

## Informe de Investigación

**Título:** El Velo Societario en Costa Rica.

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Comercial.	<b>Descriptor:</b> Sociedades.
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta.	<b>Palabras clave:</b> Teoría del Velo societario, doctrinar argentina, jurisprudencia relaciona al artículo 102 del Código de Comercio.
<b>Fuentes:</b> Normativa, Doctrina, Jurisprudencia.	<b>Fecha de elaboración:</b> 06 – 2010.

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Doctrina.....</b>	<b>2</b>
a)COSTA RICA Y LA TEORÍA DEL VELO SOCIETARIO.....	2
b)APLICACIÓN EN ARGENTINA.....	3
Actuación imputable a la sociedad.....	3
¿El art. 54, in fine requiere dolo o culpa?.....	5
Diversos supuestos.....	8
La consecución de fines extrasocietarios.....	8
Alcances del término "encubrir".....	8
Simulación ilícita.....	9
<b>3 Normativa.....</b>	<b>10</b>
ARTÍCULO 102.-.....	10
<b>4 Jurisprudencia.....</b>	<b>10</b>
a)Determinación de renta neta presuntiva debido a financiamiento solapado de empresas mediante contribuciones adicionales de accionistas .....	10
b)Cesión de acciones: Naturaleza jurídica y requisitos .....	19
c)Análisis sobre los alcances como derecho y como título y sobre los mecanismos para la transmisión de la calidad de socio .....	22
d)Inconstitucionalidad de los artículos 102 y 120 del Código de Comercio Ley N°3284 de 30 de abril de 1964 reformada por Ley 6965 de 22 de agosto de 1984 .....	26



## 1 Resumen

En el presente informe de investigación, usted encontrará información acerca de la teoría del Velo societario, la cual ha sido desarrollada en su mayor parte, doctrinaria y jurisprudencialmente, siendo que en nuestro ordenamiento positivo no existe norma que la cree sino que ha sido la misma interpretación de la ley de la cual se desprende. Se adicionan además de esto, jurisprudencia sobre el artículo 112 del Código de Comercio, en el cual se desprende que el socio sólo responde por su aporte["...y los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones..."], lo que contradice la teoría del levantamiento del velo.

## 2 Doctrina

### a) COSTA RICA Y LA TEORÍA DEL VELO SOCIETARIO

[MADRIZ]<sup>1</sup>

En nuestro país, el desarrollo de la Teoría del Levantamiento del Velo Social se debe enteramente a la labor realizada a nivel jurisprudencial por nuestros tribunales de justicia, en una mayor parte, y a la desarrollada por la doctrina en una segunda fracción.

Nuestra legislación es plenamente omisa en cuanto a la posibilidad de aplicar esta Teoría como tal, pues no existe ley alguna, ni general ni especial, que se refiera Levantamiento del Velo Societario en un proceso determinado.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, nuestras autoridades judiciales, han tratado de fundamentarse en algunas normas de nuestro ordenamiento jurídico que si bien no regulan el tema propiamente dicho, de manera analógica ha funcionado como soporte de la aplicación de esta figura. En este sentido y como se mencionó con anterioridad, el principal cimiento legal de esta institución se encuentran el artículo 20 del Código Civil, que regula la existencia del fraude de ley, (considerando éste como aquellos actos que, realizados al amparo de una norma, persiguen una finalidad distinta a la permitida por el Ordenamiento Jurídico). Esta normativa otorga la "...posibilidad de ejecutar la ley que ha sido utilizada para evitar un resultado contrario al fin mismo de ella..." o de otra distinta a ella, en procura de mantener el debido orden dentro de nuestro sistema de derecho.

Al tiempo, el artículo 22 del mismo cuerpo legal dispone regulaciones referentes al abuso del derecho contractual, al indicar que todo acto u omisión contractual que de manera manifiesta sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, con daño para un tercero o para la

contraparte, dará la posibilidad de que se tomen las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.

No obstante lo dicho, salvo las anteriores, no existe otra norma sustancial en Costa Rica que ampare la aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Societario, por lo que al tenor de lo dispuesto por el artículo 1 del Código Civil y el numeral 5 de la Ley Orgánica del poder Judicial, nuestros juzgadores han desarrollado la aplicación de esta figura utilizando como base los principios generales del derecho, los cuales son utilizados como un medio de interpretación y aplicación de las normas, en virtud de su papel de fuente del derecho, independiente de la doctrina y la jurisprudencia misma.

Para finalizar, como ejemplo de esta conjunción entre normativa y principio del derecho utilizada por nuestra jurisprudencia, se encuentra una resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, donde al disputarse la naturaleza ganancial de unos bienes que se encontraban a nombre de una sociedad, esta se manifestó indicando: "...Sin embargo, a pesar de que no exista, en la normativa de familia, alguna limitación concreta a esa libertad de administración y de disposición de los bienes propios con vocación de ganancialidad, es innegable que, tal derecho, no es absoluto, pues tiene como barrera infranqueable, máxime cuando se vislumbra la disolución del vínculo, las exigencias de la buena fe. Esto se infiere de un principio general y del numeral 21 del código Civil. (...) Adicionalmente, el último cuerpo legal citado reconoce y sanciona el fraude de ley en su artículo 20, disposición que es aplicable en todas las materias (...). Del mismo modo, se establece la obligación a cargo de quien abusó de su derecho o de quien lo ejerció antisocialmente, de reparar el daño producido por cualquiera de estos actos suyos, y la de adoptar las medidas judiciales necesarias para impedir la persistencia de sus ilegítimos efectos en perjuicio de una persona determinada (ordinales 22 y 1045 íbidem). Tales regias y principios imponen, a los juzgadores y a las juzgadoras, el deber de evitar, en este caso, que el derecho a la participación diferida de los gananciales pueda ser burlado, invocando la existencia de un acto de disposición formalmente válido y eficaz, pero cuyo propósito, al menos por la parte demandada, fue y es, en realidad, contrario a derecho"

## **b) APLICACIÓN EN ARGENTINA**

### **Actuación imputable a la sociedad**

[LOPEZ]<sup>2</sup>

Para que los socios o controlantes que hubieran hecho posible la conducta torpe se vieran impedidos de oponer la personalidad de la sociedad que los cobija, sería necesario que antes hubiera existido una actuación imputable a ésta. En efecto, el último párrafo del art. 54 de la L.S.C. requiere para su aplicación que exista una "actuación de la sociedad", o sea que uno o varios actos se le imputen a esta última, porque si así no fuera no haría falta correr el velo societario.

En esas condiciones, pasaremos a analizar qué actos son imputables a la sociedad, porque no todos los actos que realicen los órganos societarios resultan imputables a ella.

Así tenemos que del art. 58 de la L.S.C. surge que los actos que celebre el representante orgánico societario con terceros, actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, le serán imputados a la sociedad. A contrario sensu, la sociedad podrá resistir los efectos del acto realizado que exceda notoriamente el objeto social, ello sin perjuicio de la responsabilidad del representante frente al tercero, en su caso.

Asimismo, establece el art. 58 de la L.S.C. que si se violara la organización plural de representación, los actos que celebre el representante orgánico obligarían —o mejor dicho, le serían imputables— a la sociedad, siempre que se traten de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios. Pero si en esos casos el tercero tuviese conocimiento efectivo de que los actos se celebran en infracción de la representación plural, los mismos no serán imputados a la sociedad.

Por otra parte, y siguiendo con la interpretación de la norma transcrita, se sostiene que el acto en sí mismo podrá ser irregular en cuanto a su generación o legitimación interna pero regular frente al tercero, y —en consecuencia— válido y por ende obligatorio frente a la sociedad. En efecto, es posible que por decisiones internas (contractuales o no) se haya establecido un cierto orden (requisitos objetivos o procedimientos habilitantes) para la adopción de decisiones y la realización de ciertos actos o géneros de actos. Sin embargo, el tercero contratante no tendrá, por regla, que estar a la realización de esos procedimientos o a la observancia de los límites internos.

Claro está que deberá tratarse de un tercero de buena fe. Como lo expresa la ley, ello es sin perjuicio de la responsabilidad del representante orgánico que haya violado la organización plural o dejado de lado los procedimientos establecidos.

Nos preguntamos ahora si la sociedad puede asumir los actos celebrados por sus representantes que sean notoriamente extraños al objeto social. Si consideramos que el objeto social limita la capacidad de la sociedad (doctrina del *ultra vires*) concluiríamos que no puede, mientras que si sostenemos que el objeto social sólo implica un límite a la imputación, la respuesta sería afirmativa.

Por nuestra parte, adherimos a la segunda opinión, por cuanto somos de la idea de que el objeto social no limita la capacidad de la sociedad, sino la imputabilidad de los actos realizados en su nombre. En ese sentido, se establece que el "objeto de la sociedad hace exclusivamente al mecanismo de imputación de sus actos, pero no altera la genérica capacidad legal del ente de realizar actos jurídicos concretos, que existe conforme la ley se la confiera en cada supuesto, cualquiera fuese el objeto social".

En esas condiciones, autorizada doctrina —con la cual coincidimos— sostiene que la sociedad puede asumir el acto notoriamente extraño al objeto social realizado por su representante, y que esa asunción puede efectuarse —en general— mediante el consentimiento unánime de los socios.

Por otra parte, un sector de la doctrina sostiene que la expresión "actuación" utilizada por la norma debe entenderse como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la sociedad en

los que se exprese la voluntad de ésta, con lo cual no sólo se comprenderían actos del directorio, sino también de la asamblea. Asimismo, se establece que esa expresión "es suficientemente elocuente para demostrar que la responsabilidad que dicha norma predica es consecuencia de una operación social, y como la ley no distingue, puede tratarse de una actuación interna o externa".

### ¿El art. 54, in fine requiere dolo o culpa?

Tal como sostuvimos en los puntos anteriores, para que el último párrafo del art. 54 tenga aplicación tiene que existir una actuación que sea imputable a la sociedad. Pero ello solo no alcanza, puesto que además deberán existir socios o controlantes no socios que hagan posible esa actuación. O sea que la teoría de la desestimación de la personalidad tiene lugar cuando determinados socios o controlantes no socios hacen posible que la sociedad actúe con el propósito de encubrir la consecución de fines extrasocietarios, violar la ley, el orden público o la buena fe o frustrar derechos de terceros. En esos casos, la actuación de la sociedad se le imputa directamente a tales socios o controlantes no socios, quienes además responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

En ese sentido, se sostiene que al no cumplir el agente —socio o controlante— con las condiciones sobre la base de las cuales el legislador concede la personalidad jurídica a las sociedades, el régimen legal es dejado de lado y, al imputarse la actuación directamente a aquél, rigen plenamente las normas del derecho común en su relación con el tercero respecto del cual el socio o controlante pretendió desvincularse interponiéndole una regulación legal no aplicable al caso.

Por lo tanto, lo que el art. 54 in fine reprime es el uso indebido que determinados socios o controlantes no socios hacen del recurso técnico sociedad, lo cual se refleja a través de la actuación de dicho ente.

Autorizada doctrina sostiene que "el uso desviado o antifuncional, o si se quiere antisocial del recurso societario v la declaración de inoponibilidad en tales casos, responde a la misma finalidad que inspira el principio básico del *neminem laedere*. La doctrina argentina elaborada en torno del art. 1 109 del Cód. Civil, concluye en que el precepto abarca, por la amplitud de sus términos, a todos los hechos que por culpa, tomada en sentido lato, ocasiona un daño a otro, cualquiera sea la especie dentro de la cual se los ubique, aun aquéllos no comprendidos por el derecho en una prohibición expresa de él".

En esa misma línea, se establece que los supuestos previstos por el art. 54, último párrafo, L.S.C. son conductas desviadas o antijurídicas, por pretender la utilización de una técnica legal con apartamiento de las condiciones que rigen su uso y para cuya consecución el legislador concede la personalidad jurídica, y en tal sentido, presuponen el dolo o la culpa del agente al obrar.<sup>68</sup> Afirmar que se ha producido alguno de los actos previstos en el art. 54, apart. 3o, importa aseverar que algún socio o controlante ha obrado desviadamente, contrariando el espíritu de la norma.

En esas condiciones, debemos determinar si el último párrafo del art. 54 hace referencia solamente al dolo, o si también comprende la culpa.



El Cód. Civil establece dos definiciones de dolo, a saber:

- 1) Como vicio de la voluntad, se trata del dolo-engaño: "acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin" (art. 931). Se trata, pues, de la acción de un sujeto que provoca error en el otro, y destruye así su voluntad jurídica.
- 2) Como elemento del delito civil: el hecho ilícito cometido "a sabiendas y con intención de dañar" (art. 1072).

Por su parte, el Cód. Civil establece que la culpa "consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 512). El agente que obró con culpa, no tenía la intención de causar daño, pero estaba en el deber de advertir las consecuencias de sus actos, de prever el resultado de su acción.<sup>71</sup> Y porque no previó el daño, o no lo evitó, pudiendo hacerlo, se lo hace responsable de él y se lo obliga a repararlo.

