



EL ACTA CONSTITUTIVA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Rama del Derecho: Derecho Comercial.	Descriptor: Sociedades.
Palabras Claves: Sociedad Anónima, Constitución, Acta Constitutiva.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 18/09/2013.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
La Constitución de una Sociedad Anónima en el Código de Comercio	2
DOCTRINA	4
Constitución de una Sociedad Anónima	4
JURISPRUDENCIA	5
1. Obligación de Nombrar Agente Residente	5
2. Estipulación del Capital Social	8
3. Las Acciones Privilegiadas como parte del Capital Social de la Sociedad en Aplicación del Artículo 18 inciso 8 del Código de Comercio	10
4. Artículo 18 inciso 12 del Código de Comercio: El Órgano de Representación	12
5. Funciones del Agente Residente y el Domicilio Social en cuanto a las Notificaciones a Personas Jurídicas	16
6. El Requisito del Nombramiento de los Administradores y la Estipulación de sus Facultades en la Constitución de Personas Jurídicas	17
7. La Necesidad de Indicar el Aporte de Cada Socio como Requisito de Constitución de la Sociedad Mercantil	20

8. Imposibilidad de Equiparar los Requisitos de Transformación a los de Constitución de una Sociedad Mercantil	22
9. Requisitos de Formación Especiales para la Sociedad Anónima	23
10. La Constitución de Sociedades Anónimas Estatales y Requisitos del Artículo 104 del Código de Comercio. Caso del Banco Anglo Costarricense...	28
11. El Artículo 106 del Código de Comercio en la Constitución de Sociedades Anónimas	47

RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre la Escritura de Constitución de Sociedades Anónimas en Costa Rica, para lo cual son reunidas la normativa, doctrina y jurisprudencia atinentes a la materia.

La normativa por medio de los artículos 18, 104 y 106 del Código de Comercio estipula los requisitos que el acta constitutiva de la Sociedad Anónima debe reunir, los cuales son explicados por la doctrina y aplicados a los casos prácticos por medio de la jurisprudencia de los Tribunales Civiles, Sala Primera, Sala Segunda y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

NORMATIVA

La Constitución de una Sociedad Anónima en el Código de Comercio [Código de Comercio]ⁱ

Artículo 18. La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener:

- 1) Lugar y fecha en que se celebra el contrato;
- 2) Nombre y apellidos, nacionalidad, profesión, estado civil y domicilio de las personas físicas que la constituyan;
- 3) Nombre o razón social de las personas jurídicas que intervengan en la fundación;
- 4) Clase de sociedad que se constituye;
- 5) Objeto que persigue;

- 6) Razón social o denominación;
- 7) Duración y posibles prórrogas;
- 8) Monto del capital social y forma y plazo en que deba pagarse;
- 9) Expresión del aporte de cada socio en dinero, en bienes o en otros valores. Cuando se aporten valores que no sean dinero, deberá dárseles y consignarse la estimación correspondiente. Si por culpa o dolo se fijare un avalúo superior al verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros por el exceso de valor asignado y por los daños y perjuicios que resultaren. Igual responsabilidad cabrá a los socios por cuya culpa o dolo no se hicieren reales las aportaciones consignadas como hechas en efectivo;
- 10) Domicilio de la sociedad; deberá ser una dirección actual y cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones. (*)
- 11) Forma de administración y facultades de los administradores;
- 12) Nombramiento de los administradores, con indicación de los que hayan de tener la representación de la sociedad con su aceptación, si fuere del caso;
- 13) Nombramiento de un agente residente, que cumpla con los siguientes requisitos: ser abogado, tener oficina abierta en el territorio nacional, poseer facultades suficientes para atender notificaciones judiciales y administrativas a nombre de la sociedad, cuando ninguno de sus representantes tenga su domicilio en el país.
El Registro no inscribirá ningún documento relativo a la sociedad, si en los casos en que sea necesario, el nombramiento no se encontrara vigente. (*)
- 14) Modo de elaborar los balances y de distribuir las utilidades o pérdidas entre los socios.
- 15) Estipulaciones sobre la reserva legal, cuando proceda;
- 16) Casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente;
- 17) Bases para practicar la liquidación de la sociedad;
- 18) Modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente y facultades que se les confieren; y
- 19) Cualquier otra convención en que hubieren consentido los fundadores.

(*) Los incisos 10) y 13) del presente artículo han sido reformados mediante Ley No. 7413 de 3 de junio de 1994. LG# 116 del 17 de junio de 1994.

Artículo 104. 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 el 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 la constitución quede pagado íntegramente el valor de cada acción suscrita que haya de satisfacerse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario

Artículo 106. La escritura social deberá expresar, además de los requisitos necesarios según el artículo 18, el número, el valor nominal, la naturaleza y la clase de acciones en que se divide el capital social.

Sólo la sociedad anónima podrá emitir obligaciones.

En la escritura podrá autorizarse a la Junta Directiva para que, por una o más veces, aumente el capital hasta el límite que se establezca, y para que determine las características de las acciones correspondientes. Asimismo, podrá autorizarse a la Junta Directiva para que disminuya el capital social, cuando la disminución fuere por cancelación de acciones rescatadas.

DOCTRINA

Constitución de una Sociedad Anónima

[AG Abogados]ⁱⁱ

En cuanto a los socios, se necesitan al menos dos socios para su constitución. No se puede inscribir la totalidad del capital social a nombre de una sola persona a la hora de la constitución, pero posteriormente sí podrán cederse todas las acciones a un solo socio.

Si los socios forman parte de la Junta Directiva, esto nos da un mínimo para constituir una sociedad de 4 personas.

Para la constitución deben definirse los siguientes aspectos:

¿Cuál será el nombre social? Este puede ser un nombre de fantasía. Actualmente también pueden inscribirse sociedades que lleven por nombre el número de cédula jurídica asignada por Registro.

¿Cuál será el capital social y la distribución de acciones? El monto general del capital, el valor de cada una de las acciones y como será distribuido entre los socios.

¿Cuál será el domicilio social? El lugar designado para recibir comunicaciones.

¿Cuál será el plazo social? Habrá que determinar el número de años que la sociedad va a existir. El plazo generalmente utilizado es de 99 años.

¿Cuál será la representación? El Presidente es por Ley el representante judicial y extrajudicial de la sociedad, con facultades de Apoderado Generalísimo sin límite de suma, pero también se puede nombrar las personas que se deseen para representar la sociedad.

Agente Residente. Cuando los representantes de la sociedad no tienen domicilio en Costa Rica, se debe nombrar un agente residente cuya función será recibir las comunicaciones de la sociedad.

JURISPRUDENCIA

1. Obligación de Nombrar Agente Residente

[Tribunal Segundo Civil, Sección I]ⁱⁱⁱ
Voto de mayoría:

III. LOS ARTÍCULOS 226 Y 232 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. El capítulo XI del Código de Comercio se titula "*De la representación de Empresas y Sociedades Extranjeras y del traspaso de su sede a Territorio Nacional*". Dentro de este capítulo, el numeral 226 citado establece: "**Las empresas individuales o compañías extranjeras a que se refiere el inciso d) del artículo 5° de este Código, que tengan o que quieran abrir sucursales en la República, quedan obligadas a constituir y mantener en el país un apoderado generalísimo para los negocios de la sucursal.** En la escritura de poder consignarán: a) El objeto de la sucursal y capital que se le asigne; b) El objeto, capital, el nombre completo de los personeros o administradores y duración de la empresa principal; c) Manifestación expresa de que el representante y la sucursal en su caso, quedan sometidos a las leyes y tribunales de Costa Rica en cuanto a todos los actos o contratos que celebren o hayan de ejecutarse en el país y renuncian expresamente a las leyes de su domicilio; y d) Constancia de que el otorgante del poder tiene personería bastante para hacerlo. La personería social y la de los apoderados en los casos que requieran inscripción quedarán completas si se presenta al Registro Mercantil el mandato junto con un certificado expedido por el respectivo Cónsul de Costa Rica, o a falta de éste, por el de una nación amiga, de estar la compañía constituida y autorizada conforme a las leyes de su domicilio principal y una relación, otorgada como adicional, por el propio apoderado, aceptando el poder. La

declaración del capital de la compañía o empresa principal, no tiene más objeto que el de hacer conocer aquí su solvencia económica y no implica obligación de pagar especialmente derechos de Registro por tal concepto. (Así reformado por el artículo 1º de la ley Nº 4625 de 30 de julio de 1970) ". (Lo subrayado es nuestro). Por otra parte, el numeral 5), inciso d, ibídem, en lo que nos interesa señala: " **Son comerciantes [...] d) Las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica."**

. El numeral 232 ibídem dispone: "**Cualquier empresa o sociedad extranjera puede otorgar poderes para ser representada en el país, si llena los requisitos que expresa el artículo 226, con excepción del indicado en el inciso a); pero si se tratare de poder especial para un solo acto o gestión, bastará cumplir el requisito del inciso c) y la diligencia consular. Los poderes generales judiciales implican sumisión a las leyes y tribunales costarricenses; en los poderes especiales de esta clase, pueden las compañías exceptuar expresamente esta sumisión para determinados casos o relaciones concretas. Toda sociedad constituida con arreglo a las leyes extranjeras, que opere en el país o tenga en él sucursales o agencias, deberá cumplir con lo establecido en el inciso 13) del artículo 18."**

(Nuevamente aquí lo destacado es nuestro). La parte recurrente centra toda su argumentación en la interpretación que ella hace de los numerales 226 y 232 supracitados. Alega que el poder especial judicial otorgado por la accionante al Licenciado Roberto Suñol Prego, en el Consulado de Costa Rica en Brasil, infringe los requisitos formales contenidos en esas normas. Específicamente, aduce que ese tipo de poderes deben contener "[...] (i) una manifestación expresa en el sentido de que el poderdante y su apoderado se someten a las leyes y tribunales de Costa Rica; y, además, (ii) una renuncia --- también expresa--- por parte de la primera a las leyes de su domicilio." (ver memorial de folio 586). Es por esto que, según la demandada, la defensa de defectuosa representación debe de ser acogida. El Tribunal discrepa de esos argumentos, debido a las razones que a continuación expondremos.

[Tribunal Segundo Civil, Sección II]^{iv}

"II. En la resolución recurrida el Juzgado acogió el incidente de nulidad planteado por la accionada. En virtud de ello anuló todo lo actuado a partir del auto de traslado de la demanda, incluyendo la sentencia de primera instancia dictada en autos. Procedió de esa manera al considerar que se le causó indefensión a la demandada al notificársele el traslado de la demanda por medio del licenciado José Miguel Jirón Chavarría, designado como su agente residente pero cuya personería no se encuentra inscrita en

el Registro Público, sino tan solo presentada al Diario, lo que en criterio del a quo no es suficiente para poder realizar en su persona tal acto de comunicación.

III. De lo así resuelto apeló el actor y expresó los agravios correspondientes, tendientes todos ellos a que se revoque la resolución recurrida y en su lugar se rechace el incidente planteado. Argumenta, en resumen, que cuando se designó al licenciado José Miguel Jirón Chavarría como agente residente de la sociedad demandada lo fue con la asistencia de todo el capital social de dicha sociedad. Que al ser ello así, y ser él (el demandante) socio de la demandada y no un tercero frente a ella, no es necesario que ese nombramiento esté inscrito en el Registro Público para poder notificarle válidamente a la accionada la presente demanda por medio del licenciado Jirón Chavarría, porque de conformidad con lo dispuesto en la relación de los artículos 19 y 22 del Código de Comercio la necesidad de inscripción del nombramiento del agente residente de una sociedad es para efectos de terceros, y no para los socios de ésta, entre quienes sí es válido tal nombramiento y surte todos los efectos legales, aunque tal designación no haya sido inscrita en el mencionado Registro. Alega además que con lo resuelto se violan los principios del debido proceso y de seguridad jurídica, porque en este asunto ya existía sentencia firme dictada, y el juez no puede anular sus propios fallos. Que en ese sentido la demandada debió apelar dicho fallo y concomitantemente alegar la nulidad, pero no lo hizo y en consecuencia no es procedente acoger un incidente presentado extemporáneamente. Añade que la accionada alega haber quedado en estado de indefensión con lo actuado, pero que sin embargo consta que el 24 de enero del 2002 confirió poder especial judicial al licenciado José Antonio Ortiz Vargas para que la representara en este juicio, lo que significa que desde casi un año antes del dictado de la sentencia tuvo conocimiento del proceso, por lo que tuvo la oportunidad de ejercer las defensas que quisiera, y de ahí que ninguna indefensión se le ha causado. Por último señala que presentó dos escritos ante el Juzgado pidiendo el rechazo de plano del incidente de nulidad, sin que el a quo se pronunciara sobre los alegatos que ahí formuló. Además que de conformidad con el artículo 485 del Código Procesal Civil el incidente quedó afectado por la caducidad, porque la incidentista no lo activó durante más de un mes, lo que constituye un motivo más para que fuera rechazado y declarado caduco.

IV. Con la modificación que se dirá ha de confirmarse la resolución recurrida que acogió el incidente de nulidad planteado por la demandada, sin que sean de recibo los agravios del actor para revocarla. Si se admitiera la tesis del apelante de que para los socios de la demandada -por haberlo ellos designado y no ser terceros frente a la sociedad- rige, para efectos de notificarle a la demandada una demanda judicial planteada por alguno de ellos o todos, el nombramiento como agente residente recaído en la persona del licenciado José Miguel Jirón Chavarría, aunque tal cargo no se encuentre inscrito en el Registro Público; mientras que para los terceros rige el nombramiento en ese mismo cargo hecho en la persona del señor Adrián Torrealba

Navas, pues éste es el que se encuentra inscrito en el citado Registro, todo de conformidad con lo dispuesto en la relación de los artículos 19 y 22 del Código de Comercio, con ello se violaría el espíritu de la creación de la figura del agente residente en la legislación mercantil, y se crearía un estado de inseguridad jurídica en perjuicio de la sociedad de que se trate. Si la figura del agente residente fue adoptada por nuestra legislación para que la persona designada en ese cargo cumpliera únicamente con la función de "*atender notificaciones judiciales y administrativas en nombre de la sociedad, cuando ninguno de sus representantes tenga su domicilio en el país.*" –inciso 13) del artículo 18 del Código de Comercio-, de admitirse la citada tesis del apelante llegaríamos a la conclusión de que podrían existir dos agentes residentes, uno (con designación hecha pero con cargo no inscrito en el Registro) para recibir las notificaciones judiciales y administrativas emanadas de acciones de esa naturaleza ejercidas por los socios; y otro (con designación hecha e inscrita en el Registro) para recibir notificaciones judiciales y administrativas, emanadas de acciones de ese tipo ejercidas por terceros. Obviamente que esa no es la finalidad de la creación del agente residente, salvo que en los estatutos de la respectiva sociedad se pacte así expresamente, cosa que no sucede en autos. Se entiende entonces que la función llamada a cumplir por el agente residente de una sociedad la debe llevar a cabo una sola persona, y no varias a la vez, como lo entiende el recurrente (artículo 10 del Código Civil). De ahí que el nombramiento que prevalece para los efectos que interesan es aquel que se encuentra debidamente inscrito, en este caso el del señor Adrián Torrealba Navas, y no el del licenciado José Miguel Jirón Chavarría (artículo 19 del Código de Comercio). Por eso sí es procedente la nulidad de la notificación de la demanda que se practicó en la persona de este último, porque al haberse procedido de esa forma se dejó en estado de indefensión a la accionada (artículos 194 y 197 del Código Procesal Civil)."

