se pospone la ejecución de los acuerdos relativos a la compraventa de acciones, específicamente, la agenda de pagos acordada, y varios anexos. Si bien, ni el señor Herrera Arauz ni Consolidaciones Karpa comparecen expresamente en dichos contratos, es claro que el Tribunal Arbitral tiene competencia para conocer de la demanda planteada en esa sede en su contra, por

cuanto efectivamente, su participación en los actos objeto del proceso de examen, se ajusta al concepto de parte sobreviniente expuesto por esta Cámara de modo reiterado. Nótese que el 5 de marzo de 2010, el señor Herrera Arauz, suscribió un acuerdo con el accionante, en el cual se modifican compromisos anteriores, suscritos con respecto al “Grupo Karpa”, documento que fue reconocido en la contestación de la demanda por parte del señor Herrera Arauz, como propio de esa negociación (folio 445). Constan asimismo en la especie, los anexos denominados contrato de confidencialidad y no competencia, (folio 322 a 326), y contrato mercantil de servicios profesionales (folios 327 a 329), fechados 30 de enero de 2008. Dichos contratos fueron suscritos por el señor Schurer, quien firmó a nombre de Deerswood así como en representación de las empresas del “Grupo Karpa”. En el considerando I del referido contrato de confidencialidad, como primer punto se establece la relación de dicho anexo, con el Contrato de Compraventa de Acciones suscrito el 15 de diciembre de 2007. Asimismo, denomina a las empresas cuyo capital accionario fue adquirido en su totalidad por Deerswood, como compañías que forman parte del “Grupo Karpa”, a las cuales, según indicación expresa al pie de firma, el señor Schurer dice representar. Este convenio, incluye a su vez en el punto 5.1, una cláusula arbitral. Por su parte, el contrato mercantil de servicios profesionales, alude en su disposición 1.1, a las empresas del Grupo Karpa, como empresas propiedad de Deerswood, incluyendo igualmente, una cláusula arbitral para la resolución de cualquier conflicto entre las partes. Por consiguiente, estima esta Sala, lleva razón el cuerpo de arbitradores, al estimar, sin entrar al fondo del asunto, que existen “suficientes elementos de convicción” para relacionar a Consolidaciones Karpa y Víctor Emilio Herrera Araúz con los contratos en mención, por lo que corresponde al Tribunal Arbitral, en el laudo respectivo, abordar su conocimiento.

**VI.** Con sustento en lo anterior, resulta claro que el Tribunal arbitral es competente, por lo cual procede confirmar la decisión recurrida.

**POR TANTO**

Se confirma la resolución apelada.

**Anabelle León Feoli**

**Luis Guillermo Rivas Loáiciga Román Solís Zelaya**

**Óscar Eduardo González Camacho Carmenmaría Escoto Fernández**

**Apéndice B**

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, SEGUNDO  
CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE. Sentencia número 28 de las once horas del ocho de  
junio de dos mil siete.**

**Exp. 04-000096-161-CA**

**No. 28-2007.**

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE.** Goicoechea, a las once horas del ocho de junio del dos mil siete.

Proceso Especial Tributario promovido por COSTA RICA COUNTRY CLUB, SOCIEDAD ANÓNIMA, cuyo Presidente y representante judicial y extrajudicial es LIONEL PERALTA VOLIO, mayor, casado una vez, ingeniero agrónomo, con cédula de identidad número 1-435-519, vecino de San José; contra el ESTADO, representado por el Procurador Tributario, Juan Luis Montoya Segura, de calidades no conocidas. Figuran como apoderados especiales judiciales de la actora Eric Thompson Chacón, cédula de identidad número 2-427-914, vecino de Santa Ana, y José María Oreamuno Linares, con cédula 1-594-025, vecino de Escazú, ambos casados y abogados, los que pueden actuar conjunta o separadamente.

**RESULTANDO:**

**1-** Que fijada la cuantía de este asunto en la suma de setenta y nueve millones doscientos cincuenta y cuatro mil colones (¢ 79.254.000.00), con base en los hechos que se exponen y citas legales aducidas, la demanda se formula para que en sentencia se declare: "**I. PRINCIPAL. 1.-** [...] *que se revoque totalmente la resolución determinativa de la Dirección General de Tributación, Administración Tributaria Territorial de San José, número DT- 01-R-077-1-0 de las 12:00 horas del 4 de agosto del 2000, así como las resoluciones AU-01-R-0843-0 de las 12:00 horas del 18 de octubre del 2000, de la mencionada Administración, que rechazó el recurso de revocatoria y 451-03 de las 14 horas del 14 de noviembre del 2003 del Tribunal Fiscal Administrativo, que confirmó en todos sus extremos la resolución determinativa de la Dirección General de Tributación. 2.-* [...] *que se declare con lugar el incidente de nulidad absoluta que se interpuso oportunamente en sede administrativa, que fue declarado sin lugar por las resoluciones indicadas y que ahora se reitera. 3.-* [...] *que se anulen y dejen sin ningún valor los traslados de cargos número 2751000006194 y 2751000006291 de la Administración Tributaria Territorial de San José, de la Dirección General de Tributación. 4.-*

*Por conexión, [...] que se ordene al Estado que restituya a mi representada la suma de ¢ 79.254.000,00 en concepto de impuesto sobre la renta de los períodos fiscales de 1997 y 1998 pagada por mi representada como consecuencia del fallo del Tribunal Fiscal Administrativo número **451- 03** de las 14 horas del 14 de noviembre de 2003. La restitución deberá adicionarse con los correspondientes intereses desde la fecha de pago hasta la fecha de la restitución. 5.-*

*Y [...] que, en caso de que El [sic] Estado se oponga a la presente demanda, se le condene al pago de todas las costas de este proceso. **II. SUBSIDIARIA** Como pretensiones subsidiarias a los puntos 1 y 4 de la pretensión principal, formulo las siguientes, quedando las demás iguales: **I.-***

*[...] que se revoque totalmente la resolución determinativa de la Dirección General de Tributación, Administración Tributaria Territorial de San José, número **DT-01-R-077-1-0** de las 12:00 horas del 4 de agosto del 2000, así como las resoluciones **AU-01-R-0843-0** de las 12:00 horas del 18 de octubre del 2000, de la mencionada Administración, que rechazó el recurso de revocatoria y **451-03** de las 14 horas del 14 de noviembre del 2003 del Tribunal Fiscal Administrativo, que confirmó en todos sus extremos la resolución determinativa de la Dirección General de Tributación y en su lugar se disponga que los ingresos de los períodos 1997 y 1998 en concepto de derechos de uso de instalaciones para adquirir la categoría de socio residente deben diferirse en línea recta a lo largo de un período de 30 años o, en su defecto, en el período y con el método que se determine pericialmente constituye el promedio de vida esperado para los adquirentes de dichos derechos. **4.-***

*[sic] Por conexión, [...] que se ordene al Estado que restituya a mi representada la suma de ¢ 79.254.000,00 en concepto de impuesto sobre la renta de los períodos fiscales de 1997 y 1998 pagada por mi representada como consecuencia del fallo del Tribunal Fiscal Administrativo número **451- 03** de las 14 horas del 14 de noviembre de 2003. La restitución deberá adicionarse con los correspondientes intereses desde la fecha de pago hasta la fecha de la restitución. Respecto de esta pretensión se aclara que aún cuando ya existieran períodos vencidos respecto de los cuales correspondiera imputar algunos de los ingresos que correspondieran de acuerdo con el criterio de diferimiento a que se refiere el punto 1 anterior, será responsabilidad de mi representada la presentación de las rectificaciones respectivas o de la Administración Tributaria proceder a una determinación de oficio. No obstante, para el caso de que el Tribunal entendiera que procede una compensación, solicito se ordene al Estado que restituya a mi representada la*

*suma que resulta de restar al importe de ¢ 79.254.000,00 en concepto de impuesto sobre la renta de los períodos fiscales de 1997 y 1998 pagada por mi representada como consecuencia del fallo del Tribunal Fiscal Administrativo número 451-03 de las 14 horas del 14 de noviembre de 2003, el monto correspondiente a los períodos fiscales vencidos que hayan transcurrido hasta la firmeza de la sentencia que produzca este proceso, según el criterio de diferimiento que resulte de la pretensión subsidiaria contenida en el punto 1. anterior. La restitución deberá adicionarse con los correspondientes intereses desde la fecha de pago hasta la fecha de la restitución" (folios 267 y 268).*

**2.-**

Que la representación del Estado contestó en forma negativa la demanda, y solicitó su declaratoria sin lugar en todos sus extremos (folios 273 a 286).

**3.-**

En los procedimientos se han observado las prescripciones de rigor, sin que se noten causales de nulidad susceptibles de invalidar lo actuado.

**Redacta la Juez Fernández Brenes; y,**

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

**DE LA IMPROCEDENCIA DE LAS GESTIONES FINALES FORMULADAS POR LA ACTORA.-**

En escritos presentados a este Despacho a las once horas diez minutos del catorce de junio (folio 541) y a las quince horas treinta minutos del veintinueve de setiembre (folio 542), ambas fechas del dos mil seis, el representante de la Actora solicita que se admita como *prueba para mejor proveer* la testimonial ofrecida con la formulación de la demanda, y que fue denegada por resolución de las dieciséis horas cincuenta minutos del siete de febrero del dos mil cinco, bajo la consideración de que se trata de un asunto "*de puro derecho*" (folios 295 y 296); y subsidiariamente, que se le confiera audiencia para formular conclusiones sucintas. Ambas gestiones son improcedentes, según se explica. En relación con la prueba para mejor proveer, la misma no resulta pertinente -en los términos previstos en el artículo 331 del Código Procesal Civil-, por estimar este Tribunal que no resulta necesaria a las resultas de este proceso, por cuanto, tal y como se indicó al momento de su ofrecimiento, la misma vendría a ratificar las consideraciones dadas en la propia formalización y en otras probanzas, en lo atinente a la

organización y estructura societaria de la actora. Y en relación con la audiencia solicitada, la misma no está prevista en este proceso especial, conforme al artículo 83 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa.