Asimismo, se establece que "la culpa proviene de un acto voluntario, es decir, realizado con los necesarios elementos internos: discernimiento, intención y libertad. Pero en el acto culposo la voluntad del sujeto va dirigida hacia su realización mas no a la consecuencia nociva: el daño que se causa en un accidente atribuible al hecho propio culposo deriva, físicamente, de la ley de este orden según la cual dos cuerpos no pueden ocupar al mismo tiempo el mismo lugar en el espacio; pero al derecho le basta con que el sujeto haya querido el acto para atribuirle la consecuencia dañosa no querida, si su conducta se ha despreocupado del deber social de ajustaría de modo de no dañar injustamente a los demás (neminem laedere), a través de la adopción de la diligencia necesaria en cada caso".

La culpa tiene dos elementos, ambos negativos: i) carencia de la diligencia debida, lo cual surge de la propia definición legal del art. 512 del Cód. Civil, y ii) carencia de malicia, porque si el sujeto obró con intención de no cumplir una obligación contractual, o de dañar extracontractualmente, esos procederes maliciosos configuran dolo, categoría distinta de la culpa y más grave que ella.

Un sector de la doctrina sostiene que la utilización de la sociedad para encubrir fines diversos a los societarios, violar la ley o el orden público o defraudar a terceros es una conducta positiva de la cual el agente tiene pleno conocimiento. De allí deduce que esa conducta encuadra dentro del concepto de dolo, toda vez que no podría sostenerse que la simulación, el abuso o el fraude cometidos por medio de la utilización de una disciplina legal prevista para fines distintos pueden ser llevados a cabo por un agente que omita ciertas diligencias. En efecto, para algunos pareciera indudable que en el origen de la conducta prevista se requiere intención concreta, ya que debe existir voluntad de "encubrir la consecución de fines extraso-eietarios", o de "utilizar la forma societaria como mero recurso para obtener resultados no queridos por la norma".

Sin embargo, también se sostiene que el socio o controlante que actuara con culpa, puede quedar igualmente comprendido en la sanción legal, debido —entre otros— a los siguientes motivos: i) la ley no distingue y permite la imputación directa de los actos y la responsabilización, a los que



hubieran hecho posible la actuación dañosa de la sociedad; ii) no hace diferencia alguna entre autores dolosos o negligentes; iii) esto no significa negar que la "esencia" del último apartado del art. 54 de la L.S.C. presupone una actuación intencional de los sujetos involucrados; iv) pero una vez dentro de este esquema, demostrado que al menos alguno de los socios o controlantes ha utilizado intencionalmente la personalidad en forma disvaliosa —o sea a título de dolo—, todos los que "han hecho posible" —a título de culpa— la actuación dañosa de la sociedad, resultan responsabilizados.

Manóvil, por su parte, establece que los dos efectos que trata el art. 54, párr. 3o de la L.S.C., o sea la inoponibilidad en sí misma y La extensión o traslado de la imputación que es su efecto, por un lado, y, por otro, la responsabilidad por los perjuicios causados por quienes hicieron posible la actuación, no tienen los mismos requisitos, puesto que solamente el segundo requiere la presencia de culpabilidad. En efecto, determina dicho autor que "la extensión de la imputación que prevé el art. 54, párr. 3o [...] no requiere de ninguna demostración de tipo subjetivo o intencional vinculada a la generación de daños y perjuicios. Basta con la constatación de que se ha configurado alguno de los supuestos enunciados: sociedad cuya actividad está enderezada a la consecución de fines extracomunitarios, o sociedad usada para violar la ley, el orden público o la buena fe. o a través de cuvn utilización se frustran derechos de terceros. Más allá de la redacción textual de la norma, es evidente que lo único que interesa es que se produzca objetivamente alguna de esas situaciones No es preciso probar la intencionalidad o la culpa, ni se exime de la consecuencia legal quien probare que no obró con dolo, con culpa o con intención de dañar o de violar la ley, el orden público o la buena fe. Para hacer aplicable la disposición basta que se compruebe el desvío de la finalidad para la cual la ley otorgó a la sociedad la condición de sujeto de derecho".

A esta postura responde un sector de la doctrina diciendo que las dos consecuencias previstas en el último párrafo del art. 54 de la L.S.C. (imputación de la actuación societaria y responsabilidad por los perjuicios causados) tienen una sola e idéntica causa generatriz y en ambas se requiere dolo o culpa. En efecto, se establece que para que se produzca alguno de los dos efectos previstos en la normativa del art. 54, apart. 3o, tiene que haberse configurado alguna de las situaciones descritas en ella; si no se configurara dicho antecedente fáctico, no se posibilitaría la posterior responsabilización ni tampoco la imputación a socios o controlantes de la actuación societaria. Concluye esta postura sosteniendo que no es admisible diferenciar entre ambos efectos, exigiendo antijuridicidad en el caso de la responsabilización y no en el de la imputación, porque la actuación considerada por la ley es idéntica para las dos consecuencias jurídicas.

Por nuestra parte, consideramos que el art. 54 establece que la imputación y la responsabilidad recae en los socios o controlantes que "hicieron posible" la actuación de la sociedad, lo cual denota no sólo cierto grado de culpabilidad, sino que además requiere identificar a dichos sujetos para atribuir esa imputación y esa responsabilidad. Puede ocurrir que existan socios o controlantes no socios inocentes, que se vean perjudicados con la actuación de la sociedad, y no resultaría justo hacerles cargar con consecuencias en las que no tuvieron participación. Por ello, somos de la idea de que para hacer aplicable el art. 54 *in fine* de la L.S.C. se debe probar quienes fueron los socios o controlantes no socios que hicieron posible la actuación de la sociedad, o sea que se valieron de la estructura jurídica societaria para encubrir la consecución de fines extrasocietarios, violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros.

## **Diversos supuestos**

El art. 54, último párrafo, trae diversos supuestos en los cuales puede encuadrar la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria. Así tenemos que esa norma reprime la utilización que determinados socios o controlantes no socios hacen de la sociedad: i) con el propósito de encubrir la consecución de fines extrasocietarios, o ii) como un mero recurso para: 1) violar la ley, el orden público o la buena fe, o 2) frustrar derechos de terceros. Ese uso del ente societario que realizan tales socios o controlantes no socios se manifiesta a través de la actuación de dicho ente.

Esos supuestos recogidos por el art. 54 —que encuentran su fuente de inspiración en los arts. 953 y 1071 del Cód. Civil, con sus complementos (arts. 1198, 954 y concs., Cód. Civil)— serán estudiados separadamente a continuación.

### **La consecución de fines extrasocietarios**

En primer lugar estableceremos el significado que tiene la palabra "encubrir" contenida en el art. 54, último párrafo, L.S.C., para luego analizar las dos variantes de simulación comprendidas en este supuesto.

#### **Alcances del término "encubrir"**

Uno de los redactores de la ley 22.903 tuvo oportunidad de explicar los alcances del término "encubrir", diciendo que se trata de un resabio del art. 437 del Cód. de Com. francés, el cual emplea la palabra *mascherant*, que hace referencia a quien se esconde detrás de la forma societaria para violar la ley. Asimismo, indicó que no quiere decir que siempre implique un escondimiento, sino que tiene que haber un plano originario que ha sido disfuncionado, que ha sido utilizado irregularmente y que ha sido desviado en su objetivo central.

En ese sentido, se sostiene que el verbo "encubrir" no debe ser interpretado como sinónimo de ocultamiento. No tiene relevancia que la actuación que prevé la norma haya sido oculta o conocida. De lo contrario quedaría liberado de la aplicación de la norma aquel que utiliza la sociedad para las finalidades incriminadas pero, para no ser alcanzado por el art. 54, último párrafo, las hace públicas.

Por nuestra parte, consideramos que, más allá del origen histórico, la palabra "encubrir" remarca el hecho de que la primera hipótesis contenida en el art. 54. párr. 3o ("consecución de fines extrasocietarios") se trata de un supuesto de simulación. En esa misma línea, autorizada doctrina sostiene que "la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios es evidentemente un supuesto de simulación, y para aseverarlo recordamos el vocabulario empleado por el Cód. Civil, art. 955, que dice: 'La simulación tiene lugar cuando se encubre'...".

## Simulación ilícita

La consecución de fines extrasocietarios es un supuesto de simulación (art. 955, Cód. Civil). En ese sentido, se sostiene que bajo la apariencia de un acto jurídico se está cumpliendo un acto jurídico distinto, cuya causa no es la causa propia del acto jurídico exteriorizado.

El art. 54, párr. 3o de la L.S.C. contempla, en principio, un supuesto de simulación ilícita.<sup>8</sup> El Cód. Civil establece que "la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito" (art. 957). De aquí se sigue, *a contrario sensu*, que es ilícita cuando perjudica a terceros o cuando tiene otro fin ilícito. En esas condiciones, se sostiene que el art. 54 coincide con el caso de simulación ilícita del Código Civil, con la variante de que la aplicación no conduce a la nulidad del contrato de sociedad, sino a su inoponibilidad y al mantenimiento del contrato.

Por su parte, un sector de la doctrina establece que lo que ocurre en este caso es que "la causa por la cual la ley admite la utilización de la disciplina abreviada que implica la personalidad jurídica es utilizada por el socio o el controlante como un dato no sincero frente a terceros, mientras que bajo tal apariencia se persiguen otros fines. Es decir que no se utiliza una estructura sincera de manera abusiva sino que tal estructura es usada como un medio aparente para conseguir, en realidad, otros fines; se utiliza una apariencia para fines impropios. Y toda vez que sólo la simulación ilícita es sancionada, estos otros fines deben aparecer como ilícitos o perjudiciales para terceros".

El perjuicio a un tercero está resuelto por la inoponibilidad de la actuación societaria a dicho tercero, lo que importa una sanción menos rigurosa que la nulidad impuesta para la simulación ilícita por el Código Civil (arts. 954, 1044 y 1045); ello significa que continuará la persona societaria para los demás efectos. Por su parte, el caso de simulación ilícita en violación a la ley merece, en principio, la misma sanción de inoponibilidad.<sup>91</sup> Empero, se sostiene, en ambas hipótesis habrá que ponderar si no ha quedado configurada, asimismo, una actividad ilícita porque en este supuesto sería también de aplicación el art. 19 de la L.S.C.

Por otra parte, considera Manóvil que la consecución de fines extrasocietarios no hace referencia al objeto social, puesto que dicho objeto es un elemento esencial de la sociedad que en el derecho argentino sólo tiene relevancia para los socios: los terceros, aunque puedan estar interesados en su contenido, no tienen en el sistema de la Ley de Sociedades protección ninguna. Por eso —continúa diciendo el autor citado— cuando la ley menciona fines extrasocietarios, no lo hace en relación al objeto, por esencia mutable, de la sociedad, sino al aspecto finalista sustancial de ella, a su causa-fin, lo cual conlleva a asociar la expresión de la ley que aquí se comenta con las nociones de "riesgo empresarial" y de desvío del "interés de la sociedad" (utilizada en el art. 161, L.C.Q.), que en este contexto, que apunta a la tutela de los derechos de terceros, debe ser entendido como desvío del "interés de la sociedad". En ese mismo sentido, se establece que la realización de actividades extrañas al objeto social comporta —en principio— la responsabilidad de los administradores (arts. 59 y 274, L.S.C.) y en su caso de los controlantes socios o no (art. 54, segunda parte, L.S.C.) que son considerados administradores de fado, por los daños causados al patrimonio social pero no conduce a la inoponibilidad (art. 54, última parte, L.S.C.) que presupone la utilización desviada de la sociedad en perjuicio de terceros en general.



Por nuestra parte, coincidimos con Manóvil en cuanto a que la finalidad extrasocietaria no se relaciona con el objeto social. Sin embargo, y tal como veremos en el punto siguiente, consideramos que para establecer los fines extrasocietarios debemos recurrir a la definición de finalidad societaria fijada en el art. 1o de la L.S.C.

En virtud de lo expuesto, el art. 54, párr. 3o de la L.S.C. contempla —en principio— un caso en el que se desestima la personalidad en base a una simulación para perjudicar a alguien o lograr fines ilícitos.

### 3 Normativa

[Código de Comercio]<sup>3</sup>

#### ARTÍCULO 102.-

En la sociedad anónima, el capital social estará dividido en acciones y los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones.

*(El párrafo segundo de este artículo, reformado por el artículo 5º de la ley N° 6965 de 22 de agosto de 1984 y cuyo texto disponía: " El monto del capital social y el valor nominal de las acciones, solo podrá expresarse en moneda nacional corriente", fue derogado por el artículo 187, inciso a), de la Ley Reguladora del Mercado de Valores N° 7732 de 17 de diciembre de 1997 y, posteriormente, declarado inconstitucional por resolución de la Sala Constitucional N° 1188-99 de las 21:30 horas del 27 de febrero de 1999).*

### 4 Jurisprudencia

#### ***a) Determinación de renta neta presuntiva debido a financiamiento solapado de empresas mediante contribuciones adicionales de accionistas***

#### ***Inexistencia de supuesto capital pagado en exceso***

[Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ]<sup>4</sup>

Voto de mayoría

"IV.- Luego de analizar los hechos probados, los alegatos de las partes y la normativa, el Tribunal estima que la parte actora no lleva razón en sus apreciaciones. Sus pretensiones de fondo son ""/.