2. Estipulación del Capital Social

[Sala Primera]^v
Voto de mayoría

VIII. Sobre el **tercer** agravio, es importante señalar, que esta Sala en ocasiones anteriores ha manifestado respecto del comportamiento de una sociedad; y en ese sentido consideró:

"IV. El contrato de sociedad, tiene una serie de requisitos cuya observancia es ineludible, si se pretende, a través de él, crear una entelequia jurídica a la que se le reconozca personalidad y capacidad. Dentro de ellos, y en lo que interesa para este asunto, debe definirse una provisión de fondos (capital social) en el mismo acto fundacional, destinado al cumplimiento del fin asociativo. La nueva persona jurídica creada por la voluntad de diversos sujetos, ha de tener, entonces, patrimonio propio,

que tiene como origen primigenio el aporte en trabajo o capital (bienes o dinero) que permitirá el ejercicio de las actividades mercantiles. No es un fondo estático, pues puede modificarse, para aumentarlo, o reducirlo, según convenga a los intereses sociales (artículos 18 inciso 8), 156 inciso a) del Código de Comercio). Tiene varias finalidades. En primer término permite la realización de los actos mercantiles definidos en el objeto social. También posibilita determinar los derechos políticos y económicos de los socios y finalmente es la garantía del cumplimiento de sus obligaciones (cardinal 981 del Código Civil).” (Resolución de las 9 horas 10 minutos del 9 de abril del 2008, correspondiente al voto número 257). Concibe este Órgano decisor que, una sociedad anónima, por así disponerlo el Código de Comercio, tiene fines de lucro, en el caso particular, el solo hecho de haber sido creada con esta estructura establece su cometido. Se demostró (tal y como se explicó en el considerando **VI**) que efectivamente el Country Club lleva a cabo actividades cuya meta es la satisfacción del interés de lucro, su comportamiento es de manera diáfana el de una sociedad y no el de una asociación, como quieren hacer entender los recurrentes. Ahora bien, en segundo lugar, en el estatuto social, se determinan los derechos políticos y económicos del grupo societario, de tal forma que coincide este Órgano con lo fundamentado por el Tribunal, ya que si bien es cierto, el ordinal 121 *ibídem*, abre la posibilidad de que se creen diferentes categorías de socios, estos deben tener un mínimo de los derechos corporativos y económicos, pues parte de la condición de ser una persona con representación en el capital social, es menester que tengan el derecho intrínseco en la participación en las decisiones de gobierno y beneficios o cargas dinerarias que eso conlleve. En consecuencia, aún y cuando alegue el recurrente que el numeral 17 *ídem* faculta a tener acciones sin fines lucrativos, lo cierto es que, en el caso particular, las personas quienes pagaron las cuotas de ingreso que aquí se discuten, no hicieron un aporte al capital, tal y como se explicó líneas atrás, en el apartado **VI**. Así las cosas, siguiendo con el lineamiento planteado, estos llamados socios residentes o las personas, quienes compran el derecho que se puso en venta, no participan de ninguna manera en la sociedad anónima, simplemente son beneficiarios del uso de las instalaciones del Club, de allí que no es cierto que tengan calidad de socios tal y como se establece en la ley comercial. Ante este panorama no llevan razón los recurrentes, ya que no se el dio un sentido impropio a lo dispuesto en los cánones 17 y 121 de cita. Así las cosas el agravio deberá denegarse.

3. Las Acciones Privilegiadas como parte del Capital Social de la Sociedad en Aplicación del Artículo 18 inciso 8 del Código de Comercio

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección X]^{vi}

Voto de mayoría

VI) DE LAS ACCIONES PRIVILEGIADAS: Como se adelantó supra, ningún cuestionamiento se ha hecho respecto de la procedencia de acciones societarias de carácter privilegiado, pues así lo permite la ley mercantil; sin embargo es oportuno hacer una referencia a este tipo de acciones para determinar no solo su contenido, alcances y extensión sino además y no menos importante, su objetivo dentro de una sociedad mercantil; de manera que pueda este Tribunal determinar si lo que la empresa realizó fue una compra de acciones privilegiadas o bien otro tipo de negocio. La acción, como expresión de la participación social y status del socio que resume los derechos y obligaciones que le competen al socio (su titular), se define como:

"... el título circulativo que incorpora y certifica la participación efectiva en la vida del ente social, con todos los derechos y deberes que de ella descienden " (CERTAD Maroto, Gastón. "Meditaciones a propósito de acciones y cuotas de sociedades de capital" en *Ivstitia*, San José Costa Rica, Año 3, No. 30, Junio, 1989, p.11).- En virtud de los principios de paridad en el trato, uniformidad o identidad entre las acciones o de paridad de derechos, nuestro Código de Comercio en el artículo 120 establece que las acciones comunes y ordinarias otorgan idénticos derechos y representan partes iguales del capital social pues su valor es nominativamente igual.- Esto quiere decir que dentro de su respectiva categoría, las acciones son iguales y atribuyen por tanto, idénticos derechos y poderes.- En presencia de la llamada "libertad de emitir acciones con características diversas", nuestro artículo 121 del Código Mercantil permite a las sociedades la emisión de una o más clases (entiéndase categorías) de acciones, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social, siempre que se refieran a beneficios, al activo social, a las utilidades, al voto o a cualquier otro aspecto de la actividad social. Así en nuestro medio existen acciones comunes u ordinarias y especiales, donde las privilegiadas pertenecen a esta segunda categoría; las cuales se extraen del artículo 139 del Código de Comercio.- No hay duda que las acciones privilegiadas pueden surgir tanto al momento de la fundación de la sociedad como de un acto posterior, caso en el cual deberán observarse las formalidades prescritas para la modificación de los estatutos. Con carácter general, la categoría de acciones privilegiadas encuentra su límite en el objeto del privilegio: el mismo sólo puede referirse a los derechos (patrimoniales en principio) y no así a las situaciones pasivas del socio; resultando entonces que no se puede exonerar de forma alguna la obligación del aporte ni la participación en las pérdidas (en este sentido puede consultarse: Di SABATO, Franco. "Manuale delle società", Utet, Torino, Italia, segunda edición, 1987, p.281). Esto

significa aunque parezca elemental, que las acciones privilegiadas son o representan parte del capital social y al tenor de los artículos 18, 19 y 106 del Código de Comercio, deben constar en la escritura social: el número, el valor nominal, la naturaleza y la categoría de acciones en que se divide el capital social.- Así, cuando una sociedad anónima decide emitir acciones de esta categoría, debe hacerse constar tal voluntad en el pacto social en la cláusula respectiva al capital social; donde la autorización que exige el artículo 156 del mismo cuerpo normativo citado, es para aquellas referidas o posibilitadas en el pacto social original o modificado.- Ahora bien, en términos generales los derechos de naturaleza patrimonial consisten en el derecho a una parte proporcional de las utilidades netas y en el derecho a la cuota de liquidación; sin embargo nuestra legislación no contiene una disposición única en que se consagren estos derechos pero que se desprenden con claridad de los artículos 27 (prohibición de pagar dividendos ni hacerse distribuciones de ningún género, sino sobre utilidades realizadas y líquidas resultantes de un balance aprobado por la Asamblea Ordinaria, donde si hubiera pérdida del capital social debe ser reintegrado o reducido legalmente antes de hacerse repartición o asignación de utilidades); el artículo 143 (que establece la reserva legal y prescribe que si una vez hecha la reserva y previstas en la escritura social, la Asamblea acordará distribuir utilidades, los accionistas adquirirán frente a la sociedad, un derecho para el cobro de los dividendos).- Este punto se refiere sin duda al fenómeno del "autofinanciamiento" en virtud del cual pese a haber utilidades netas declaradas decide no distribuirlas con ese propósito, visto que el derecho al dividendo se tiene en abstracto (como poder) y se concreta (como derecho) solo cuando la Asamblea acuerda distribuirlas. Con la Ley 7201 se agregó el artículo 32 bis al Código de Comercio y en él se regula el derecho de receso, estableciéndose alguna limitación normativa a la facultad de "autofinanciamiento", en cuanto al reembolso de la cuota de liquidación, no se establece como tal un derecho, pero el mismo se extrae del artículo 214 inciso e), mediante el cual se otorgan facultades a los liquidadores de sociedades mercantiles como la de concluir las operaciones pendientes, cobrar los créditos y satisfacer las obligaciones sociales, vender los bienes sociales por el precio autorizado según las normas de liquidación, elaborar el estado final de liquidación y someterlo a discusión y aprobación de los socios en la forma que corresponda según la naturaleza de la sociedad y la de entregar a cada socio la parte que le corresponde del haber social.

4. Artículo 18 inciso 12 del Código de Comercio: El Órgano de Representación

[Sala Primera]^{vii}

Voto de mayoría

“VI. El Presidente como órgano de representación. El voto de esta Sala n° 489-f-05 de las 9 horas 30 minutos del 13 de julio del 2005, en lo que interesa, dispuso: *“I. Para una mejor comprensión de lo que se dirá, es menester transcribir el artículo 182 del Código de Comercio: “La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al Presidente del consejo de administración, así como a los consejeros que se determinen en la escritura social, quienes tendrán las facultades que allí se les asignen.” Después de un nuevo análisis de ese numeral, así como de la doctrina científica jurídica relacionada que lo informa, esta Sala arriba a las siguientes conclusiones. Desde una perspectiva literal, contrario a lo afirmado por la recurrente, dicho canon resulta ambiguo. El uso por parte del legislador del signo de puntuación denominado “coma” para separar las tres oraciones que contempla, así como del pronombre “quienes”, permitirían, al menos, dos interpretaciones: 1) que las dos primeras oraciones están íntimamente ligadas entre sí, por consiguiente, la última –“... quienes tendrán las facultades que allí se les asignen.”- se refiere tanto al Presidente, cuanto a los otros consejeros; y, 2) que el referido pronombre, al estar en plural, únicamente alude a la segunda oración, es decir, a los consejeros. El legislador, en la primera oración, de manera clara y sin limitación alguna, le otorga la representación judicial y extrajudicial de la sociedad al Presidente del consejo de administración; ergo, no sería racional que, en la última frase se desdijera, otorgándole a los socios la posibilidad de limitársela. La “ratio legis” del artículo en comentario, es que siempre exista un representante de la sociedad anónima que actúe frente a terceros con poderes ilimitados. Evidentemente, esto va en beneficio de ellos, no tener que acudir al Registro Público a verificar si tiene o no poder para realizar determinado acto. Basta con que sea el Presidente de la empresa. Lo correcto, por consiguiente, es la segunda tesis: interpretar que la primera frase es independiente de las otras dos, y que, por ende, el pronombre “quienes” únicamente se refiere a los consejeros. II. Por otro lado, el término “representación” utilizado en la primera frase, podría hacer pensar que el legislador costarricense plasmó, en la norma en comentario, la “teoría de la representación”, lo cual, según se analizará de seguido, es equívoco. No resulta de interés abarcar en esta resolución toda la problemática que sobre el tema se ha dado, sobre todo a nivel doctrinal. Sin embargo, sí es oportuno tener presente lo siguiente. De conformidad con la doctrina, la verdadera y propia representación es la denominada directa, es decir, cuando una persona actúa en nombre y en el interés de otra, manteniéndose dentro de límites del poder conferido (la representación indirecta o interposición gestora, consiste en actuar sólo por cuenta de otro, pero en nombre propio). De tal manera que los efectos del acto se producen directa y exclusivamente en*

la esfera jurídica del representado. Al representante se le considera como una ayuda ocasional o temporal del representado. En consecuencia, éste puede actuar directamente sin aquél. No se puede hablar de representación, según afirma la doctrina, si no es posible identificar a los sujetos (ambos) de la relación. Esto es aplicable a las personas físicas, mas no a las jurídicas. Éstas, como es sabido, no pueden actuar por sí solas. Diversas han sido las teorías esbozadas para explicar su naturaleza y funcionamiento. La doctrina ius privatista contemporánea, casi de manera unánime, adopta la teoría del órgano, recogida del Derecho Público. De conformidad con esta posición, la persona jurídica, está compuesta por órganos a través de los cuales actúa y se expresa. Se entienden por tales a las personas, o grupos de personas físicas que, por disposición de la ley o del pacto social en ausencia de ésta, están autorizados a manifestar su voluntad y desarrollar la actividad del ente para la consecución de sus fines. De tal manera que, en sus relaciones externas, quien obra es la persona jurídica. **III.** Como es sabido, el Código de Comercio de Costa Rica, en lo que atañe a la materia de sociedades anónimas, se fundamenta en las disposiciones del hondureño de 1951. En lo de interés, en la exposición de motivos de este cuerpo normativo, se indica lo siguiente: **“SECCIÓN QUINTA De la Asamblea Por ser la asamblea general el órgano democrático de expresión de la voluntad social, era necesario establecer un régimen completo que viniese a suplir las muchas lagunas que se hallan en la regulación establecida por los artículos 347 y siguientes del Código de Comercio de Honduras. Las principales innovaciones que en esta materia se introducen podríamos enumerarlas en la forma siguiente: 1ª .-**

La asamblea es el órgano supremo de la sociedad, lo que significa que se encuentra en la cúspide de su organización jerárquica, pudiendo dar órdenes e instrucciones a los demás órganos sin tener que recibirlas de ninguno de ellos. ... SECCIÓN SEXTA **Administración y Representación** Los escasos preceptos sobre administradores de la sociedad anónima han sido sustituidos por un conjunto orgánico, del que enumeraré las siguientes características (..) 7ª .-