## II.-

### DE LOS HECHOS PROBADOS.-

De importancia para la resolución de este asunto, se tienen como hechos probados los siguientes:

1.) Que mediante *oficio CE-A.A.C.-*

*502-99, del 26 de agosto de 1999, la Dirección General de Tributación* le comunicó al personero del Costa Rica Country Club, S.A. el inicio de una actuación fiscalizadora de esa entidad, que comprenderá el impuesto sobre la renta del período fiscal 98 (octubre de 1997 a setiembre de 1998), motivo por el cual solicita la declaración de la renta de ese período, sus anexos, justificantes de ingresos y gastos, libros de contabilidad y los libros sociales de la compañía (folios 425 y 426 del expediente administrativo); 2.) Que el *23 de noviembre de 1999 se notificaron a la actora los traslados de cargos número 2751000006194 y 27510000062191 de la Administración Territorial Tributaria de San José, de la Dirección General de Tributación*, por concepto de ingresos omitidos en el período 97, en la suma de doscientos cincuenta y siete millones doscientos cuarenta mil colones, lo que representó un incremento en el impuesto sobre la renta de setenta y siete millones doscientos sesenta y dos mil colones para el período fiscal de mil novecientos noventa y siete; y de seis millones seiscientos cuarenta mil colones en el período fiscal de mil novecientos noventa y ocho, lo que representó un incremento en el impuesto sobre la renta de un millón novecientos noventa y dos mil colones; lo que da como resultado final un incremento en el impuesto sobre la renta en esos períodos de setenta y nueve millones doscientos cincuenta y cuatro mil colones (folios 1 a 44 del expediente administrativo, hecho primero de la demanda y contestación, folios 235 y 273 del expediente judicial); 3.) Que mediante escrito presentado a la Administración de Grandes Contribuyentes el *4 de enero del 2000*, la actora interpuso incidente de nulidad e impugnó los traslados de cargos (folios 45 a 63 del expediente administrativo, hecho segundo de la demanda y contestación, folios 235 y 273 del expediente judicial); 4.) Que mediante *resolución DT-01-R-0771-0, de las 12:00 horas del cuatro de agosto del dos mil*, la *Administración Tributaria de San José*, declara sin lugar el incidente de nulidad y la impugnación formuladas (folios 72 a 104 del expediente administrativo, hecho tercero de la demanda y contestación, folios 235 y 273 del expediente judicial); 5.) Que

dicha resolución fue notificada a la actora el 11 de agosto del 2000 (folio 105 del expediente administrativo); **6.)** Que el **4 de setiembre del 2000**, la actora reiteró el incidente de nulidad y formuló los recursos de revocatoria con apelación en subsidio de los traslados de cargos (folios 107 a 122 del expediente judicial, hecho cuarto de la demanda y de la contestación, folios 235 y 273 del expediente judicial); **7.)** Que mediante **resolución número AU-01-R-0843-0, de las 12:00 horas del 18 de octubre del 2000, la Administración Tributaria de San José**, declara sin lugar el incidente de nulidad y el recurso de revocatoria interpuesto, y admite la apelación interpuesta para ante el Tribunal Fiscal Administrativo (folios 123 a 151 del expediente administrativo y hecho quinto de la demanda y contestación, folios 235 y 236 y 273 del expediente judicial); **8.)** Que esa resolución fue notificada al Costa Rica Country Club, S.A. el 24 de octubre del 2000 (folio 152 del expediente administrativo); **9.)** Que mediante resolución número **451/2003, de las 14:00 del 14 de noviembre del 2003, el Tribunal Fiscal Administrativo** rechaza el incidente de nulidad formulado, confirma la resolución recurrida y tiene por agotada la vía administrativa (folios 190 a 205 del expediente administrativo, hecho sexto de la demanda y de la contestación, folios 236 y 237 del expediente judicial); **10.)** Que la anterior resolución fue notificada a la interesada el 17 de febrero del 2004 (folio 206 del expediente administrativo); **11.)** Que la fiscalización tributaria se originó en una denuncia planteada por Emilio Garnier Borella - socio de la actora-, con ocasión de una sanción que el Club le aplicó por conducta indebida en el campo de golf (Asamblea General Ordinaria de Accionistas, celebrada el 13 de diciembre del 2000, folio 43 del expediente); **12.)** Que la actora está conformada como una sociedad anónima, la cual tiene por objeto "*emprender actividades deportivas, recreativas, culturales, artísticas y comerciales*"; y se rige con las siguientes cláusulas -de importancia para la resolución de este asunto-: **a.)** Sobre los beneficios netos podrán ser distribuidos dividendos a los accionistas, cuando así lo acuerde la Asamblea General Ordinaria; y las pérdidas que ocurran se soportarán proporcionalmente entre todas las acciones; **b.)** Ningún accionista puede ser dueño de más de una acción común, prohibición que estará inserta en los títulos; y cuando la Junta Directiva tenga conocimiento de que un accionista es dueño de dos o más acciones, le prevendrá para que en el plazo de treinta días naturales, traspase las que tenga en exceso, y de no hacerlo, la sociedad podrá adquirirlas por su valor en los libros; **c.)** La ***propiedad de una acción no confiere el derecho de visitar el club***, pues ello sólo se adquiere cuando se es admitido como socio mediante los trámites establecidos en los artículos 54, 55 y 56 del Estatuto, que comprende el pago del

valor de la cuota de ingreso y el acuerdo de admisión de la Junta Directiva; **d.)** La Asamblea General Extraordinaria de Accionistas puede: modificar las cláusulas de los Estatutos Sociales; aumentar el capital social; autorizar acciones y títulos no previstos en los estatutos, disolver anticipadamente la sociedad, fusionarse con otras sociedades, y los que la ley le faculte; **e.)** Los *socios del club se dividen en las siguientes categorías*: honorarios, accionistas, residentes, beneficiarios, diplomáticos, visitantes y jóvenes estudiantes; y la Junta Directiva, con el voto afirmativo de los dos tercios del total de sus miembros, podrá crear nuevas categorías y establecer nuevos requisitos; **f.)** Son *socios accionistas* quienes siendo dueños de una acción en la sociedad, haya sido admitidos mediante los trámites previstos en los artículos 54, 55 y 56 del Estatuto, entre los que se exige el pago de la cuota de ingreso; **g.)** Sólo los socios accionistas tienen participación en el capital y en las Asambleas de la Sociedad, por lo que el término socio se usa como simple denominación y se entiende restringido a los derechos y obligaciones que se señalan en el Estatuto y Reglamentos de la Sociedad para las diversas categorías; **h.)** Son *socios residentes* los que han sido admitidos como tales en votación efectuada de acuerdo por la Junta Directiva, previo pago del valor de la cuota de ingreso; **i.)** Solamente los socios accionistas tienen voz y voto en la Asamblea General de Accionistas, y podrán formar parte de la Junta Directiva y del Comité de Vigilancia; sin embargo, la Asamblea General de Accionistas podrá nombrar hasta dos socios residentes para ocupar cargos de vocal en la Junta Directiva, quienes tendrán los mismos derechos y obligaciones de los demás directores, excepto el derecho de voto en las Asambleas; **j.)** Son *derechos y deberes de los socios*: asistir al club y gozar de sus comodidades y diversiones, de conformidad con los reglamentos y acuerdos que dicte la Junta Directiva; hacerse acompañar bajo su responsabilidad de otras personas cuando este derecho no se ejerza en beneficio de quienes hayan visitado el Club por más de una vez en el mismo mes. Su cónyuge, madre, viuda o divorciada, hijas y hermanas solteras, viudas o divorciadas, hijos e hijastros no mayores de veintiún años, podrán visitar al Club cuantas veces lo quieran, aunque no vayan acompañados del socio; los familiares no indicados en el párrafo anterior y las demás personas que acompañen a los socios, podrán usar los campos de deporte mediante el pago de las cuotas y demás condiciones que se fijen en los respectivos reglamentos; todo socio está en la obligación de acatar los Estatutos y Reglamentos del Club, los acuerdos y disposiciones de la Asamblea General de Accionistas o de la Junta Directiva y de pagar las cuotas y todas las obligaciones que él o sus familiares o autorizados para firmar en su nombre y las personas por quienes debe

