



# LA SUSCRIPCIÓN PÚBLICA DE SOCIEDADES COMERCIALES

Rama del Derecho: Derecho Comercial.	Descriptor: Sociedades.
Palabras Claves: Sociedades, Constitución de Sociedades, Suscripción Pública, Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 15/07/2013.

## Contenido

<b>RESUMEN</b> .....	2
<b>NORMATIVA</b> .....	2
1. La Suscripción Pública de Sociedades de Responsabilidad Limitada.....	2
2. La Suscripción Pública de Sociedades Anónimas .....	2
<b>DOCTRINA</b> .....	4
La Constitución de Sociedades Anónimas .....	4
El Método de Suscripción Pública como Forma de Constitución Exclusiva de la Sociedad Anónima .....	6
<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	7
1. La Sociedad de Responsabilidad Limitada: Concepto e Imposibilidad de Constitución por Suscripción Pública.....	7
2. La Suscripción Pública en la Sociedad Anónima.....	21

## RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre la Constitución de Sociedades Mercantiles por medio de la Suscripción Pública, para lo cual son aportados los extractos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, que prevén posibilidad.

En este sentido la normativa delimita en qué tipo de sociedades se puede realizar la constitución por suscripción pública y en cuales casos no, siendo este tópico igualmente desarrollado por la doctrina, la cual a su vez profundiza sobre el proceso de constitución de sociedades mercantiles.

En este sentido la jurisprudencia por medio de la resolución de casos prácticos determina la forma en la cual debe realizarse la suscripción pública como forma de constituir sociedades mercantiles.

## NORMATIVA

### **1. La Suscripción Pública de Sociedades de Responsabilidad Limitada** [Código de Comercio]<sup>i</sup>

ARTÍCULO 79. Esta clase de sociedades no podrá constituirse por suscripción pública y su capital estará dividido, en cuotas de cien colones o múltiplos de esta suma. No podrá usarse unidades monetarias extranjeras.

*(Así reformado por el artículo 5º de la ley Nº 6965 de 22 de agosto de 1984)*

### **2. La Suscripción Pública de Sociedades Anónimas** [Código de Comercio]<sup>ii</sup>

ARTÍCULO 105. La sociedad anónima se constituirá en escritura pública, por fundación simultánea, o por suscripción pública.

ARTÍCULO 108. Cuando la sociedad anónima haya de constituirse por suscripción pública, los fundadores redactarán un programa que deberá contener el proyecto de escritura social, con los requisitos mencionados en el artículo 106, excepto aquéllos que por la propia naturaleza de la fundación sucesiva, no puedan consignarse en el programa.

ARTÍCULO 109. Las suscripciones se recogerán por duplicado en ejemplares del programa y contendrán:

- a) Nombre, nacionalidad y domicilio del suscriptor;
- b) Número, expresado con letras; naturaleza, categoría y valor de las acciones suscritas;
- c) Forma y términos en que el suscriptor se obligue a verificar el primer pago;
- d) Determinación de los bienes distintos del numerario, cuando así hayan de pagarse las acciones;
- e) Manera en que se hará la convocatoria para la asamblea general constitutiva y reglas conformes a las cuales se celebrará;
- f) Fecha de suscripción; y
- g) Declaración de que el suscriptor conoce y acepta el proyecto de la escritura social y de los estatutos, en su caso.

Los fundadores conservarán en su poder un ejemplar de la suscripción y entregarán el duplicado al suscriptor.

ARTÍCULO 110. Los suscriptores depositarán en la persona designada al efecto por los fundadores, las sumas que se hubieren obligado a pagar en dinero efectivo, de acuerdo con el inciso c) del artículo anterior, para que sean recogidas por los representantes de la sociedad una vez inscrita ésta.

ARTÍCULO 111. Las aportaciones que no sean en numerario se formalizarán al protocolizarse el acta de la asamblea constitutiva.

ARTÍCULO 112. Si un suscriptor no pagare oportunamente su aporte, los fundadores podrán exigirle judicialmente el cumplimiento o tener por no suscritas las acciones y, en ambos casos, tendrán derecho al cobro de daños y perjuicios. El documento de suscripción servirá de título ejecutivo para los efectos de este artículo.

ARTÍCULO 113. En el programa se fijará el plazo dentro del cual deberá quedar suscrito el capital social.

ARTÍCULO 114. Si vencido el plazo fijado en el programa, el capital social no fuere íntegramente suscrito, o por cualquier motivo no se llegare a constituir la sociedad, los suscriptores quedarán desligados de su compromiso y podrán retirar las cantidades que hubieren depositado.

ARTÍCULO 115. Suscrito el capital social y hechos los pagos legales, los fundadores, dentro de un plazo de quince días, harán la convocatoria para la reunión de la asamblea general constitutiva, de la manera prevista en el programa.

ARTÍCULO 116. La asamblea general constitutiva conocerá de los siguientes asuntos:

- a) Aprobación del proyecto de escritura constitutiva, de acuerdo con el programa. En caso de que sea modificado, los suscriptores disidentes podrán retirar sus aportes;

- b) Comprobación de la existencia de los pagos previstos en el respectivo proyecto;
- c) Examen, y en su caso aprobación del avalúo de los bienes distintos del numerario que los socios se hubiesen obligado a aportar. Los suscriptores no tendrán derecho a voto con relación a sus propias aportaciones en especie;
- d) Aprobación de la participación que los fundadores se hubiesen reservado en las utilidades; y
- e) Nombramiento de los administradores, con designación de quiénes han de usar la firma social.

ARTÍCULO 117. Aprobada por la asamblea general la constitución de la sociedad, se procederá a la protocolización del pacto social para su inscripción en el Registro Mercantil.

## DOCTRINA

### La Constitución de Sociedades Anónimas

[Certad Maroto, G]<sup>iii</sup>

La sociedad anónima nace a través de un complejo procedimiento cuyas etapas fundamentales son: estipulación del contrato social (acto constitutivo), publicación de edictos en el periódico oficial e inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Así nacen también las demás sociedades mercantiles.

Sólo cuando este camino ha sido enteramente recorrido, y cuando, inscrita en el Registro, la sociedad adquiere la personalidad jurídica, ella ha nacido a la vida jurídica como persona. Hasta que la inscripción no se haya realizado no hay, jurídicamente hablando, sociedad; habrá un contrato de sociedad del cual brotan particulares efectos, habrá si acaso una sociedad irregular o de hecho.

El acto constitutivo debe, a norma de ley (art. 105), ser estipulado necesariamente en acto público (escritura pública); la forma está prescrita a pena de nulidad; esto, claro está, para que haya persona jurídica.

La estipulación puede hacerse, como en la mayoría de los casos sucede, mediante la intervención en la redacción del acto de los suscriptores de todo el capital, sin que a ella preceda un estadio preparatorio. Se habla entonces de **constitución simultánea**. Debemos confesar que aún en este caso entre los futuros participantes al acto han debido mediar tratativas y entendimientos para asegurar la intervención de cada uno en la estipulación y en la suscripción de todo el capital, pero tales tratativas y

entendimientos no asumen relevancia alguna para el derecho o, como quiera que sea, a ellas el acto constitutivo no hace ninguna referencia.

Otras veces, por el contrario (pero tal sistema es raramente seguido) un grupo de **promotores** redacta un programa, recoge las suscripciones, y convoca luego la asamblea de los subscriptores en la cual, quienes intervienen, aun en representación de los ausentes, estipulan el acto constitutivo. Es esta la constitución mediante suscripción pública o **constitución sucesiva** (arts. 108 ss.).

El acto constitutivo debe contener las principales indicaciones relativas a la sociedad enumeradas en el artículo 18 y, además, el monto del capital pagado y, cuando sea del caso, el autorizado y el suscrito; el número, valor nominal, naturaleza y clase de acciones en que se divide el capital social; y la forma y términos en que deberá pagarse la parte insoluta de las acciones (art. 106).

Para que se pueda proceder a la constitución la ley exige: 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 25 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 (art. 104).

Estipulado el acto constitutivo, la sociedad, como se dijo, no ha sido todavía constituida. Se ha realizado sólo el primer paso, aunque si bien el más importante. Falta la publicación del edicto en el periódico oficial y la inscripción en el Registro Mercantil. Con la inscripción se completa el procedimiento de constitución y la sociedad viene a existencia, como persona jurídica.