Se establecen los órganos secundarios de administración al regularse de un modo preciso la figura de los gerentes; ... SECCIÓN SÉPTIMA De la Vigilancia No existía en el Código de Comercio un órgano de vigilancia adecuado. ... Los socios, individualmente considerados, son órganos de esta función, ya que el derecho individual de cada accionista para pedir la convocatoria de asamblea, el de denunciar las anomalías o irregularidades, el de examinar los documentos y el balance y el de aprobación de éste, son todos típicos derechos de vigilancia y control. ... La asamblea general de accionistas es, como órgano colectivo, el principal órgano de vigilancia y control, puesto que ante ella responden los administradores y comisarios que pueden ser nombrados y revocados por la misma./ Pero además de esto, hacía falta un órgano especializado de vigilancia, que permanentemente controlase la gestión social con independencia de la actuación de los administradores, en interés exclusivo de la

sociedad. Este órgano lo constituyen los comisarios./ El Poder Ejecutivo ha tenido en cuenta la necesidad de establecer las calidades para el desempeño del cargo, de manera que se realce la absoluta independencia de los comisarios frente a los demás órganos de la sociedad. Ha precisado sus derechos y obligaciones y ha establecido con detalle las normas para su nombramiento, y para que en ningún caso falten personas que atiendan la función que la ley señala a este órgano. ...”(Lo subrayado no es del original. “Código de Comercio de 1950 ”. República de Honduras. Grupo Editorial GRAFICENTRO EDITORES. Tegucigalpa, Honduras. Julio del 2001). De la anterior transcripción, resulta evidente que el legislador hondureño, en lo que a las sociedades anónimas se refiere, se fundamentó en la teoría orgánica. Por su parte, el Código de Comercio costarricense en el artículo 152 párrafo primero, señala: “Las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia. ...” (Lo subrayado es propio). A la luz de la doctrina, tanto en la legislación hondureña, cuanto en la costarricense, pueden identificarse tres órganos sociales para las sociedades anónimas: 1) **órgano deliberativo** (asamblea de accionistas, artículos 165 al 200 del Código de Comercio de Honduras; 152 al 180 del Código de Comercio costarricense); 2) **órgano gestor** (bajo la denominación “De la administración y de la representación de la sociedad, artículos 201 al 230 del Código de Comercio de Honduras; 181 al 192, del costarricense; y 3) **órgano contralor o de vigilancia** (fiscal o fiscales –o comisarios según la legislación hondureña-, artículos 231 al 239 del Código de Comercio de Honduras; 193 a 200 del costarricense). No obstante lo anterior, en materia de representación, como se indicó en el Considerando I de este fallo, el artículo 182 del Código de Comercio de Costa Rica dispone que “La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al Presidente del consejo de administración ...”. De conformidad con su tenor literal, se concluye que el legislador invistió como órgano representativo de la sociedad anónima al Presidente del consejo de administración. Consecuentemente, son cuatro, y no tres, los órganos sociales, a saber: 1) **órgano deliberativo** (asamblea de accionistas), 2) **órgano gestor** (consejo de administración o junta directiva), 3) **órgano representativo** (el Presidente de la sociedad) y, 4) **órgano contralor o de vigilancia** (fiscal o fiscales). Cada uno tiene competencias propias establecidas en la ley. Ninguno puede realizar actividades propias de otro, cuando sean legalmente estatuidos en la eventualidad de que la ley no asigne determinada función, de conformidad con el artículo 152 párrafo segundo *ibidem*, el competente para llevarla a cabo es la Asamblea de Accionistas, como órgano supremo. Corolario de lo anterior es que el único órgano que puede representar válidamente a la sociedad tanto judicial, cuanto extrajudicialmente, es el Presidente de la Junta Directiva. Cuando la persona física actúa en su carácter de Presidente, por lo tanto, debe entenderse que quien lo hace es la sociedad. Por ello, el tercero que contrata con él, o el que lo llama a juicio, o solicita su confesión, no está obligado a, de previo, verificar si se le han otorgado poderes suficientes para actuar. El legislador costarricense le otorgó poderes amplísimos, omnímodos, por ello, no es

posible que los socios, en el pacto social, le limiten esas facultades. Entenderlo de esta forma conculca los principios rectores del Derecho Mercantil de seguridad y celeridad en las transacciones comerciales. En conclusión: el legislador quiso que el órgano representativo tuviera los suficientes poderes para hacer actuar a la persona jurídica que representa. Ergo, cualquier limitación establecida en el pacto social debe tenerse por no puesta. Ahora bien, el numeral 182 del Código de Comercio, en su segunda oración, prevé la posibilidad de que los socios designen en el pacto social, además del Presidente, a otros representantes, a quienes sí se les puede imponer limitaciones.”

VII. Consecuencias de esta tesis. De lo expuesto se extrae que la representación judicial y extrajudicial de la sociedad le corresponde, ex lege (de fuente legal) al Presidente. Es presupuesto para que se ostente ese carácter, la voluntad concurrente de la Asamblea de Accionistas y el designado, pero el contenido de sus atribuciones le son fijadas de manera directa –e inmodificable- por la ley. La voluntad soberana del colectivo agrupado en la persona jurídica se manifiesta a través de la escogencia de un sujeto apto para el desempeño de tales funciones, pero no puede limitar –frente a terceros- su estatus de órgano representativo. El interés de esta disposición tiene un doble efecto. En primer lugar, contribuye al tráfico jurídico con estas –y entre estas- personas jurídicas, de forma célere y expedita, pues quienes se vinculan con ellas, tan solo deberán verificar la vigencia del nombramiento del Presidente. Esto está íntimamente ligado con el principio de buena fe (artículo 22 del Código Civil) que debe inspirar los negocios, amén de que proporciona seguridad jurídica, en tanto existe certeza de haberse vinculado con la sociedad, a través del órgano que reúne las condiciones para ello. En segundo término, limita la posibilidad de que la sociedad evada su –eventual- responsabilidad civil a través del mecanismo de nombrar Presidentes con poderes muy limitados o escasos, arguyendo falta de capacidad de su representante. La sociedad debe contar permanentemente con un sujeto que goce de las capacidades necesarias para representarla en todos los ámbitos. Por ello, la voluntad social no puede imponer condiciones o límites que afecten a terceros.

VIII. Eficacia interna de las limitaciones establecidas al órgano de representación. La constitución de una persona jurídica regulada por el Derecho Privado, tiene como condición necesaria el ejercicio legítimo de las garantías constitucionales de autonomía de la voluntad y -su derivado- libertad de contratación. Ese poder de autodeterminarse, se continúa manifestando, en la persona jurídica, a través de la Asamblea de Accionistas, órgano supremo que define el destino societario. Dentro de sus atribuciones está designar al órgano de representación (numerales 18 inciso 12) y 155 inciso c) del Código de Comercio), por lo que debe rendirle cuentas. Así, el carácter de representante judicial y extrajudicial del Presidente viene dado por el Ordenamiento, pero la eficacia material de ese estatus tiene como presupuestos la designación y la aceptación del cargo. Por ello, si es la Asamblea de Accionistas la que dicta el rumbo de la sociedad, que se materializará a través del Presidente, sus

lineamientos serán de acatamiento obligatorio para él. Con todo, los límites que la Asamblea de Accionistas imponga a su actuación, no son nulos, inválidos e ineficaces **en su relación interna con el conglomerado societario**. Su eficacia será relativa, aplicable a las relaciones inter- orgánicas, pero inoponible erga omnes, a las relaciones externas. Si lo que existe entre el Presidente que ha aceptado la designación y la Asamblea de accionistas que lo ha escogido es un contrato con atribuciones predefinidas por el Ordenamiento (en tutela de terceros), en virtud del principio de relatividad de los contratos (artículo 1022 del Código Civil), esos lineamientos sí tendrían validez intra societaria. Por ello, si el designado actúa en contravención con lo indicado por la Asamblea de Accionistas, podrá exigírsele su responsabilidad por las vías correspondientes (el artículo 184 in fine del Código de Comercio indica: *“Las irregularidades en el funcionamiento del consejo, no perjudicarán a terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad de los consejeros ante la sociedad”*). Lo dicho integra tres elementos; el carácter de representante del Presidente mandado por el Ordenamiento que no puede ser limitado en perjuicio de terceros (artículo 182 del Código de Comercio), la garantía de responsabilidad –en este caso societaria- evitando el fraude de ley a través de la limitación de las facultades del órgano de representación (numerales 981 y 20 del Código Civil) y la voluntad soberana de la Asamblea de Accionistas en establecer, a lo interno, la forma de gobierno –y en consecuencia los controles y limitaciones- que desee dentro de las materias de su competencia (cardinales 152, 154 y 156 del Código de Comercio). En síntesis, la sociedad podrá imponer límites a la actuación del Presidente, sin embargo, sólo tienen eficacia relativa (inter-partes) pero no surtirán ningún efecto respecto de terceros, pues frente a ellos, el presidente ejerce la representación judicial y extrajudicial de la sociedad anónima. Al amparo de lo señalado, en un caso como el del presente debate, el Presidente estaba capacitado y habilitado legalmente para comprometer a la sociedad, en virtud de su estatus de órgano de representación. Así las cosas, por todas las razones expresadas, no se observa el quebranto legal acusado.”

5. Funciones del Agente Residente y el Domicilio Social en cuanto a las Notificaciones a Personas Jurídicas

[Tribunal Primero Civil]^{viii}
Voto de mayoría

“II. En la resolución recurrida se acoge el incidente de nulidad promovido por la parte demandada, visible a folio 33. Por esa vía se pretende la invalidez de las notificaciones de la resolución inicial y de todos los actos posteriores, incluyendo la sentencia sin oposición. En concreto, se combate las comunicaciones de folios 27 y 28, donde se notifica a la sociedad co-demandada y al apoderado en su condición personal, quien figura como fiador. No eran necesarias dos actas, pues se notifica en la casa de

habitación de representante en su doble carácter. Según consta en las observaciones al pie de esos documentos, como no se le permitió la entrada al notificador, las dejó en la administración del residencial. La nulidad se reclama porque se debió notificar, con prioridad, en el domicilio contractual convenido en el pagaré; esto es, en un bufete ubicado en Heredia. La notificación se hizo en Santa Ana. El Juzgado acoge la tesis de la promovente y anula la notificación a la empresa co-accionada, cuyos efectos extiende al auto-sentencia de las 13 horas del 14 de noviembre de 2007. No obstante, aplica lo dispuesto en el artículo 11 de la ley de notificaciones y resuelve sin especial condena en costas.

III. De ese pronunciamiento recurre la parte actora. En lo esencial, alega, que a las personas jurídicas se les puede notificar en la casa de habitación del apoderado, sin que sea necesario agotar el domicilio contractual. Lleva razón la recurrente. La ley de notificaciones contiene opciones para notificar el traslado de una demanda, pero no establece preferencias obligatorias bajo pena de nulidad. A las personas físicas, se puede hacer en forma personal, casa de habitación o domicilio contractual. Por su lado, a las personas jurídicas, por medio de su representante en forma personal, casa de habitación, sede social, domicilio contractual o con el agente residente, cuando procede. Así lo ha resuelto la jurisprudencia de este Tribunal, con base en la interpretación de los artículos 2, 4 y 5 de la citada ley y 18 del Código de Comercio. La parte actora puede seleccionar cualquier opción mencionada, en el tanto todas tienen los mismos alcances por imperativo del legislador. A ú n cuando se haya previsto un domicilio contractual en el título al cobro, no existe obstáculo legal para efectuar la notificación en la casa de habitación del apoderado. Incluso, cuando ese apoderado ostenta la doble condición, hasta resulta conveniente proceder de esa forma por la similitud para ambas personas. En definitiva, no hay nulidad por escoger la casa de habitación sobre el domicilio contractual. Además, no se objeta la dirección ni se protesta que se haya dejado en la oficina de la administración. Tampoco se causa indefensión con el error material contenido las actas al identificar a la parte, pues evidente que se notifica a cada una de ellas por separado y, de todos modos, no era necesario separar las notificaciones. Por todo lo expuesto, se revoca la resolución recurrida, para en su lugar denegar el incidente de nulidad, con las costas procesales a cargo de la vencida.”

6. El Requisito del Nombramiento de los Administradores y la Estipulación de sus Facultades en la Constitución de Personas Jurídicas

[Tribunal Primero Civil]^x
Voto de mayoría

“II. **Auto de las 13 horas 05 minutos del 22 de enero de 2008.** Folio 570. En esta resolución se rechaza la gestión de la parte actora, visible a folio 146. La sociedad

actora cuestiona validez del apersonamiento del señor Cristóbal Parada López como personero de la sociedad demandada al atribuir defectuosa representación por no haber actuado en representación conjunta según se consigna en el contenido de la personería aportada a folio 117 donde se indica las condiciones de la representación de la sociedad demandada. La resolución de merito, admite recurso de apelación por tratarse de un cuestionamiento referente a la capacidad procesal o defectuosa representación, incluso analizable de oficio por tratarse de un presupuesto procesal. Además los cuestionamientos a que alude el recurrido en memorial visible a folios 606 a 609 solicitando se declare mal admitida la alzada, no resultan de recibo al no corresponder lo alegado a los presupuestos legales citados por el gestionante en relación con los ordinales 557 y 558 del Código Procesal Civil. Lo anterior deriva en el sentido de que el auto apelado corresponde a la decisión definitiva adoptada por el juzgador de grado respecto al cuestionamiento del apersonamiento del apoderado de la sociedad demandada que le fue desestimado a la parte actora previo gestión al efecto. Apréciase que con antelación al citado pronunciamiento solo había operado una prevención cuya propia naturaleza zza pronunciamiento de fondo sobre lo debatido. No operó en tal sentido imposibilidades recursivas alegadas por López Parada. En lo que respecta a los agravios invocados por la parte recurrente, con dictaminación de mayoría de la Cámara merecen ser acogidos. La delimitación de las facultades de representación de los administradores de las sociedades comerciales en nuestro sistema societario aún presenta inalterada la misma influencia de corte liberal europeo recogido en el Código de Comercio francés de 1807 y adoptado a su vez por el Código de Comercio español de 1885. Bajo el esquema de corte liberal y derivado de la irrupción de la sociedad anónima como el instrumento de riqueza del tráfico mercantil de la época, determinó que en su estructura interna, se organizara a imagen y semejanza del Estado Liberal y Parlamentario. La Junta General es el “órgano soberano” que define la voluntad social y que, mediante el principio mayoritario, ofrece a todos los accionistas la posibilidad de influir con su voto en la dirección de la empresa –artículo 152 del Código de Comercio de Costa Rica-. Según la citada norma al igual que su fuente francesa y española, evidencia que la Junta se encuentra investida de una competencia residual, en el sentido de que no sólo le corresponde decidir sobre las materias expresamente conferidas por la Ley y los Estatutos, sino también sobre todas aquellas no atribuidas expresamente a otros órganos sociales. Bajo ese planteamiento, nuestra legislación actual y vigente -al igual que los aludidos códigos decimonónicos- atribuye a los administradores la condición de mandatarios: artículo 189 ejúsdem: *“Los consejeros y demás administradores deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos con la diligencia del **mandatario**, y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes, a menos que se trate de atribuciones propias de uno o varios consejeros o administradores...(sic).”* (destacado es nuestro). Lo anterior obedece, lógicamente a que la sociedad no tiene una movilidad propia que le permita