*Que por ser contraria a derecho, se deje sin efecto, en lo impugnado por esta representación, las resoluciones TFA-152-2006 y TFA-2005-2006-P, dictadas por la Sala Primera del Tribunal Fiscal Administrativo, por medio de las cuales se confirma, parcialmente y en perjuicio de mi representada, la resolución determinativa número DT-02R-016-03 emitida por la administración Tributaria de Alaluela.*", con lo cual pretende que por sentencia se deje sin efecto la determinación de renta neta presuntiva por financiamiento a las empresas Tenería Primenca S.A., Vannamel S.A. y Belca Costa Rica S.A. Para lo cual alega, básicamente: a) falta de motivo para determinar (de oficio) la renta presuntiva, b) mala clasificación del hecho generador (capital pagado en exceso); c) falta de adecuación del contenido del traslado de cargos al fin para determinar la renta presuntiva, y d) nulidad del cálculo de intereses en la "etapa de ejecución de sentencia". A) EN CUANTO A LA FALTA DE MOTIVO PARA DETERMINAR (de oficio) LA RENTA PRESUNTIVA: La actora alega básicamente que el motivo de toda resolución determinativa se encuentra reglado y la norma que lo regula es el artículo 124 del Código Tributario, que genera la obligación de la Administración de realizar una determinación de oficio cuando: (...) *no se hayan presentado declaraciones juradas, o [que] las presentadas sean objetadas por la Administración Tributaria por considerarlas falsas, ilegales o incompletas, (...) [o que] aunque se haya presentado la declaración jurada ocurri[a] alguna de las circunstancias siguientes: a) Que el contribuyente no lleve los libros de contabilidad y registros a que alude el inciso a) del artículo 104 de este Código; b) Que no se presenten los documentos justificativos de las operaciones contables, o no se proporcionen los datos e informaciones que se soliciten; y c) Que la contabilidad sea llevada en forma irregular o defectuosa, o que los libros tengan un atraso mayor de seis meses*". Pero, según dice, no existe este motivo pues ni El Arreo S.A. ni sus declaraciones caen en alguno de esos supuestos de hecho. Más aún - dice- no existe indicio alguno que motive la declaración de oficio. Estos agravios se deben rechazar: Los supuestos regulados en el artículo 124 del Código Tributario, no son motivos del acto de determinación, en sí, sino circunstancias que facultan a la Administración a determinar de oficio la obligación tributaria; justificativas, en fin, del ejercicio de la función fiscalizadora. Como veremos, en este caso se produjo, sin duda, la circunstancia del inciso b) del citado artículo 124, es decir: *b) Que no se presenten los documentos justificativos de las operaciones contables, o no se proporcionen los datos e informaciones que se soliciten*. Por lo demás, no es sino en el artículo 147 del citado código donde se establecen los requisitos que toda resolución tributaria debe llenar, a saber: "a) **Enunciación del lugar fecha;** b) **Indicación del tributo, del período fiscal correspondiente y, en su caso, del avalúo practicado;** c) **Apreciación de las pruebas y de las defensas alegadas;** d) **Fundamentos de la decisión;** e) **Elementos de determinación aplicados, en caso de estimación sobre la base presunta;** f) **Determinación de los montos exigibles por tributos.** g) **Firma del funcionario legalmente autorizado para resolver.**" ( énfasis suplido). Y tampoco se nota la ausencia, en lo conducente, de ninguno de esos requisitos. Y mucho menos, que no existiera indicio alguno que motivara la declaración de oficio, pues el traslado de cargos - acto preparatorio de la determinación - da cumplida cuenta de ello. Mediante documento No. 19711000035803, de fecha 11 de octubre del 2000 (visible a folios 19 y 20 del administrativo), notificado en esa misma fecha (ver folio 21 del administrativo), la Administración le comunicó a la actora el inicio de la actuación fiscalizadora del período fiscal 97. En ese oficio se le indica que fue seleccionada de acuerdo al criterio de selección citado en el inciso a) del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 25925-H (La Gaceta No. 70, del 14 de abril de 1997), a saber, por estar clasificada como gran empresa regional. Además, en ese oficio se le solicitó la información y los documentos necesarios para realizar la fiscalización. En autos tenemos, que el traslado de cargos se basó, entre otras cosas,



pero esencialmente, en la existencia de las inversiones realizadas por el Arreo SA. en las empresas Tenería Primenca SA., Vannamei SA., Belca Costa Rica SA. y Imprisa Corp., registradas contablemente como "capital pagado en exceso", en una cuenta denominada "inversiones permanentes" (folio 28 del administrativo). En efecto, para la determinación de renta neta presuntiva por financiamiento se tuvo en cuenta la información contable (folios 28 y 47 del administrativo), donde se muestran las inversiones permanentes por un total de ₡1.009.256.195.38, realizadas por la actora en las empresas, y en los porcentajes siguientes: Tenería Primenca SA.: 4.70 % Vannamei SA.:19.86 % Belca Costa Rica SA.: 2.97 % Imprisa Corp.: 72.46 % (ver folio 10 del administrativo). El resumen de esa información evidencia que la suma de ₡53.800.000,00 (5.33 % de la inversión total) representa la participación de la actora dentro del "capital social" de estas empresas (para el caso de las tres primeras empresas). La restante inversión por la suma de ₡955.456.195.38 está representada de la siguiente forma: -Tenería Primenca SA.₡16.155.000.00 1.69 % -Vannamei SA. ₡190.473.540.0019.94 % -Belca Costa Rica SA. ₡17.500.000.00 1.83 % -Imprisa Corp. ₡731.327.655.38 76.54 % Las inversiones en las tres primeras empresas se identifican como "capital pagado en exceso", mientras para la última inversión no se aclara si corresponde a capital social o a capital pagado en exceso solamente aparece dentro del rubro total de inversiones permanentes (ver folios 28 y 47 del administrativo). Durante el desarrollo del estudio, a través de oficio ATAF 457-2000 (ver folios 16 a 18 del administrativo), se le solicitó a la actora aportar las acciones y documentos de respaldo de esas inversiones permanentes en las empresas Tenería Primenca SA., Vannamei SA., Belca Costa Rica SA. y Imprisa Corp.. Para los casos de las inversiones realizadas en las empresas Tenería Primenca SA., Vannamei SA., Belca Costa Rica SA., se le solicitaron los documentos que permitieran comprobar la inversión realizada tanto en el capital social (₡53.800.00, folio 10 del administrativo), como en el capital pagado en exceso en esas empresas ( ₡224.128.540,00, folio 10 ibidem). En cuanto al capital social se le solicitaron los documentos donde constaran las inversiones realizadas en cada empresa y otras explicaciones que permitieran conocer las condiciones en que se aportó el capital pagado en exceso y si estos aportes le han permitido obtener derechos adicionales en esas empresas, además si existe alguna fecha determinada para que esas empresas devuelvan dichos aportes. Para el caso de la inversión en la empresa IMPRISA CORP., se le solicitó aclarar domicilio y otros datos de la empresa, además de los documentos que demuestren en que consiste la inversión realizada en esta empresa (acciones comunes, acciones preferentes, capital pagado en exceso o cualquier otra explicación diferente). El 06 de diciembre del 2000, la actora envió los documentos que se observan en los folios 22 a 24, del administrativo, los cuales son certificaciones de la participación porcentual que tiene El Arreo S.A. en el capital social de las empresas: Tenería Primenca SA. (77.23 % del 06-05-1991 al 10-08-1999), Vannamei SA. (90 %), y Belca Costa Rica SA.(100 %). Los anteriores documentos si bien son claros en cuanto a la participación de El Arreo S.A. en el "capital social" de esas empresas, no aclaran nada con respecto al capital aportado en exceso en esas mismas empresas, la forma de aportarlo, participación adicional en la propiedad de la empresa, derecho de dividendos, si existe fecha definida para que El Arreo S.A. recupere su inversión u otras condiciones en que se realizaron los aportes de "capital pagado en exceso". Con relación a la información relativa a la inversión en la empresa IMPRISA CORP., tampoco se aportaron documentos ni explicaciones de ningún tipo. En conclusión no se presentaron parte de los documentos justificativos de las operaciones contables en lo relativo al respaldo de las inversiones permanentes y además no se presentaron los datos e informaciones solicitadas. No siendo sino por lo anterior, vale decir, no sin razón, que la Administración objetó la declaración del impuesto sobre la renta del período fiscal 97, considerándola ilegal e incompleta, y procedió,



legítimamente, conforme con el inciso b) del citado artículo 124, a determinar de oficio la obligación tributaria. Por otra parte, en autos tenemos que la Administración calificó esos rubros - "capital pagado en exceso"-, como un financiamiento otorgado por El Arreo S.A. a las empresas mencionadas y que por ende procedía presumir que devengaron un interés, en aplicación del artículo 10 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Para lo cual consideró: Que en relación con el origen del capital pagado adicional, la teoría contable afirma que las operaciones básicas que incrementan al capital pagado adicional son las siguientes (folio 6, punto 8): a- Contribuciones adicionales impuestas a los accionistas; b-Primas sobre acciones emitidas; c-Ventas de acciones de tesorería a más del costo; d- Conversión de bonos convertibles o de acciones preferentes y e- Capital adicional que resulta en las recapitalizaciones o revisiones de la estructura de capital (cuasi reorganizaciones). De acuerdo con lo anterior, fue del criterio que el capital pagado en exceso, ya sea que se pague en efectivo, bienes o en especie, representa la inyección (por parte de El Arreo S.A.) de recursos a dichas empresas. Que en el caso de que la inversión no se hubiese realizado en efectivo, sino a través de cualquier otro activo, de igual forma El Arreo S.A., tendría que trasladar activos a las empresas en las que invierte, y las empresas que reciben esta inversión tendrían que incrementar sus activos y reconocer un capital pagado en exceso a favor a favor de El Arreo S.A. . Asimismo, fue del criterio que El Arreo S.A. espera recuperar en alguna fecha posterior las inversiones que se clasifican como capital pagado en exceso, esto de acuerdo con lo que se manifiesta en el acta de asamblea general número 34 celebrada en noviembre de 1995 (ver folio 32), en la cual está presente la totalidad del capital social, el acuerdo tercero establece lo siguiente: "En razón de la posibilidad que existe de vender la operación completa del proceso de matanza, deshuese y exportación de carne en conjunto con la planta procesadora, se acepta por unanimidad la sugerencia de la junta directiva de aprobar la venta de la misma con el fin de devolver a los socios los capitales registrados como pagados en exceso. La misma política de devolver los capitales pagados en exceso (el subrayado es nuestro), se fija como directriz para las subsidiarias Tenería Primerenca S.A., Cosechas Marinas S.A. y Belca Costa Rica S.A .". Que lo acordado en esta asamblea, en la que han firmado una gran cantidad de personas en comparación con la asamblea anterior y posterior ( ver folios 31 y 33) confirma el supuesto de la Administración Tributaria, en el sentido que la política de El Arreo S.A., es recuperar la inversión realizada en otras empresas, en calidad de capital pagado en exceso. Asimismo, ante la falta de pruebas presentadas por la actora, fue del criterio que dado que el mercado accionario de las empresas es poco desarrollado en nuestro país, es inusual que se presenten motivos de incrementos de capital pagado en exceso por transacciones tales como las que expone la teoría contable citada, o sea: Primas sobre acciones emitidas, ventas de acciones de tesorería a más del costo y conversión de bonos convertibles o de acciones preferentes; por otra parte que tampoco se demostró por la actora que los capitales pagados en exceso provengan de una cuasi reorganización de la empresa, o de alguna otra transacción distinta que explique el origen de los capitales pagados en exceso. Por lo anterior, fue del criterio que lo más común es que el capital pagado en exceso que se refleja en un estado de situación financiera, se produzca por contribuciones adicionales impuestas a los accionistas. Por ello y en vista que la actora no demostró cual es el origen de los capitales pagados en exceso, fue del criterio que las inversiones en capital pagado en exceso que presenta El Arreo S.A. , se producen por contribuciones adicionales impuestas a los accionistas, lo cual no es otra cosa que un financiamiento por parte de El Arreo S.A., en las otras empresas citadas. Además, de acuerdo con las inversiones reflejadas en el Estado de Situación Financiera, al 30 de setiembre de 1997 (folio 27) , con la escasa información y pruebas aportadas por la actora, fue del criterio que la empresa no ha aportado prueba suficiente y competente que explique las