Mientras que el acto constitutivo no ha sido inscrito en el Registro, la sociedad no adquiere su personalidad jurídica, no existe como sujeto de derecho. La publicidad tiene una función esencialmente constitutiva.

Ello no obstante, existen actos constitutivos que, como tales, producen determinados efectos jurídicos: pueden existir algunas obligaciones que los socios, o más frecuentemente, aquellos que hayan sido nombrados administradores en el acto constitutivo, han contraído, iniciando las operaciones sociales antes que la sociedad haya nacido. Si estas operaciones han sido cumplidas en nombre de la sociedad, los socios fundadores son ilimitada y solidariamente responsables ante terceros (art. 22). Pero se trata de obligaciones directas de los socios fundadores, su responsabilidad no se agrega a la de la sociedad; aquí no hay una obligación social porque, repetimos, no hay sociedad.

## **El Método de Suscripción Pública como Forma de Constitución Exclusiva de la Sociedad Anónima**

[Mora Arce, G]<sup>iv</sup>

Como hemos notado al desarrollar parte del presente trabajo, principalmente los aspectos analizados en la sección segunda del capítulo primero, el método de constitución por suscripción pública a pesar de ser regulado por la mayoría de las legislaciones que contienen un doble método de constitución, no es en la práctica el más utilizado.

Ahora bien, llama la atención que por suscripción pública sólo pueden constituirse sociedades anónimas. ¿Por qué esto? Sucede que la suscripción pública como ya ha sido expuesto, es un llamamiento que se le hace al público que quiera invertir su capital en sociedades que ofrezcan la posibilidad de obtener buenas ganancias, o sea, una especie de negocio que le produzca beneficios, y esto solamente lo ofrece la sociedad anónima, ya que precisamente esta es su finalidad ulterior. Así en la actualidad la sociedad anónima brinda la posibilidad de obtener grandes lucros, por lo que está llamada a ser una macro empresa y como tal operan grandes sociedades que han ido desarrollándose a pasos agigantados, llegando con ello a crear lo que conocemos como "trusts".

Al ser la sociedad anónima una forma de organización macro empresarial, sus fines tienden a la mayor expansión posible, por lo que es el mismo código de Comercio quien en su normativa permite o prohíbe la suscripción pública como forma de constitución de determinada sociedad; ello lo notamos en los siguientes artículos: el artículo 79 del Código de Comercio prohíbe la creación de una sociedad de responsabilidad limitada mediante el método de constitución por suscripción pública cuando dice: "Esta clase de sociedad no podrá constituirse por suscripción pública y..." Sin embargo, por otro lado tenemos el artículo 105 del cuerpo de leyes citado que reza: "La sociedad anónima se constituirá en escritura pública por fundación simultánea o por suscripción pública", y el artículo 103 que dice: "cuando la sociedad anónima haya de constituirse por suscripción pública, los fundadores redactarán un programa que deberá contener el proyecto de escritura social con los requisitos mencionados en el artículo 106, excepto aquellos que por la propia naturaleza de la fundación sucesiva, no puedan consignarse en el programa".

Así entonces, este método de constitución está vedado para cualquier otro tipo de sociedad que no sea la sociedad anónima, ya que el Código es claro al prohibirnoslo en unas y permitirnoslo en otra; pues de un análisis exhaustivo del cuerpo normativo supracitado notamos que indudablemente ello es así.

Analizando brevemente por que ello ha sucedido de tal forma, diríamos que se debe más que todo a una razón histórica de la sociedad anónima, de su naturaleza jurídica,

ya que esta desde sus albores nació para el tráfico mercantil y su desarrollo se debió y se debe todavía precisamente al fin que lleva imbuido (nacer, crecer y desarrollarse) con fines meramente económicos y siempre en vías de expansión para obtener las mayores utilidades posibles.

Claro que debido a creencias banales y superficiales del público se ha llegado a considerar que este método para lo único que lo ha servido y sirve es para estafar a personas que con toda la buena intención desean aumentar su capital mediante este procedimiento, que de paso ha caído en el desuso precisamente por ello, y por personas inescrupulosas que en muchas ocasiones han hecho acopio de este método para burlar la buena voluntad que estos socios en potencia tienen para constituir la sociedad deseada, aunque como veremos adelante esto no es una regla general, pero sí ha influido enormemente en que la sociedad anónima por suscripción pública no haya florecido como pudo y puede hacerlo.

Así las cosas, el procedimiento de constitución por suscripción pública o sucesiva es exclusivo de las sociedades anónimas, sociedades que en la actualidad están encaminadas a constituirse más que sociedades en empresas y más que en empresas en macro empresas.

## **JURISPRUDENCIA**

### **1. La Sociedad de Responsabilidad Limitada: Concepto e Imposibilidad de Constitución por Suscripción Pública**

[Tribunal Segundo Civil, Sección II]<sup>v</sup>

Voto de mayoría:

" IV) De previo a entrar a analizar los agravios que expone el accionante, es importante resaltar que en el caso que nos ocupa, nos encontramos en presencia de un reclamo de nulidad de un acuerdo de asamblea de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, y no de una Sociedad Anónima. Esto es trascendental, porque ambos tipos de sociedades responden a principios diferentes en materia de traspaso de la condición de socio. Según Barrera Graf, La Sociedad de Responsabilidad Limitada: "es una sociedad formada por dos o más socios, personas físicas o morales, cuya responsabilidad se limita al pago de sus aportaciones, las que solo pueden ser de capitales (dinero, bienes o derecho), no de industria o de servicios, sin que las participaciones de los socios -partes sociales- estén representadas por títulos de crédito; que se ostenta bajo una razón social o una denominación; en la que todos los socios son los administradores (gerentes), salvo que el contrato social disponga otra

cosa; que se compone de dos órganos obligatorios, la asamblea de socios como órgano supremo y el órgano de administración a cargo de uno o más gerentes, y uno facultativo, el órgano de vigilancia" (Barrera Graf, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, II Edición. Editorial Porrúa (sic) S.A., México, pág. 363). En México, la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 58, la define como "la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables a la orden o al portador, pues sólo serán cedidas en los casos y con los requisitos que establece la presente ley" Posteriormente, el artículo 59 completa el concepto legal al agregar que "la sociedad de responsabilidad limitada existirá bajo una denominación o bajo una razón social que se formará con el nombre de uno o más socios. La denominación o razón social irá inmediatamente seguida de las palabras "Sociedad de Responsabilidad Limitada" o de su abreviatura "S. de R.L."..." (Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil. Editorial Herrero S.A., México 1986, pág. 64). Mantilla Molina por su parte, no da una definición, sino que nos indica que dos notas esenciales caracterizan este tipo de sociedad: a) que todos los socios responden de las obligaciones sociales sólo de un modo limitado; y b) que el conjunto de derechos de cada socio constituye una parte social, y no una acción (MANTILLA MOLINA Roberto L. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa S.A., México, 1984). En el ámbito nacional, nuestro Código de Comercio no define la figura; sin embargo, con base en el articulado contenido en dicho cuerpo de leyes, y de acuerdo a la doctrina antes vista, podemos decir que la Sociedad de Responsabilidad Limitada en Costa Rica, es una sociedad comercial que no puede constituirse por suscripción pública, formada por socios que pueden ser personas físicas o jurídicas, y cuya responsabilidad se limita a sus aportes, salvo los casos en que la ley amplíe esa responsabilidad. Su capital está representado por cuotas nominativas que sólo serán transmisibles mediante las formalidades señaladas por la Ley y nunca por endoso. Precisamente, una de las características de este tipo de sociedades, es que el capital social se divide en principio y de acuerdo con la doctrina más generalizada, en cuotas de igual valor, las cuales no pueden ser representadas por títulos, negociables o no. Esta peculiaridad la diferencia claramente de las sociedades de capital, y excluye a la "cuota" de toda posibilidad de asimilación con Títulos valores. De acuerdo con lo que informa la doctrina, las cuotas, o participaciones son iguales, porque deben ser de idéntico valor y atribuir iguales derechos; son acumulables, porque los socios pueden suscribir y detentar dos o más participaciones incrementando así su participación (económica y política) en la sociedad; son indivisibles, porque si bien el valor económico de la participación puede pertenecer "pro-indiviso" a varias personas, la condición de socio es indivisible entre ellos, debiendo designar a uno solo para ejercitar los derechos sociales. Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 del Código de Comercio, esta clase de sociedades no podrá constituirse por suscripción Pública. Esta prohibición de recurrir al ahorro público convierte a la Sociedad de Responsabilidad Limitada en el tipo idóneo

para aquellas personas que desean constituir una sociedad atendiendo principalmente a sus circunstancias personales. Además, con esta prohibición, se evita el tener que otorgarle a esta organización las restricciones y controles que se exigen a la sociedad que recurre al público, como en el caso de la anónima. Ahora bien, dentro de este tipo de sociedades, importa sobremanera la calidad personal del socio, y de ahí que se impongan limitaciones a la transmisión de cuotas, situación que se evidencia en la mayoría de las legislaciones.