ejercer los derechos que le sean inherentes al igual que las obligaciones que contraiga, sino que requiere la presencia de una persona que se lo permita, la cual debe estar en capacidad para representarla y actuar en su nombre, pues es aquella la que se vincula, obviamente, cuando tales actuaciones se encuentren en consonancia con los parámetros expresamente señalados por los mismos estatutos, los que dicho sea de paso deben estar conforme a la ley, y a ellos sujetarse el administrador so pena de las responsabilidades que le quepan en ejercicio de sus funciones, bien por la omisión o extralimitación de sus funciones. La remisión a la figura del mandatario en relación con los administradores, implican la aplicación del instituto aludido en todo su entorno regulatorio plasmado en el Código Civil. En armonía con lo anterior, se aprecia que en la norma genérica de constitución de sociedades mercantiles en general prevista en el artículo 18 *ibídem* contempla en el inciso 11) la forma de administración y **facultades de los administradores**. Asimismo en la regulación específica de cada sociedad esa postulación general coincide en reservar al acto constitutivo y en su caso a la Asamblea las facultades atribuidas a sus administradores. Adviértase que el caso de las sociedades anónimas el canon 182 del Código de Comercio señala: *“La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente del consejo de administración, así como a los consejeros que se determinen en la escritura social, quienes tendrán las facultades que ahí se les asignen”*. Resulta claro, que bajo el esquema descrito con antelación, la referencia a “facultades” de representación, la norma alude a la totalidad del órgano plurimembre –presidente y demás miembros-, pues corresponde a la misma solución propuesta en todas las demás modalidades de sociedades comerciales contempladas en el Código de Comercio donde se contempla que los administradores, gerentes o subgerentes, tendrán las **facultades y poderes** que se determine en la escritura social: artículos 41 respecto a la sociedad colectiva; 59 en relación con las sociedades en comandita y 93 respecto a la sociedad de responsabilidad limitada. Consecuentemente, las facultades de los administradores en su totalidad, incluyendo desde luego al presidente de la Junta Directiva, según disposiciones legales comentadas, se encuentran delimitadas respecto a sus actuaciones frente a terceros en representación de la sociedad, por el contenido de las cláusulas estatutarias y por los acuerdos que, al efecto, hubiese adoptado la Junta General, bajo la configuración de los administradores como “mandatarios” de la sociedad, cuyo ámbito de poder queda delimitado según los términos del mandato concedido. De acuerdo con este planteamiento, el nombramiento, facultades, deberes y cese de los administradores, no constituye una categoría autónoma atribuida a un órgano de la sociedad en relación a su objeto social dentro del catálogo de actos inscribibles en el Registro Mercantil, sino que se encuentra subsumida en la categoría de los poderes en sus diversas manifestaciones según lo contempla además del cuerpo mercantil citado, el Código Civil, el Código adjetivo civil y las normas registrales previstas al efecto. En síntesis, todo el entramado legal imperante en Costa Rica sobre la representación de los administradores de sociedades mercantiles presenta nítida

armonía en configurarlos bajo el modelo de mandatarios y bajo las limitaciones o facultades previstas en esa investidura representativa, tanto a nivel judicial como extrajudicial. El criterio adoptado por el juzgador de grado y defendido por la sociedad demandada, su andamiaje jurídico responde a las postulaciones de la Teoría Orgánica reconocidas por cierto sector de la doctrina nacional y algunas sentencias jurisdiccionales, incluidos recientes fallos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Las aludidas postulaciones, según quedó evidenciado por decisión mayoritaria no corresponden a la legislación costarricense, no sin antes aceptar su admisión en algunos países de la Unión Europea. Efectivamente en atención a las transposición de las Directivas de la Comunidad Económica Europea –concepción anterior- en materia de sociedades, se consolidó inicialmente en el Código Civil italiano de 1942, en España a partir de 1951 y Francia con las reformas de 1966, un giro radical en la incorporación de las teorías orgánicas, **vía reforma legal**. Independientemente de la bondad respecto a los cambios descritos en los citados países europeos, lo cierto es que esas postulaciones no han sido adoptadas –*ex lege*- en nuestro sistema de sociedades, lo que impide acceder a su aplicación. Como en el caso de autos la actuación del personero Parada López requería representación conjunta, según se aprecia a folio 117, las gestiones cuestionadas por el representante de la parte actora respecto gestiones que aparecen a folios 141 a 145, al actuar el citado personero de la demandada individualmente, no deben ser atendidas lo que da lugar a la acogida de los agravios planteados.”

7. La Necesidad de Indicar el Aporte de Cada Socio como Requisito de Constitución de la Sociedad Mercantil

[Sala Segunda]^x

Voto de mayoría:

"III. Asimismo, arguye el recurrente yerros de igual naturaleza en la apreciación de las certificaciones del Registro Público constantes en autos, al tenerse por demostrado que el demandado en la actualidad es socio de varias sociedades. En relación con la valoración de las certificaciones de dicha Oficina, visibles en los folios 3 a 7, es preciso hacer las siguientes puntualizaciones. El principio de publicidad registral se desdobra en un contenido formal, según el cual, el Registro puede ser consultado por cualquier persona (artículos 449 del Código Civil y 71 del Decreto Ejecutivo No. 24322-J de 12 de junio de 1995) y en un contenido material. Por virtud de este último, se establecen una serie de presunciones, según las cuales, la información constante en el Registro Público es exacta y corresponde a la realidad jurídica extraregistral, ficción de verdad que conduce a afirmar que lo que no se encuentra publicitado no puede afectar el derecho del tercero adquirente al amparo del Registro. Parte del contenido de la escritura por medio de la cual se constituye una sociedad mercantil, conforme al artículo 18 del Código de Comercio, es la expresión del aporte de cada socio en dinero, bienes u otros

valores. Dicho aporte, como parte integrante y necesaria de tal escritura, goza del beneficio de la publicidad registral con la inscripción de la constitución social, ya mediante los asientos correspondientes en los libros, en la consulta de las escrituras microfilmadas o en la base informática (artículos 74 y siguientes Decreto Ejecutivo No. 24322-J citado). Gracias a la publicidad registral, puede conocerse quiénes son los socios constituyentes y cuáles son los bienes aportados, pero no los sucesivos trasposos de las acciones de cada socio, los cuales se anotan en los registros de accionistas que al efecto lleva cada sociedad (artículos 261, 687 del Código de Comercio). El acceso a esos libros y por lo tanto a los eventuales trasposos en favor de terceros, no goza de las facilidades que brinda la consulta en una institución pública en los términos referidos. De ahí que comúnmente se dificulte en un proceso judicial demostrar "ab initio" la calidad de socio. De conformidad con el párrafo primero del artículo 317 del Código Procesal Civil, corresponde al actor demostrar los hechos constitutivos de su derecho, lo que en el caso hizo la accionante con las certificaciones registrales cuya apreciación se impugna y de las cuales se desprende que el demandado fue socio constituyente de las sociedades "I. D. S. A." y "C. D. M. D. C. R. S. A.". El demandado, por otra parte, según el párrafo segundo del ordinal citado, debe probar los hechos de su defensa que excluyan, se opongan o modifiquen la pretensión del actor. En ese orden de ideas y considerando las dificultades mencionadas, no escapa a las reglas de la lógica y la experiencia humana -sana crítica- el que se parta de una certificación registral donde muestre como socio fundador al demandado para presumir que en la actualidad lo sigue siendo, sin que con ello se violente el párrafo primero del artículo 317 y el numeral 330 del Código Procesal Civil, si no existe prueba en contrario. Y precisamente a ese respecto, el demandado trató de acreditar el traspaso de sus acciones a través de las certificaciones notariales visibles a los folios 179 y 180, las cuales el tribunal de instancia no consideró suficientes al indicar que no logró demostrar, mediante prueba documental idónea, o la exhibición de los libros de las sociedades citadas, ordenada por el tribunal, el traspaso de las mismas. Por esa razón, si existió error en la apreciación de la prueba lo fue de éstas certificaciones notariales -las cuales no se impugnan-, y no de las del Registro Público. En ese sentido, aun cuando el artículo 330 dispone que la prueba será valorada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, también señala que así se procederá salvo texto legal en contrario. La apreciación de la prueba documental tiene sus reglas propias y particulares de acuerdo con los artículos 368 y siguientes del Código Procesal Civil y éstas no han sido invocadas como transgredidas en el recurso que se conoce, por lo que esta Sala está imposibilitada de entrar a conocer de la mala apreciación de esas certificaciones notariales y, consecuentemente, de la violación indirecta a la ley de fondo señalada."

8. Imposibilidad de Equiparar los Requisitos de Transformación a los de Constitución de una Sociedad Mercantil

[Tribunal Primero Civil]^{xi}

Voto de mayoría

I. Según solicitud de folio 18, la presidenta con facultades de apoderada general de la Fundación Santa Paula, pide se le autorice la transformación de dicha Fundación en una sociedad mercantil. Para ese efecto, transcribe el transitorio cuarto de la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias número 8114 y que literalmente establece: *“Los entes dedicados a la prestación privada de servicios de educación universitaria que, a la entrada en vigencia de esta ley, se encuentren organizados bajo la figura jurídica de la fundación, podrán optar por transformarse en algún tipo de sociedad mercantil, la cual asumirá todas las obligaciones y los derechos correspondientes a la fundación que le dio origen.”* Además, incorpora a la gestión la cláusula cuarta de los estatutos de la Fundación donde se consigna su objeto; esto es, la formación y creación de centros de educación, incluyendo lo de nivel superior, universitario y técnico. Por último, se aporta la sesión de la Junta Administradora celebrada el 20 de julio de 2009, en la cual se acordó la transformación que se pide. Mediante auto de las 10 horas 30 minutos del 26 de agosto de 2009 de folio 20, el Juzgado le dio curso como proceso no contencioso y ordenó la publicación del edicto respectivo. En ese mismo pronunciamiento previno aclarar lo relativo al capital social y remite al ordinal 104 del Código de Comercio. En memorial de folio 26, con la prueba documental que adjunta, la señora María del Rocío Valverde Gallejos admite que el capital social le pertenece a ella como única dueña y titular de los negocios fundacionales, pues adquirió por cesión de los otros dos fundadores los aportes originales.

II. En la resolución de primera instancia, el A-quo no acepta la tesis de la gestionante y desestima la solicitud de transformación con el archivo correspondiente. Al respecto considera la juzgadora: *“Este acuerdo resulta contrario a lo dispuesto por el artículo 104, inciso a, del Código de Comercio, según el cual la formación de una sociedad anónima requerirá que haya dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba por lo menos una acción. Es claro que un mero acuerdo de Junta Directiva no puede autorizar algo distinto a lo que está expresamente reglado por nuestro ordenamiento jurídico. La constitución de una sociedad anónima, implica, al menos en su inicio, la participación de al menos dos personas o entes y tal requisito no puede ser obviado.”* (lo subrayado es del original). De ese pronunciamiento recurre la Fundación petente, quien insiste en la naturaleza de la solicitud conforme a disposiciones legales. Reitera que se trata de una transformación autorizada por el legislador y no a la constitución de una sociedad anónima.

III. Comparte el Tribunal los agravios esgrimidos por la apelante. La solicitud tiene asidero en el transitorio IV de la Ley número 8114, donde expresamente permite que

una fundación dedicada a servicios universitarios se transforme en una sociedad mercantil. Se acude al proceso no contencioso por así disponerlo el Registro Nacional, según circular número PJ-002-07 del 12 de febrero de 2007, dictada en ocasión al citado transitorio. Folio 17. El procedimiento se tramita, se publica el edicto y no hubo oposiciones. La objeción proviene de la juzgadora, quien de oficio asumió que la fundación promovente se convertiría en sociedad anónima. En el escrito inicial solo se hace referencia a una “*sociedad mercantil*” y podría ser de cualquier modalidad. De oficio, el Juzgado incorpora al procedimiento lo relativo a la necesidad de dos socios, como lo exige el inciso a) del precepto 104 del Código de Comercio. El error es evidente, como bien lo señala la recurrente. Se confunde, lamentablemente, la transformación con la constitución de una sociedad. Por razones tributarias, el legislador concedió la opción de transformar una fundación que presta servicios universitarios a una sociedad mercantil. El transitorio habla de transformación y no obliga a constituir una sociedad determinada. Solo se pretende abandonar la condición de fundación y migrar a una sociedad, la cual asumirá todos los derechos y deberes de aquella. Incluso, para constituir una sociedad anónima no se necesita la autorización expresa de los tribunales de justicia. Basta con cumplir los requisitos legales al efecto. La homologación se pide por exigirlo el Registro Nacional, no por una liberalidad de la fundación promotora. No hubo objeción y no hay razones legales para denegar la transformación, desde luego sin perjuicio de los requisitos que el Código de Comercio y el Registro exija al transformar la fundación Santa Paula a una sociedad mercantil. En esos términos, se revoca lo resuelto.”

9. Requisitos de Formación Especiales para la Sociedad Anónima

[Sala Segunda]^{xii}
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 testaferro 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 conecedor 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."