transacciones que dieron origen a los capitales pagados en exceso en las empresas Primenca SA., Vannamei SA. y Belca Costa Rica SA. Que durante el desarrollo del estudio tampoco se han aportado documentos probatorios que aclaren las transacciones que dieron origen a la inversión en Imprisa Corp., ni siquiera con relación a los datos que identifican esta empresa (nombre completo, número de identificación, domicilio, etc) con lo cual la actora no ha logrado probar que esta inversión se fundamente en la compra de acciones de la empresa Imprisa Corp, ni mucho menos que la participación en esa empresa se refiera a la compra de acciones (comunes o preferentes) o que representen capitales pagados en exceso originados en motivos diferentes a una contribución adicional impuesta a los accionistas. Por lo expuesto en el párrafo anterior y ante la falta absoluta de información con respecto a la inversión en Imprisa Corp., consideró que la inversión en esta empresa representa un capital pagado en exceso para El Arreo S.A. y que este es producto de un financiamiento realizado por El Arreo S.A. a la compañía Imprisa Corp. De acuerdo con los párrafos anteriores, fue del criterio que los activos que reciben las empresas en las que invierte El Arreo S.A., representan recursos que pueden utilizar en sus operaciones, lo cual le permite a las empresas que reciben la inversión, utilizar los activos obtenidos, ya sea como capital de trabajo o en lugar de ello en el caso que fueran activos diferentes a dinero, los podrían convertir en dinero o usarlos y con ello no tener que recurrir a préstamos u otros para comprar esos activos, en resumen, que esto le permite al receptor realizar las actividades de su giro normal, lo cual significa un financiamiento de las operaciones normales. Razón por la cual consideró que las inversiones en capital pagado en exceso realizadas en las empresas Primenca SA., Vannamei SA., Belca Costa Rica SA. e Imprisa Corp, por la suma de ₡955.456.195,38 (ver folio 10) debían ser reclasificadas contablemente como cuentas por cobrar a esas empresas. En resumen, que estas cuentas por cobrar que no provienen de operaciones comerciales no son ni más ni menos que un financiamiento otorgado por El Arreo S.A. a las empresas mencionadas. Que esta intención de financiamiento se refleja indirectamente en el acuerdo tercero del acta de asamblea general número 34 (folio 32), al acordarse que algunas de las empresas en cuestión deben devolver los capitales pagados en exceso. Y, de acuerdo con la calificación de estas inversiones como "cuentas por cobrar" a Tenería Primenca SA., Vannamei SA., Belca Costa Rica SA. y Imprisa Corp. y en vista que estas transacciones le han permitido a estas empresas financiar sus operaciones normales, consideró que aplica lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley del Impuesto sobre la Renta y 13 de su Reglamento; que le permite a la Administración presumir que todo contrato de préstamo de financiamiento, cualquiera que sea su naturaleza o denominación y aún cuando exista o no documento escrito devenga un interés no menor a la tasa activa de interés anual más alto que fije el Banco Central de Costa Rica. Además que la Administración podrá aplicar esta presunción en otras situaciones aunque no exista contrato de préstamo pero sí financiamiento conforme se establezca en el reglamento de esta ley, en donde el artículo 13 establece: que en estos casos se presume una renta neta por intereses, y permite a la Administración la aplicación de esta presunción si se produce financiamiento, aún cuando no exista contrato de préstamo, aclarando que el financiamiento se entiende como toda acción u operación que genere fondos que permitan al receptor realizar las actividades de su giro normal. Y que, de acuerdo a lo expuesto en los párrafos anteriores, la calificación de financiamiento en estas cuentas por cobrar obliga a la Administración calcular la renta neta presuntiva según lo indican los artículos legales citados. (...)" En consecuencia, no hay duda que la determinación de oficio realizada por la Administración fue producto de la existencia de indicios o hechos reales - tales como la existencia en sí de las inversiones, el contenido del acuerdo de Asamblea y la ausencia de documentos de respaldo y otras explicaciones que permitieran conocer las condiciones en que se aportó el capital pagado en



exceso (p.ej.: forma de aportarlo, participación adicional en la propiedad de esas empresas, derecho de dividendos, existencia de fecha para su devolución, etc.), que fueron calificados como un financiamiento. Cosa distinta es, desde luego, que la actora discrepe, p. ej.: de la apreciación de las pruebas, los fundamentos de la decisión y/o los elementos de determinación aplicados, en fin, de la calificación del hecho generador de la renta presuntiva, realizada por la Administración. Es decir, en cuanto afirma que *"se confunde - o, peor aún, se transforma arbitraria e infundadamente - lo que realmente era capital pagado en exceso, con un financiamiento o préstamo que nunca existió"*, alegato sobre lo cual se ahondará más adelante. Por otra parte, la actora alega que la justificación, o sea, la existencia de un supuesto financiamiento a favor de las empresas Tenería Primeca SA., Vannamei SA., Belca Costa Rica SA. y Imprisa Corp.; con respecto al cual, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley del Impuesto sobre la Renta deben presumirse intereses, tampoco es real. Para lo cual sostiene, básicamente, que el artículo 13 del Reglamento señala: *"Para los efectos de lo estipulado en el artículo 10 de la ley, se entiende por financiamiento toda acción u operación que genere fondos, que permitan al receptor realizar las actividades de su giro normal, utilizando sus activos como garantía o como instrumentos negociables, o mediante la emisión de títulos valores u otros documentos o títulos comerciales"*, definición con la cual -dice - no cumplen los montos aportados en calidad de *capital pagado en exceso* a las compañías mencionadas. O lo que es igual, que la situación no se ajusta a la definición reglamentaria de financiamiento. En concreto, no encuentra - la actora -, que el "capital pagado en exceso" cumpla con la definición enunciada, entre otras cosas porque las empresas que recibieron dicho capital no han utilizando sus activos como garantía o como instrumentos negociables, ni han emitido títulos valores u otros documentos o títulos comerciales. Este reparo tampoco resulta de recibo. Al respecto, este Tribunal concuerda, en lo medular, con los argumentos esgrimidos en su momento por la Administración Tributaria de Alajuela, en cuanto expresó: *"Conlleva la razón a la contribuyente al definir el concepto de financiamiento que grava la legislación vigente, tal como lo describe anteriormente, no obstante, no le asiste la razón al circunscribir el concepto de financiamiento únicamente a uno de los elementos estipulados en el artículo 13 de dicho cuerpo normativo, ya que en el segundo párrafo del artículo citado se indica textualmente: "La Administración podrá aplicar la presunción a que se refiere el artículo 10 de la ley, si se produce financiamiento, aún cuando no exista contrato de préstamo"; hecho real que calificó la oficina auditora como financiamiento, y la situación de que la recurrente (sic) no haya utilizado los activos como instrumentos negociables, no los inhibe de la aplicación de la renta presuntiva por financiamiento, estipulada en el artículo 10 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, ..."* (folios 79-80 del tomo 2 del administrativo) (...) *Efectivamente en el análisis que la contribuyente realiza del concepto financiamiento que se grava en el artículo 10 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, y definido en el último párrafo del artículo 13 del su Reglamento, tal como lo transcribe la gestionante, se refiere a un concepto más detallado de lo que la norma pretende gravar por renta neta presuntiva por financiamiento, lo que se equivoca la contribuyente es entender que para que se grave como financiamiento las cuentas determinadas por la auditoría, las empresas receptoras de los capitales pagados en exceso, deben utilizar sus activos como garantía o instrumentos negociales, o emitir títulos valores y otros títulos comerciales, situaciones que se incluyen en la definición de financiamiento, para que el aplicador del derecho tributario, tenga una mayor amplitud en el análisis de los casos particulares en que se pueden considerar financiamiento"*(énfasis suplido, folios 83-84 del tomo 2 del administrativo). No hay duda que el artículo 13 del Reglamento señala: *" (...)Para los efectos de lo estipulado en el artículo 10 de ley, se entiende por*



*financiamiento toda acción u operación que genere fondos, que permitan al perceptor realizar las actividades de su giro normal, utilizando sus activos como garantía o como instrumentos negociables, o mediante la emisión de títulos valores u otros documentos o títulos comerciales.* " ( énfasis suplido). No obstante, frente al hecho no controvertido de que El Arreo S.A. inyectó capitales a las empresas -Tenería Primerenca SA., Vannamei SA. y Belca Costa Rica SA. - que desde luego representan recursos que éstas pueden usar en sus operaciones, lo cual les permite utilizar esos activos obtenidos, ya sea como capital de trabajo o en lugar de ello, en el caso que fueran activos diferentes a dinero, los podrían convertir en dinero o usarlos y con ello no tener que recurrir a préstamos y otros para comprar esos activos, situación que les permite realizar las actividades de su giro normal -, resulta inútil, por inconducente, que no hayan *"utilizando sus activos como garantía o como instrumentos negociables, o mediante la emisión de títulos valores u otros documentos o títulos comerciales"*, pues no se trata de una lista taxativa, ni se tienen que dar todos estos requisitos para entender que hubo financiamiento, sino que, como señaló la Administración, *"... son situaciones que se incluyen en la definición de financiamiento para que el aplicador del derecho tributario, tenga una mayor amplitud en el análisis de los casos particulares en que se pueden considerar financiamiento"*. En todo caso, tampoco se descartó, por la actora, que no se hubieran dado una o alguna de tales seguridades, por parte de las empresas perceptoras, en especial la primera de ellas, a cuyo efecto pudo y debió aportar, cuando menos, los asientos contables de todas las empresas involucradas, máxime que se trataba de sociedades vinculadas, lo cual le facilitaba dicha labor probatoria. B) EN CUANTO A LA MALA CLASIFICACIÓN DEL HECHO GENERADOR (CAPITAL PAGADO EN EXCESO): Los reparos al respecto no son de recibo. En el Capítulo I *"Del hecho generador y de la materia imponible"*, en general y en el Capítulo IV *"De la determinación de la base imponible"*, en particular, la ley de Impuesto sobre la Renta regula la "Renta Bruta", "Exclusiones de la renta bruta", "Renta neta", "Gastos deducibles" y "Gastos no deducibles". La Ley grava las utilidades, sea **todos** los ingresos, continuos o eventuales, **no exceptuados en ella**, por servicios prestados, bienes situados o **capitales utilizados** en el territorio nacional, además de los incrementos de patrimonio que no se encuentren debidamente justificados. Se fundamenta en la renta producto que grava la riqueza o actividades que generen lucro u **onerosidad**. Se calcula por la renta neta, gravable o imponible, que es el resultado de deducir de la renta bruta, los costos y gastos útiles, necesarios y pertinentes para producir la utilidad o beneficio, y las otras erogaciones autorizadas por ley, debidamente respaldadas por comprobantes y registradas en la contabilidad. Se entiende por renta bruta, el conjunto de beneficios o ingresos percibidos o devengados por el sujeto pasivo en el respectivo período fiscal. La Ley de Impuesto sobre la Renta tipifica los casos exceptuados y respecto a las sumas que no forman parte de la base imponible del tributo. Así, entre otras cosas **se excluyen (no forman de la renta bruta), los aportes de capital social en dinero o en especie, así como las utilidades, dividendos, participaciones sociales y cualquier otra forma de distribución de beneficios, pagados o acreditados a los contribuyentes** (artículo 6 incisos a y c). Supuestos a los cuales por lo visto pretende ampararse la actora. En el Capítulo V *"De las Rentas netas presuntivas"*, la ley regula la renta neta presuntiva: de préstamos y financiamientos, de empresas no domiciliadas, de explotaciones agropecuarias y otras rentas presuntivas (prestación de servicios en forma liberal). La Ley completa así la regulación del hecho generador y la materia imponible, haciendo alusión a la **presunción de onerosidad** de las prestaciones de capital y servicios. Estableciendo, en lo conducente y a propósito de tal onerosidad, la presunción de que toda operación (de préstamos y financiamientos) devenga un determinado rendimiento financiero o