V) DE LAS CUOTAS SOCIALES: De acuerdo con lo indicado en los artículos 78 y 79 del Código de Comercio, en esta clase de sociedades el capital está dividido y representado por cuotas. De acuerdo con la definición de Martorell, cuota es "cada una de las partes alícuotas en que -de modo ideal- se divide el capital en una sociedad de responsabilidad limitada" (Martorell, Ernesto Eduardo. *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1989, pág. 167). Cada una de las cuotas sociales, llamadas en otras legislaciones participaciones o partes sociales, tienen un valor nominal, y la suma de los valores nominales de todas ellas es el capital social. Cada socio puede asumir una o varias cuotas o participaciones, y los derechos de voto son proporcionales al número de participaciones que detente cada uno. Según lo indicado por José María Codera Martín, "la participación confiere a su titular legítimo la condición de socio (® Socios de la S.L.), al igual que ocurre con la acción en la S.A., y le atribuye los siguientes derechos: 1. Participación en los beneficios sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación. 2. Derecho preferente para adquirir las nuevas participaciones en los aumentos de capital. 3. Derecho de voto para adoptar los acuerdos sociales. 4) Derecho de examinar las cuentas y el balance de cada ejercicio en la época y durante el plazo que señale la escritura social." (Codera Martín, José María. *Diccionario de Derecho Mercantil*. Ediciones Pirámide S.A., Madrid, 1982, pág. 198). Ahora bien, resulta importante destacar que la cuota en una Sociedad de Responsabilidad Limitada, difiere notablemente de una acción de una Sociedad Anónima. Analizando sus diferencias, podemos entonces entender de manera más adecuada el tratamiento que nuestra legislación le da a la cuota, y del porqué de las limitaciones a su transmisibilidad. Resumiremos las principales diferencias de la siguiente forma: 1) En la Sociedad de Responsabilidad Limitada es socio quien intervino en la escritura de constitución, o quien, si lo devino posteriormente, se ha adherido a ella mediante la adquisición de la cuota respetando el procedimiento de transmisión de los artículos 78 y 85 del Código de Comercio. En esta sociedad se es socio si los demás socios lo desean, con lo cual se atiende al carácter personal del socio. Esto quiere decir entonces, que la cuota por si misma carece de vida independiente, en tanto no puede existir con prescindencia del contrato social y de la persona del socio o socios titulares. Situación contraria se presenta con la acción de la Sociedad Anónima, en donde al constituir ésta un título valor, reuniendo por ende los requisitos de literalidad, incorporación y autonomía, puede circular libremente sin afectar el acto constitutivo o al estatuto social. Lo que identifica al titular de una cuota entonces, no es el simple hecho de haberla adquirido,

sino el haber sido, originaria o derivadamente, admitido como parte de un contrato o como miembro titular de una relación jurídico-social. 2) Por las razones antes expuestas entonces, y también por disposición legal, la cuota de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, a pesar de que se acepta la emisión de un certificado representativo de la misma, no es transmisible por endoso, y en consecuencia, no puede circular. Además, en el certificado representativo de la cuota, la calidad de socio no está incorporada, sino únicamente mencionada. Lo contrario sucede con la acción en una Sociedad Anónima, la cual, es un título circulatorio en el cual la calidad de socio se encuentra incorporada. Lo anterior implica también una limitación para la transmisión de la cuota social en la S.R.L: "Una de las principales características de las cuotas sociales es que las mismas no son negociables, diferente a las acciones de las sociedades anónimas las cuales tienen libre circulación" (Rodríguez Gonzalo, Nuria. La Sociedad de Responsabilidad Limitada en Costa Rica, Tesis de grado para optar por el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1990, pág. 174). En la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la transmisión de la parte social está sujeta a la aprobación unánime de los socios; sin embargo, es lícita la cláusula estatutaria que permite la transmisión en caso de que la aprueben los socios que representen las tres cuartas partes del capital social. Esto significa que en nuestra ley tenemos claramente establecido el principio de la no negociabilidad de las cuotas, si bien no en forma absoluta, si restringida al máximo. ¿A qué se debe esta restricción en la transmisión de la calidad de socio?. Cuando se produce la transmisión de una cuota social, se produce también una sustitución de un socio por otra persona que ingresa en el ámbito del contrato social, esto es, que adquiere la calidad de socio, con todos los derechos y obligaciones inherentes a dicha calidad. Ahora bien, hemos visto como en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, pese a ser denominada por la doctrina mayoritaria como una sociedad de capital, es de suma importancia el elemento personal del socio. Tal y como expresa Gabino Pinzón, "por tratarse de una forma cerrada de asociación comercial, destinada al desarrollo de empresas medianas o pequeñas, se conserva en su mayor parte el *intuitus personae* propio de las sociedades de personas..." "...Por esta razón, es decir, para proteger en el orden interno de la vida social ese *intuitus personae* es para lo que suele prohibirse en el común de las leyes la representación del capital en títulos negociables ..." (Pinzón, Gabino. Sociedades Comerciales, Volumen II, Segunda Edición, Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1983, pág. 136.)- Estas restricciones que se imponen a la transmisión de cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada, pretenden en principio, limitar el ingreso de terceros extraños a la sociedad, quienes podrían perjudicar la estabilidad social, al sustentar intereses opuestos. Así lo expresa igualmente Joaquín Garriguez: "La regulación de la transmisión inter vivos está dominada por la preocupación del legislador de impedir el acceso a la sociedad de personas extrañas al primitivo círculo de los socios y que pueden provocar la discordia o, al menos, la falta de compenetración entre ellos". Garriguez, Ob. Cit., pág. 556. Lo que la ley restringe, y en

esto está clara la doctrina, es la transmisión de la calidad de socios a terceros, precisamente tratando de preservar ese intuitu personae de los socios a que nos hemos referido anteriormente. Ello significa que entre los socios no existe restricción en cuanto a la transmisión de las cuotas sociales, pudiéndose en este caso realizarse el traspaso de las cuotas mediante simple acuerdo entre ellos. Y es que la transmisión entre los mismos socios no altera el substratum personal de la sociedad, sino que tan solo modifica la distribución del capital. "En cambio, cuando la transmisión es a persona extraña a la sociedad, es decir, a persona que no sea socio, la ley impone un sistema que tiende a facilitar que la participación que se transmite no salga del círculo de los socios ya existentes" (Garriguez, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil. Volumen I. Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, pág. 556). En este sentido, las restricciones impuestas por el artículo 85 del Código de Comercio, lo son exclusivamente con relación a terceros, más no con respecto a los socios, quienes incluso, en caso de ser rechazada la transmisión al tercero, nuestra legislación ofrece a la sociedad y a los socios, el derecho de opción para que adquieran estas cuotas en igualdad de condiciones con los terceros rechazados. Este derecho del tanteo o de opción debe utilizarse en un término de quince días por la sociedad o por los socios, ya que, de otra forma se tendrá por aceptada la cesión propuesta. Como los socios no tienen restricciones para adquirir las cuotas de la Sociedad de Responsabilidad Limitada se explica también que ellos tengan derecho preferente para suscribir el aumento de capital en proporción a sus partes sociales. Ahora bien, es claro que pese a que el traspaso de cuotas entre socios puede realizarse por simple acuerdo, debe cumplirse siempre con el requisito establecido en el artículo 78 del Código de Comercio, que nos indica que para que el traspaso de cuotas afecte a terceros, deberá necesariamente constar en el libro de actas o registro de socios de la sociedad, o tener fecha cierta y podrá, además, inscribirse en el Registro Mercantil. Lo anterior no debe entenderse como una restricción al traspaso de cuotas entre socios, sino más bien como un requisito formal a efecto de darle publicidad a la transmisión, protegiendo de esta forma los intereses del tercero.VI) SOBRE LA TRANSMISION DE CUOTAS SOCIALES A TERCEROS: Según lo que se establece en el artículo 85 de nuestro Código de Comercio: "las cuotas sociales no podrán ser cedidas a terceros si no es con el consentimiento previo y expreso de la unanimidad de los socios, salvo que en el contrato de constitución se disponga que en estos casos baste el acuerdo de una mayoría no menor de las tres cuartas partes del capital social". Esta disposición es complementada con la del artículo 78 de ese mismo cuerpo legal, que establece no solo la imposibilidad de transmitir las cuotas mediante endoso, sino también la obligación de que todo traspaso de cuotas, para que afecte a terceros, deberá necesariamente constar en el libro de actas o registro de socios de la sociedad, o tener fecha cierta y podrá, además inscribirse en el Registro Mercantil. También se contempla en el artículo 79, la prohibición de constituir la sociedad por suscripción pública. Toda esta regulación restrictiva, es como ya se indicó, para evitar el ingreso de personas extrañas en la