10. La Constitución de Sociedades Anónimas Estatales y Requisitos del Artículo 104 del Código de Comercio. Caso del Banco Anglo Costarricense

[Sala Tercera]^{xiii}

Voto de mayoría

"III. RECURSO DE CASACION [...] RECURSO POR LA FORMA: [...] Décimo octavo motivo. Violación a las reglas de la sana crítica (errónea derivación): Se reprocha la transgresión de los artículos 11, 27, 36, 39 y 41, todos de la Constitución Política; 1, 106, 144, 145, 392, 395, 396, 397, 400, 449, 471, 474, 476, 477, 482 y 483 estos últimos del Código de Procedimientos Penales de 1973, por cuanto, a juicio del impugnante, para tener por demostrado que los dineros que se utilizaron en el grupo de empresas A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A., eran del Banco Anglo Costarricense y no de empresas privadas, el tribunal afirma que las inversiones las hizo el citado ente bancario y no A.V.C., por lo que los dineros eran públicos, sus funcionarios también lo eran y la ley aplicable a tales sociedades anónimas, lo son las de la Administración Pública, conclusión que en su criterio, resulta errónea. Señala que el Almacén de Valores Comerciales A.V.C. se fundó jurídicamente mediante ley número 15 del 15 de octubre de 1934, autorizado a funcionar en 1988 como una sociedad anónima regida por las leyes del derecho privado. Indica el recurrente, tal y como lo señala la Sala Constitucional, en el caso que nos ocupa, no se puede concluir que el grupo de empresas A.V.C. eran empresas públicas, por pertenecer en un 100% al Banco Anglo Costarricense, institución estatal. Y esto es así, porque para poderse modificar el defecto se tuvo que modificar la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, quienes no tenían potestad para fiscalizar esas empresas, como la reforma tácitamente lo reconoce, pues mediante ley 7428 del 7 de setiembre de 1997 artículos 8 y 9, se le otorgó la posibilidad de que a esas empresas se les confiera el calificativo de públicas y poder fiscalizar las mismas, reconociéndose tácitamente que antes no lo podían hacer. El reclamo no es de recibo. Examinada la sentencia que se recurre, se advierte que el impugnante parte de una premisa que no responde al mérito de los autos, en el tanto, en ningún momento manifestaron los juzgadores que, para tener por demostrado que los dineros utilizados por A.V.C. eran del Banco Anglo Costarricense, las inversiones cuestionadas las realizó este ente bancario y no la

empresa adquirida. En realidad del párrafo extractado por el gestionante visible a folios 4827 y 4828 se aprecia que el tribunal indicó, no que el Banco Anglo Costarricense haya realizado las inversiones apalancadas directamente, sino que no era cierto, conforme lo estimaron los imputados, que si las inversiones cuestionadas las realizaban a través de A.V.C., que era una empresa de carácter privado, no requerían autorización del Banco Central de Costa Rica, dado que A.V.C. era una subsidiaria con participación accionaria del ente bancario en un 100%. Por otra parte, si bien es cierto, como lo señala el recurrente la empresa A.V.C. se creó con fundamento en la Ley General de Almacenes de Depósito de 1934 y se autorizó su funcionamiento como sociedad anónima mediante decreto ejecutivo emitido en 1988, dada la naturaleza propia de un almacén de depósito, no resulta de aplicación la jurisprudencia constitucional a la que alude el gestionante – Voto 1106-95 de las 10 horas 27 minutos del 24 de febrero de 1995, correspondiente a un Recurso de amparo interpuesto contra la Compañía Nacional de Fuerza y Luz – por cuanto a lo que se alude en dicha resolución, según se desprende de su contexto integral, es a una entidad privada concesionaria de un derecho público – la Compañía Nacional de Fuerza y Luz – situación que no se le puede aplicar a A.V.C. que era una empresa, que si bien se constituyó como sociedad anónima, presenta otra naturaleza – almacén general de depósito – aunque en la práctica se apartó de los presupuestos propios de un almacén de depósito. Así la Sala Constitucional señaló en aquella oportunidad *“que el derecho de petición no existe frente a entidades particulares, y es obvio que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, aunque pertenece mayoritariamente a una institución pública, es ella misma una persona jurídica de derecho privado exactamente igual a todas las demás, de manera que no podría ser considerada como pública ni en razón de su propiedad, ni en razón del interés público que en su actividad se involucra...”* Sin embargo, en esta misma resolución la Sala Constitucional se apresura a indicar que no obstante lo anterior era necesario *“hacer una distinción en lo que se refiere a las entidades que siendo privadas ejercen como concesionarias de un servicio público una parte de la función administrativa del Estado”*. Señaló también que en ese sentido estas empresas – concesionarias de un servicio público – son lo inverso de las empresas públicas a que se refiere el artículo 3.2 de la Ley General de Administración Pública. Dicha norma reza así: *3.2: El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles.* Aclara la Sala Constitucional que el mencionado artículo se refiere a aquellas empresas públicas que como los bancos comerciales del Estado, se rigen en su organización por el derecho público, pero en su actividad por el derecho privado, mientras que las empresas privadas – se refiere aquí a las concesionarias de servicios públicos – sean propiedad de particulares, o sean del Estado o de sus instituciones públicas o aun las mixtas, se organizan y rigen por el derecho privado – por eso están excluidas de la Ley General de Administración Pública – pero en su actividad como concesionarias de servicios públicos, si están sometidas

excepcionalmente al derecho público y obligadas a comportarse de conformidad. El recurrente, si bien cita el antecedente jurisprudencial, omite esta última parte, referente a la actividad de la empresa privada, aunque insistimos que el fallo constitucional se refiere específicamente al caso de las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, no siendo este el caso de A.V.C.. Sin embargo, para el tema que nos interesa, resulta rescatable de la resolución de la Sala Constitucional, la mención que realiza de las empresas públicas, especialmente los bancos comerciales del Estado, que en su organización se rigen por el derecho público y en su actividad por el derecho privado, encontrándose incluidas dentro de los presupuestos de aplicación de la Ley General de Administración Pública; en consecuencia, si A.V.C. era propiedad del Banco Anglo Costarricense en un 100%, aun cuando podía constituirse como una sociedad anónima en su actividad, porque así se lo permitía la Ley de Almacenes Generales de Depósito, los fondos públicos que la alimentaban para que llevara a cabo precisamente las actividades propias de una entidad de tal naturaleza, continuaron bajo esa calidad, así como la ostentaba la fuente que los originó, y ello es así, al punto que, tal y como también lo destaca la Sala Constitucional en el fallo en mención, las empresas privadas, como las concesionarias de servicios públicos por ejemplo, en su actividad, también están sometidas excepcionalmente al derecho público y obligadas a comportarse de conformidad con los lineamientos de la Ley General de Administración Pública. De allí que, en el caso que nos ocupa, estimando las empresas A.V.C., como entidades subsidiarias del Banco Anglo Costarricense, el cual está sujeto en su organización al derecho público, o bien desde la óptica de empresa privada que brinda servicios públicos, subsiste para aquella la sujeción a las disposiciones de orden público. [...] **III. RECURSO DE CASACION [...] RECURSO POR EL FONDO [...] Tercer motivo.** Se reclama la errónea aplicación de la Ley General de la Administración Pública – artículos 111, 112 y 113 – y la desaplicación de la jurisprudencia de la Sala Constitucional – Voto 1106-95 de las 10.27 horas del 14 de febrero de 1995 – y de la Ley 3284 – Código de Comercio - en sus artículos 102 a 233 – sobre sociedades anónimas – El recurrente cuestiona el hecho tenido por demostrado por el tribunal en el sentido de que los dineros que se utilizaron en el grupo de empresas A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A. eran del Banco Anglo Costarricense, por ser el grupo de empresas en un 100% propiedad del ente bancario, y que en consecuencia no eran empresas privadas, afirmando el tribunal que las inversiones las hizo el Banco Anglo Costarricense y no A.V.C.. Indica el recurrente que la Sala Constitucional ha establecido que las empresas como las que conformaban A.V.C., no son públicas sino que se rigen por el derecho privado y están excluidas de la Ley General de la Administración Pública, siendo hasta tiempo después que se subsanó tal disposición mediante modificación a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República mediante Ley 7428 del 7 de setiembre de 1994, publicada en la Gaceta 210 del 4 de noviembre de 1994 artículos 8 y 9, a efecto de que la Contraloría pudiera fiscalizarlas estimándolas como públicas. El reclamo no es de recibo. No podemos dejar

de mencionar que el recurrente en su alegato, desconoce los hechos tenidos por comprobados por el tribunal, lo que resulta inadmisibile dentro de una impugnación por el fondo, alterando en todo caso, los mismos presupuestos fácticos determinados por los juzgadores por cuanto, tal y como lo señalamos al referirnos al motivo décimo octavo del recurso formulado por este mismo gestionante – motivo por vicios procesales - en la sentencia nunca se indica que las inversiones las había realizado el Banco Anglo Costarricense y no el Almacén de Valores y siempre tuvo claro que A.V.C. era obviamente una sociedad anónima, que se regía en principio, por las normas comerciales comunes, como luego veremos. Sobre este tema se reiteran los argumentos que se expusieron con anterioridad en la resolución del motivo indicado. No obstante lo anterior, conviene reflexionar sobre un tema trascendental en la resolución de esta causa, referido a la naturaleza jurídica de A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A. y sus subsidiarias ABC Valores S.A. y Boltec S.A., una vez que son adquiridas por el Banco Anglo Costarricense, y su determinación como empresa, constituida en una sociedad anónima, perteneciente en un 100% a un ente bancario – ente público - Ciertamente, los juzgadores estimaron esta última circunstancia – el carácter de propietario del Banco - la cual se apoya indudablemente en la prueba, tanto documental como testimonial aportada y analizada, que permite determinar con toda exactitud que el 24 de mayo de 1993, la Junta Directiva del Banco Anglo Costarricense, en la sesión 44-5/93, celebrada a partir de las 16:20 horas, a la que asistieron todos los acusados, ratificó la oferta de cierre suscrita por el imputado Carlos Hernán Robles Macaya, en su condición de Gerente General de la institución bancaria, con el coimputado rebelde José Luis López Gómez, representante de los accionistas de A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A., por la suma de cuatro millones novecientos mil dólares, mediante el mecanismo de intercambio – swap – de bonos de deuda externa de Venezuela y Brasil, supuestamente propiedad del ente bancario, al valor de mercado, por las acciones de A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A. con sus licencias de operación o concesiones de operaciones, siendo A.V.C. también dueña del 100% de las acciones de Boltec S.A., ABC Valores S.A. y del edificio con el mobiliario y equipo de cómputo. En dicha oferta se estableció que el negocio era firme, definitivo e irrevocable para ser formalizado al día siguiente, martes 25 de mayo de 1993. Ratificación que fue aprobada en el artículo 1 de la siguiente sesión de Junta directiva del ente bancario número 45-5/93 del 31 de mayo de 1993 y a la que asistieron también todos los acusados, siendo que este mismo día, el inculpado Robles Macaya, con fundamento en la autorización otorgada por los directores en la citada sesión 44-5/93, efectivamente suscribió con José Luis López Gómez, el contrato de compra de las sociedades A.V.C. y sus dos subsidiarias, compra que se canceló según lo acordado en la oferta de cierre, realizándose la cesión a favor del Banco Anglo Costarricense de la totalidad de las acciones – mil doscientas – De esta forma la institución bancaria adquirió las mencionadas empresas, convirtiéndose en su propietaria en un 100%, es decir, socia única de la sociedad anónima en que estaban

constituidas. Determinado entonces que A.V.C. se convirtió a partir de esa fecha en una sociedad anónima, propiedad en un 100% de un ente estatal, es necesario dilucidar si dicha sociedad, se conforma absolutamente dentro de los cánones del derecho privado y se le tiene exclusivamente como una empresa privada, o bien si, tomando en cuenta la relación de propiedad que la liga con el ente público, podríamos hablar entonces de la existencia de una empresa pública. Desde una perspectiva restringida podríamos conceptualizar a la empresa pública conforme a la naturaleza del propietario, de tal manera que la empresa será privada si su propietario es privado y será pública si su propietario es público. Desde una posición más amplia podría señalarse que una empresa será pública si sirve de instrumento para alcanzar fines públicos, entendiéndose que ello se dará en todo caso en que el empresario sea una administración pública, y además, cuando aun siendo una persona privada, sea en definitiva un instrumento de acción de una administración pública – Murillo Arias, Mauro. “ Ensayos de Derecho Público”. Editorial Universidad Estatal a Distancia. Primera edición. San José, Costa Rica. 1988, página 106 – Esta conceptualización de empresa pública nos lleva a determinar los tipos de empresa pública aceptados doctrinariamente: a) la empresa pública-órgano: dependiente de un ente público sin personalidad jurídica, por ejemplo la Fábrica Nacional de Licores; b) la empresa pública-institución: que son instituciones jurídicas autónomas o no, con giro empresarial, por ejemplo: el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), el Instituto Nacional de Seguros (INS) y los Bancos del Sistema Bancario Nacional; c) las empresas-sociedades – ver Ortiz Ortiz, Eduardo. “La empresa Pública como ente público”. Revista Istitia, número 52. Año 5. Abril 1991, página 12 – Dentro de este último tipo de empresa pública-sociedad teóricamente se hace la distinción entre las denominadas “sociedades del Estado” cuando le pertenecen totalmente al Estado y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, *pudiendo ubicar dentro del tipo de empresas públicas-sociedades a los almacenes generales de depósito*. A efecto de introducir la posibilidad legal de los bancos comerciales de conformar sociedades anónimas – por creación o participación - que les permitan la realización de los fines públicos para los cuales han sido constituidos, encontrándose dentro de tales sociedades los almacenes generales de depósito, debemos recordar en primer término que los bancos comerciales que integran el Sistema Bancario Nacional constituyen instituciones autónomas de derecho público, con personería jurídica propia e independencia en materia de administración, y con responsabilidad propia en la ejecución de sus funciones, emanadas de sus juntas directivas, cuyos miembros están obligados a actuar conforme con su criterio en la dirección y administración del banco, acorde con las disposiciones constitucionales, legales reglamentarias y técnicas, debiendo responder por su gestión – artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional – Las funciones esenciales de los Bancos Comerciales son: *colaborar en la ejecución de la política monetaria, cambiaria, crediticia y bancaria de la República; procurar la liquidez, solvencia y buen funcionamiento del Sistema Bancario Nacional;*