responder de acuerdo a los Estatutos Sociales contraigan con el Club, dentro de los términos estipulados en el artículo 59 de los mismos; y todo socio que desee renunciar deberá manifestarlo por escrito a la Junta Directiva, no aceptándose otra clase de renuncia; **k.)** El socio que deje de pagar tres o más cuotas mensuales consecutivas perderá su condición de tal; **l.)** El socio que infrinja los Estatutos y reglamentos del Club, o cuya conducta fuere incompatible con el decoro del mismo, o cuyas actividades fueren inconvenientes podrá ser suspendido o separado del Club por la Junta Directiva. Además, serán expulsados del Club, por acuerdo de Junta Directiva: los que hubieren sido condenados por delitos graves; los que hubieren sido condenados por un Tribunal de Honor; los que hayan sido declarados culpables por la Junta Directiva de dar, hacer o provocar escándalos en el Club o cometido fuera de él, actos inmorales de publica notoriedad; los que distrajeren los fondos del Club; y todos aquellos que sin estar enumerados, fueren considerados acreedores a esta sanción por la Junta Directiva (Artículos 3, 6, 7, 13, 42, 44, 45, 50, 51, 54, 59, 71, 72, 75, del Estatuto Constitutivo del Costa Rica Country Club, S.A., folios 180, 181, 189, 191, 192, 193, 195 del expediente judicial); **13.)** Que en Asamblea General Extraordinaria de Accionistas realizada el 5 de agosto de 1991, se decide ampliar el capital social, para lo cual, se autoriza a la Junta Directiva emitir hasta doscientas cincuenta nuevas acciones, de la misma clase y valor, a fin de que alcance a la suma de tres millones trescientos mil colones; lo anterior, para "*facilitarle a los socios residentes y a los hijos de socios accionistas, adquirir la condición de socios accionistas*"; en virtud de lo cual, en sesión del 30 de setiembre de 1991, la Junta Directiva acordó modificar la cláusula quinta de la escritura constitutiva de manera que el **capital social de la sociedad** es la suma de tres millones trescientos mil colones representado por mil cuatrocientas acciones de la serie original y doscientas cincuenta acciones de la serie B. Las acciones de ambas series son comunes y nominativas con un valor nominal de dos mil colones cada una de ellas y se encuentran íntegramente suscritas y pagadas en dinero en efectivo, por las personas que figuran en el Libro de Registro de Accionistas de la Compañía (Artículo 5 del Estatuto, folios 201 a 208 del expediente judicial); y, **14.)** Que conforme a la asesoría solicitada por el Club - compañía KPMG (Pert, Marwick, Mitchell y Co.) y un ex-director de Tributación y ex-vice-ministro de Hacienda-, se determinó que la venta de "*residencias*" no estaban sujetas al pago del impuesto sobre la renta, debido a que se estimó que no eran ingresos ordinarios, sino aportes extraordinarios de capital efectuados por múltiples socios (Asamblea General Ordinaria de Accionistas celebrada el 13 de diciembre del 2000, folio 43 del expediente judicial).

### III.-

#### DEL OBJETO DE LA DEMANDA.-

Como ***pretensión principal***, solicita el personero de la empresa actora que en sentencia se declare la ***nullidad de las resoluciones administrativas -DT-01-R-077-1-0, de las 12:00 horas del 4 de agosto del 2000, AU-01-R-0843-0, de las 12:00 horas del 18 de octubre del 2000, de la Administración Tributaria de San José, y 451- 03, de las 14 horas del 14 de noviembre del 2003 del Tribunal Fiscal Administrativo-*** en las que se estimó que era gravable del impuesto sobre la renta los ingresos percibidos por el Costa Rica Country Club, Sociedad Anónima en los períodos de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho, en concepto de pago de cuotas de ingreso a ese club, que confiere un derecho de uso y de disfrute de las instalaciones sociales y deportivas, en la categoría de "*socios residentes*". Consecuentemente, solicita dejar sin efecto los traslados de cargos (***números 2751000006194 y 27510000062191 de la Administración Territorial Tributaria de San José, de la Dirección General de Tributación***), que determinaron un incremento del pago del impuesto sobre la renta, en la suma total de setenta y nueve millones doscientos cincuenta y cuatro mil colones, así como la devolución de los dineros pagados y la condena en ambas costas al Estado, bajo la estimación de que tales ingresos se constituyen en incrementos extraordinarios del capital social, en ***aplicación del principio de la realidad económica***, contenido en el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en tanto aún cuando tales ingresos no están formalizados según las reglas mercantiles -no están reflejados en una acción-, se trata de aportes patrimoniales de hecho, sobre la base de los siguientes argumentos: **a.)** que se trata de un ingreso que no proviene de la actividad de la empresa, sino del bolsillo de los socios, en este caso del pago de la cuota de ingreso que deben de pagar los socios residentes -y que valga aclarar, debe hacer ***todo nuevo socio del club***, aún aquellos que ostenten la titularidad de una acción-, con lo cual, marca el inicio del vínculo de la relación jurídica de carácter societario que rige esa sociedad, de manera que no se configura dentro del concepto de *renta-producto* que se define en los artículos 1º y 6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, número 7092; **b.)** la naturaleza asociativa de la sociedad, que aún cuando adopta la forma de una sociedad comercial, en los términos regidos en el Código de Comercio, es de orden organizacional; **c.)** que conforme a los Estatutos Sociales de la sociedad, existen diversas categorías de socios, entre ellos los "*socios accionistas*", que son aquellos que ostentan una acción, y que tienen participación en el capital social y ostentan derechos

corporativos (de integración de los órganos de la sociedad, y voz y voto) y los "*socios residentes*", que no tienen ni acción ni derechos corporativos, pero sí el derecho al uso y disfrute de las instalaciones sociales y deportivas de la sociedad, así como los correlativos deberes establecidos en la escritura constitutiva de la sociedad y reglamentaciones de la Junta Directiva. En virtud de lo cual, el contenido del derecho adquirido por el "*socio residente*" coincide con el de una ***acción preferida***, faltando -simplemente- el título valor o la acción, como elemento formal requerido por las regulaciones del Código de Comercio y que echa de menos la Administración Tributaria. En todo caso, advierte, que esta situación fue subsanada en diciembre del dos mil, en que se emitieron los respectivos títulos o acciones, con idéntico contenido, para los socios residentes; **d.)** la existencia de un vínculo parental de los socios residentes con los socios accionistas, al estar limitada la posibilidad de adquirir esta condición -única y exclusivamente- a los hijos de los socios accionistas y de los socios residentes; **e.)** la necesaria distinción entre la ***cuota de membresía*** -relativa al derecho al uso y disfrute de las instalaciones del club y que se configura como un pago que se hace por el derecho a la pertenencia a un grupo social-, y la ***cuota de mantenimiento***, que se paga por uso del activo, que se da a lo largo de un número indefinido de años, se haga o no uso de las mismas. Como **pretensión subsidiaria**, solicita que se anulen las señaladas actuaciones administrativas y dejen sin efecto los indicados traslados de cargos, pero con otro fundamento, esto es, que en el eventual caso de que el Tribunal estime la sujeción al gravamen del impuesto de la renta de tales ingresos percibidos por la sociedad Costa Rica Country Club, permita su pago diferido en el tiempo, en atención a que debe dárseles el tratamiento de gastos de operación, por el derecho de uso de las instalaciones del club, a modo de usufructo o alquiler, ya que este uso no se realiza ni completa en el período fiscal en que se realiza el pago, sino que se extiende en el tiempo, caso contrario se estaría lesionando gravemente la regla del devengo. De manera que, conforme al artículo 18 de las Reglas Internacionales de Contabilidad, debe dársele el trato de ingreso diferido, con lo cual debe registrarse como débito hasta que se complete el servicio o contraprestación debida (en este caso, el uso de las instalaciones), el cual, fija, prudencialmente, en el plazo de treinta años, según el criterio que refleja el calendario, la naturaleza y valor de los servicios suministrados. También solicita la condena al Estado en el pago de ambas costas. Por último, la sociedad actora **reitera el incidente de nulidad que planteó en la vía administrativa**, por cuanto el oficio en virtud del cual se inicia la labor de fiscalización tributaria **-CE-A.A.C.-**

*502-99, del 26 de agosto de 1999, de la Dirección General de Tributación, Administración Tributaria de San José, Subgerencia de Fiscalización-* no determinó el criterio objetivo de selección del contribuyente, limitándose a transcribir el inciso g) del Reglamento sobre criterios objetivos de selección de contribuyentes para fiscalización, Decreto Ejecutivo número 25.925-H, del treinta de agosto del dos mil, y sus reformas, el cual contiene tres presupuestos diferenciados (por denuncia, por conocimiento de hechos de trascendencia a través de medios de comunicación colectiva y por aplicación de sanción tributaria); teniéndose en cuenta que la determinación tributaria debe hacerse cumpliendo todas las formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico, bajo pena de nulidad absoluta, de donde, estos criterios objetivos de selección se constituyen en garantía del contribuyente, por implicar una invasión en la esfera de la intimidad de éste, lo que hace que la potestad de fiscalización sea reglada - sustentada en causales previamente determinadas- y atienda a la debida motivación, en tanto la causal alegada debe ser constatable en las hojas de trabajo. A tal efecto, cita las resoluciones 170-P-2003 y 427-2003, ambas de la Sala Primera del Tribunal Fiscal Administrativo, en los que anuló toda la labor de fiscalización tributaria y los correspondientes traslados de cargos por omisión en la indicación del criterio de selección, y no contar con el respaldo documental que permitiera su real y efectiva concurrencia. Alega que el no haber determinado con precisión la causal objetiva aplicable en este caso le causó una grave indefensión, por no saber a ciencia cierta cual criterio le fue aplicado.