sociedad, el cual podría producirse mediante la transmisión de una sola cuota o participación social. Según se observa, nuestro Código contiene, aunque en un sistema muy restrictivo, la transmisibilidad de las cuotas sociales. Sería contrario a derecho la restricción absoluta al traspaso, o un acuerdo social en tal sentido, pues ello significaría hacer prisionero al socio de la Sociedad. Y decimos que es restrictivo porque para que la transmisión pueda hacerse a un tercero, se requiere en principio, del consentimiento unánime de los socios. En algunas legislaciones existe la posibilidad de hacer más flexible el sistema de la transmisión de las cuotas, lo cual no sucede en Costa Rica, donde la única posibilidad de atenuar este requisito, es que en el contrato de constitución no se exija el voto unánime, sino una mayoría no menor de las tres cuartas partes del capital social. En el caso que nos ocupa, la cláusula novena del pacto constitutivo establece un sistema sumamente restrictivo a la transmisión de cuotas, que coincide con lo establecido en el artículo 85 del Código de Comercio. Según la mencionada cláusula: "las cuotas sociales no podrán ser cedidas a terceros si no es con el consentimiento previo y expreso de la unanimidad de los socios..." (ver folio 70). Obsérvese como se exige que el consentimiento sea PREVIO a la transmisión, y que éste sea aprobado POR UNANIMIDAD, lo que coincide plenamente con la regulación del artículo 85 del Código de Comercio. Si bien no hay una norma que establezca el procedimiento a seguir en caso de que un socio pretenda transmitir su cuota o cuotas sociales a un tercero, de la regulación que contiene el Código se desprende que para que dicha transmisión se considere válida deberán seguirse los siguientes pasos: 1) Comunicación del socio a la sociedad de su intención de transmitir la cuota o cuotas a un tercero: por la trascendencia que tiene el acto de la transmisión, dicha comunicación deberá ser por escrito y no simplemente oral. Como se trata de comunicar un propósito (de transmitir), es claro que la comunicación ha de ser anterior a la transmisión misma; 2) Notificación de los administradores a los demás socios: Tal comunicación debe ser también por escrito, y a todos los socios sin excepción, a menos que se realice en Asamblea (también a todos los socios), donde deberá quedar debidamente documentada. 3) Conocimiento de la intención del traspaso por parte del órgano deliberativo de la sociedad. En este caso, si se acepta la transmisión deberá contarse con el voto expreso y unánime de los socios, salvo que en el contrato de constitución haya quedado permitido que en estos casos baste un acuerdo de una mayoría calificada, que en el caso que nos ocupa NO SE DA. 4) Ejercicio del derecho de tanteo por los demás socios: Según ya hemos expresado antes, los socios podrán optar por la compra dentro del plazo de quince días siguientes al rechazo de la cesión propuesta, en iguales condiciones a las ofrecidas a los terceros rechazados. Todo esto, se entiende, antes de producirse la cesión, porque lo que se le ha comunicado a los demás socios, es el deseo, la intención de uno de los socios de transmitir su cuota o cuotas a un tercero. Precisamente como los demás socios tienen el derecho de adquirir esas cuotas con preferencia y en iguales condiciones que las ofrecidas al tercero, es que tal derecho debe ejercerse de previo a la cesión, la cual no

podrá realizarse legalmente a favor del tercero si antes no se cuenta con el consentimiento previo y expreso de los demás socios, o hayan transcurrido quince días desde el rechazo de la solicitud sin que se haya ejercido el derecho al tanteo. 5) Ejercicio del derecho de tanteo por la sociedad: En nuestro sistema la sociedad goza del mismo plazo de quince días para ejercer ese derecho, lo que no sucede en otras legislaciones donde se establece un plazo distinto para los socios y para la sociedad, lo cual parece lógico, pues de esta manera aquellos tendrían todo el plazo para meditar su compra, y en caso de no hacerlo, vendría otro plazo para que socialmente se considere la conveniencia de adquirirlas. En este sentido indica Garriguez: "En el caso de que ningún socio ejercite el derecho de tanteo, podrá adquirir la sociedad esas participaciones en el plazo de otros treinta días. Este plazo empezará a contarse desde el momento en que se extinguió el concedido a los socios para ejercitar el tanteo". (Garriguez, Ob. Cit., pág. 55). 6) Si los socios o la sociedad no ejercitan el derecho de tanteo o adquisición preferente que la ley les concede (simultáneamente en nuestro sistema según hemos visto), el socio que comunicó su intención de enajenar, es libre de transmitir sus participaciones al tercero adquirente extraño a la sociedad de la que no es socio. Así lo expresa el artículo 86 del Código de Comercio, al indicar: "Si no se hace uso de la opción, se tendrá por aceptada la cesión propuesta". Pero antes de que esa transmisión se produzca, debe haberse seguido el procedimiento antes descrito, pues de lo contrario la cesión sería ineficaz. 7) Según lo indicado en el artículo 78, todo traspaso de cuotas, para que afecte a terceros, deberá necesariamente constar en el libro de actas o registro de socios de la sociedad, o tener fecha cierta y podrá, además, inscribirse en el Registro Mercantil. 8) Finalmente, son ineficaces y consecuentemente inoponibles a la sociedad y sus socios, las transmisiones a terceros que no se ajusten al mecanismo de transmisión establecido en la ley. Tal y como lo expresa la doctrina: " El consentimiento de los socios es una auténtica autorización, esencial para la eficacia del negocio de transmisión; de manera que, si la autorización falta, o no es dada legalmente, la transmisión no tendrá eficacia jurídica (inoponibilidad frente a la sociedad y frente a terceros)" Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. Tomo II, Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1977, pág. 372).VII) En el caso que nos ocupa, doña María Aleja Briceño Mendoza, conocida como Ester, se presentó ante los notarios públicos Víctor Julio Rivas Tinoco y Edgar José Juárez Ruíz y procedió, sin previo consentimiento de los demás socios, a "traspasar" sus cuotas sociales al aquí actor. Esto ocurrió en fecha seis de febrero de mil novecientos noventa y siete. Nunca se comunicó formalmente de la "intención" de doña María Aleja de traspasar sus cuotas, a efecto de que los socios o la sociedad misma pudieran ejercer su derecho al tanteo, adquiriendo las cuotas en las mismas condiciones que se ofrecían al aquí actor, tercero extraño a la sociedad. Este procedimiento irregular produce la ineficacia o inoponibilidad de tal "transmisión de cuotas" respecto a la sociedad y a los socios de ésta. Para que la cesión pudiera haberse considerado válida, de acuerdo a lo que se ha venido exponiendo, se requería el consentimiento PREVIO Y EXPRESO de los