cuando se trate de los bancos del Estado, custodiar y administrar los depósitos bancarios de la colectividad y evitar que haya en el país medios de producción inactivos, buscando al productor para poner a su servicio los medios económicos y técnicos de que dispone el Sistema – artículo 3 del mismo cuerpo legal – Aparejada a estas funciones, los bancos comerciales mantienen una serie de prohibiciones, establecidas por la misma Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, entre ellas la de participar directa o indirectamente en empresas agrícolas, industriales, comerciales o de cualquier índole, y comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no sean indispensables para su normal funcionamiento – artículo 73. 3 ibidem – en aplicación del principio de especialidad contenido en el numeral 61 de la misma ley, que sujeta a las empresas públicas, circunscribiéndolas a su objeto social, salvo cuando una ley así lo permite, prima facie, tal y como lo señaló la Procuraduría General de la República en su Informe C-014-2001 de fecha 19 de enero de ese año, cuyos lineamientos, en lo que nos interesa, compartimos, “... los entes públicos no están autorizados para crear sociedades anónimas por el riesgo que esa creación implica. De allí que la creación de sociedades por parte de las empresas públicas requiere, en principio, autorización legal. Es el legislador el que debe establecer las reglas para la creación de esas sociedades y su operación...” Esta autorización legal que mencionamos, la vamos a encontrar plasmada en el propio artículo 73 ya citado, que contiene la excepción a tales prohibiciones de participación, liberando a los bancos que pudieran llegar a tener participación en capital de instituciones financieras de orden público o semipúblico, que llegaren a crearse, y la de los bancos que establecieron almacenes generales de depósito, de acuerdo con la respectiva ley, o que a la fecha de la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, tuvieron ya participación en ellos, únicamente con respecto a los negocios y operaciones que resultaran del funcionamiento de tales almacenes, exceptuándose también aquellos casos en que los bancos comerciales del Estado, conjunta o separadamente, constituyan o empleen personas jurídicas de su exclusiva propiedad para la prestación de servicios para ellos mismos, previa autorización de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, o para la administración de bienes adjudicados en juicio. Asimismo, con relación propiamente a los almacenes generales de depósito, su autorización legal para que la empresa pública – banco comercial – la pueda crear o constituir, la encontramos en el numeral 48 de la Ley de Almacenes Generales de Depósito número 15 del 15 de octubre de 1934, que permite a los Bancos Comerciales domiciliados en el país establecer y mantener Almacenes Generales de Depósito en aquellos lugares en donde no se hayan establecido por iniciativa privada en el curso de los seis primeros meses de vigencia de esta ley; presupuesto que recoge también el numeral 115 de la citada Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional cuando indica que los bancos comerciales podrán establecer libremente Almacenes Generales de Depósito, los cuales se regirán de acuerdo con las disposiciones de la ley de la materia, así como ejecutar operaciones similares de almacenamiento de productos y mercancías en bodegas propias. Esta

autorización legal, en lo que se refiere al Banco Anglo Costarricense se materializa mediante el conocido Acuerdo Ejecutivo número 16-H del 27 de febrero de 1974 que permitió a la institución bancaria operar como almacén general de depósito y almacén fiscal. Doctrinariamente, por definición, se entiende que *los almacenes generales de depósito son aquellos que se dedican a la conservación y custodia de toda clase de mercancías de lícito comercio, contribuyendo a la mayor circulación de la riqueza por medio de los resguardos que expiden de dichas mercancías* – sobre el particular ver: Espejo de Hinojosa, Ricardo. *Curso de Derecho Mercantil*. Barcelona. Octava Edición. 1931; concepto que recoge nuestra Ley de Almacenes Generales de Depósito de 1934, en su artículo 1 cuando señala que *los Almacenes Generales de Depósito son instituciones de crédito que tienen por objeto la conservación y custodia de frutos, productos y mercancías de procedencia nacional o extranjera, la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda y la concesión de préstamos con garantía de los mismos*. Establecida pues la posibilidad legal que el Banco Anglo Costarricense mantenía para adquirir un Almacén General de Depósito, y por ende para comprar A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A., dentro de los lineamientos propios de un almacén de esta naturaleza conforme a la legislación vigente sobre la materia, lo que no ocurrió, según se advierte de la integralidad del fallo dictado, posibilidad legal que no implica necesariamente que esta última adquisición, como en efecto resultó, se conformara dentro de los cánones legales, se desprende el carácter de propietario absoluto de la entidad bancaria sobre la sociedad anónima adquirida, la que si bien se configura u organiza dentro de los presupuestos del derecho privado, la actividad que presta deviene en pública, aunque conserve su personalidad jurídica propia que como lo señaló la Procuraduría General de la República en su Informe C-012-93 de fecha 20 de enero de 1993, pese a constituir un activo del Banco, pero que no se confunde ni se subsume con la persona jurídica que es su propietario – el ente público – aunque este, constituido en asamblea de accionistas, puede decidir todo tipo de medidas que le permita informarse sobre el resultado del accionar del Almacén, así como controlar su funcionamiento y sus finanzas, indicándose en ese mismo informe que al ser el Almacén General de Depósito una “institución de crédito”, conforme lo dispone el numeral 1 de su respectiva ley, la Auditoría General de Entidades Financieras – AGEF – y hoy Superintendencia de Entidades Financieras estaba facultada para ejercer los controles previstos por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, lo que ya nos delinea, aunque no lo expresa abiertamente, el carácter público del almacén general de depósito del cual resulte propietario un banco comercial como ente público. Si bien es cierto, esta última circunstancia – el control de la AGEF sobre el almacén de depósito – es reconsiderada por la misma Procuraduría años después, en el informe C-067-98 del 14 de abril de 1998, sujetándolas no a la AGEF o SUGEF sino a la Auditoría Interna del ente bancario, ello se debe a que se estima que los Almacenes de Depósito, pese a que están facultados a conceder créditos, no son “entidades financieras” puesto que no realizan intermediación financiera, entendida esta como la intervención

en el mercado captando recursos monetarios y colocándolos mediante operaciones crediticias y otras de tipo financiero, y ello es así dentro de una concepción pura de almacén de depósito conforme a la legislación que la informa, sin embargo, como quedó demostrado en el fallo, pese a que los acusados, con pleno conocimiento sobre el particular, pregonaron la idea de que la negociación con A.V.C. y sus subsidiarias tenía como objeto funcionar como almacén de depósito, aun cuando dentro del giro comercial podían ejercer como central de valores, según lo autorizaba el numeral 36 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, toda vez que podía realizar actividad no bancaria, el complejo empresarial A.V.C. no funcionó como almacén de depósito, sino como empresa financiera, por lo que desde esa perspectiva sí debía ser controlada por la AGEF. Es conveniente aclarar que el Informe de la Procuraduría C-067-98, en cuanto al concepto de intermediación financiera, se sustenta en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central número 7558 del 3 de noviembre de 1995, posterior a los hechos acusados por lo que no se ajusta estrictamente al caso en particular. Sin embargo el pronunciamiento del órgano estatal, nos lleva al tema central que aquí estamos desarrollando, en cuanto a la posibilidad de considerar a A.V.C. como empresa pública, pese a su conformación como sociedad anónima sujeta en principio a los presupuestos comerciales comunes, manteniendo relevancia el aspecto de propietario del órgano bancario con relación a la sociedad constituida. Así, estableció el Doctor Antonio Sobrado González, en ese momento Procurador Fiscal *“...que al ser suscrito íntegramente por el Banco el capital social de la sociedad anónima que administra el almacén general de depósito, ambos conforman una unidad empresarial...”* – el destacado es nuestro – entendida como *“... la organización de capital y de trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o de servicios para el mercado ...”* – Broseta Pont, Manuel. *“La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil”*. Madrid, Tecnos, 1965 , página 274 - *puesto que “el almacén opera bajo la tutela del banco propietario y al servicio de los intereses económicos de este”*. Esta aseveración, la comparte esta Sala de Casación en forma absoluta, siendo que ella descansa en la doctrina vigente sobre la materia; así, el Doctor Eduardo Ortiz Ortiz, en su mencionado ensayo *“La empresa pública como ente público”*, al analizar la naturaleza de las sociedades anónimas que son constituidas por empresas públicas afirma que entre el ente público y la sociedad subsiste una relación de instrumentalidad, puesto que la empresa pública realizará sus fines a través de la empresa mercantil constituida y si además el ente público conserva la totalidad o la mayoría de las acciones de esa sociedad anónima, puede manejar a esta conforme a sus políticas y planes, transformándola en un instrumento de realización de sus fines, convirtiendo en pública a la sociedad anónima creada y a su actividad. Llevando este planteamiento al caso que nos ocupa, el Banco Anglo Costarricense, ente público ubicable dentro de la categoría de empresa pública-institución, facultado legalmente, adquiere un almacén de depósito – A.V.C. y sus subsidiarias Boltec S.A. y ABC Valores S.A. – constituido en sociedad anónima, que por su carácter instrumental debe

desarrollar una actividad de servicio público respondiendo en consecuencia a los fines públicos de la institución bancaria que es su propietaria en un 100% del capital social suscrito y por ende único socio de ese ente societario, aunque este no ejerza actividades propiamente bancarias, de modo tal que dicho almacén de depósito, una vez adquirido por el ente bancario, se convierte en una empresa pública-sociedad o sociedad del Estado y por ende con una naturaleza eminentemente publicística, lo que repercute en su actividad cuya regulación sería también pública – Ley de Almacén General de Depósito – porque así lo dispuso tanto el Acuerdo Ejecutivo que autorizó al Banco Anglo Costarricense a operar en 1974 el Almacén General de Depósito y Fiscal y el Decreto Ejecutivo número 44-88 que autorizó el funcionamiento de A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A. como Almacén General de Depósito, sujetándolos a la Ley sobre la materia, su reglamento y Leyes conexas, conforme puntualizamos al resolver el motivo anterior. Pero en la actividad referida a compra y venta de títulos valores, con los recursos económicos provenientes del ente bancario, A.V.C. debía sujetarse a la Ley Reguladora del Mercado de Valores, desde el momento mismo en que funcionalmente se presentaba como una central de valores, actividad que, como almacén de depósito, le permitía el numeral 36 de la citada Ley, según se determinó líneas atrás. El carácter instrumental de dicho almacén de depósito con relación a la institución bancaria, le permitía a esta, quien era la que alimentaba financieramente a la sociedad anónima, participar competitivamente en el mercado en forma indirecta; y esta estrecha relación entre el ente público – BAC – y el ente societario – A.V.C. – es reconocida por los mismos acusados, lo que se evidencia cuando el propio defendido del gestionante, en la sesión 43 de A.V.C. Panamá, celebrada a las 10:30 horas del 18 de octubre de 1993, en su condición de Gerente General del complejo empresarial, manifestó expresamente que no se podía separar el ligamen existente entre el grupo de empresas y el BAC, ya que era conveniente que se percibiera en el mercado como complementarios. Pero existiría un aspecto importante a considerar en el papel instrumental del almacén de depósito con relación al ente bancario, y es el hecho de que, por modificación al pacto constitutivo de A.V.C., los imputados establecieron que para ser miembro de la Junta Directiva de A.V.C., necesariamente se tendría que ser miembro de la Junta directiva del Banco Anglo Costarricense, perdiéndose tal calidad cuando se dejaba de ser directivo del órgano bancario, esto nos permitiría afirmar que la Junta Directiva del Banco Anglo Costarricense fijaba las políticas de A.V.C. y tal y como lo señaló la Procuraduría General de la República en el Informe C-070-2001 del 13 de marzo de 2001 *“por definición la asamblea de accionistas de la nueva sociedad es el propio ente propietario por medio de su órgano superior, pero además esa determinación se acrecienta si ya no solo la relación se produce a través de la Asamblea de Accionistas, sino por medio de una identidad en la condición de directivo del ente público y directivo del ente instrumental...”* En la causa que nos ocupa, esta situación que en un ejercicio normal de las actividades propias de un almacén general de depósito, no causaría suspicacia, tomó un rumbo diferente, tal y como lo señaló el

tribunal de juicio, cuando esta circunstancia le permitió a los acusados cerrar el círculo de control sobre su actividad ilícita, en el tanto desde el mismo origen de las compras apalancadas de deuda externa, mediante las cuales se distrajeron los fondos públicos pertenecientes al Banco Anglo Costarricense, cual es la compra de A.V.C. y sus subsidiarias, su finalidad y objetivos eran contrarios a la legislación bancaria existente, aspectos que los acusados conocían plenamente, lo que no los inhibió para continuar en su estrategia, que tuvo como resultado la debacle económica conocida. Como fundamento del carácter instrumental del ente societario, controlado y dirigido por el Estado, en este caso el ente bancario, como socio único, el autor Vittorio Ottaviano en su ensayo “Sometimiento de la Empresa Pública al Derecho Privado”, obra colectiva titulada “La empresa Pública”, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970, páginas 273 y 275, citada por el Doctor Ortiz Ortiz en el ensayo mencionado, señala: *“... cuando la empresa sea desarrollada por un ente económico, aquella a su vez, será pública en tanto en cuanto esté ligada a otro ente titular de las finalidades públicas conexas con la empresa. Es decir: la naturaleza pública del ente económico estará en relación con su posición de dependencia respecto de otro ente ... o si se quiere, con su naturaleza instrumental...”* Sobre este mismo tema, Luigi Ferri, comercialista italiano indica que *“... la pantalla de la sociedad mercantil apenas sirve para encubrir esta realidad, si se tiene presente que donde exista una “participación prevalente”, el instrumento societario cae en manos del Estado y queda sujeto al servicio de sus fines..”*. y es más, dicho autor, citado también por el doctor Ortiz Ortiz señala que *“... decir que puesto que el ente (la sociedad) es privado, también la hacienda sigue siendo privada, es permanecer voluntariamente en la superficie sin profundizar en la realidad del fenómeno, que implica, en sustancia, una ampliación de la esfera pública a expensas de la privada, y en consecuencia, una restricción del ámbito en que opera la autonomía privada...”* – Ferri, Luigi. “Impresiones de un jurista sobre las haciendas con participación estatal predominante”. Obra colectiva “La Empresa Pública” citada, volumen 2, página 1570 – lo que nos va delineando un aspecto de trascendental importancia en la causa que nos ocupa y es la determinación, tal y como lo estimó el tribunal de juicio, de la condición de públicos de los bienes negociados por los imputados a través del complejo empresarial A.V.C.. Debemos rescatar aquí el concepto de dominio accionario del Estado en estas sociedades anónimas, de modo tal que, aun cuando su conformación sea bajo este modelo, de aplicación del derecho privado, la condición de socio único o mayoritario del ente público *“...hace imposible aplicar el derecho comercial común y la sociedad anónima del caso empieza a funcionar más bien como dependencia pública...”* – Ortiz Ortiz, op cita, página 6 – Comparte esta Sala plenamente el planteamiento del Doctor Ortiz Ortiz, por cuanto ciertamente, las consideraciones de “propietario” por parte del Estado de la sociedad anónima creada, el “interés público” que anima a su conformación y el “fin público” de su gestión, impiden una aplicación irrestricta de las normas comerciales comunes, y ello lo empezamos a observar a partir del momento

mismo de la creación del ente societario, desde la perspectiva cuantitativa de los socios, pues en estas sociedades que, como A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A., le pertenecen en un cien por ciento al Estado a través del ente público bancario, encontramos un *único socio*, en contraposición al numeral 104 del Código de Comercio que requiere para la formación de una sociedad anónima la existencia de por lo menos dos socios y que cada uno de ellos suscriba por lo menos una acción – inciso a) – lo que también guarda incidencia con los capítulos referidos a participación accionaria, de modo que, por solo estos motivos no podríamos aplicar en forma irrestricta, como lo pretende la defensa del enjuiciado González Lizano, el Código de Comercio en las consideraciones atinentes a este Almacén de Valores, y nuestra posición se fundamenta en la doctrina prácticamente de todas las latitudes; así se ha indicado que *“ el régimen jurídico interno de los establecimientos públicos económicos está determinado por el Derecho Público, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones entre el ente descentralizado y la administración central... dada la presencia del Estado en esas sociedades (con un solo socio público), surgen una serie de derogaciones al régimen y a la estructura de las sociedades mercantiles, que conducen a concluir en que la aplicabilidad de las normas de derecho comercial no puede ser total e íntegra. En primer lugar porque algunas disposiciones especiales que regulan estas sociedades establecen numerosas derogaciones expresas al régimen de las sociedades anónimas; por ejemplo, y entre otras que veremos, desaparece la pluralidad de socios y se establece generalmente la intransmisibilidad de las acciones del Estado, así como un control externo de la sociedad misma. Pero además, el hecho de ser un ente público accionista y el hecho de que esta sea el único socio, hace inaplicable en muchos casos el régimen jurídico de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, ya que desaparecen órganos y faltan algunos requisitos esenciales...”* Brewer Carías, Allan R. *“ Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado”*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, páginas 115 y 116 – Nuestra doctrina nacional, también mantiene esta misma línea de pensamiento; así el doctor Ortiz Ortiz en el ensayo comentado señala que el derecho comercial que se aplica a las sociedades que son enteramente del Estado o de este en su mayoría, es entonces, uno modificado o especial, con inevitable predominio del interés y de la posición del Estado o ente público dueño, lo que se acrecienta cuando se analiza el régimen de las relaciones internas entre el ente público accionista y dueño – o socio dominante – y la sociedad en cuestión, por obra de esa misma preponderancia – Op cit página 7 – Por último sobre este tema cabría preguntarse las razones por las cuales un ente público, con sustento en legislación que así lo autoriza, crea o participa en entidades privadas conformadas bajo el modelo de sociedades privadas, si no va a tener las características y ventajas de uno de tal naturaleza, sin embargo la respuesta la encontramos en la flexibilidad y capacidad empresariales que permiten ejecutar los fines que el ente público se ha propuesto. Sobre el particular, desde 1984, analizando la procedencia de las sociedades anónimas y su consideración con respecto a la empresa pública, la Sala Primera Civil de la Corte