interés. En cuanto a la Renta neta presuntiva de préstamos y financiamientos, la ley distingue al efecto dos situaciones: en la primera (si existe documento escrito) establece una presunción *iuris tantum*, de tal manera que una prueba suficiente puede desvirtuarla. Sentado el marco anterior, debemos señalar: Que para los socios y para efectos fiscales no es indiferente que los aportes de capital se expresen o no en acciones, no solo porque en la sociedad anónima el capital social está dividido en acciones y los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones (artículo 102 del Código de Comercio), por lo que lo primero habría implicado, para la actora, un aumento de responsabilidad, frente a terceros, equivalente al monto de tales aportaciones, sino además porque, como ya vimos, los aportes de capital social en dinero o en especie, así como las utilidades, dividendos, participaciones sociales y cualquier otra forma de distribución de beneficios, se excluyen de la renta bruta (no forman parte de ella). Por lo que no se trata, como se arguye, de un mero formalismo. Pues bien, en este caso y a diferencia de lo arguido, los capitales pagados en exceso no pueden conceptuarse, propiamente, como aportes de capital social o como aportes de patrimonio, si no fueron realizados - como expresamente se admite -, con las formalidades necesarias para que se expresen en acciones; o bien, si no se formalizaron registralmente a través de la emisión de acciones; o también, si se omitieron las formalidades necesarias para configurar un aporte de capital en los estatutos sociales de la compañía; en fin, si fueron hechos sin pasar por las formalidades que implica registrar un aporte de capital cambiando los estatutos de la empresa. De conformidad con lo anterior resulta inútil por inconducente el alegato de que la propia Acta de Asamblea General - en que se acuerda que en caso de venta de una de las empresas se devolvería el capital pagado en exceso -, sirva como prueba de la naturaleza de aportes de los capitales pagados en exceso. Lo mismo sucede, en consecuencia, con las interrogantes y respuestas, que la propia actora se hace a propósito de las devoluciones de aportes de capital; ya que si bien se mira, no se trataría de una "devolución" por el cese de su participación como socio, en las empresas en cuestión, sino por la eventual venta del negocio; lo cual, aparte de ser diferente; desdibuja el supuesto carácter "permanente", de tales inversiones. En todo caso, las sociedades anónimas son comerciantes; y los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio - onerosos -, salvo prueba en contrario (artículos 1 y 5 del Código de Comercio) y no se ha demostrado que los capitales pagados en exceso fueran una donación o un acto de liberalidad. Por lo que a nada conduce el alegato de que El Arreo S.A. no tenía intenciones de "prestar" dinero a las empresas -Tenería Primenca SA., Vannamei SA. y Belca Costa Rica SA., que le pertenecían y mucho menos de cobrarle intereses. Amén de que la operación no fue calificada como un préstamo puro y simple sino como la producción de un financiamiento. En consecuencia, el Tribunal estima que no hubo mala clasificación del hecho generador por parte de la Administración. Por el contrario, considera que desde un principio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Impuesto sobre la Renta y 13 de su Reglamento, la Administración presumió, correctamente, el devengo de intereses generados por dichas inversiones que pueden y deben ser consideradas un financiamiento, de conformidad con el principio de realidad económica del artículo 8 del Código Tributario; ya que efectivamente implicaron una operación de inyección de fondos a las empresas -Tenería Primenca SA., Vannamei SA. y Belca Costa Rica SA. - representativos de recursos que éstas podían usar en sus operaciones, lo cual les permitía utilizar esos activos obtenidos, ya sea como capital de trabajo o en lugar de ello, en el caso que fueran activos diferentes a dinero, los podrían convertir en dinero o usarlos y con ello no tener que recurrir a préstamos y otros para comprar esos activos; lo cual les permite realizar las actividades de su giro normal; situación que cumple, desde luego, con el concepto (espíritu y finalidad) de lo que la norma pretende gravar por renta neta presuntiva por financiamiento. Al respecto, este Tribunal concuerda, en lo medular, con



las afirmaciones del representante estatal, al contestar la demanda, y los argumentos del Tribunal Fiscal Administrativo, a saber: que la misma empresa ha reconocido que los activos concedidos a las empresas Tenería Primerenca S.A., Vannamei S.A. y Belca Costa Rica S.A., que contablemente registró como "capital pagado en exceso", tenía como finalidad inyectar recursos económicos a las citadas empresas, sobre las cuales, valga apuntar, la actora posee participación importante en su capital social. Tales inversiones de capital, como bien lo determinó la Administración Tributaria, claramente representan un financiamiento otorgado por la actora a las citadas empresas, que les permite realizar las operaciones de su giro normal sin necesidad de recurrir a otras formas de financiamiento más onerosas. En ese sentido, la determinación practicada por la Administración se enmarca dentro de los presupuestos facticos de la normativa de comentario. Es claro entonces que la Administración procedió a calificar correctamente los aportes de capital de la actora a las demás empresas como en realidad correspondía, prescindiendo de la denominación con que equivocadamente habían sido registrados y, en su lugar, procedió a calificarlos de acuerdo con su verdadera naturaleza, demostrando la existencia de un financiamiento solapado bajo la apariencia de cuentas cuya denominación era incorrecta. Como bien apuntó el Tribunal Fiscal en la resolución impugnada: "Con su estudio, debidamente documentado en las hojas de trabajo, la oficina de origen no hizo otra cosa que demostrar la existencia de un verdadero financiamiento, aunque encubierto en cuentas registradas con una denominación equivocada como un supuesto "capital pagado en exceso". En este caso, la constatación de la existencia del financiamiento otorgado por la contribuyente a terceros, representa un hecho cierto y palpable sobre el cual se sostiene sólidamente la presunción de la necesaria generación de un interés financiero como rédito por esa operación, y sobre el cual recae el gravamen tributario que motiva el ajuste de mérito, por lo que debe ser confirmado por este tribunal, máxime que no existe en autos evidencia alguna que desvirtúe la veracidad de tales hechos o que motive una apreciación diferente, ya que la interesada no ha aportado pruebas de un origen o naturaleza diferente para las cuentas objetadas. (...) En relación con lo expuesto, y tomando en cuenta que la carga de la prueba compete a la contribuyente, la misma debió aportar todos los elementos probatorios necesarios para desvirtuar las razones del ajuste, demostrando que el verdadero origen y naturaleza del supuesto "capital pagado en exceso" no era el que pretendía la auditoría fiscal, y que en su criterio no constituye financiamiento a otras empresas. Para ello, era de esperarse que se aportaran los elementos de juicios tales como asientos contables de todas las empresas involucradas, máxime que se trataba de sociedades relacionadas, lo que facilitaba la recolección de elementos probatorios con los que pudiera demostrar fehacientemente, que las operaciones cuestionadas por la auditoría fiscal no constituyen financiamiento alguno. En este mismo sentido debe tomarse en cuenta que no es lógico, normal ni natural en el medio comercial, que una empresa con fines de lucro traslade dineros a otra a cambio de nada, es decir, sin obtener una utilidad, que fue lo que ocurrió en este caso, según ha demostrado la auditoría fiscal, situación propiciada justamente en virtud de la estrecha vinculación económica entre estas empresas, tal y como lo reconoce la misma apelante. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que lo procedente es rechazar los argumentos de la apelante y confirmar lo resuelto por la oficina a quo, toda vez que el interesado no presenta en esta oportunidad pruebas que demuestren la veracidad de sus afirmaciones, ni logra desvirtuar el fundamento del ajuste que objeta, a pesar de que, en esta etapa procesal, la carga de la prueba pesa sobre el contribuyente, quien no puede relevarse de su deber de demostrar el sustento de sus argumentos, si pretende desvirtuar los cargos y ajustes practicados por la Oficina Fiscalizadora". C) EN CUANTO A LA FALTA DE ADECUACIÓN DEL CONTENIDO DEL

TRASLADO DE CARGOS AL FIN PARA DETERMINAR LA RENTA PRESUNTIVA: La actora alega, al respecto, en resumen, que al no existir un motivo real que genere la necesidad de emitir el acto administrativo, el contenido - la determinación de la renta presuntiva - resulta innecesario y excesivo. Que la mala calificación del capital pagado en exceso, realizada en su opinión con falta de objetividad y sin indicios suficientes, resulta en la determinación de una carga tributaria que no es correcta y, por lo tanto, el contenido del acto desvirtúa el fin perseguido por la ley. Pues bien, tales reparos se deben rechazar, en razón de todo lo considerado, puesto que se sustentan en la tesis - ya rechazada por este Tribunal -, de que se incurrió en error al recalificar el "capital pagado en exceso", como un financiamiento y en ese sentido como cuentas por pagar de las empresas beneficiadas a favor de la actora, sujetas a la renta presuntiva por financiamiento que establece el artículo 10 de la ley del Impuesto sobre la Renta y 13 de su Reglamento."

**b) Cesión de acciones: Naturaleza jurídica y requisitos**

[Tribunal Segundo Civil Secc. I]<sup>5</sup>

Voto de mayoría:

**"X.- Validez y eficacia de la cesión de acciones.-** Conforme a la doctrina tradicional, la cesión es un contrato traslativo de dominio y, por ello, una categoría especial de la compraventa. Se le define como un convenio por el cual se transmite la titularidad o dominio de una cosa incorporal por un precio consistente en dinero, en cuyo caso se la llama "cesión onerosa", pero puede no haber tal precio, y en tal supuesto se rige por los principios de la donación, según los artículos 1101 y 1103 del Código Civil. Más específicamente, la que se ha hecho "...mediante un precio determinado en dinero, se rige por los mismos principios de la venta de objetos corporales.", según el tenor de la última regla citada. Es decir, que además de los elementos de validez y eficacia de las obligaciones en general, por tratarse de un contrato, tienen que darse en la cesión los requisitos de todo convenio, que son el consentimiento exento de vicios y la observancia de las formalidades que sean del caso, además de los propios de la compraventa, habida cuenta de que no se trata de una cosa corporal sino, por el contrario, incorporal, como pueden serlo una "acción" o título de participación en sociedades mercantiles, créditos, derechos litigiosos, obras del intelecto, etc. O sea, tiene que haber descripción detallada del objeto transmitido, de su precio, de la forma de pago de dicho precio, así como darse también el cumplimiento de las solemnidades que, según sea la disciplina que rige al objeto incorporal en particular, resulten aplicables. Ciertamente, la propiedad se transmite entre las partes desde que hay acuerdo en la cosa y en el precio. Pero tratándose de terceros y de bienes muebles como son las acciones de una sociedad, el dominio se transmite desde que hay entrega de la cosa en virtud de un título hábil para transmitir el dominio y siempre y cuando se practique la correspondiente inscripción tanto en las acciones mismas como en el



registro societario del caso. Artículos 480, 627, 1007, 1008, 1022, 1049, 1056 y 1101 y siguientes, del Código Civil, en relación con el numeral 438 del de Comercio. Todo, en la inteligencia de que si falta alguno de los elementos esenciales para cada categoría de negocio, según sea su naturaleza, el vicio produce nulidad. Nulidad que, además, es de carácter absoluto, es decir, imposible de subsanar por ratificación o confirmación de las partes ni por un lapso menor que el que se exige para la prescripción ordinaria, pues una vez declarada da derecho a las partes a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si nunca hubiere existido el acto o contrato nulo, como resulta de los artículos 835, 837 y 844, todos del citado Código Civil. **XI.-** En el caso de autos, ya se adelantó que la redacción del "acta" del veintidós de setiembre de mil novecientos ochenta y ocho es confusa. Pero, además, resalta que no hay descripción detallada del objeto de la cesión, que serían las cincuenta y dos acciones que hasta entonces tenía el señor Orlich Bolmarcich, ni que se anotó el traspaso en las acciones propiamente ni en el Libro Registro de Accionistas, porque entonces no existían físicamente tales acciones ni el Libro correspondiente. Tampoco hay prueba concluyente sobre el precio que debió pagarse por ellas, de haberse tratado en efecto de una cesión onerosa, pues al respecto sólo se cuenta con el dicho del demandado Orlich Figueres en el sentido de que fue de quinientos colones cada una, es decir, su valor nominal, como puede verse de la contestación de demanda, folio 464, apartado "5.4". Pero tal monto resulta poco creíble, habida cuenta de la antigüedad y volumen de los negocios societarios, pues resultaría ser apenas la suma de veintiséis mil colones (¢26.000.00). Tampoco hay demostración de movimientos patrimoniales entre ellos que dejaran entrever que el precio fue realmente pagado, pues no consta que el señor Orlich Bolmarcich hubiera tenido algún ingreso por traspaso de los títulos, ni que el accionado Orlich Figueres hubiera hecho algún desembolso que aparentara ser pago del precio. Nada de ello se desprende del "Acta" de comentario, ni puede conjeturarse sobre un posible negocio principal de cesión onerosa entre ellos, porque no parece haber existido en forma autónoma del "Acta" dicha, a pesar de su innegable importancia para la validez y eficacia del negocio. Por otra parte, sería más aventurado aún especular sobre la existencia de un posible negocio principal y antecedente de donación, porque iría en contra de la afirmación de que se pagó un precio y que fue de quinientos colones por acción, y porque se harían evidentes otros vicios de nulidad absoluta, por la desconfianza que merecen al Código Civil los negocios a título gratuito. Pero ello tampoco es bastante para admitir que el señor Orlich Bolmarcich fue víctima de error o de dolo vicio del consentimiento, porque no hay prueba al respecto, a pesar de que se invoca en el escrito de demanda, "Hecho Sétimo", folio 303. No hay indicios siquiera de que el señor Orlich Bolmarcich hubiera incurrido en error excusable sobre la naturaleza del acto o contrato en que intervenía, o sobre la sustancia o calidad esencial de lo que estaba transmitiendo, así como tampoco de si hubo maniobras artificiosas para inducirlo a contratar, como serían los supuestos de aplicación de los artículos 1015 y 1020 del Código Civil.