#### **IV- DE LOS ALEGATOS DE LA REPRESENTACIÓN DEL ESTADO.-**

Se *opone la representación del Estado a la demanda principal formulada* bajo la consideración de que la determinación de cargos del impuesto sobre la renta para los períodos fiscales de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho realizada por la Administración Tributaria está debidamente sustentada al estimar falsas e ilegales las declaraciones de la renta aportadas por la sociedad actora, al revelar el estudio de auditoría que la venta de membresías a hijos de socios accionistas y socios residentes se constituyen en *ingresos de operación* en tanto responden a la venta del derecho de uso y disfrute de las instalaciones sociales y deportivas, y en tal virtud gravables con este impuesto -al tenor de los artículos 1° y 5 de la Ley 7092-, al no serles de aplicación la exoneración establecida en el inciso a) del artículo 6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que no contempla expresamente los pagos de membresía; lo que los descalifica como *aportes o ingresos patrimoniales*. Evidenció que la actora no utilizó los

procedimientos normales para registrar estos ingresos, en tanto no reúnen los requisitos esenciales y formales establecidos en las regulaciones del Código de Comercio para ser tratados y tenidos como verdaderos aportes al patrimonio, al no constar acuerdo en el que se registrara su aumento del patrimonio, no se modificó el pacto social, los sujetos que pagan la cuota de ingreso no adquieren la condición de socio, toda vez que no derivan derecho alguno sobre el patrimonio de la sociedad, ni tampoco obtienen derecho a dividendos, ni pueden asistir a la Asamblea General de Accionistas, aunque sí pueden integrar algunos puestos (los de vocales) de su Junta Directiva. También se evidenció un erróneo tratamiento contable de estos ingresos, los cuales se registraron en el código contable de la cuenta "*provisión incobrables*", trasladado a la subcuenta de "*gastos acumulados por pagar*"; créditos que fueron emitidos a favor de los solicitantes, y no de socios-accionistas. Agrega que, conforme a la definición que la legislación hace de renta, ***ésta grava el enriquecimiento proveniente de terceros, que sea de origen costarricense***. Y que es lo cierto, que la actora está comprendida como sujeto contribuyente del impuesto sobre la renta, en tanto realiza actividades de carácter lucrativo (deportivas, recreativas, culturales, artísticas y comerciales), reservadas a un grupo de personas, pero que no por ello se desvirtúa el carácter empresarial, ya que tiene evidentes fines de lucro. Afirma que el ingreso gravable no puede ceder ante el método de la realidad económica -como mecanismo para interpretar el hecho generador-, por cuanto el mismo no puede definirse atendiendo a la forma como opera en su ámbito interno la empresa contribuyente. De igual suerte, ***refuta la pretensión subsidiara***, al señalar que el pago diferido que propone la actora carece de fundamento porque el monto pagado no se hace en función del disfrute particularizado de los bienes o activos de la empresa, sino que confiere un derecho de pertenencia a un club social y deportivo, que permite un uso y disfrute de sus instalaciones, por el plazo pactado; siendo que su pago se hace en un período fiscal determinado. Por último, también objeta el incidente de nulidad planteado, por cuanto el ordenamiento jurídico únicamente exige que para que un contribuyente sea fiscalizado, la Administración Tributaria debe sustentarse en alguno de los criterios objetivos establecidos, siendo que ni el Código Tributario ni el Reglamento General de Gestión, Fiscalización y Recaudación Tributaria consagran esos criterios como derechos o garantías del contribuyente, en el sentido de que su inobservancia conlleve a la nulidad absoluta. En todo caso, en el caso concreto, observa que la Auditoría sí cumplió con el artículo 67 del citado reglamento, al contener el criterio de selección

aplicable, y la actora ha tenido oportunidad suficiente de oponer defensa, primero en la vía administrativa, y ahora en la jurisdiccional.

V.-

#### **DEL INCIDENTE DE NULIDAD ABSOLUTA.-**

Se resuelve de primero el incidente de nulidad planteado por ser de previo y especial pronunciamiento. Estima este Tribunal que el mismo debe desestimarse por los siguientes motivos: En **primer lugar**, el ejercicio de la potestad fiscalizadora tributaria está sustentada en el **poder tributario que dimana directamente de la Carta Fundamental**, que le faculta, no sólo para imponer las diversas cargas tributarias mediante norma legal, sino para requerir su debido pago, esto es, la función de gestión tributaria, que comprende, no sólo funciones esencialmente de liquidación, sino también de fiscalización, y que comprende la comprobación e investigación de las determinaciones tributarias, para corroborar que lo tributado y recaudado se adecua a las previsiones legales tributarias, ya sea **oficiosa o de revisión**, potestad que encuentra asidero en el artículo 103 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y le faculta para verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales, por los medios y procedimientos legales previstos. Por ello, es que, "*La Administración Tributaria está facultada para verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por todos los medios y procedimientos legales*" (artículo 103 del Código Tributario), para lo cual se le autoriza para "*Cerciorarse de la veracidad del contenido de las declaraciones juradas por los medios y procedimientos de análisis e investigación legales que estime convenientes, al efecto de determinar la verdadera magnitud del hecho imponible y el tributo correspondiente*" (inciso b) del citado artículo 103 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios). Para llevar a cabo esta labor se faculta a la Administración Tributaria a requerir a los contribuyentes "*la presentación de los libros, los archivos, los registros contables y toda otra información de trascendencia tributaria, que se encuentre impresa en forma de documento, en soporte técnico o registrada por cualquier otro medio tecnológico*" (artículo 104 del citado Código Tributario). En **segundo lugar**, es lo cierto que el principio de legalidad sujeta toda la actuación de la Administración Pública -conforme lo dispone los artículos 11 de la Constitución Política y desarrolla el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública-; y también lo es -como lo afirma la sociedad actora- que el establecimiento de criterios objetivos de selección de contribuyentes se constituyen en una garantía para los administrados, en tanto la actuación de la Administración debe estar

debidamente motivada. Ahora bien, en el artículo 106 del Código Tributario se impone la obligación -para la Administración Tributaria- de sustentar el ejercicio de la potestad de fiscalización *cuando se trata de requerir información de terceros*, esto es, no cuando la investigación se desarrolla respecto de la propia condición de contribuyente, como sucede en este caso, por lo que la motivación de la fiscalización no debe residenciarse un criterio objetivo de selección del contribuyente, sino en la potestad genérica de la Administración, que dimana, primariamente del orden constitucional y que desarrolla el citado artículo 103 del Código Tributario, disposición que sí está contenida en el referido oficio CE-A.A.C.-

502-99. En **tercer lugar**, conforme a la teoría de las nulidades, no resulta procedente declarar una nulidad por la nulidad misma, por lo que la misma debe verse reflejada en un beneficio directo para la parte que lo alega. En el caso en estudio, es lo cierto que no se concretó o individualizó la causal que motivaba la investigación tributaria a la actora, pero se reitera, la misma no era necesaria, en atención a que no se trataba de una investigación en relación a un tercero contribuyente. Además, dicho acto *no es uno final* -que pueda causar perjuicio grave al contribuyente, sea imponiéndole obligaciones o suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos-, sino apenas uno *preparatorio del procedimiento tributario*, en tanto su contenido está referido al acceso de la documentación tributaria a efecto de iniciar la fiscalización, y que como tal, no causa perjuicio al administrado, en tanto ni siquiera se trata del acto inicial del procedimiento tributario -este es el traslado de cargos, como lo consideró la Sala Constitucional en sentencia número 2000-6039, de las once horas del catorce de julio del dos mil. Por último, cabe advertir que esta situación no le causó ninguna indefensión a la actora, que ha podido ejercer su debida defensa, con la impugnación de los traslados de cargos y actuaciones administrativas que las han confirmado, tanto en la vía administrativa, como ahora en la vía jurisdiccional; y en nada se ha visto afectado ese derecho por la supuesta falta de conocimiento de la causa que motivó esta investigación, que en todo caso no era desconocida por la actora, ya que siempre supo que lo fue con ocasión de una denuncia formal planteada ante la Dirección General de Tributación Directa, formulada por Emilio Garnier Borella, socio de esa entidad, a quien le habían aplicado una sanción administrativa. Nótese que la individualización de esta causa en nada viene a afectar el ejercicio de la potestad de fiscalización de la Administración Tributaria, según se ha visto.

## VI.-

## **DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN EN LA MATERIA TRIBUTARIA.-**

En atención a que el objeto de la litis se circunscribe a determinar si resulta procedente la gravación que hace la Administración Tributaria de los ingresos percibidos por la sociedad Actora en los períodos fiscales de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho en concepto de venta de membresías de un club social, en la categoría de socio residente, resulta de importancia, antes de realizar su análisis, referirnos a las reglas de la interpretación en materia tributaria, por cuanto para esta tarea se requiere hacer la determinación de si resulta o no procedente la adecuación del hecho imponible al supuesto fáctico, es decir, comprende una labor interpretativa. Cabe advertir que por *interpretación* se entiende la

"Acción o efecto de interpretar; esto es, declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa o de un texto incompleto, oscuro o dudoso. **De las leyes.** La aclaración fundada de una ley y del espíritu de las normas legales, para conocer su verdadero sentido y determinar su alcance o eficacia general o en un caso particular." Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta, Décimo Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina, 1998, p.210.)