Suprema de Justicia, en el voto 46-1984, en lo que nos interesa manifestó: “... *tiene su razón de ser que el legislador se haya apoyado en la forma jurídica de los organismos de estructura privatista para que se realicen determinadas actividades empresariales con la participación del Estado. Esto se ha diseñado así para conceder a la gestión de la empresa el grado conveniente de ejecutividad, flexibilidad, elasticidad y capacidad empresariales, y para obtener una participación y colaboración mixtas convenientes para los fines directos e indirectos que se buscan en determinados casos...*” De todo lo anterior se colige la importancia que va a tener, en la consideración de la sociedad anónima conformada por un ente público, el tema relativo a la propiedad del ente estatal como socio único de la empresa societaria, así como el interés público de aquella y por ende el carácter instrumental de la sociedad y el fin público perseguido, es por ello que discrepamos respetuosamente de algunas de las consideraciones emitidas por la Sala Constitucional en el voto número 1106-95 de las 10:27 horas del 24 de febrero de 1995 – cuya inaplicación reclama el recurrente - en lo referente a la interpretación de algunos conceptos, sobre todo en cuanto le resta importancia a las circunstancias atinentes a la “propiedad e interés público” en aquellas sociedades ligadas en su conformación a un ente estatal, antecedente jurisprudencial, sobre el cual el gestionante reprocha su inaplicación por el tribunal que dictó la sentencia que nos ocupa. Es conveniente aclarar los alcances de un voto emitido por la Sala Constitucional, en cuanto a su acatamiento obligatorio, o bien cuando se trate de meras opiniones o consideraciones jurídicas sobre un tema en particular. Así, su aplicación será erga homines para la situación específica sobre la cual se está planteando la intervención del alto tribunal constitucional, o bien se pueda aplicar a situaciones similares a aquella sobre la que trata el pronunciamiento jurisdiccional. Sin embargo, para restantes situaciones, que no mantengan una relación de identidad con el caso en cuestión, un antecedente de esta naturaleza debe analizarse con especial cuidado, dentro de la perspectiva integral en que ha sido dictado, de modo que permita su aplicación en circunstancias diversas que no se relacionen estrictamente con lo resuelto, de modo que las apreciaciones de la Sala Constitucional que constituyan opiniones o interpretaciones jurídicas de un tema determinado, no resultan vinculantes, y por ende en ese sentido no se impone su aplicación obligatoria, como lo pretende el recurrente en este caso. Conviene ahora analizar el antecedente jurisprudencial citado, el cual se refiere a un recurso de amparo formulado contra la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, sociedad concesionaria de servicios públicos, que aun cuando constituye también una sociedad anónima dependiente de un ente público, mantiene una naturaleza diferente a la de un almacén general de depósito, como A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A., ya aquí tendríamos una primera diferencia fundamental a la hora de solicitar su aplicación erga homines; de allí que el fallo dictado resultaba de acatamiento obligatorio para el caso en cuestión y quizá para otras situaciones similares, en materia de amparo atinentes a las compañías concesionarias de servicios públicos, pero no para la causa que nos ocupa, de modo

que no existiría ninguna obligación que vinculara a los jueces del tribunal de juicio ni a esta Sala de Casación a aplicar la resolución citada. Las consideraciones restantes contenidas en el voto dictado, se entienden como simples análisis jurídicos, no vinculantes, por lo que esta Cámara, dentro del planteamiento seguido en el tema puesto en nuestro conocimiento, aun cuando estime de interés algunos de sus planteamientos, que tomamos en consideración al resolver el motivo de casación antes señalado, se permite discrepar en otros aspectos, en el tanto, como lo expusimos supra, si bien es cierto, las sociedades anónimas cuando son propiedad mayoritariamente de una institución pública, constituyen “en principio” una persona jurídica de derecho privado, no pueden mantener un tratamiento similar a cualquiera otra entidad de derecho privado, conformada únicamente por particulares, inyectada con capital privado y que cumple estrictamente fines particulares, pues deviene en inadmisibles la idea de que el Estado pueda configurar una sociedad mercantil como único socio o participar de ella en forma mayoritaria, mediante actos o contratos de iguales características y alcances a los de una sociedad suscrita entre particulares, por ello es que, contrario a lo que sobre tales consideraciones, señala la Sala Constitucional en el voto de comentario, en nuestro criterio, sustentado en la doctrina nacional e internacional, dentro de un análisis de Derecho Comparado, así como en la normativa que nos rige, sí resulta de considerable importancia la determinación del carácter de propietario del ente estatal sobre la sociedad anónima conformada, su interés público y los fines también públicos que las rigen, pues lo contrario sería coadyuvar al establecimiento de un peligroso antecedente para que utilizando el mecanismo de creación de entidades privadas, sin mayor fiscalización, los entes públicos que las conformen distraigan o sustraigan los bienes del erario público que alimenta financieramente a esas sociedades privadas. Y resultan lógicas tales consideraciones porque podemos ya adelantar que sobre esta perspectiva, no puede ser más que pública también la naturaleza de los bienes que conforman por una parte el capital accionario de la sociedad anónima perteneciente al ente público, así como los recursos inyectados por este a la empresa societaria, como sucedió entre el Banco Anglo Costarricense y A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A., de allí que con justa razón el eminente publicista Eduardo Ortiz Ortiz indicara con absoluta contundencia que, una vez establecida la calidad de empresa pública de la sociedad anónima constituida por el ente público cuyo socio único o mayoritario es el Estado, una consecuencia inmediata del carácter público de la sociedad anónima como empresa, cuanto de su actividad como servicio público, es el carácter también público de su patrimonio que no puede administrarse internamente como si fuera privado – Op cit página 10 – lo que fundamenta con una cita jurisprudencial de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 98 de las 14:30 horas del 30 de julio de 1985 que en lo que interesa señala: “ *Las sociedades nacionalizadas que se formen con el capital del Estado conservan su carácter público, por más que la organización y funcionamiento de ellas esté sometido al Derecho Privado, pues si bien jurídicamente el patrimonio le*

pertenece a la empresa, no se puede ignorar que en el tanto en el que este se desmejore, se afecta el capital, representado por las acciones, y que, por consiguiente, en esa misma medida se perjudica el patrimonio del Estado. Cabe agregar que, por esas mismas razones, el Estado tiene interés en el correcto funcionamiento de estas empresas.” Esta consideración sobre la naturaleza pública de los bienes que conforman el haber patrimonial de una sociedad anónima cuyo único socio sea el Estado, encuentra eco en algunas disposiciones normativas, a través de Decretos Ejecutivos, vigentes a la época en que sucedieron los hechos que nos ocupan, donde se determina sin lugar a dudas e interpretaciones el carácter de públicos que mantienen los fondos o recursos que administran las empresas estatales cuando operan como sociedades mercantiles. Así, con motivo de la creación de la Corporación Costarricense de Desarrollo – CODESA – se determinó mediante el Decreto Ejecutivo 7927-H de fecha 12 de enero de 1978 que el Poder Ejecutivo, estimando conveniente que en el caso de este tipo de empresas, constituidas con las características de una sociedad anónima, regidas por la Ley que las crea en primer lugar, sus reglamentos y supletoriamente por el Código de Comercio, tengan un marco mínimo de legalidad que regule aspectos esenciales de su actividad y a la vez sean sujetos de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República, considera necesario legislar en ese campo, dada la honda preocupación por las consecuencias que se puedan derivar de la falta de toma de decisiones en esta materia, por lo que mientras se promulga la legislación de referencia, estima prudente dictar un conjunto de disposiciones vía reglamento que brinden mayores seguridades a la correcta administración de los recursos administrados. Este Decreto se modificó mediante otro similar número 14666-H del 9 de mayo de 1983, sin embargo no se dio variación alguna a la determinación de públicos de los bienes que integran el patrimonio de estas particulares empresas, de naturaleza similar en cuanto a su conformación al del almacén general de depósito. Y ello no puede ser de otra manera en aras de la protección de los fondos públicos estatales, conforme lo indicamos supra. Determinado el carácter de los bienes administrados por estas sui generis sociedades anónimas, tales consideraciones nos permiten también afirmar que los directores de una empresa pública, tal y como ocurre en el caso que nos ocupa con la firma A.V.C., como sociedad anónima de un ente público – Banco Anglo Costarricense - que es su socio único, son funcionarios públicos por ser precisamente los jefes de dicho ente societario, y ello de conformidad con los mismos artículos 111, 112 y 113 todos de la Ley General de la Administración Pública, cuya inobservancia reprocha el gestor. Así, el artículo 111. 1 de la citada ley establece que *“es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de esta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva”* – los destacados son nuestros – En el caso que nos ocupa A.V.C., como lo hemos venido sosteniendo, una vez que es adquirida por el Banco Anglo

Costarricense, participando de su capital accionario en un 100%, se convierte en una empresa pública y por ende es parte de la Administración, y los imputados, como sus directores, prestatarios de un servicio a la Administración, son servidores públicos por ser los jefes de la empresa, lo que constituye un principio de Derecho Público relativo a las empresas públicas. Así *“señala la doctrina administrativa que el hecho de que a esas entidades no se les aplique el Derecho Administrativo, en todo o parcialmente, no significa que no sean parte de la Organización Administrativa, pues se mantiene la conexión con la organización estatal, permaneciendo su carácter instrumental respecto de la misma”* – Alonso Ureba Alberto. *“La Empresa Pública”*. Montecorvo, Madrid, 1985, página 299. citado por el Doctor Ortiz Ortiz en su ensayo mencionado – de modo tal que, interpretando los alcances del citado artículo 111.1 de la Ley General de la Administración Pública, será servidor público aquel que preste una actividad a la Administración Pública aun cuando esta no mantenga un carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público, o bien la actividad desplegada sea privada o por simple contratación, caso dentro del cual se encuentra el director de la sociedad anónima de la cual el Estado es su propietario único, cuya labor primordial ni es imperativa ni está sujeta en principio al Derecho Público, dada la naturaleza del ente societario que dirige. Tales consideraciones no se muestran contradictorias con los presupuestos contenidos en los numerales 111.3 y 112.2 de la misma Ley General de la Administración Pública, pues dentro de una lógica integrada de ambas normas se advierte que tales disposiciones se aplican únicamente a los servidores públicos subordinados y no a los jefes que ejercen labores de dirección; y ello es así porque el primero de los numerales citados señala que no se considerarán servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común – 111.3 – determinándose también que las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participen de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3 del anterior artículo 111, se regirán por el derecho laboral o mercantil. Con relación a este tipo de empleados subordinados, estima esta Sala no pueden tomarse en consideración a quienes ejercen una labor de administración y fiscalización dentro de la empresa pública que conformada como sociedad anónima le pertenezca al ente público, pues tales funcionarios – gerentes, subgerentes y fiscales - sí participan de la gestión pública de la Administración en el tanto durante el desempeño de sus funciones, forman parte de la toma de decisiones de la empresa societaria, aun cuando no tengan derecho a voto dentro de las sesiones de Junta directiva, pero sí poseen derecho a voz, lo que les permite externar sus opiniones y generar una tendencia determinada en la toma de decisiones, o bien administran los fondos públicos que les inyecta la entidad estatal, siendo el brazo ejecutor directo y principal de la Junta directiva del ente societario, con capacidad directiva y jerárquica – gerente y subgerente - sobre los restantes mandos de la empresa – empleados, trabajadores y obreros – En todo caso, dentro de nuestra legislación, aun los servidores contenidos en