**XII.-** En lo que aquí interesa, las reglas del **Código de Comercio vigentes en setiembre de mil novecientos ochenta y ocho** establecían que en las sociedades anónimas, el capital estaría dividido en acciones, y que el valor nominal de éstas debía estar expresado en moneda (artículo 102); que en la escritura constitutiva debía indicarse, entre otros, el número, valor nominal, naturaleza y clase de las acciones en que estaba dividido el capital social (art. 106); que por acción debe entenderse "...el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio.", y que puede ser nominativa o al portador (art. 120); que el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la acción se registrarían, entre otras, por las disposiciones de los títulos valores (art. 131); que el texto de las acciones debía indicar el nombre del socio cuando fueren nominativas, además



del importe del capital y el número y valor nominal de dichas acciones, así como su serie, número y clase y llevar la firma de los administradores legitimados (art. 134). Especialmente, destacaba que las sociedades anónimas que emitieran acciones nominativas debían llevar un registro en que constara el nombre del accionista y la cantidad de las acciones que le pertenecieran con sus números, series, clases y particularidades de interés, así como los traspasos que se realizaran (art. 137), ya que cada acción común da derecho a un voto (art. 139), habida cuenta de que **"...la sociedad considerará como socio al inscrito como tal en los registros de accionistas, si las acciones son nominativas..."**, al tenor del artículo 140. Debía llevarse por lo menos un **Libro de Actas** debidamente legalizado (art. 252) para asentar "minutas detalladas" de cada asamblea ordinaria o extraordinaria (art. 259). Más concretamente, **"En los registros de socios se consignará la acción o cuota correspondiente al socio., y luego, en orden cronológico y sin dejar espacios, los traspasos sucesivos. Si los traspasos obedecen a un contrato..., deberá presentarse el documento original... . Esos documentos se archivarán, poniendo la razón correspondiente en el asiento de traspaso."** (art. 261). En términos generales, los contratos de comercio no estarán sujetos a formalidades especiales para ser válidos, salvo que por expresa disposición sean precisas formas o solemnidades necesarias para su eficacia (art. 411), y cuando la formalidad sea por escrito, habrá de asentarse las firmas originales de los contratantes (art. 413). Que la compraventa será mercantil cuando tenga por objeto la transmisión de acciones de sociedades mercantiles, entre otros casos (art. 438), y que es perfecta, o sea, capaz de transmitir el dominio, desde que hay acuerdo en la cosa y en el precio (art. 442), lo cual es aplicable a la cesión porque, como se vio, esta última es una variante de la compraventa. Que la entrega de la cosa se entiende verificada, entre otros, en el caso de que se practique un asiento en el registro correspondiente (art. 466, inc. 2ª). Con relación a los títulos valores, decía que se trata de documentos indispensables para ejecutar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna (art. 667), entre los cuales incluye los nominativos con o sin cláusula a la orden (art. 668), ya que según sea el tipo de ellos, corresponderá una forma específica de traspaso (art. 668). De manera que los documentos y los actos a que se refiere el Código en materia de títulos valores, sólo producirán los efectos previstos por él cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la ley y que ésta no presume expresamente (art. 669). Por ello, entre los requisitos que deben satisfacerse están los de indicar el nombre del título de que se trate, su fecha y lugar de expedición, las prestaciones y derechos que confiere, con indicación de si es nominativo o de otra índole, y llevar la firma de quien lo expida (art. 670), pues **"...para ejercitar los derechos que consten en un título valor, es indispensable exhibirlo..."**, según el numeral 672. Propiamente, los títulos son nominativos cuando se expiden a favor de una persona cuyo nombre se expresa en el texto mismo del documento (art. 686), y cuando por expresarlo el título mismo o prevenirlo la ley o el contrato que lo rige, el título deba ser inscrito en un registro, no se reconocerá como tenedor legítimo sino a quien figure como tal, tanto en el documento como en el registro. A mayor abundamiento, **"...Cuando sea necesario el registro, ningún acto u operación referente al título surtirá efectos contra el emisor o contra terceros, si no se inscribe en el registro y consta en el título."**, según reza el artículo 687. Por expresa disposición del artículo 688, el traspaso de los títulos nominativos **"...tiene que hacerse por cesión, de la cual se tomará nota en el registro respectivo..."**. Por último, **"...Para demostrar la propiedad de un título nominativo adquirido por cesión no basta exhibirlo, pues además debe aparecer en el mismo o en documento auténtico, constancia de que está inscrito en el registro respectivo, si así fuere exigido."**, disponía el artículo 689. Se insiste en que la numeración y los textos

corresponden a las disposiciones vigentes en mil novecientos ochenta y ocho, por ser el Derecho aplicable al problema en estudio. Se aclara, por lo demás, que los resaltados son del Tribunal, pues no aparecen así en el original.

**XIII.-** De la simple enunciación del conjunto de reglas aplicables a las acciones nominativas de "Propiedades El Labrador S. A." que tuvo el señor Orlich Bolmarcich, resulta como obligada consecuencia que el traspaso en favor del codemandado Orlich Figueres no fue válido ni eficaz. Nótese que no hubo precio claramente indicado de cada uno de los títulos ni del valor total de la negociación, así como tampoco descripción detallada del número y demás características de cada una de las acciones, de los posibles gravámenes que sobre ellos pesaren, si es que los había, ni manifestación expresa de que se hacía libre de ellos, así como indicación de que el aparente cesionario, el codemandado Orlich Figueres, aceptaba el traspaso, fuera de la afirmación genérica que en el "Acta" hicieron los asistentes a la reunión de setiembre de mil novecientos ochenta y ocho. Y ya con relación a la naturaleza nominativa de las acciones y a la disciplina propia de los títulos de esa índole, no se practicó ninguna inscripción ni en ellas ni en el correspondiente Registro, por la sencilla razón de que no existían físicamente. Ello hace que, por falta de tal inscripción, **"...ningún acto u operación referente al título surtirá efectos contra el emisor o contra terceros,..."** , como acaba de verse de la cita del artículo 687 del Código de Comercio, que no es sino otra forma de decir que la falta de inscripción en las acciones y en el Registro producirá la nulidad absoluta de cualquier traspaso de acciones nominativas que se hubiere practicado. Y el efecto de toda nulidad, ya se vio también, es volver a las partes al estado anterior en que se hallarían de no haber existido el acto o contrato nulo. Cabe concluir, por todo ello, que el pretendido traspaso de las cincuenta y dos acciones que tenía el señor Orlich Bolmarcich en "Propiedades El Labrador, S.A." que invoca a su favor el señor Ricardo Orlich Figueres, fue absolutamente nulo y que, por el contrario, ellas nunca salieron válidamente del patrimonio del primero, hoy su Sucesión. Por tener relevancia con el tema analizado deberá tomarse en cuenta que al reincorporarse esos bienes al patrimonio de don Cornelio al año mil novecientos noventa y ocho, como su primera esposa falleció en mil novecientos noventa y uno, dichas acciones formaban parte del patrimonio familiar como bien ganancial. Por ello doña Carmen Figueres Ferrer podría tener derecho sobre parte de los bienes ahora reivindicados, y en vista de que falleció podría haber surgido el derecho para su sucesión de reclamarlos."

***c)Análisis sobre los alcances como derecho y como título y sobre los mecanismos para la transmisión de la calidad de socio***

[Sala Segunda]<sup>6</sup>

Voto de mayoría

**IV.-** Los recurrentes invocan la nulidad de la cesión por ausencia de consentimiento y de titularidad del cedente como sustento de su tesis en juicio; de que la demanda es improcedente. Ante la Sala se muestra inconformidad con el fallo de segunda instancia, alegando el quebranto de los artículos 836, 843 y 1015 todos del Código Civil, por cuanto se sostiene que en él se indicó que los demandados debieron contrademandar para poder alegar aquella nulidad. Dicho agravio no tiene fundamento alguno, porque en la sentencia no se hizo tal afirmación. Y, por el contrario, en el considerando V se analizaron los motivos de nulidad planteados contra el contrato de cesión, arribando a la conclusión de que éste es válido.-

**V.-** Se alega en los recursos la infracción de los numerales 120, 411, 440, 669 bis *a contrario sensu*, 687 y 688, todos del Código de Comercio, 1111 del Código Civil y 155, 318 y 330 del Código Procesal Civil. No se comparten los agravios invocados a su respecto, porque los señores jueces sentenciadores apreciaron correctamente las probanzas conforme con la normativa que rige el caso. El Capítulo VII, del Título I del Libro Primero, del Código de Comercio, regula lo concerniente a las sociedades anónimas (artículos 102 y siguientes). El artículo 102 señala que el capital social de este tipo de sociedades está dividido en acciones y el numeral 104 establece los requisitos para su formación, así: “La formación de una sociedad anónima requerirá: a) Que haya dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba por lo menos una acción; /b) Que del valor de cada una de las acciones suscritas a cubrir en efectivo, quede pagado cuando menos el veinticinco por ciento en el acto de la constitución; y/ c) Que en el acto de constitución quede pagado íntegramente el valor de cada acción suscrita que haya de satisfacerse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario”. En consecuencia, para constituir una sociedad deben existir al menos dos socios y cada uno de ellos debe suscribir por lo menos una acción. Según consta en la certificación del Registro Público visible a folio 71 frente y vuelto, la sociedad que interesa “FINCA LAS CALABACITAS SOCIEDAD ANÓNIMA”, fue fundada por José Peña Lamelo y Sergio Saborío Barboza, quienes en la respectiva cláusula de capital indicaron que el segundo suscribió dos acciones. Se repite, si para la constitución de la sociedad se necesitaban al menos dos socios, uno de los cuales en este caso, fue Saborío Barboza, quien suscribió dos acciones, sin que se haya cuestionado la validez de ese acto de constitución y, de los actos posteriores realizados por la sociedad fundada, no podría de ninguna manera cuestionarse ahora su calidad de socio. Si para la conformación de la sociedad mediaron también otros motivos de carácter personal entre los socios, a éstos no pueden ligársele los efectos pretendidos por los recurrentes, pues, se repite, lo que realmente interesa es el deseo de los socios fundadores de conformar la sociedad, no discutiéndose en este proceso la validez de ese acto constitutivo, lo cual en todo caso sería impensable que lo pueda plantear la propia sociedad y, en el evento de que exista algún vicio de la constitución, serían otras las personas legitimadas para hacerlo.-

**VI.-** La acción social puede ser analizada como parte del capital, como derecho y como título. En cuanto al primero, el tratadista Joaquín Garrigues señala: “La acción es, ante todo, una de las partes en que se divide el capital social de la s.a. La división del capital social en acciones es requisito de constitución de la sociedad ... Y como el capital social se expresa en dinero, la acción expresa al mismo tiempo una suma de dinero y una cuota parte del capital social ...” (GARRIGUES (Joaquín) Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Reimpresión de la séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987, pp.147-148). La acción como derecho ha sido referida por ese autor así: “... el



significado primordial de la “acción”: el socio (accionista) tiene acción, es decir, tiene un derecho contra la sociedad, fundamentalmente el derecho a participar en los beneficios. La posesión de una acción atribuye a su titular el derecho de socio de la s.a “ (Op.cit., p.149). También se puede explicar “la acción” entendida como título: “La incorporación material de la acción como parte del capital y como conjunto de derechos, a un documento, título apto para circular y transmitir estos derechos, es una exigencia inexcusable del tráfico moderno y acaso haya sido la circunstancia que más eficazmente contribuyó a la expansión de la s.a ... La función que cumplen los títulos – acciones explica que la doctrina no haya vacilado en reconocer al accionista el derecho a exigir a la sociedad el título que acredita su condición de socio y le legitima para el ejercicio de los derechos corporativos ... ” (Op.cit., pp.158-159). De ahí que encontremos en términos generales el significado de “la acción” como un valor mobiliario que representa una parte proporcional del capital social de la sociedad anónima; es decir, una parte de ese capital que se documenta en un título, incorporando los derechos del socio. En ese orden de ideas, la acción es un título de propiedad y el accionista es un socio de la sociedad (sobre el particular se pueden consultar CACHÓN BLANCO (José Enrique) Derecho del Mercado de Valores, Tomo I, Editorial Dykinson S.L, 1992, Madrid, p.157 y siguientes). A la luz de lo que viene expuesto, los numerales 102 y 120 del Código de Comercio se ocupan de la acción, el primero, entendiéndola como parte del capital social y, el segundo, como título aunque siempre representativo de aquel capital. Este último dispone: “La acción es un título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Las acciones comunes también llamadas ordinarias otorgan idénticos derechos ...”. Tal y como acertadamente lo expusieron los señores jueces sentenciadores, esa norma se refiere a los atributos que la ley le otorga al titular de una acción de una sociedad anónima, considerada ésta como un título valor. Por su parte, el numeral 140 de dicho Código, reza: “La sociedad considerará como socio al inscrito como tal en los registros de accionistas, si las acciones son nominativas; y al tenedor de éstas, si son al portador”. Según esta norma, cuando el capital social está representado por acciones nominativas, deberá reconocerse la condición de socio al inscrito como tal en el libro de accionistas. De la certificación de folio 71 en relación con la certificación notarial de folio 1, se desprende que en la propia escritura constitutiva de la sociedad se indicó que las acciones de la sociedad “Finca Las Calabacitas Sociedad Anónima” son nominativas. Pese al contenido del numeral 133 del Código de Comercio, según el cual deben expedirse los correspondientes títulos dentro de un plazo que no exceda de dos meses, contado a partir de la fecha en que queden pagadas y fueren solicitadas por el interesado, no se procedió a su emisión. Y, precisamente, ante esa omisión, la ley posibilita a los accionistas, es decir, a quienes como en este caso sean socios originarios, a exigir judicialmente la expedición de los respectivos títulos que incorporan los derechos de socio (artículo 136 de ese cuerpo normativo). Resulta evidente que quien, desde su fundación aparecía como socio con derecho a dos acciones nominativas era Saborío Barboza y, por ende, la sociedad debía considerarlo como tal, salvo que la negociación se hubiere hecho para defraudar los legítimos derechos de terceros, cuestión, que tampoco se ha invocado. Además, debe tomarse en cuenta que la voluntad de quienes aparecían como socios, era, precisamente conformar la sociedad, y que ambos aparecieran como socios, con todas las consecuencias que ello implica. Establecida la calidad de socio de Saborío Barboza y, por ende, siendo éste titular de los derechos que ello conlleva, importa ahora analizar los mecanismos para la transmisión de esa calidad. -