De manera que se trata de la actividad de carácter cognoscitiva que tiene como objeto averiguar el sentido de la norma jurídica, y que resulta necesaria para su aplicación. Se han desarrollado diversas teorías de interpretación en esta rama del derecho, tales como la *estricta o literal*, que tienen a las normas tributarias como odiosas o restrictivas de la libertad individual, y se sustenta en el principio *in dubio contra Fiscum* (considerada como paralela del *in dubio pro reo*, propia del Derecho Penal); la *restrictiva de las normas de exención*, que defiende una interpretación favorable al fisco al reputar como excepcionales o singulares las disposiciones que establecen exenciones o beneficios fiscales; la *económica*, que toma en consideración la realidad económica que norma, por lo que valora la finalidad, contenido económico y la evolución de las circunstancias, con lo cual, permite entender que aún cuando no se empleen términos jurídicos para describir ciertas operaciones, su calificación se hace atendiendo al contenido económico de las mismas, prescindiendo de la forma jurídica; y la *funcional*, que sostiene la necesidad de analizar el fenómeno financiero integrando el momento jurídico con el económico, el político y el sociológico; de manera que tiene especial relevancia el principio de la capacidad económica. (PÉREZ ROYO, Fernando. Derecho Financiero y Tributario. Parte General. Editorial Civitas. Décima Edición. Madrid. España. 2000. pp. 88 a 91). Esta situación es regulada en nuestro

ordenamiento jurídico tributario, propiamente del artículo 6 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, con fundamento en el cual, esta actividad se informa con "*todos los métodos admitidos por el Derecho Común.*" Ello **presupone que son aplicables los métodos interpretativos dispuestos en el Código Civil**, concretamente en los artículos 9 -la jurisprudencia vinculante-, 10 -método literal-, 11-*ratio legis*-, 12 -analogía- y 14 -carácter supletorio-, que se nutren de la interpretación histórica, la lógica, la gramatical y la sistemática, métodos todos que tienen como finalidad última desentrañar la voluntad del legislador. (En igual sentido, puede consultarse la sentencia número 428-2006, de las catorce horas del veintisiete de octubre del dos mil seis, de la Sala Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo.) Sin embargo, cabe advertir que, aún cuando en forma general es posible realizar una interpretación integrativa, e inclusive analógica en la materia tributaria, a fin de llenar vacíos normativos, es lo cierto que el propio artículo 6 del Código Tributario es claro en señalar que dicho método **no es aplicable en el ejercicio de la potestad tributaria propia del Estado en dos supuestos concretos: ni para imponer un tributo ni tampoco para reconocer una exoneración**, por cuanto es materia que está reservada a la ley formal y material, conforme al artículo 121 inciso 13) de la Constitución Política, y que desarrolla el artículo 5 del citado Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en virtud de lo cual, es el legislador al que compete no sólo la definición del tributo como tal y de todos sus elementos esenciales, sino también de los supuestos de no sujeción y de exoneración. Ello quiere decir que, es la norma legal la que define si una actividad o utilidad está o no sujeta a un gravamen, sin que se pueda -por aplicación extensiva de la disposición- diferenciar donde la norma no lo hace ni abarcar supuestos no determinados específicamente en la norma.

## VII.-

### DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA Y SU APLICACIÓN EN LA MATERIA TRIBUTARIA.-

En concordancia con lo anterior, es lo cierto que **nuestro ordenamiento jurídico tributario establece un principio interpretativo propio y especial, contenido en el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que contiene el principio de la realidad económica,**

"[...] como 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 [...]" (Sentencia de Casación número 000825-F-2006, de las

ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de octubre del dos mil seis, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.)

Este principio tiene una eminente 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* (en este sentido, consultar la sentencia número 76-91, de las catorce horas veinte minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y uno, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia); esto es, prescindir de las formas o apariencias jurídicas para aplicar la legislación tributaria según la realidad de los hechos económicos, que no siempre son coincidentes con aquéllas, para que la norma financiera cumpla la función prevista. (GUILIANI FONROUGE, Carlos M. Procedimiento tributario. Ediciones Depalma. Quinta edición, actualizada y ampliada por Susana CAMILA NAVARRINE. Buenos Aires. Argentina. 1993. p. 58.) Es así como en esta materia el método de interpretación sí distingue entre la llamada intención empírica y la intención jurídica de los actos y contratos, como lo señaló con anterioridad nuestro Tribunal de Casación:

*"En primer término, en él se distingue entre la llamada intención empírica y la intención jurídica en los actos y contratos, a base de considerar que la primera es la que se encamina a obtener el resultado práctico, para cuyo fin, el acto se realiza; mientras que la segunda es la que, mediante la adecuación o encuadre del negocio a una fórmula legal autorizada, se dirige a obtener los efectos jurídicos deseados. En el campo del Derecho Civil, se toma en cuenta la fórmula jurídica. En el Derecho Tributario, es posible apoyarse en una de las dos, de manera que aunque puede ser solamente la jurídica, también está permitido fundarse e interesarse tan sólo en la intención empírica de las partes, por encima de las formalidades creadoras de efectos legales. En otros términos, el Derecho fiscal, para los fines del tributo, intenta seguir a las partes en su intención empírica, y no en lo referente al régimen jurídico a que se han sometido, [...] porque la única fuente de la cual deben nacer las consecuencias tributarias es la ley."* (Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 23-1977, de las nueve horas del veintinueve de abril de mil novecientos setenta y siete.)

Por su contenido e implicaciones prácticas es que la doctrina ha denominado este principio como "*doctrina de la transparencia fiscal*" o "*doctrina de la penetración o desestimación de la personalidad jurídica*" (sentencia número 49-1996, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos

del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia), en tanto -se insiste- se aboga por prescindir de las formas jurídicas cuando éstas son inapropiadas a la realidad de los hechos gravados o poseen un fundamento o finalidad distinto de la norma tributaria, con lo cual, su finalidad es esclarecer plenamente las circunstancias reales, levantar el velo de la personalidad jurídica para aprehender la realidad de los hechos. Y aún cuando se originó para corregir las anomalías y prácticas elusivas de los contribuyentes (límite para el contribuyente, al obligarle a actuar con transparencia en sus relaciones jurídico-tributarias, en tanto conforme al citado artículo 8 del Código Tributario se sanciona el abuso de las formas jurídicas dentro de un contexto contrario a su naturaleza y fin, con el único propósito de evadir y disminuir sus obligaciones tributarias), también ***tiene plena aplicación para determinar el límite del ejercicio de la potestad tributaria cuando éste es excesivo*** (cuando la Administración Tributaria intenta cobrar impuestos sobre actividades ajenas a la realidad tipificada por la norma tributaria), por cuanto, es lo cierto que ***la prescindibilidad de las formas jurídicas en la interpretación de los asuntos tributarios es una regla general del ordenamiento jurídico tributario***, por lo que bien puede concluirse que este principio se erige como límite y garantía de la Administración y de los contribuyentes, en tanto lo que la norma pretende - artículo 8 del Código Tributario- es la prevalencia de la realidad, indistintamente del tipo de afectación (positiva o negativa) que pueda producir a los sujetos de la relación. En manifestación de lo anterior es que la aplicación de este principio

*"[...] no puede transformarse en un instrumento de legitimación de enriquecimientos sin causa de las arcas del Estado. Desde este plano, el agente público debe transitar con cuidado a través de las pruebas y realidad que subsiste en el fondo del cuadro fáctico, para dilucidar la verdad real de los hechos. Pero a la vez, ha de estudiar con precisión, si las figuras utilizadas son mecanismos de elusión que en el fondo, ocultan una realidad material distinta a la formal cuya intencionalidad última es la reducción de las cargas contributivas, o si por el contrario, existe una armonía entre ambas realidades y no se genera ningún quebranto a los deberes tributarios. Esto es indispensable para luego inferir con certeza razonable, si la relación jurídica suscrita entre privados es un *fraus legis*, o si más bien, se trata de un negocio sin efecto lesivo para los intereses del fisco." (Considerando VI. de la Sentencia de Casación número 000825-F-2006, supra citada.)*

Se trata entonces de la *forma en que se determina y valora el supuesto del hecho generador*, que comprende la necesaria adecuación del efecto jurídico previsto al hecho, a través, primero de la realidad supuesta por la norma (supuesto de hecho) y segundo a la realidad, es decir, al hecho ocurrido en el tiempo y en el espacio, lo que ocurre, no sólo en los supuestos en el que el intérprete se encuentre con formas jurídicas propias de otras ramas del Derecho -y por lo tanto ajenas a la naturaleza y fines del Derecho Tributario-, sino también cuando la norma sometida a interpretación y aplicación pertenece al propio ordenamiento tributario (NAVARRO FALLAS, Román. Los principios jurídico constitucionales del Derecho Tributario. Revista IVSTITIA. Año 12, número 139-140, p. 39.) De manera que para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se debe atender a la realidad, sea, a los actos y situaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan los contribuyentes, con prescindencia -si es necesario para un mejor entendimiento- de todo formalismo o estructura jurídica. Es sobre esta base que se *apreciará* el hecho imponible que se discute en este proceso especial tributario, es decir, se intentará determinar la genuina naturaleza, alcance y contenido de los ingresos percibidos por la sociedad actora -Costa Rica Country Club, S.A.- con ocasión de la venta de derechos de asociación a su club social en los períodos fiscales de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho en la categoría de socios residentes, para corroborar si son gravables con el impuesto sobre la renta, conforme a la Ley que establece este tributo, sea la número 7092.