demás socios. Aún más, no se hizo constar tal transmisión en el libro de actas y la comunicación a los demás socios -quienes tenían el derecho a ejercer su derecho al tanteo DE PREVIO A LA TRANSMISIÓN-, no se produjo de manera escrita sino hasta en fecha once de enero de mil novecientos noventa y nueve. Ya para esa fecha, y más concretamente el veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, doña María Aleja Briceño Mendoza, conocida como Ester, mediante Asamblea de socios legalmente realizada, cedió y traspasó los derechos y obligaciones inherentes a sus veinticinco cuotas a los socios María Cecilia, conocida como Ofelia María, Marcos Galo, Sonia María, Leonor y Lilliana, todos Vallejos Briceño, quienes aceptaron dicha cesión. En dicha asamblea, la unanimidad de los socios aceptó la cesión de cuotas. Con ello, la citada cesión hecha a favor de los socios aquí demandados, se realizó conforme al procedimiento establecido en nuestro sistema para la transmisión de cuotas entre socios. Amén de lo anterior, dicha cesión se inscribió en el Registro Público, con lo cual alcanzó eficacia y afectó a terceros desde entonces, a saber, desde el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, fecha en que se presentó la escritura de protocolización al mencionado Registro. Así las cosas, el reclamo del actor resulta infundado, porque la cesión de cuotas sociales realizada en su favor, nunca alcanzó eficacia respecto a los socios de Vallejos Briceño Limitada, porque no se siguió el procedimiento legal respectivo. Contrario a ello, si la cesión que realizó doña María Aleja, conocida como Ester a favor de los restantes socios si cumplió con el procedimiento establecido en nuestro sistema, dicha cesión es válida y eficaz y afecta a terceros, incluyendo al aquí actor, quien en ese momento no tenía la condición de socio porque la transmisión de cuotas en su favor nunca contó con el consentimiento previo y expreso de los socios de la Sociedad de Responsabilidad Limitada que nos ocupa. Por esa razón no se violó su condición de socio sencillamente porque nunca la ostentó legalmente, ni se le puede reconocer ahora porque el procedimiento seguido por él para tal efecto fue totalmente irregular."

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

Voto de mayoría

**“X. SOBRE LOS REQUISITOS PARA LA TRANSMISIÓN DE CUOTAS DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y LA NULIDAD DE LA CESIÓN DE CUOTAS DE LA SOCIEDAD [...] S.R.L.:** Como segundo motivo de casación por el fondo, el recurrente considera que existe quebranto del artículo 78 del Código de Comercio. A su juicio yerra el tribunal al considerar nula la cesión de cuotas efectuada por don J. a favor de A, por no cumplir con los requisitos de tener fecha cierta, ni estar asentada en el Registro de Accionistas. Señala que la cesión de cuotas consignada en el certificado emitido a nombre del causante J, cumplió con todos los requisitos legales para surtir plena eficacia entre las partes. En nuestro país la sociedad de responsabilidad limitada se encuentra regulada en el Código de Comercio, sin que exista en este cuerpo

normativo un concepto que venga a definir la figura; sin embargo, con base en el articulado contenido en dicho cuerpo de leyes, podemos decir que la Sociedad de Responsabilidad Limitada en Costa Rica, se caracteriza, por ser una sociedad comercial que no puede constituirse por suscripción pública (artículo 79), formada por socios que pueden ser personas físicas o jurídicas (artículo 18), y cuya responsabilidad se limita a sus aportes, salvo los casos en que la ley amplíe esa responsabilidad (artículos 75 y 76). Su capital está representado por cuotas nominativas que sólo serán transmisibles mediante las formalidades señaladas por la ley y nunca por endoso (artículo 78). Precisamente, una de las características de este tipo de sociedades, es que el capital social se divide en principio y de acuerdo con la doctrina más generalizada, en cuotas de igual valor, las cuales no pueden ser representadas por títulos. Esta peculiaridad la diferencia claramente de las sociedades de capital, y excluye a la "cuota" de toda posibilidad de asimilación con títulos valores. Al respecto nos dice Certad Maroto, "... *La diferencia entre acción y cuota estaría, precisamente, y según ese criterio, en que mientras en la s.a. existe un título circulante representativo de la cuota de participación, (el destacado pertenece al original) en la s.r.l. ese título circulante no existe, ni puede jamás llegar a existir, pues el denominado certificado de cuota, en aquellos extraños casos en que se emite, no es un título valor -como la acción-, sino un mero documento probatorio, junto con otros elementos, de la condición de socio de su poseedor o, a lo sumo, un documento de legitimación. Entonces la cuota no se caracteriza por su destino a circular, y su traspaso se reconduce al esquema de la cesión del contrato, figura atípica en nuestra legislación privada.*" (Certad Maroto, Gastón. "**La Sociedad de Responsabilidad Limitada**". 1ª ed. Editorial Juritexto. San José. 1995. Pág. 123). Ahora bien, dentro de este tipo de sociedades, importa sobremanera la calidad personal del socio, y de ahí que se impongan limitaciones a la transmisión de cuotas, situación que se evidencia en la mayoría de las legislaciones (ver artículos 85 y 88 ídem). Esto quiere decir entonces, que la cuota por si misma carece de vida independiente, en tanto no puede existir con prescindencia del contrato social y de la persona del socio o socios titulares. Situación contraria se presenta con la acción de la Sociedad Anónima, en donde al constituir ésta un título valor, reuniendo por ende los requisitos de literalidad, incorporación y autonomía, puede circular libremente sin afectar el acto constitutivo o al estatuto social. Lo que identifica al titular de una cuota entonces, no es el simple hecho de haberla adquirido, sino el haber sido, originaria o derivadamente, admitido como parte de un contrato o como miembro titular de una relación jurídico-social. En la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la transmisión de la parte social está sujeta a la aprobación unánime de los socios; sin embargo, es lícita la cláusula estatutaria que permite la transmisión en caso de que la aprueben los socios que representen las tres cuartas partes del capital social. Esto significa que en nuestra ley tenemos claramente establecido el principio de la no negociabilidad de las cuotas, si bien no en forma absoluta, si restringida al máximo. Esta limitación tienen su fundamento en el hecho

de que cuando se produce la transmisión de una cuota social, se produce también una sustitución de un socio por otra persona que ingresa en el ámbito del contrato social, esto es, que adquiere la calidad de socio, con todos los derechos y obligaciones inherentes a dicha calidad. Ahora bien, hemos visto como en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, pese a ser denominada por la doctrina mayoritaria como una sociedad de capital, es de suma importancia el elemento personal del socio. Tal y como expresa Gabino Pinzón, "*por tratarse de una forma cerrada de asociación comercial, destinada al desarrollo de empresas medianas o pequeñas, se conserva en su mayor parte el intuitus personae propio de las sociedades de personas...*" "*...Por esta razón, es decir, para proteger en el orden interno de la vida social ese intuitus personae es para lo que suele prohibirse en el común de las leyes la representación del capital en títulos negociables ...*" (Pinzón, Gabino. "**Sociedades Comerciales**", Volumen II. 2ª ed. Editorial Temis Librería. Bogotá. Año 1983. Pág. 136).-