**VII.-** Para la transmisión de la acción, entendida como título valor, debe tomarse en cuenta lo indicado en el Considerando precedente, a saber, que es un título conforme con el cual se acredita



y transmite la calidad de socio y que la sociedad considerará como tal al inscrito en el registro de accionistas, en el caso de acciones nominativas. El Capítulo II, del Código de Comercio se ocupa de los títulos nominativos, estableciendo el numeral 687 lo siguiente: “Son títulos nominativos los expedidos a favor de persona determinada, cuyo nombre ha de consignarse tanto en el texto del documento como en el registro que deberá llevar al efecto el emisor. Ningún acto u operación referente a esta clase de títulos surtirá efecto contra el emisor o contra terceros, si no se inscribe en el título y en el registro...”. Por su lado, el numeral 688, señala: “Los títulos nominativos son transmisibles por endoso nominativo e inscripción en el registro del emisor”. En aplicación de la normativa que regula el caso, a diferencia de las acciones al portador respecto de las cuales la posesión del título de buena fe establece la titularidad a favor del poseedor, en las acciones nominativas: “... la legitimación viene dada por la posesión de la acción unida a la regularidad en la cadena de endosos o cesiones. A efectos del ejercicio de derechos, se requiere figurar inscrito en el libro registro de acciones nominativas” (Op.cit., p. 165). Mas, no existe normativa legal que impida adquirir los derechos de socio mediante un contrato de cesión tal y como lo sostuvo la Sala Primera de esta Corte en el Voto número 513-F-00, de las 9:45 horas, del 12 de julio del 2000, al que se alude en el fallo impugnado y del cual interesa resaltar cuanto sigue: “VI. Debe acotarse, que la inscripción en el Registro y la constancia en el título, respecto a cualquier acto u operación referente a títulos nominativos, lo es para que surta efectos a terceros, **no así entre las partes, para quienes la validez del contrato depende del acuerdo de voluntades...**” (énfasis suplido). Así, para hacer valer los derechos adquiridos mediante el acto dispositivo de los derechos de socio, debe procederse a la respectiva inscripción en el Registro de accionistas. En un caso como el presente, en que por inercia de la propia sociedad no se había procedido a emitir los títulos que representan las acciones a su vez representativas del capital social y que fueron suscritas por cada uno de los socios al constituirse la sociedad, es decir, a documentar el capital social en títulos, resultaba materialmente imposible procederse al endoso nominativo, por lo que los derechos del socio que ostentaba Saborío debieron transmitirse por medio del contrato de cesión, como efectivamente se hizo. Para ello, debemos tomar en cuenta que el artículo 490 del Código de Comercio dispone que la cesión de un crédito no endosable se sujetará a las reglas establecidas en los numerales 1101 a 1116 del Código Civil y que, el artículo 411 de aquel cuerpo normativo dispone: “Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales, cualesquiera que sean la forma, el lenguaje o idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse ...”. No existe normativa especial que establezca requisitos adicionales a los generales, para la validez entre las partes del contrato de cesión de acciones. Por esa razón interesa el contenido del numeral 1007 del Código Civil, que reza: “Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija”. El numeral 1008 siguiente, se ocupa del consentimiento, elemento esencial del contrato, así: “El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado./ La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca”. Por su parte, el artículo 627 de ese Código, establece las exigencias para la validez de la obligación: “Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1° Capacidad de parte de quien se obliga. 2° Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación. 3° Causa justa”. En el caso concreto, quien era titular del derecho a dos acciones, aún no emitidas, las cedió a José Peña Pol, actor en este proceso (ver contrato en folio 2). Se ha invocado la nulidad de esa contratación, alegándose la falta de titularidad del derecho por parte del cedente y la ausencia de consentimiento por parte del cesionario. En



armonía con lo que se dijo, no es la sociedad la legitimada para pedir dicha nulidad, porque no tiene interés legítimo en vista de que no le causa perjuicio, pues sus consecuencias económicas le son ajenas. Lo mismo sucede con doña Noemy Pol Vargas, porque, de un lado, ella no fue constituyente de la sociedad y no se ve el interés que pueda tener en deshacer el convenio entre el actor y Saborío Barboza, con independencia de la existencia de la sociedad, pues el resultado económico en nada la favorecería. Por otro lado, si efectivamente, hubo un caso de testamento o presta nombre que eventualmente podría ser causa de un vicio, sería con relación al acto constitutivo de la sociedad y no con el traspaso; negocios ambos distintos; y si bien la extinción del primero podría alcanzar al último convenio, la validez de la constitución no se discute aquí. Además, no puede tenerse por acreditada la ausencia de voluntad de enajenar, no sólo porque ella quedó plasmada claramente en el respectivo documento, sino también en la contestación de la demanda realizada por el propio Saborío Barboza: "En vista de que estaba consciente de que las acciones en mi poder no me pertenecían realmente sino que únicamente mi nombre había servido para la constitución de dicha Sociedad, razón por la cual yo debía devolver dichas acciones a la familia Peña Pol, o sea a los herederos de don José Peña Lamelo, fundador de la Sociedad, y pareciéndome lógicos y correctos los argumentos expresados por el señor Peña Pol y el abogado que lo acompañaba, firmé un documento que ellos me presentaron cediéndole mis dos acciones al señor José Peña Pol". Eso sí negó haber recibido dinero por ese traspaso. De la anterior transcripción se deduce que fuere cual fuere el motivo mediato por el cual estuvo de acuerdo en suscribir el contrato, no hay duda alguna de que era concedor y daba su consentimiento a realizar el traspaso de las acciones. Es evidente que el cedente sabía que estaba realizando el traspaso de las dos acciones por él suscritas al constituirse la sociedad. El tema relativo a la ausencia de entrega del precio de las acciones cedidas e incluso de que en la realidad no existiera ningún precio, lo que daría lugar a un supuesto vicio del contrato por falta de causa, por las mismas razones dichas no es posible ventilarlo a instancia de los recurrentes, amén de que, no sobra agregarlo, según se desprende de la contestación de la demanda del señor Saborío ya citada, en la realidad se quería realizar el traspaso con independencia de esa contraprestación."

***d) Inconstitucionalidad de los artículos 102 y 120 del Código de Comercio Ley N°3284 de 30 de abril de 1964 reformada por Ley 6965 de 22 de agosto de 1984***

[Sala Constitucional]<sup>7</sup>

Voto de mayoría



Punto de referencia obligado en esta acción es la sentencia número 3495-92 de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992, cuyo texto se transcribe a continuación -prácticamente en su totalidad-, a fin de establecer hasta qué punto son asimilables al caso de los artículos 102 y 120 del Código de Comercio, las condiciones que ahí se expresaron:

*"V- Por otra parte, también la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos conforman un marco general de reconocimiento y garantías de libertad, cuyos contenidos esenciales la ley debe y no puede sino desarrollar y ampliar, o, si acaso, regular dentro de las limitaciones que aquéllos establecen y del sentido que ellos mismos les imprimen. Ciertamente, nuestra Constitución consagra, en su artículo 28, tanto el principio de libertad, todavía meramente formal, en cuanto permite al ser humano todo aquello que la ley no le prohíba, pero aún sin imponer a ésta y a sus prohibiciones posibles ningún límite material (pgr. 1°), cuanto el sistema de la libertad, que sí establece límites de contenido incluso, para la propia ley, dejando fuera de su alcance "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público y que no perjudiquen a terceros" (pgr. 2°);*

*principio y sistema de la libertad que son la razón de ser y el núcleo fundamental en el cual convergen, por una parte, el elenco de los derechos individuales y sociales y sus propias garantías y, por otra, todas las demás normas y principios constitucionales relativos a la organización y actividad del Estado, a la distribución de competencias entre los poderes públicos y al desarrollo del programa político-social de largo plazo del pueblo soberano, por boca del constituyente.*

*VI- Implícita en esos valores y principios de la libertad, ocupa lugar primordial la dimensión de esta en el campo económico. En esta materia la Constitución es particularmente precisa, al establecer un régimen integrado por las normas que resguardan los vínculos existentes entre las personas y las distintas clases de bienes; es decir, la relación de aquéllas con el mundo del "tener", mediante previsiones como las contenidas o implicadas en los artículos 45 y 46, las cuales, aunque deban ceder ante necesidades normalmente más intensas para la existencia misma del hombre -como la vida o a la libertad e integridades personales-, no crean por ello derechos de segunda clase, sino tan fundamentales como aquéllos, y con su mismo rango -no en vano la Asamblea General de las Naciones Unidas y todos los órganos y tribunales internacionales que se ocupan de los derechos humanos han venido invariablemente caracterizándolos como "indivisibles" e "interdependientes"-.* Así, la Constitución establece un orden económico de libertad que se traduce básicamente en los derechos de propiedad privada (art. 45) y libertad de comercio, agricultura e industria (art. 46) -que suponen, a su vez, el de libre contratación-. El segundo prohíbe de manera explícita, no sólo la restricción de aquella libertad, sino también su amenaza, incluso originada en una ley; a ellos se suman otros, como la libertad de trabajo y demás que completan el marco general de la libertad económica.

*VII- Las personas humanas, como seres libres, titulares de estos derechos fundamentales -que comparten también las personas jurídicas colectivas, al menos en cuanto actúan vicariamente intereses de aquéllas- participan de la sociedad libre como propietarias, consumidoras, empresarias, trabajadoras, contribuyentes, etc. para las cuales las leyes deben desarrollar los principios y valores primarios -categorías, por cierto, no excluyentes entre sí, aunque puedan originar peculiares situaciones jurídicas, con las responsabilidades derivadas del status fundamental de las primeras en tanto que seres libres, frente a los demás particulares, la sociedad,*



el Estado y los organismos distintos de éste-.

VIII- Además, la Constitución reconoce otra serie de "derechos instrumentales" o "garantías", que son más bien medios de tutela de los "de goce" o contenido inmediatamente útil para la vida humana, y que, en síntesis, pueden cobijarse bajo el concepto del "debido proceso"; el cual no se refiere únicamente a la tutela de la libertad e integridad personales o a las garantías procesales en vía judicial y administrativa, sino que entraña también, para todas las categorías citadas -propietario, consumidor, empresario, trabajador, contribuyente, etc.-, la protección del marco de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad a que se ha aludido, el cual comprende, a su vez, el contenido sustancial de los derechos y libertades que el ordenamiento no puede menoscabar o alterar, ni permitir que se menoscaben o alteren, aun por ley o, menos, por normas o actos de rango inferior. En todo caso, la supresión, disminución o sustitución de las situaciones jurídicas favorables al particular, puede y debe únicamente producirse mediante la declaración -juris- dictio- de un Tribunal judicial y mediante las necesarias garantías del debido proceso."

Posteriormente, señala esta misma sentencia, sobre las reformas que se han producido en nuestro país al régimen de libertad de contratación en moneda extranjera, que:

"XII - Toda la reforma respondió al propósito del legislador de restringir las transacciones en divisas, motivado por la profunda crisis originada en el déficit fiscal y comercial al momento de dictarse la disposición. Anteriormente, la redacción de la Ley permitía la contratación en moneda extranjera, pues solamente consignaba la obligación de expresar los importes en colones, sin prohibir hacerlo en la primera ni obligar al pago en los segundos. En cambio, la reforma introducida por la Ley #6965 agregó, a la obligación de expresar los montos en colones, la de pagarlos en esta moneda, y dispuso la sanción de ineficacia del párrafo segundo. El objetivo declarado de esta reforma, de reducir la demanda de divisas mediante la prohibición de fijar en ellas precios, sueldos, jornales, pensiones y toda clase de indemnizaciones o prestaciones, derechos, tributos, contribuciones y cualesquiera otras obligaciones o contratos, públicos o privados, que impliquen el empleo de dinero y deban solventarse en Costa Rica, excluyendo, además, de acción legal aquellas operaciones no exceptuadas en el artículo 7° de la misma Ley, revela una evidente desproporción entre el fin y los medios, pues la consecución de aquél no puede legitimar una solución irrespetuosa de derechos fundamentales, ni que imponga a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de su propia naturaleza y régimen, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad -sin importar, como en cualquier otra materia, la mayor o menor idoneidad técnica de las medidas, en sí o respecto de otras posibilidades alternas para superar una crisis-.