#### **VIII.-**

#### **DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INGRESOS CUESTIONADOS.-**

La investigación realizada por la Administración Tributaria determinó que en los períodos fiscales de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho, la sociedad actora -Costa Rica Country Club, S.A.- generó un ingreso de doscientos cincuenta y siete millones quinientos cuarenta mil colones y de seis millones seiscientos cuarenta mil colones respectivamente, con ocasión de la venta de membresía (derecho de ingreso al club a los hijos de los socios accionistas y socios residentes); los cuales fueron registrados en el balance de situación y en las declaraciones del impuesto en la cuenta de patrimonio denominado "*Contribuciones patrimoniales*". Por diferir de dicho criterio -que les dio tratamiento de aportes al capital social- es que dictan los traslados de cargos números 2751000006194 y 2751000006291, en los que determinó un incremento del pago del impuesto sobre la renta en los citados períodos fiscales por

la suma total de setenta y nueve millones doscientos cincuenta y cuatro mil colones (setenta y siete millones doscientos sesenta y dos mil para el período del noventa y siete, y un millón novecientos noventa y dos mil para el período del noventa y ocho), bajo la consideración de que no habían sido reportados como ingresos gravables los percibidos en dicho concepto, por cuanto integran la renta bruta de la empresa, al tratarse de una "*venta de derechos de ingreso*" (por el monto de un millón quinientos mil colones para los hijos de los socios accionistas y dos millones ciento cuarenta mil colones para los hijos de los socios residentes), pago que le permite el uso y disfrute de las instalaciones -y que no excluye el pago de la cuota de mantenimiento-, sin la correlativa adquisición de los derechos inherentes a la propiedad que le otorga el título de una acción a aquel que sí ostenta la calidad de socio accionista, de manera que no tiene derecho a percibir dividendos, ni tampoco el de asistir a las asambleas de accionistas. Asimismo, la Administración Tributaria valoró que en ningún momento se adoptó un acuerdo para tener por ampliado el capital social de la sociedad, ni el destino que se daría a esos aportes, y el pago fue realizado directamente por los beneficiarios y no por los socios accionistas; así como tampoco previó la asignación de una cuenta especial patrimonial a este tipo en su respectivo Manual o Catálogo de Cuentas, en atención a que la venta se hizo bajo el sistema de crédito -mediante un pagaré-, para lo cual se utilizó la cuenta "*Provisión para incobrables*" en la subcuenta denominada "*Gastos acumulados por pagar*". Al no contar esos ingresos con ningún respaldo que hiciera presumir que los mismos fueron efectuados por los socios accionistas bajo las formalidades y solemnidades de un "*aporte de socio*" es que estima que debió dársele el trato de *ingresos de operación*, los cuáles sí están afectos al pago del impuesto sobre la renta conforme al artículo 5 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Por tal motivo, la Administración Tributaria concluye que el objetivo de la contribuyente fue confundir al fisco, dándole una denominación que no corresponde ("*membresía*") a la realidad de la situación evaluada, a fin de evitar el pago del treinta por ciento de esa suma, por concepto del impuesto sobre la renta. Este criterio fue reiterado en las resoluciones DT-01-R-0771-0, de las doce horas del cuatro de agosto del dos mil y AU-01-R-0843-0, de las doce horas del dieciocho de octubre del dos mil, ambas de la Administración Tributaria de San José y la número 451-2003, de las catorce horas del catorce de noviembre del dos mil tres, del Tribunal Fiscal Administrativo.

## IX.-

*Comparte este Tribunal el criterio esgrimido por la Administración Tributaria, precisamente en aplicación del principio de la realidad económica -que alega infringido la actora para sustentar su tesis-, que hace evidente que los ingresos por venta del derecho de membresía del Costa Rica Country Club, S.A. se constituyen en ingresos patrimoniales de la actora, que no pueden conceptualizarse como aportes de capital, por lo que en tal virtud son gravables del impuesto sobre la renta, conforme las previsiones legales de la Ley que regula este tributo (número 7092), al configurar el hecho imponible dispuesto en el artículo 1° de la citada normativa;* circunstancia que hace constar que la actora intentó disfrazar tales ingresos, precisamente con la finalidad de evadir el pago de esta obligación tributaria. Para llegar a esta conclusión se estimaron las siguientes consideraciones: **Primero:** *No es cierto que la actora se constituya en una sociedad de carácter o naturaleza asociativa*, esto es, de tipo organizacional, en la que hay una actividad común dirigida a un resultado, en la que la categoría de socio-accionista es una más de la sociedad, como lo alega, *en tanto adopta formalmente la forma de una sociedad anónima*, conforme a los requisitos establecidos en los artículos 18 y 104 del Código de Comercio, esto es, la asociación de dos o más personas, en las que cada una de ellas aporta un capital o algo en común (representado en acciones), con la finalidad de repartir entre sí las ganancias o pérdidas que resultan del desarrollo de la actividad que han fijado como objetivo de la misma; y como tal, está sujeta a todas las disposiciones normativas que regulan este tipo de sociedades. **Segundo:** *El pago de la cuota de ingreso cuestionado no confiere la condición de socio de la actora, en su condición de sociedad anónima.* Al respecto debe tenerse en cuenta que conforme a la doctrina *las sociedades anónimas se caracterizan por tres elementos distintivos: la división del capital en acciones, la necesidad de que los socios formen con sus aportaciones ese capital y la ausencia de responsabilidad personal por las deudas de la sociedad* (GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1987. p. 114); y la normativa que rige la materia (artículos 102 y 104 del Código de Comercio) establece como característica diferenciadora de las sociedades anónimas, *la división del capital social en partes figuradas por acciones pagadas a través de contribuciones de los socios*, circunstancia que lleva a concluir que *"el capital social es la pieza esencial de este tipo de sociedad"* (Ídem). Es lo cierto que *la condición o cualidad de socio de una sociedad de esta naturaleza está determinada en el aporte que se haga al capital social*, y es en proporción a esta prestación de capital que se mide la extensión de los derechos sociales y la participación en la

vida de la sociedad y en la distribución de beneficios, en tanto le confiere a su titular **derechos corporativo-políticos**, de participación en las asambleas y de votar en ellas; así como los de **contenido económico**, concernientes a participar en el reparto de dividendos y de participar preferentemente en los aumentos de capital de la sociedad (CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. Primer Curso. Editorial Porrúa. México. 2000. pp. 88 y 89). Y aún cuando los derechos económicos son accesorios -en atención a que la principal función de la acción es la de conferir a su titular la calidad de socio- es lo cierto que no pueden faltar. Conviene aclarar que esta condición de socio se adquiere y comprueba con el pago y tenencia legal de una acción (artículo 120 del Código de Comercio), las cuales adquieren la cualidad de título valor, en tanto representa "*la parte alícuota del capital social y, además del título en que tal parte alícuota se representa*" (CERVANTES AHUMADA, Raúl. Op. Cit. p. 90). Si bien es cierto que en principio, todas y cada una de las acciones tendrán el mismo valor, y por ello, confieren los mismos derechos, no debe obviarse que en el acta constitutiva de la sociedad pueden establecerse diversas categorías de socios (artículo 121 del Código de Comercio), en las que se determinen preferencias, privilegios, restricciones y limitaciones entre ellos, pero es innegable que en **todos los supuestos debe de reconocerse un mínimo contenido de los derechos corporativos y económicos que son definitorios de la condición de socio de una sociedad anónima**. En el caso en estudio, conforme a los estatutos de la actora, **sólo los socios accionistas** tienen reconocidos estos derechos (corporativos y económicos), en tanto sólo éstos pueden integrar los órganos de organización con voz y voto (Asamblea General y Junta Directiva), así como participar en el capital (cláusulas 11, 27, 42 y 50); ya que la participación de los socios residentes es prácticamente nula, en tanto sólo dos de ellos pueden integrar la Junta Directiva como vocales, pero **sin voz ni voto**, y no tienen derecho a dividendos, así como tampoco pueden aportar al capital social (cláusula 27 y 50). **Tercero: A efectos de la determinación del hecho imponible de este tributo, no interesa determinar la organización interna que tenga la actora, en su condición de club social, así como tampoco los derechos y obligaciones que éstos generen conforme a sus estatutos**. Por tal motivo, debe distinguirse la condición de socio de la actora, en su condición de sociedad anónima, con las diversas categorías de personas a las que se les permite "*vincularse*" socialmente con ella; tal y como lo especifica la cláusula 42 del Estatuto de la actora, que en su frase final aclara: "*Sólo los accionistas tendrán participación en el capital y en las Asambleas de la Sociedad; por lo tanto, el término socio se usa aquí como una simple*

**denominación** y deberá entenderse siempre restringido a los derechos y obligaciones que señalan los Estatutos y Reglamentos de la Sociedad". (El resaltado no es del original). Es lo cierto que conforme a los estatutos de la actora se establecen diversas categorías de miembros, a los que les corresponden distintos derechos y obligaciones que les confiere el pago de la membresía ("*afiliación*") a este club social; sin embargo, se insiste, ello no les otorga la condición de socio en sentido técnico-jurídico, por cuanto lo que se les reconoce es únicamente el derecho de uso y disfrute de las instalaciones del club social así como la pertenencia a un grupo social, conforme a los objetivos de la sociedad (promoción de actividades deportivas, recreativas, culturales, artísticas y comerciales, conforme a su cláusula 3), no así ningún **derecho patrimonial del "nuevo" socio respecto de las utilidades, dividendos ni ganancias que genere la empresa**. Nótese que la tenencia de una acción no confiere el derecho de ingreso a las instalaciones a su titular, ni tampoco confiere la condición de "*socio-accionista*", debiendo éste pagar la correspondiente cuota de ingreso, así como someterse al trámite de admisión ante la Junta Directiva (cláusula 44), requisito que también deben cumplir los socios-residentes; confirmándose así lo señalado por el propio actor, en tanto afirma que con el pago de la cuota de ingreso nace a la vida jurídica el vínculo de una relación societaria (de los "*socios*" con la actora), en tanto del mismo -y de aprobación del trámite de admisión- se genera el derecho de membresía a un club social, circunstancia reafirmada por la representación del Estado, al señalar