Estas restricciones que se imponen a la transmisión de cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada, pretenden en principio, limitar el ingreso de terceros extraños a la sociedad, quienes podrían perjudicar la estabilidad social, al sustentar intereses opuestos. Así lo expresa igualmente Joaquín Garriguez: "*La regulación de la transmisión inter vivos está dominada por la preocupación del legislador de impedir el acceso a la sociedad de personas extrañas al primitivo círculo de los socios y que pueden provocar la discordia o, al menos, la falta de compenetración entre ellos*". (Garriguez, Joaquín, "**Curso de Derecho Mercantil**". Volumen I. Imprenta Aguirre. Madrid. Año 1976. Pág. 556). Lo que la ley restringe, y en esto está clara la doctrina, es la transmisión de la calidad de socios a terceros, precisamente tratando de preservar ese *intuitus personae* de los socios a que nos hemos referido anteriormente. **Ello significa que entre los socios no existe restricción en cuanto a la transmisión de las cuotas sociales, pudiéndose en este caso realizarse el traspaso de las cuotas mediante simple acuerdo entre ellos.** Y es que la transmisión entre los mismos socios no altera el *substratum* personal de la sociedad, sino que tan solo modifica la distribución del capital. "*En cambio, cuando la transmisión es a persona extraña a la sociedad, es decir, a persona que no sea socio, la ley impone un sistema que tiende a facilitar que la participación que se transmite no salga del círculo de los socios ya existentes*" (Garriguez, Joaquín, Op. Cit . , pág. 556). En este sentido, las restricciones impuestas por el artículo 85 del Código de Comercio, lo son exclusivamente con relación a terceros, más no con respecto a los socios, quienes incluso, en caso de ser rechazada la transmisión al tercero, nuestra legislación les ofrece, a éstos y a la sociedad, el derecho de opción para que adquieran estas cuotas en igualdad de condiciones con los terceros rechazados. Ahora bien, es claro que pese a que el traspaso de cuotas entre socios puede realizarse por simple acuerdo, debe cumplirse siempre con el requisito establecido en el artículo 78 del Código de Comercio, que nos indica que para que el traspaso de cuotas afecte a terceros, deberá necesariamente

constar en el libro de actas o registro de socios de la sociedad, o tener fecha cierta y podrá, además, inscribirse en el Registro Mercantil. Lo anterior no debe entenderse como una restricción al traspaso de cuotas entre socios, sino más bien como un requisito formal a efecto de darle publicidad a la transmisión, protegiendo de esta forma los intereses del tercero. En el caso concreto, el tribunal al analizar los agravios expresados por la demandada en su apelación, concluyó que no existía mérito para variar lo resuelto por el *a quo*, al declarar la nulidad la cesión de cuotas de la sociedad [...] S.R.L., efectuada por parte del señor J. a favor de la codemandada A. Entre los argumentos que utiliza el *ad quem* señala que la inscripción de la cesión de acciones deberá hacerse constar en “*en el libro de accionistas o a través de fecha cierta,*” pero en vida del cesionario, no siendo posible -a criterio del tribunal- efectuar este acto “*una vez muerto como se hizo... por lo cual no puede validarse la traslación del título de dominio*”. Como segundo elemento que toma en consideración el órgano de alzada para considerar nula la cesión, es el hecho de que tras la supuesta desaparición de los certificados de las cuotas donde se hacía constar ésta, no se haya interpuesto una denuncia penal, como a criterio del *ad quem*, es la forma correcta de proceder en tales casos. Con base en su análisis, el tribunal, arriba a la conclusión de que la no presentación de las certificaciones originales, se pudo deber en primer término, a que estas no estaban “*...endosadas o bien porque la firma fuese falsificada, **extremos que quedan en total tela de duda,** como acertadamente lo señala la señora jueza...*” para el tribunal, “*...si ese traspaso se hace en el año dos mil, carece de toda lógica y realidad tratándose de una sociedad comercialmente activa, que la cesión no se haya registrado en el libro de accionistas y que la empresa continúe en su ejercicio comercial, totalmente operante hasta la muerte del señor J. También resulta totalmente estructurado a propósito que los originales de las acciones se pierdan por ese mismo periodo y que un escaso mes después de la muerte se registran en el Libro de Registro de Accionistas la cesión de acciones. Se realiza Asamblea de Socios, sin convocatoria y la señora A. toma las riendas totales de la sociedad. No solo se reafirma el carácter de improcedente de las probanzas, como la declaración jurada del hijo de doña Ada, orquestada con el objetivo de no ser repreguntado ni exponerse a ser acusado en vía penal. Como justifica de manera que atenta contra la más elemental inteligencia del juzgador el que el O. I. J, no haya admitido la denuncia e hilando más delgado, que hacía exponiendo las acciones en su poder, cuando la madre en prueba de orden confesional asevera que las guarda ella celosamente. La copia certificada del título por nueve acciones, no tiene el carácter de plena prueba que pretende otorgarle la parte accionada, en la maraña de contradicciones en torno a las acciones, porque tratándose de una copia debió observar ciertos requisitos, y esta carece de autenticación de firmas y fecha cierta, y dentro del conglomerado de actos tendientes a conferir realidad a la supuesta transacción, no se hace (menudo detalle), el señor J. no comparece firmando el Libro de Accionistas, sobre la cesión de las nueve acciones por haber fallecido . Apuntado no es un requisito legal como lo apunta la recurrente, pero*

*para los efectos a conseguir, resulta muy conveniente no hacer notar el fallecimiento del supuesto cedente. La transmisión de los títulos de las acciones, riñen con lo que perceptúan los ordinales 1104 del Código Civil y en estrecha relación con el contenido del ordinal 78 del Código de Comercio, como lo destaca el pronunciamiento cuestionado. Además se acrecienta el estado de incerteza ante la supuesta desaparición de las acciones. Ha habido toda una orquestación, una simulación tendiente en este caso, a que la otra socia de la Sociedad [...] S. R. L, asuma el control total del movimiento de la misma, y todo su haber accionario. Se efectúa Asamblea, se constituye Gerente, sin convocatoria de ninguna naturaleza, y dicho hecho se justifica aclarando que existe una única socia y que no existía intereses de terceros. Las condiciones que llevan a la codemandada hasta esta situación son totalmente irregulares, como irregular resulta el traspaso o cesión de acciones” (sic).* Del análisis de las probanzas que obran en autos, esta Sala se aparta del criterio del tribunal según se dirá. En primer término, el tribunal, sin dar motivos concretos, arriba a la conclusión de que la no presentación de las certificaciones de cuotas ante el requerimiento del juzgador se puede deber a dos razones: que la sesión de acciones no se realizó, o que la firma en este contrato es falsa. Sobre el particular debemos hacer notar que a folios 161 frente a 163 vuelto, obra una certificación notarial que hace constar que los títulos de cuota nominativa que allí se representan son “...fieles y exactas de sus originales”, los cuales el notario público licenciado Giovanni Portuguez Barquero, carné del colegio de abogados n° 5351, tuvo “... a la vista al momento de confeccionar la escritura número trescientos cuarenta de las dieciocho horas del primero de junio del año dos mil cuatro...”, documentos, que según expresa el fedatario, conserva como respaldo en su protocolo de referencias de la escritura trescientos cuarenta del tomo diecisiete de su protocolo. Así las cosas esta certificación notarial constituye principio de prueba por escrito (artículo 372 del Código Procesal Civil), siendo por ello, al tenor del artículo 351, párrafo 3 ibídem, admisible la testimonial para demostrar actos o convenciones jurídicas cuyo objeto tenga un valor superior al 10% para la procedencia del recurso de casación. En todo caso, la fotocopia a la luz de la legislación procesal civil constituye prueba documental (artículos 368 y 390 Código Procesal Civil). Por otra parte el mismo artículo 351 en su párrafo 5, faculta a los tribunales para admitir la prueba testimonial más allá del límite indicado, ponderando las cualidades de las partes, naturaleza de la convención o acto jurídico y cualquier otra circunstancia. Sobre el particular el testigo G, testigo que a esta Sala le merece total credibilidad, no solo por estar investido de fe pública, sino por haber actuado en tal condición, y por ende apegado al principio de objetividad que rige la función notarial, declaró -bajo la fe del juramento- que: *“Estoy relacionado con los hechos de esta demanda desde mediados del año 2004 producto de una protocolización de un acta de la empresa [...] S.R.L, la cual yo realicé como notario público. En el acta mencionada lo que se hizo fue nombrar nuevo representante legal de la empresa, ya que el anterior gerente J, había fallecido en meses anteriores y la sociedad requería de un nuevo representante legal para seguir ejerciendo sus*