los numerales 111.3 y 112.2 de la citada Ley, para efectos penales, se reputan como públicos. – artículo 112.4 ibidem – y ello es así “... para evitar que el servidor que labora para una empresa del Estado, se aproveche de su especial condición y pueda hacer uso indebido del patrimonio público de la empresa... lo que resulta plenamente ajustado al parámetro constitucional, en atención a los intereses que tutela, cuales son: la moralidad y legalidad administrativa y la protección del patrimonio público ...” – ver Voto número 6520-96 de ls 15:09 horas del 3 de diciembre de 1996. Sala Constitucional - de allí que en el caso que nos ocupa, todos los acusados mantienen la calidad de funcionarios públicos, siendo también públicos los fondos que el ente bancario al cual pertenecía A.V.C. le inyectaba para que pudiera desarrollar sus funciones, incluyendo las compras apalancadas en bonos de deuda externa, elementos esenciales para la determinación del tipo penal de Peculado por el cual se les condenó. Por todo lo expuesto, sin lugar el motivo invocado. [...] **III. RECURSO DE CASACION [...]** **RECURSO POR EL FONDO [...]** **Quinto motivo.** Se reclama errónea aplicación del artículo 77 del Código Penal – sobre el delito continuado – por cuanto de lo que el tribunal tuvo por demostrado , se establece que las empresas se compraron con la finalidad de incursionar en la banca de inversión y comprar títulos de deuda externa, por lo que no se conforma un delito continuado, en el tanto dentro de la denominada tercera etapa de la sentencia, debió incluirse la compra del grupo de empresas A.V.C. y no separarla como se hizo, pues la penalidad en primer lugar es más alta y la misma ley indica que se aplicarán los presupuestos del delito continuado cuando los delitos fueren de una misma especie – peculado – y afecten bienes jurídicos patrimoniales – dineros del Banco Anglo Costarricense – y se persiga una misma finalidad – incursionar en la banca de inversión y comprar títulos de deuda externa – En opinión del recurrente la compra del grupo de empresas debe subsumirse en lo que el tribunal denominó tercera etapa, que fueron las compras apalancadas a partir del 27 de junio y hasta febrero de 1994, pues con lo descrito en la fase anterior, la segunda perseguía el mismo fin como lo señala la ley, y por ello aquella debe de quedar subsumida en esta última y aplicando las reglas del concurso, reducir la pena a cinco años que fue la sanción impuesta por la compra. El reclamo es parcialmente procedente. Conforme a los hechos tenidos por demostrados, tal y como lo señaló el tribunal, la causa en cuestión debe ser analizada en forma global y cronológica, pues cada hecho resulta ser el antecedente del siguiente – tomo 16 de la sentencia folio 4511 – puntualizando los juzgadores que ello era sí aun cuando los hechos realizados no conformaban una sola acción, sino que cada circunstancia fáctica constituía en sí misma un delito de Peculado, dividiendo los hechos acreditados, para una mejor comprensión, en tres fases que denominaron: Primera: de las compras al contado, atribuidas únicamente al imputado Carlos Hernán Robles Macaya; Segunda: de la compra de A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A. y sus subsidiarias Boltec S.A. y ABC Valores S.A., donde se acusó tanto a Robles Macaya como a los miembros de la Junta Directiva del Banco Anglo Costarricense incluido el enjuiciado Carlos Manuel González Lizano; Tercera: de

las compras apalancadas de Deuda Externa latinoamericana, atribuida a todos los inculcados – Robles Macaya y Junta Directiva del ente bancario – Sin embargo pese a lo anterior, al momento de la calificación legal de los hechos y el establecimiento de las penas a imponer, el tribunal separa las fases y califica los hechos en cuanto a Robles Macaya, como dos delitos de Peculado en la modalidad de delito continuado – por las fases primera y tercera – más otro delito de Peculado – segunda fase – concursando materialmente estos tres ilícitos, por lo cual le impuso en razón de los dos delitos continuados de Peculado diez años de prisión por cada uno, y por el otro delito cinco años de prisión, para un total de 25 años. Por su parte, para cada uno de los miembros de la Junta Directiva, calificó los hechos en su contra como un delito de Peculado continuado – 7 compras apalancadas (fase tercera) – concursado materialmente con otro delito de Peculado – compra de A.V.C. (segunda fase) – imponiendo a cada uno la pena de diez años por el primer ilícito y cinco años por el segundo para un total de quince años de prisión. Tal forma de calificación legal y sanción punitiva, como bien lo señaló el recurrente respecto a su defendido Carlos Manuel González Lizano, imputado en las fases segunda y tercera, se muestra equivocada, pues dentro del planteamiento desarrollado por los jueces, en una perspectiva congruente y lógica, las conductas delictivas atribuidas a todos los acusados y tenidas por demostradas, deben ser concatenadas en un solo ilícito de Peculado en la modalidad de delito continuado, “donde cada hecho es el antecedente del siguiente” y en el tanto se cumplen los presupuestos objetivos y subjetivos establecidos en el numeral 77 del Código Penal que contempla su penalidad. Señala la norma de comentario que “cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto”. En el caso que nos ocupa, el tribunal estimó por una parte que los hechos acreditados constituían cada uno de ellos el delito de Peculado continuado, lo que esta Sala de Casación comparte, pues en efecto se encuentran determinados los presupuestos que conforman dicha figura relativa a la aplicación de la pena; así, nos encontramos ante delitos de la misma especie – peculado – que afectan bienes jurídicos patrimoniales; en cuanto a este aspecto, debemos aclarar que si bien es cierto el Peculado no contiene como bien jurídico fundamental el patrimonio, pues se trata de un delito cometido contra los Deberes de la Función Pública, referida al deber de probidad por parte del funcionario público en el desempeño de sus funciones, respecto a los bienes o dineros que administra, percibe o custodia, en razón de su cargo; sin embargo, por ser el Peculado un delito pluriofensivo, es innegable también la posible concurrencia de una lesión patrimonial derivada de la conducta delictiva realizada por el sujeto activo – funcionario público – traducida en la sustracción o distracción del dinero o bienes, cuya administración, percepción o custodia le ha sido confiada por razón del cargo. En consecuencia, siendo el requisito establecido en el numeral 77 del Código Penal, la afectación de bienes jurídicos patrimoniales, ello no implica que el delito sometido a continuación tenga

como único bien jurídico el patrimonio pues *“el delito continuado puede existir, aunque los actos de la continuación – que deben violar la misma norma – afecten, además de bienes jurídicos patrimoniales, otro bien jurídico”* – Castillo González, Francisco. El concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, página 98 – Por último, en la especie, nos encontramos ante un delito continuado de Peculado, en el tanto los acusados, incluido el señor González Lizano, perseguían con su actividad ilícita una misma finalidad, cual era, conforme se desprende de los hechos acreditados, la realización de compras ilegales en Deuda Externa, permitiendo que Ariana Trading and Finance Inc. utilizara los fondos públicos en su beneficio, abriendo el camino para posteriores negociaciones con esta empresa, que culminaron, con el concurso de todos los miembros de la Junta Directiva del ente bancario, en la compra ilegal del tantas veces mencionado Almacén de Valores Comerciales y sus subsidiarias y la subsiguiente adquisición de deuda externa latinoamericana, internacionalizando los fondos públicos del Banco Anglo Costarricense a través de la creación del Anglo American Bank para así evitar los controles de las entidades estatales supervisoras de este tipo de gestiones. En la especie, el presupuesto relativo a una misma finalidad, se presenta con independencia de la estructuración que el tribunal le dio a los hechos dividiéndolos en las tres fases, en el tanto, dentro del propósito común que abrigaba a los acusados se conjuntaron todas las acciones desplegadas por los acusados para ejecutar el programa común – en ese mismo sentido, Castillo González, Francisco, op cit, página 102 – Sobre esta línea de pensamiento, conforme lo indicó el gestionante, la compra del grupo de empresas A.V.C. por parte del Banco Anglo Costarricense – segunda fase – realizada con el concurso de todos los acusados, unos como directores del ente bancario y el otro – Robles Macaya – como Gerente General de dicha institución, debe ser apreciado y valorado dentro de una perspectiva continuada, con las posteriores compras apalancadas de deuda externa latinoamericana que se llevaron a cabo precisamente a través del complejo empresarial adquirido – tercera fase – sancionada dicha pluralidad de acciones como un solo delito de Peculado. Pese a lo anterior, los juzgadores, tal y como lo mencionamos supra no obstante considerar que la causa debía ser analizada globalmente, calificaron por separado cada una de las fases en que estructuraron el marco fáctico acreditado, concursándolas posteriormente mediante los presupuestos del concurso real, aunque manifestaron aplicar la penalidad del delito continuado. Tal inconsistencia deviene en inaceptable; sin embargo, no resulta pertinente acceder a las pretensiones del licenciado Solórzano Sánchez, quien solicita se aplique a su defendido una pena de cinco años de prisión como coautor del delito continuado de Peculado. En efecto, si bien es cierto el tribunal consideró al imputado Carlos Manuel González Lizano, como coautor del ilícito de Peculado por la compra de A.V.C. Almacén de Valores Comerciales S.A. y sus subsidiarias, en razón de lo cual se le impuso el tanto de cinco años de prisión, y como autor del delito de Peculado – traducido en las siete compras aplancadas de deuda externa – en la modalidad de delito continuado, imponiéndosele el tanto de cinco años de prisión como pena

principal, aumentada en otro tanto para un total de diez años, siendo la sanción punitiva global de quince años conforme a las reglas del concurso material, tal calificación y aplicación punitiva, no es compartida por esta Cámara, por lo cual se modifica el fallo, conforme se dirá. Coincidentemente con lo señalado por el Doctor Francisco Castillo González, cuando da contestación al recurso de Casación formulado por los representantes del Ministerio Público, la penalidad aplicada por los juzgadores en esta causa no se adecua a los presupuestos del delito continuado de Peculado. Así, conforme a lo establecido en el numeral 352 (actualmente 354) del Código Penal, párrafo primero, será reprimido con prisión de tres a doce años, al funcionario público que sustrajere o distrajere dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Por su parte, el artículo 77 *ibidem*, fija la penalidad del delito continuado indicando que "...se aplicará la pena prevista para el más grave - el destacado no es del original – aumentada hasta en otro tanto". Ello implica que, para los efectos de la pena en abstracto, que es la primera que debe ser definida, en el caso del delito continuado de Peculado, el juzgador debe determinarla entre los límites mínimo y máximo *previstos* para dicho ilícito – que en este caso es el único que se manifiesta en continuación – es decir, entre tres y doce años de prisión, pudiéndola aumentar hasta en otro tanto, de tal manera que las penas máximas que pueden aplicarse oscilan entre 6 y 24 años de prisión. Establecida la pena en abstracto procederá el juzgador a determinar la sanción punitiva en concreto entre estos dos últimos límites, de tal manera que la pena para el delito de Peculado continuado, no puede ser inferior a seis años de prisión ni sobrepasar en todo caso los veinticuatro años. Aplicado lo anterior al caso en cuestión, estimando que estamos en presencia de un delito de Peculado en la modalidad de delito continuado cometido por el acusado Carlos Manuel González Lizano, la pena concreta se fija en el monto de seis años de prisión aumentada en otro tanto para un total de doce años de prisión, en aplicación de la penalidad del delito continuado, de conformidad con lo establecido en el numeral 77 del Código Penal, lo que no vulnera los principios de la no reforma en perjuicio contemplada en el artículo 459 del Código de Procedimientos Penales de 1973 aplicable al caso en cuestión, en el tanto las modificaciones que aquí se determinan no perjudican los intereses del acusado González Lizano en cuanto a la especie y cantidad de pena impuestas por los juzgadores, que en este caso fue de quince años de prisión, sin que sea aceptable considerar que la pena límite que debe ser respetada en aras de la aplicación del principio de no reformatio in peius, tal y como lo pretende el recurrente, sea la de cinco años de prisión, pues como claramente lo hemos definido *supra*, la sanción punitiva concreta mínima que puede ser impuesta para el delito continuado de Peculado es de seis años. Considera esta Sala de Casación que el nuevo monto de pena impuesto se fundamenta en lo medular en los razonamientos establecidos por el tribunal al fijar la pena principal, en aplicación de los presupuestos contenidos en el artículo 71 del Código Penal, pero adecuándola a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, dada la recalificación legal señalada. En

aplicación del principio sobre el efecto extensivo del recurso de casación contenido en el artículo 455 del Código de Procedimientos Penales de 1973, lo resuelto en cuanto a las consideraciones sobre la calificación legal de los hechos y la sanción punitiva impuesta relativas al acusado González Lizano, resultan aplicables también al imputado Arturo Fallas Zúñiga, a quien se le debe tener como coautor del delito de Peculado en su modalidad de delito continuado, aplicándosele la pena de seis años de prisión aumentada en otro tanto para una pena total de doce años de prisión, con fundamento en las razones anteriormente establecidas para dicha cuantificación. En consecuencia, se declara parcialmente con lugar el motivo impuesto por el recurrente, modificándose la calificación legal de los hechos atribuidos en contra de Carlos Manuel González Lizano a un delito de Peculado en su modalidad de delito continuado cometido en perjuicio del Estado, disminuyéndose la pena a doce años de prisión. Por el efecto extensivo del recurso de casación, la modificación realizada se aplica en iguales circunstancias al acusado Arturo Fallas Zúñiga. En los demás aspectos en que no sufra modificación el fallo se mantiene inalterable. [...]

11. El Artículo 106 del Código de Comercio en la Constitución de Sociedades Anónimas

[Tribunal Segundo Civil, Sección I]^{xiv}
Voto de mayoría

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 regirían, 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 realizaren (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. 2^e). 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."

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.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 3284 del treinta de abril de 1964. **Código de Comercio**. Vigente desde 27/05/1964. Versión de la norma 13 de 13 del 10/09/2012. Publicada en: Gaceta N° 119 del 27/05/1964. Alcance: 27.

ⁱⁱ AG ABOGADOS. (s.f.). **Sociedades en Costa Rica**. Recuperado de la Web: http://ag-abogados.net/pdf/Sociedades_en_Costa_Rica.pdf

ⁱⁱⁱ TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 295 de las ocho horas con cincuenta minutos del veintiocho de septiembre de dos mil diez. Expediente: 09-000202-0183-CI.

^{iv} TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia 374 de las nueve horas con veinticinco minutos del veintiocho de de noviembre de dos mil tres. Expediente: 00-100030-0388-CI.

^v SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 345 de las dieciséis horas con veinte minutos del dos de abril de dos mil nueve. Expediente: 04-000096-0161-CA.

^{vi} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN DÉCIMA. Sentencia 55 de las dieciséis horas con diez minutos del nueve de diciembre de dos mil ocho. Expediente: 04-000470-0161-CA.

^{vii} SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 732 de las once horas con veinte minutos del treinta y uno de octubre de dos mil ocho. Expediente: 04-000683-0504-CI.

^{viii} TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Sentencia 543 de las trece horas del dieciocho de junio de dos mil ocho. Expediente: 07-001196-0183-CI.

^{ix} TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Sentencia 443 de las siete horas con cincuenta minutos del veintitrés de mayo de dos mil ocho. Expediente: 07-001321-0185-CI.

^x SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 271 de las diez horas con cincuenta minutos del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete. Expediente: 97-000027-0005-FA.

^{xi} TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Sentencia 435 de las siete horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo de dos mil diez. Expediente: 09-000146-0180-CI.

^{xii} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 246 de las nueve horas del veinte de abril de dos mil cinco. Expediente: 91-000522-0181-CI.

^{xiii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 822 de las diez horas con cincuenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres. Expediente: 94-201127-0202-PE.

^{xiv} TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 245 de las catorce horas con cinco minutos del primero de agosto de dos mil tres. Expediente: 03-000174-0010-CI.