"[...] *el monto pagado por la membresía no se hace en función del disfrute particularizado de los bienes o de los activos de la empresa, sino que lo pagado por los hijos de los socios residentes y de los accionistas lo que otorgan es el **derecho de pertenencia al club social** y les otorga el derecho de disfrutar de las instalaciones de la empresa por el plazo convenido, de suerte tal, que si las personas no hacen uso de los bienes dentro del plazo establecido no derivan derecho a la devolución*" (folio 282 del expediente judicial - el subrayado no es del original-); afirmación que es reiterada al conocer del resultado de un informe pericial

"*Debe tenerse en cuenta, que en el caso de análisis no estamos en presencia de la venta de servicios, sino de un **derecho (la membresía) de pertenencia a un club**, de suerte tal que el monto pagado por tal derecho no se hace en función del disfrute particularizado de los bienes o de los activos de la empresa como lo analiza el señor perito. Si bien ese derecho de pertenencia al club social le otorga a los adquirentes el derecho a disfrutar de las instalaciones por el plazo convenido, es lo cierto que si las personas no ejercitan ese derecho, no derivan el derecho de*

*devolución de las sumas pagadas.*" (Folio 523 del expediente judicial. El subrayado no es del original.)

**Cuarto** : *El ingreso percibido por la actora en concepto de esta venta, sí se adapta al concepto de renta-producto que establece la Ley del Impuesto sobre la Renta.* En su artículo 1º, la Ley número 7092, de veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, grava las "utilidades" que las personas físicas y jurídicas obtengan de actividades lucrativas, con lo cual, más que un término jurídico lo es de carácter económico, en tanto para su mejor comprensión debemos entenderlo referido al incremento patrimonial que se da en el período fiscal y es obtenida a través del desarrollo de una actividad lucrativa, y que comprende todos los elementos productores de renta (trabajo, capital, patrimonio). Por ello este concepto ha sido equiparado al concepto de renta-producto, "teoría de la fuente", "renta ingreso" o "teoría patrimonial o de la acumulación", esto es, a las rentas, ingresos y beneficios de fuente costarricense que se originen en el trabajo, el capital o el patrimonio del contribuyente, y con ocasión de la actividad productora de rentas a la que se dedica. En virtud de lo anterior, quedan excluidas de la aplicación de este impuesto las ganancias de capital o patrimoniales, entendidas éstas como las diferencias en el valor de determinados elementos de patrimonio que son consecuencia de factores como la evolución de los precios en el mercado, la realización de obras públicas o las incorporaciones patrimoniales –por ejemplo, los premios en juegos, loterías, receptor de donación o herencia, etc.-; así como los ingresos originados en aportes de terceros para acrecentar el patrimonio de una sociedad, esto es, que conforman el capital social; y en tal virtud es que el inciso a) del artículo 6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, los excluye de la renta bruta, en tanto no es posible ubicarlos en el hecho imponible. Este es el motivo por el cual a esta disposición no puede dársele el trato de norma exonerativa, como lo alega la representación del Estado. En el caso en estudio, *el ingreso que se obtiene con la venta de las cuotas de ingreso que pagan los socios residentes está sujeto al impuesto sobre la renta por cuanto precisamente deriva de las fuentes de producción de la actora, en este caso bienes y servicios que presta, residenciados en la posibilidad de acceder al uso y disfrute de las instalaciones y la de pertenecer a un club o grupo social determinado.* Es lo cierto que dicho ingreso no puede ser confundido con el pago de la cuota de mantenimiento que están obligados a hacer mensualmente los "socios", la cual también está afecta al pago de este tributo conforme a los artículos 1º y 5 de la Ley que establece el impuesto sobre la renta. Y finalmente deben distinguirse los ingresos que

percibe la actora que se originen un servicio individualizado por concepto de clases deportivas, cantina y restaurante que brinde directamente, los cuales -sin discusión alguna- están sujetos al pago del impuesto sobre la renta.

#### **X.-**

Conforme a las anteriores consideraciones es que es la venta de membresías del Costa Rica Country Club, S.A en la modalidad de "*socio- residente*" sí se constituye en un ingreso patrimonial que es gravable al impuesto sobre la renta en atención a que no puede tenerse como aporte al capital, que se excluye de este tributo al tenor de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 6 de la Ley sobre el Impuesto sobre la Renta. Es conveniente reiterar que forma parte del estatuto constitutivo de las sociedades mercantiles la determinación del monto del capital social y la forma en que este se constituye -qué bienes lo componen- (inciso 8 del inciso 18 y párrafo segundo del artículo 30 del Código de Comercio), y a tal efecto, no sólo su constitución, sino que también toda modificación, necesariamente debe de consignarse en escritura pública, publicarse su extracto en el periódico oficial e inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 19 del mismo Código). Sobre este punto, tal y como lo anotó la Administración Tributaria es lo cierto que no se cumplieron tales formalidades, ni tampoco las establecidas en el propio Estatuto, que le confieren esta competencia a la Asamblea General de Accionistas (artículo 13). Sin embargo, en este sentido estima este Tribunal que en aplicación del principio de la realidad económica tales omisiones formales no hubieran sido trascendentes, a efecto de determinar la no gravación del impuesto si los ingresos que son objeto de debate se hubiesen configurado como aportes de capital, esto es, que tales pagos se hubiesen traducido en el conferimiento de derechos corporativos y económicos a sus pagadores, circunstancia que como se analizó, no se cumple en esta situación.

#### **XI.-**

##### **DE LAS PRETENSIONES DE LA ACCIONANTE.-**

De lo dicho, este Tribunal estima que los traslados de cargos número 1751000006194 y 2741000006291, en los que se determinó un incremento en el pago del impuesto sobre la renta a la sociedad Costa Rica Country Club, S.A. en los períodos fiscales de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho por el monto de setenta y nueve millones resultan conformes a derecho, en tanto gravaron un ingreso que es de naturaleza patrimonial y que está sujeto al pago del impuesto sobre la renta, por no poder conceptualizarse como un aporte al

capital social. Consecuentemente, no procede su anulación, ni tampoco las actuaciones de la Administración Tributaria consignadas en las resoluciones DT-01-R-0771-0, de las doce horas del cuatro de agosto del dos mil y AU-01-R-0843-0, de las doce horas del dieciocho de octubre del dos mil, ambas de la Administración Tributaria de San José y la número 451-2003, de las catorce horas del catorce de noviembre del dos mil tres, del Tribunal Fiscal Administrativo, que confirmaron los anteriores traslados de cargos. En virtud de lo anterior, resulta improcedente la solicitud de devolución de los dineros pagados en concepto del impuesto impugnado, que asciende a la suma de setenta y nueve millones doscientos cincuenta y cuatro millones de colones. Ahora bien, *tampoco es procedente el reclamo subsidiario que hace*, para que se reconozca un pago diferido en el tiempo, en atención a que el disfrute del derecho de membresía lo es por un tiempo indefinido (vitalicio) que fue pericialmente fijado en un período de treinta años, que es la expectativa de vida de los socios-residentes, toda vez que el ingreso fue percibido por la actora en un período fiscal determinado, y aún tratándose de ventas a plazo o crédito, es lo cierto que contablemente existen formas para reflejar esos ingresos. Además, debe reiterarse que el pago que se hace y objeto de este proceso es para adquirir una membresía a un club social, sin que se refleje en el uso directo de las instalaciones o servicios que brinda el club, y en tal sentido, no están sujetas al uso que los "socios-residentes" hagan de ellos; lo que hace que deban de gravarse en el período fiscal en que fueron ocasionados.

## **XII.-**

### **DE LOS PRESUPUESTOS DE FONDO DE LA DEMANDA.-**

La representación del Estado se opone a la demanda en su contestación, y a tal efecto, solicita que se declare sin lugar en todos sus extremos; sin embargo, no opone para ello ninguna excepción. No obstante lo anterior, es lo cierto que tanto la doctrina procesal como la jurisprudencia (en este sentido, puede consultarse la sentencia de casación 34-1961, de las diez horas veinte minutos del veintidós de marzo de mil novecientos sesenta y uno) reconocen como presupuestos substanciales para el dictado de toda sentencia, los relativos a la legitimación de las partes intervinientes, el interés en la resolución del conflicto y el derecho; los cuales son revisables aún de oficio por el juzgador. En el caso en estudio, es lo cierto que hay una *debida legitimación*, tanto activa como pasiva, en razón de que existe una relación jurídica administrativa entre la sociedad actora y la demandada (Estado), ya que se ha compelido a la primera al pago de un incremento en el impuesto de la renta en los períodos fiscales de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos

noventa y ocho, por unos ingresos que la segunda estimó indebidamente omitidos. Asimismo, también evidente que el tema en discusión reviste de *interés actual* para las partes. Y por último, en atención a que dicho incremento resulta conforme a derecho, por no adecuarse a la realidad económica la forma en que la actora ha intentado justificar su no registración en los libros contables, ya que se trata de ingresos patrimoniales que en modo alguno pueden estimarse como aportes al capital, ello evidencia la *falta de derecho* que le asiste a la actora en su reclamo.