*actividades. Dentro de los documentos que se me presentaron para hacer la escritura, estaban dos títulos de acciones, uno de una acción y otro de nueve acciones o cuotas, por ser limitada la empresa. El título de una acción estaba a nombre de A. y el título de nueve cuotas estaba a nombre de J. y en la parte posterior existía un contrato de cesión de esas nueve cuotas, a favor de la señora A. Además se trajo el libro de accionistas de la empresa que estaba en la oficina del licenciado Ricardo Valverde en San Marcos de Tarrazú y se acreditó el asiento respectivo y se procedió a hacer la escritura, tanto por el asiento en el libro de accionistas, como por la presunción de fecha cierta que tenía la cesión, ante la muerte de don J, tuve por acreditada la propiedad de las acciones en la señora A. y procedí a protocolizar el acta de socios e inscribirla en el Registro (...)*" (folios 470 a 471). De la anterior declaración, en relación con la prueba documental de folios 161 frente a 163 vuelto (copia certificada notarialmente de la certificación cuotas de la sociedad [...]S.R.L. y del contrato de cesión de cuotas a favor de la codemandada A.), así como de la copia del libro del registro de accionistas de la sociedad [...]S.R.L., donde consta el asiento de traspaso de cuotas nominativas (folios 762 a 764), se debe tener por acreditado, que el contrato de cesión efectivamente existió y fue debidamente registrado en el libro correspondiente, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 78 del Código de Comercio. Sobre la afirmación realizada por la parte actora en su "incidente de hechos nuevos" de que la firma contenida en los documentos es falsa, no resulta de recibo. En primer término, este argumento fue argüido de forma extemporánea: en autos consta la audiencia conferida a la parte actora sobre la prueba ofrecida por la demandada en su contestación, donde por el término de tres días se le ofreció la posibilidad de que se refiriera a ésta y presentara la contraprueba que considerare oportuna, audiencia que le fue notificada a esa representación el 18 de marzo de 2005 (ver folios 282 y 283), y no es sino hasta el 25 de julio de ese mismo año, que la actora presenta un escrito donde apunta la presunta falsedad del documento mediante una ampliación de demanda, la cual fue declarada como extemporánea por el *a quo* (folios 292 y 297), por lo que tácitamente esa representación se conformó con el contenido de los documentos presentados por la demandada. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que la simple oposición al documento no es suficiente para desvirtuar la presunción de validez del mismo, ya que de conformidad con los artículos 294, 389 y 399 del Código Procesal Civil, si un documento es argüido de falso, la parte que sostenga su falsedad, deberá ofrecer prueba para demostrar que es contrario a la verdad en su escrito de contestación o réplica, o a través de un incidente de presentación de falsedad -lo cual no ocurrió en este caso-, de lo contrario, se mantiene la presunción de que el documento es válido. Así lo ha analizado la doctrina procesalista nacional: *"Falsedad del documento en sede civil. En principio la falsedad de los documentos públicos sólo puede ser declarada por un tribunal penal, se trata de una especie de competencia exclusiva, atribuida, por el principio del monopolio de la acción penal en esa materia (...)* La regla se invierte tratándose de documentos privados, pues el artículo 399 faculta que su declaratoria de

falsedad se pueda hacer en vía civil y el 389 permite el cotejo de letras en el mismo proceso donde se pretende hacer valer tal documento, nada obsta que también este tipo de documentos pueda ser impugnado en la vía penal (...) **En los casos de falsedad en sede civil permitidos por el Código, si el documento se hubiere presentado en la demanda o reconvenición, la prueba de la falsedad se ofrecerá en la contestación o en la réplica, en los demás casos, en el incidente de presentación de falsedad.** En uno y otro caso, la falsedad se decidirá en la sentencia definitiva (artículo 397 CPC), sino se presentan en tiempo y en esa forma mantendrán la presunción de validez señalada” (Artavia Barrantes, Sergio. **“Derecho Procesal Civil”**, Tomo III. Dupas. San José. Año 2005. P.p.431-433) (lo destacado no es del original). Sin embargo, en el caso concreto se advierte que, la falsedad no fue argumentada dentro del plazo otorgado para ello, y tampoco se presentó el “incidente de presentación de falsedad”, ni el documento fue declarado falso por el *a quo* en su sentencia, así que no es dable para el tribunal, partir del supuesto de que el documento “puede ser falso” para decretar una nulidad, si tal circunstancia no quedó debidamente acreditada durante el proceso por quien lo alegó. En relación con los defectos formales que acusa el tribunal para tener como nula la cesión de cuotas practicada a favor de la codemandada A, concretamente en relación a la forma en como se efectuó el asiento de la cesión de cuotas en el libro del registro de accionistas y la supuesta ausencia de fecha cierta en el contrato, la Sala considera que no representan vicios que invaliden la cesión de cuotas relacionada. El artículo 78 del Código de Comercio, como se indicó, exige, para que el traspaso de cuotas sea oponible frente a terceros, el cumplimiento de una de cualquiera de las siguientes condiciones: a) hacerse constar en el libro de actas; b) asentarse en el libro de registro de socios; c) tener fecha cierta. Tales requerimientos constituyen requisitos de eficacia y no de validez, por lo que la ausencia de estos no anula la transmisión de cuotas, simplemente la hace inoponible frente a terceros mientras no se subsane el defecto. Por otra parte, la norma no establece solemnidades especiales ni un plazo determinado para cumplir con estos requisitos, por ende, se entenderá que la cesión es eficaz frente a terceros a partir del momento en que se materialice alguna de las condiciones contenidas en citado ordinal 78. En el presente caso, consta en el “Libro de Registro de Socios” de la sociedad el asiento de cesión de cuotas, por ende, este negocio jurídico cumple con el requisito de eficacia que exige la norma y resulta oponible a cualquier tercero a partir de su inscripción en el registro respectivo, sin que se exija la comparecencia del cedente a firmar el asiento relacionado, ni se requiera que este quede inscrito durante la vida de aquél. Adicionalmente, la cesión adquirió fecha cierta, desde la muerte del causante J, en fecha siete de mayo de 2004, de conformidad con lo dispuesto en el aparte 1) del numeral 380 del Código Procesal Civil; con lo cual, este requisito -contrario a lo que considera el *ad quem*- tampoco se encuentra ausente en el caso concreto. De conformidad con lo anterior, al considerarse que la cesión de cuotas cumple con los requisitos legales contenidos en el numeral 78 del Código de Comercio, resulta igualmente válida la asamblea general

extraordinaria de la sociedad [...] S.R.L., en la cual se nombra como gerente de esta empresa a la codemandada A., por haberse efectuado cumpliendo con los requerimientos establecidos en la legislación para ello, al estar presente la totalidad del capital social de dicha compañía (por lo que no se requería de convocatoria previa, ni celebrarla en el domicilio social, y se verificó el quórum de ley). Es igualmente válida, la inscripción del documento presentado al diario el día 3 de junio de 2004, al tomo 535, asiento 15242, en la cual se protocoliza el acta de dicha asamblea ante el Registro Nacional, antigua Sección Mercantil. Por la forma como se resuelve este agravio, resulta innecesario referirse al restante motivo de casación por el fondo.”

## **2. La Suscripción Pública en la Sociedad Anónima**

[Tribunal Segundo Civil, Sección II]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

**VII.** En el caso que nos ocupa la Corporación actora mediante Asamblea General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 3 de septiembre de 1996, acordó en lo que interesa: "La Junta Directiva está autorizada para aumentar parcialmente el capital social de la compañía hasta alcanzar el monto de treinta millones de dólares convertidos en colones en su valor al momento de su emisión, aumento que estará representado por acciones de mil colones cada, nominativas y preferentes, denominadas "Preferentes Serie A " que tendrán la siguiente denominación, preferenciales, privilegios y restricciones y limitaciones i) Se denominará acciones "Preferentes Serie A", ii) no tendrá derecho a voto salvo en aquellas asambleas especiales que tengan por objeto eliminar o modificar los privilegios de las acciones preferentes, iii) no tendrán derecho a pagos regulares de dividendos, pero sí tendrán derecho a recibir al año de la fecha de la emisión de la acción preferente, un rendimiento del cinco punto seis dos cinco por ciento anual sobre el valor nominal de cada acción preferente Serie A; iv) el rendimiento que resulte según se indicó, será pagado a las acciones preferentes conforme lo permitan las posibilidades de caja de la compañía, ya sea en dinero efectivo o en acciones preferentes cuyas preferencias privilegios, restricciones y limitaciones se acordarán en cada caso y en su debido momento, v) Podrán ser pagadas en dinero efectivo, títulos valores o por medio de aceptaciones a corto plazo y libremente negociables que se reputen como efectivo". (véanse folios 25 y 26). Como consecuencia de la autorización descrita, la Junta Directiva de la Corporación Stovsky en sesión celebrada a las ocho horas del 18 de enero de 1999, acordó aumentar el capital social mediante la emisión de las citadas acciones preferentes, en la suma de nueve millones trescientos setenta y seis mil ochocientos treinta y dos dólares ochenta y cuatro centavos que al tipo de cambio de la fecha indicada representaba la suma de dos mil quinientos cincuenta y ocho millones de colones, las cuales fueron suscritas por Scott Paper Company de Costa Rica