XIII- Partiendo del reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad, en general (art.28), del derecho a la propiedad privada (art. 45) y de la libertad de empresa (art.46), se inscribe como principio constitucional, *conditio sine qua non* para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber:

- a) La libertad para elegir al co-contratante;
- b) La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta;
- c) La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación;

*d) El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato.*

*Esto último resulta de necesaria aplicación y, por ende, de rango constitucional, incluso en las relaciones de desigualdad que se dan, por ejemplo, en los contratos y otras relaciones de derecho público, aunque en ellos permanezcan como de principio las llamadas cláusulas exorbitantes, en virtud de las cuales el ente público puede imponer unilateralmente determinadas condiciones, y hasta variaciones, pero aún esto respetando siempre el equilibrio de la relación -la llamada "ecuación financiera del contrato" y el principio de la "imprevisión"- . Con mayor razón, pues, en las relaciones contractuales privadas esos principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad deben mantenerse a toda costa.*

*Las dichas libertades contractuales sólo pueden ser restringidas en los supuestos del artículo 28 constitucional, es decir, en tanto su ejercicio dañe la moral social, el orden público, rigurosamente considerado, o los derechos iguales o superiores de terceros. De ello se deriva que, tanto el acuerdo de voluntades implicado en la relación contractual, como la determinación de la cosa, objeto y precio de ese acuerdo, pueden y deben ser libremente estipulados por las partes, mientras no traspasen aquellos límites; y aquí resulta imprescindible aclarar que la estipulación de una determinada moneda en un contrato normalmente no puede ser dañina a la moral social o al orden público, pues aunque el déficit fiscal y comercial planteen un problema público -lo que sí facultaría al legislador para imponer disposiciones tendentes a la estabilidad macroeconómica del país-, el problema del precio y la determinación de la forma de pago de una obligación privada no es en sí público, sino privado inter partes, al menos normalmente. Sin negar la trascendencia que todo esto eventualmente pudiera tener en el giro global de la economía, ni la posibilidad de que en casos excepcionales la libertad para contratar en moneda extranjera pudiera resultar objetivamente perjudicial para la situación económica general del país, esto no podría nunca facultar al legislador para violar los contenidos esenciales de los derechos fundamentales -en lo que aquí interesa, los de libertad en general, propiedad privada, libertad de empresa y libre contratación-.*

*XIV- El párrafo 1° del artículo 6° de la Ley de la Moneda elimina uno de esos contenidos esenciales de un derecho fundamental, cual es el de libre contratación, con relación al aspecto cuantitativo del contrato, haciendo imposible una interpretación de la norma impugnada conforme con el Derecho de la Constitución. Este no puede derivar otro principio que aquél de que las partes están en plena capacidad para contratar en la moneda que libremente determinen, y que el pago debe hacerse precisamente en ella, tanto da si en beneficio como si en perjuicio de una u otra de las ellas; aunque, por las necesidades mismas del régimen monetario y del tráfico mercantil, debe también admitirse que el pago pueda efectuarse en la moneda de curso legal, es decir, en colones, pero esto, en todo caso, a su valor de cambio real y verdadero, o sea el vigente en el mercado, al momento de su ejecución -normal o judicial-. La libertad de contratación y principios tan fundamentales como los de buena fe y del respeto a los derechos adquiridos, vedan con toda claridad al propio legislador intervenir en un aspecto tan esencial del contrato, imponiéndole un criterio de valor determinado, así sea la moneda de curso legal en el país, por lo que la acción debe declararse con lugaren cuanto a este extremo, y, por lo tanto, anularse la norma en cuestión.*

XV- Con relación a lo dispuesto en el párrafo 2° del mismo artículo 6°, según reforma por Ley 6965, la Sala estima que negar acción legal a los contratos en moneda extranjera no comprendidos en el artículo 7° entraña una violación, en primer lugar, a la misma libertad de contratación, pues si la ley veda a los particulares el poder dirimir sus conflictos de intereses de contenido patrimonial, por el hecho de originarse en contratos en moneda extranjera, -lo cual, como se ha dicho, resulta de todos modos inconstitucional-, de hecho les está negando la posibilidad misma de contratar, de manera que la inconstitucionalidad del párrafo 1° acarrea necesariamente la del párrafo 2°, pues no puede existir un régimen de libre contratación sin el sustento de la protección del orden jurídico para resolver los conflictos que resulten del ejercicio de esa libertad fundamental. Es decir, sin la garantía de acción legal para solucionar conflictos originados en la libre contratación, no puede haberla, pues es intrínseco al sistema democrático de libertad el derecho a la tutela jurisdiccional para reparar los perjuicios recibidos en su propiedad o intereses. Del mismo modo que, si se eliminara la acción legal para resolver los conflictos en materia de otros derechos -patrimoniales o no- evidentemente se dejaría sin sustento alguno el propio reconocimiento constitucional de esos derechos.

XVI- Pero además, dicha disposición del párrafo 2° contraviene también el principio fundamental del derecho de acceso a la justicia, recogido en los artículos 41 de la Constitución Política y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, es erróneo interpretar -como lo pretendió la Procuraduría General de la República- que el párrafo 2° no desconoce el derecho a la tutela jurisdiccional, sino que se trata de un simple problema de nulidad contractual nacido de la violación de una norma prohibitiva -el párrafo 1°, que de todas maneras aquí se declara inconstitucional-, la cual hace inválidos e ineficaces los contratos en moneda extranjera. En efecto, el artículo 129 de la Constitución establece que los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa; pero, en primer lugar, la norma prohibitiva no puede ser una inconstitucional, como la de marras; y, en segundo, aun en la hipótesis extrema de que tales actos carecieran de validez por violar normas prohibitivas conformes con la Constitución, negarles acción legal equivaldría, a su vez, a excluir la posibilidad misma de declarar su eventual nulidad, en la única forma civilizada posible de hacerlo, que es precisamente en sede jurisdiccional.

XVII- Declarada la inconstitucionalidad de ambos párrafos, 1° y 2°, del artículo 6° de la Ley de la Moneda, conforme a su reforma por Ley #6965 de 22 de agosto de 1984, automáticamente recupera su vigencia el texto anterior, según Ley #6223. No obstante, en el párrafo 2° in fine de esta última se faculta al deudor para descargar sus obligaciones contraídas en monedas extranjeras, en colones "al tipo de cambio oficial vigente a la fecha de pago"; aspecto este que en la norma así restablecida resulta también inconstitucional, porque vendría a permitir un evidente desequilibrio en perjuicio de los acreedores, con manifiesta violación del artículo 45 constitucional y de los criterios de constitucionalidad aludidos en el Considerando XIII supra, en cuanto a que ese tipo oficial no corresponda -por inferioridad o superioridad- al valor comercial efectivo que, a la fecha del pago, tenga en el mercado la moneda extranjera adeudada. Esto implicaría, por una parte, la expropiación ilegítima, sin indemnización, del patrimonio de aquéllos, y, por la otra, el enriquecimiento sin causa de sus deudores, como ha venido ocurriendo con harta frecuencia en nuestro país. Es más, sería incluso hipotéticamente posible que la norma revirtiera en perjuicio de los propios deudores, en la eventualidad de que el tipo oficial se llegare a fijar en un monto superior al valor real de intercambio. En consecuencia, y en ejercicio de las potestades que le otorga el



*artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala opta por disponer también la anulación, por conexión o consecuencia, de la referida frase final, como única solución constitucionalmente válida para mantener el equilibrio financiero de los contratos; de manera que el párrafo 2° del artículo 6° de la Ley de la Moneda, cuya vigencia se reestablece en virtud de las inconstitucionalidades declaradas deberá leerse así: "Sin embargo, podrán celebrarse contratos y contraerse obligaciones en monedas extranjeras pudiendo, a opción del deudor, cancelarse en colones".*

*Colones que, a su vez, deberán ser calculados conforme al valor comercial efectivo que tenga la moneda extranjera adeudada al momento del pago, es decir, a su valor real de intercambio, el cual debe responder a criterios suficientemente objetivos, comprobables y justos -esto último en cuanto a la justicia propia de la relación contractual, concretamente a la equivalencia en los intercambios y a la proporción de las distribuciones-; valor que, en último término, debe ser prudencialmente apreciado en cada caso por los tribunales de justicia, sin acudir a criterios arbitrarios o meramente subjetivos, como los de una paridad establecida legislativa, gubernativa o administrativamente. En este sentido, lo que debe imperar en todo caso es un tipo o valor de intercambio del colón, no en función de unidad de medida en relación con la de otras monedas, sino de valor objetivo y real, es decir, de su precio como mercancía, valor para cuya determinación puede acudirse sencillamente al que opera, de hecho, en el llamado mercado libre de divisas.*

*XVIII- Lo dicho en el considerando anterior, consecuentemente, tiene la misma aplicación en cuanto a la regla para expresar o calcular el valor en colones para efectos de impuestos, contribuciones o tributos, establecida en el párrafo final del artículo 6° de la Ley de la Moneda, de conformidad con la Ley #6999, el cual debe también anularse por su conexidad con el que es objeto de impugnación en esta acción de inconstitucionalidad.*

*XIX- Igualmente, y para no hacer nugatoria la declaración de inconstitucionalidad del artículo 6° de la Ley de la Moneda, es preciso disponer también, en ejercicio de las propias potestades de la Sala conforme al dicho artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la anulación, por las mismas razones anteriores, de la reforma al artículo 771 del Código Civil, introducida por Ley #6965, en cuanto estableció que "cuando la deuda sea una suma de dinero, el pago debe ser hecho en moneda nacional costarricense de curso legal"; con lo que recobra su vigencia, interpretada en armonía con lo demás dispuesto en esta sentencia, su redacción original."*

Ahora bien, en relación con la constitución de una sociedad anónima, puede decirse que aunque para ello se exigen ciertas formalidades (por ejemplo la del artículo 105 del Código de Comercio), continúa siendo privativa en tal fundación la autonomía de la voluntad de los particulares y de interpretación restrictiva la opción de imponer obstáculos a su manifestación. Le serían atribuibles, por tanto, al impedimento de expresar el capital social en moneda distinta del colón iguales razones que las de la sentencia citada. Ciertamente es posible acudir al recurso de cancelar con moneda extranjera lo que se ha expresado en colones, sin embargo la expresión del valor de la acción de la sociedad no es intrascendental, sino que, solo por dar un ejemplo, haciéndolo en dólares los propietarios de las acciones ganan una garantía de convertibilidad de sus títulos. Es, consecuentemente, irrazonable, contrario a los artículos 45 y 46 constitucional el sujetarlos a las exigencias de los numerales 102 y 120 del Código comercial. Lo procedente, por ende, es declarar con lugar la acción, debiendo entenderse por no puestas las restricciones sobre expresión del capital social en moneda extranjera prescritas en los artículos 102 y 120 del Código de Comercio,



en su texto derogado. Es decir, que el capital social de las sociedades anónimas puede expresarse tanto en moneda nacional como extranjera, sin restricción.

Esta declaratoria tiene los efectos indicados en los artículos 88, 91 y 93 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, haciendo la aclaración de que para el caso concreto del accionante, la retroactividad del efecto apuntado tiene la consecuencia de impedir al Registro Público rechazar su solicitud de inscripción del documento en que consta la constitución de la sociedad, con base en la norma impugnada. Asimismo, en caso de que desee continuar con ese trámite, el cálculo de las sumas que debe cancelar para efectuarlo deberán hacerse sobre el valor de mercado del dólar al momento de presentarse la escritura pública al Registro. Esto último, en virtud del efecto retroactivo irrestricto que esta sentencia produce a su favor.

Como última aclaración es obligado volver al tema tratado al inicio de la parte considerativa de esta decisión, es decir, al problema de que la declaratoria de constitucionalidad que aquí se pronuncia lo es de una norma derogada. Para la particular perspectiva de los efectos *erga omnes* de la declaratoria se precisa que existirán solamente respecto de aquellos casos que estuvieron cubiertos por la norma impugnada.



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 MADRIZ RAMÍREZ Osvaldo(2007). La aplicabilidad de la Teoría del Levantamiento del Velo Societario dentro de los procesos de pensiones alimentarias. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Pp.67-70.
- 2 LOPEZ RAFFO Francisco(2006). El Corrimiento del Velo Societario. Editorial Ad-Hoc. Primera Edición. Buenos Aires Argentina. Pp. 105-119.
- 3 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 3284 del treinta de abril de mil novecientos sesenta y cuatro. CÓDIGO DE COMERCIO. Fecha de vigencia desde: 27/05/1964. Versión de la norma: 10 de 10 del 23/04/2008. Datos de la Publicación: N° Gaceta: 119 del: 27/05/1964 Alcance: 27.
- 4 TRIBUNAL DE CASACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Sentencia número 7 de las quince horas cuarenta y tres minutos del veintinueve de agosto de dos mil ocho. Expediente: 06-000223-0161-CA.
- 5 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN PRIMERA. Sentencia número 245 de las catorce horas cinco minutos del primero de agosto de dos mil tres. Expediente: 03-000174-0010-CI.
- 6 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 246 de las nueve horas del veinte de abril de dos mil cinco. Expediente: 91-000522-0181-CI.
- 7 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 1188 de las nueve horas treinta minutos del diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 95-000142-0007-CO.