### **XIII.-**

#### **DE LAS COSTAS.-**

Al tenor de lo dispuesto en en el artículo 221 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al tenor de lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se debe condenar al vencido al pago de las costas personales y procesales. Sin embargo, el artículo 98 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción faculta para exonerar de este pago en tres supuestos: cuando medie allanamiento de las pretensiones de parte de la Administración demandada, cuando la sentencia se sustente en pruebas cuya existencia no haya conocido la parte contraria (circunstancia que justifica su oposición) y cuando a juicio del Tribunal, por la naturaleza del asunto, exista motivo suficiente para litigar. Es lo cierto que en este caso no se da ninguno de los tres supuestos dispuestos para la excepción de la condenatoria en costas, y más se observa que la actora intentó disfrazar los ingresos a fin de hacerlos parecer como aportes de capital, para lo cual, inclusive se asesoró con "expertos" en la materia, con la finalidad de evadir el pago del tributo en cuestión; en virtud de lo cual, procede la condenatoria de ambas costas a la vencida (Costa Rica Country Club, S.A.).

#### **POR TANTO:**

Se declara sin lugar en todos sus extremos la demanda, denegándose las pretensiones principal y subsidiaria. Son las costas personales y procesales a cargo de la vencida.

**José Paulino Hernández**

**Silvia C. Fernández Brenes Lorena Montes de Oca Monge**

**Apéndice C**

**TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA. Sentencia número 183 de las catorce horas y cuarenta minutos del treinta de junio de dos mil ocho.**

**Expediente 05-001736-0180-CI**

**ACTOR ( ) CUPONES DORADOS SOCIEDAD ANÓNIMA**

**FAX 22-58-20-28**

**DEMANDADO ( ) CORPORACIÓN ELCA INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA.**

**Sita. Bufete Alfaro y Asociados de Acueducto y Alcantarillados 175 mts este, edificio de dos plantas blanco con azul.**

**N°183**

**TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA.-**

San José a las catorce horas cuarenta minutos del treinta de junio de dos mil ocho.-

Proceso **ORDINARIO** tramitado en el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DE SAN JOSÉ** , bajo el número de expediente 05-001736-180-CI, por **CUPONES DORADOS SOCIEDAD ANÓNIMA** , representada por su apoderado generalísimo sin límite de suma, señor Javier García Penón, mayor, casado una vez, administrador de empresas, cédula 1-476-256, vecino de San José contra **CORPORACIÓN ELCA INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** , representada por su apoderado generalísimo sin límite de suma, Carlos Alberto Alvarado Moya, mayor, casado, economista, cédula 1-483-503, vecino de Escazú.-

**RESULTANDO:**

**1.-**

La presente demanda cuya cuantía se fijó en la suma de un millón seiscientos treinta y cinco mil dólares, es para que en sentencia se declare: “ En virtud de lo anterior solicito a esta Autoridad: A)- Declarar con LUGAR la presente demanda ordinaria en todos sus extremos. B)- Como pretensión principal se autorice a mi representada a legalizar a su favor, el crédito que CORPORACIÓN ELCA INTERNACIONAL tiene en la quiebra del BANCO ELCA S.A. C)- Se condene a la demandada al pago de ambas costas de esta acción.” (Sic)

**2.-**

La accionada fue debidamente notificada de la demanda y la contestó negativamente e interpuso las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva y prescripción.-

**3.-**

El licenciado Carlos Felipe Jinesta Blanco, Juez Primero Civil de San José, en sentencia dictada a las quince horas cuarenta y ocho del cinco de febrero de dos mil siete, resolvió: “ **POR TANTO: Se rechazan las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva y la de prescripción. Se acoge la excepción de falta de derecho.** Se declara **SIN LUGAR** en todos sus extremos la demanda **ORDINARIA CIVIL** establecida por **CUPONES DORADOS S.A** . contra **CORPORACIÓN ELCA INTERNACIONAL S.A.** Se resuelve este asunto sin especial condenatoria en costas.-

” (sic).-

#### 4.-

De dicho fallo conoce este Tribunal en virtud de apelación interpuesta por el representante Javier García Penón de la actora y adhesivamente por la demandada. En los procedimientos se han observado las prescripciones correspondientes.

**REDACTA** la Jueza **LEÓN OROZCO; Y,**

#### **CONSIDERANDO:**

**I.** Cupones Dorados S.A. representada por su apoderado generalísimo sin límite de suma, Javier García Penón demandó en la vía ordinaria a Corporación Elca Internacional S.A. para que en sentencia se le autorice a legalizar un crédito a favor de la demandada, en la quiebra del Banco Elca S.A. Sin dar participación en el proceso al Banco Elca S.A. el juzgado rechazó la demanda, básicamente por considerar que no se demostró el estado de insolvencia de la demandada.

**II.** El artículo 106 del Código Procesal Civil regula la figura del litis consorcio, sobre la que, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en forma reiterada ha establecido que “ **IV.-** *El litisconsorcio es una de las figuras procesales de la pluralidad subjetiva que se caracteriza por situar al tercero (o los terceros) en una relación común con una de las partes, sea con la actora o la demandada, dándose el mismo objeto y la misma causa petendi, de manera que el actor pudo haber dirigido su acción contra el tercero directamente o conjuntamente con el demandado (litisconsorcio pasivo) o que varios sujetos tienen la misma pretensión respecto a otro (litisconsorcio activo) u otros (litisconsorcio mixto). La intervención de los litisconsortes puede darse de dos maneras: facultativa o necesaria. La facultativa corresponde al caso del ejercicio de la acción dirigida en forma conjunta, por quienes tienen las mismas pretensiones nacidas de un mismo título o que se funden en la misma causa, o cuando quien ostenta la pretensión dirige la misma contra todos aquellos que deben responder a ella. Por su parte el litisconsorcio necesario se da cuando por*

*disposición de la ley o por la naturaleza de la relación jurídica, se exige que los sujetos a quienes afecta la resolución, actúen conjuntamente, como litisconsortes, de manera que queden vinculados al proceso y consecuentemente a los efectos de la sentencia. V.- El litisconsorcio necesario supone que para resolver el asunto han de estar presentes en el proceso todos aquellos sujetos a los que tal resolución fuere a afectar, de ahí entonces la facultad que se le confiere al Juez de declarar de oficio la existencia del litis consorcio necesario, no siendo entonces una simple defensa previa (artículo 298 Código Procesal Civil vigente), de uso únicamente por parte del demandado. El juez puede integrar el litis consorcio necesario (artículo 106 del Código Procesal Civil vigente complementado con el 308 ibídem), y conforme al artículo 315 del mismo cuerpo normativo le corresponde al juez tomar como medida de saneamiento, desde la admisión de la demanda y en las oportunidades que corresponda, integrar el litis consorcio necesario. El litis consorcio necesario implica la existencia de relaciones jurídicas materiales respecto de las cuales no es posible pronunciarse fraccionándolas o calificándolas sólo en relación de algunos de sus sujetos, pues la decisión engloba y obliga a todos. La presencia de todos los sujetos es indispensable para que la relación procesal se complete y sea posible decidir en sentencia sobre el fondo de la misma ..."*

. (Voto No. 18 de las 14:30 horas del 27 de abril de 1994. En igual sentido ver de esa Sala las resoluciones números 72 de las 15 hrs. del 3 setiembre 1982, 83 de las 15:10 hrs. del 24 de setiembre de 1997 y 264 de las 16 hrs. del 21 de mayo de 1999 y 824-F-00 de las 16:05 hrs del 1 de noviembre de 2000).

**III.** En la especie, estamos en presencia de un caso de litis consorcio pasivo necesario, por imperativo de la ley, según se infiere de la disposición que contiene el artículo 717 del Código Civil que señala “Desde que se notifique al deudor y al tercero la demanda del acreedor sobre subrogación, no puede el tercero descargarse de su obligación con perjuicio del acreedor demandante, ni puede el deudor disponer de los derechos y acciones que tenga contra el tercero .” La ley exige que en el proceso que establece el acreedor para que se le autorice a subrogarse los derechos que le corresponden a su deudor en el reclamo de un crédito a un tercero, este tercero participe también en el proceso, en calidad de demandado, con el propósito de que pueda hacer valer sus derechos. Es evidente que ese trámite, que resulta indispensable para la válida integración de la relación procesal no se cumplió en la especie, puesto que la Quiebra del Banco Elca S.A., no fue traída al proceso, lo que debió haber realizado el a quo, aún en forma oficiosa, por exigirlo así la citada norma del Código Civil, así como el artículo 106 del Código Procesal

Civil. La consecuencia ineludible de esa omisión será la declaratoria de nulidad de la sentencia cuestionada, lo que se declarará con el propósito de que el juzgado ordene a la actora integrar al proceso, como litis consorte pasivo necesario a la Quiebra del Banco Elca S.A. acatando los lineamientos que establece al efecto el artículo 106 procesal civil. ( ver en este sentido 104-03, 213-03, 254-03, 3-05. y 420-05 de este Tribunal y Sección.

**POR TANTO:**

Se anula la sentencia recurrida. Proceda el a quo conforme lo indicado en el último considerando.

**José Rodolfo León Díaz**

**Juan Ramón Coronado Huertas**

**Laura María León Orozco**