Sociedad Anónima y que se tuvieron como pagadas mediante la emisión de una letra de cambio a la vista que se reputa como dinero efectivo, identificada con el número cero cero siete (véase certificación a folio 29). Lo anterior determina que el aumento de capital relacionado operó mediante **un contrato de suscripción de nuevas emisiones (acciones)** entre la Corporación actora como empresa emisora de las nuevas acciones y la sociedad Scott Paper de Costa Rica como persona jurídica suscriptora. La suscripción de acciones puede operar en cuanto al momento de su celebración tomando como referencia el acto fundacional -ya sea por acto único o constitución sucesiva-, o cuando el contrato es celebrado como consecuencia de un aumento de capital (artículos 18 inciso 9), 29, 30, 32, 104 y 112 del Código de Comercio). La diferencia fundamental en el contrato de suscripción de acciones radica con el supuesto de que en la suscripción referida al momento del acto constitutivo aún no existe sociedad, mientras que en el segundo supuesto nos hallamos en presencia de una sociedad en funcionamiento, que pretende incorporar nuevos capitales y, en consecuencia, nuevos socios para el desarrollo de su objeto social, o el supuesto de que un socio pretenda incrementar su participación societaria. El suscriptor puede ser, o no, accionista de la sociedad por actos previos a la suscripción. En ambos supuestos concurren particularidades que le son propias. En primer lugar, se trata de un contrato **consensual** y oneroso. Las obligaciones fundamentales de las partes, independientemente de que sea al momento de la constitución o por aumento de capital son: a) **a la sociedad**, la obligación de reconocer al suscriptor como socio; y b) **para el suscriptor** la obligación de cumplir con el aporte comprometido en favor de la sociedad. La existencia de elementos comunes de régimen en el aumento de capital en sus diversas manifestaciones y en los supuestos de fundación de la Sociedad Anónima -simultánea o sucesiva-, deriva de la presencia de hechos similares -recepción de aportaciones, emisión de acciones, entrada de socios, etc., que van a requerir **-no en términos absolutos-**, una regulación o tratamiento común, que se encuentra materializado por nuestro legislador en el artículo 30 del Código de Comercio al determinar que en los aumentos de capital social se observarán las mismas reglas que en la constitución de la sociedad. La expresa remisión también obedece en gran medida a que el aumento de capital desde la perspectiva jurídica y ajena al objetivo económico que se persiga, siempre consistirá en una modificación estatutaria, en sentido estricto: la elevación de la cifra de capital corresponde fundamentalmente a la modificación al alza de la correspondiente mención estatutaria. Ello justifica la opinión doctrinaria como es el caso de Brunetti, al sostener que las **más importantes modificaciones del acto constitutivo** son las que se refieren a la composición del capital social, por su influencia inmediata sobre el patrimonio de la garantía de los acreedores (Brunetti, Antonio. Tratado del derecho de las sociedades, II, Sociedades por acciones. Buenos Aires. Uthea. 1960. p. 643). A pesar de las semejanzas descritas y del fenómeno remisorio de orden legal aludido, debe insistirse en el hecho de que en el supuesto de fundación nos encontramos en presencia de la creación de una persona

jurídica, concretamente de carácter corporativo, mientras que en el aumento del capital nos encontramos bajo el ámbito de la modificación de su estructura, lo que nos sitúa en contextos diferentes a los que surgen en el momento fundacional. El abordaje de la cuestión presenta singular importancia en relación a la naturaleza jurídica del contrato de suscripción de acciones y sus consecuentes repercusiones de **interpretación contractual** que se deba asumir en la resolución del presente asunto, consistente en determinar si en el contrato de suscripción de acciones estamos en presencia de un **contrato autónomo**, o si, al contrario, corresponde a la **estipulación esencial del contrato de sociedad en su acepción tradicional**. Sobre el particular, la doctrina, a partir de Ascarelli, ha diferenciado los contratos plurilaterales de los simples contratos de cambio, caracterizando a esta categoría contractual especial por la pluralidad de partes y la existencia, en consecuencia, de intereses contrapuestos entre ellas e intereses comunes, y la creación por medio del contrato de una organización u orden jurídico particular, que permite el ejercicio permanente de los derechos y obligaciones de cada uno de los socios con relación a la sociedad, la cual, como sujeto de derecho, es creada como medio técnico-jurídico, y que materializa el interés común. En nuestro derecho, no existe duda alguna en el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad emergente del contrato plurilateral de organización. El sujeto de derecho posibilita la consecución del fin social que concreta el interés común de cada una de las partes al celebrar el contrato. En consecuencia, la cuestión a resolver consiste, sin perjuicio de tener presentes las particularidades especiales de esta clase de contratos, en determinar si el llamado contrato de suscripción de acciones corresponde a una estipulación esencial del contrato plurilateral de organización, o si, al contrario, estamos en presencia de un contrato autónomo. Desde ahora, cabe señalar como veremos, cómo una u otra calificación puede ser adoptada, según se trate de la suscripción en oportunidad de la constitución social simultánea, o en el caso de que la suscripción se realice en el proceso de constitución sucesiva o de aumento de capital social. En el caso de constitución por acto único la suscripción del capital social, y en consecuencia el llamado contrato de suscripción de acciones, constituye una estipulación o cláusula esencial del acto constitutivo de la sociedad anónima, ello en virtud de lo preceptuado en los artículos 18 apartes 8) y 9) en relación con el ordinal 104 incisos b) y c) del Código de Comercio. Del contexto de las citadas disposiciones legales se evidencia que la suscripción del capital constituye una estipulación esencial del acto constitutivo que está naturalmente en inescindible relación con todas las otras estipulaciones del mismo acto. Como estipulación o cláusula del contrato constitutivo de la sociedad, se aplican a ella todas sus disposiciones propias que rigen la constitución de las sociedades por acciones por acto único. Por ende, el contrato de suscripción de acciones es, en el caso de constitución simultánea, una estipulación o cláusula que integra el contrato plurilateral de organización, esencial para la génesis de la sociedad, y que materializa el interés contradictorio de cada una de las partes del contrato social. Las partes del

contrato plurilateral de organización, del cual el llamado contrato de suscripción forma parte, son los socios. Ellos se obligan recíprocamente a realizar aportes, para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes o servicios participando en los beneficios y soportando las pérdidas. Y es este interés común de los socios el que se materializa en un ente distinto de uno de ellos, de manera tal que la sociedad en formación o irregular adquiere, respecto del socio, el derecho a exigir el cumplimiento del aporte en virtud de la suscripción que integra el acto constitutivo de la sociedad, creándose un vínculo de naturaleza contractual, a partir de la suscripción, entre el socio y la sociedad. Las partes en el acto constitutivo son cada una de las personas que concurren con su voluntad contractual a la celebración del acto; mas, por el mismo acto, se produce la génesis de un ente que materializa el interés común y que se convierte, en relación con cada uno de los suscriptores como contraparte a los efectos de posibilitar, y en su caso exigir, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos en el acto constitutivo social. La sociedad en formación es el único sujeto legitimado para exigir el cumplimiento de la obligación asumida de realizar el aporte, y todas las obligaciones hasta la finiquitación del proceso, que culminará con la constitución regular de la sociedad comercial típica. Por tal razón, el contrato de sociedad se diferencia de otros contratos plurilaterales, ya que cada parte, adquiere derechos y obligaciones no respecto de otra parte, sino respecto de todos los demás. Por tal circunstancia, -la sociedad en formación- adquiere el derecho en el mismo acto en que los socios asumen la obligación, resultando del acto constitutivo social, no sólo derechos -posibilidad de solicitar el aporte- sino también obligaciones, especialmente la conclusión del proceso de constitución. Derivado de la simultaneidad en la celebración del contrato, de la cual la suscripción es una cláusula o requisito esencial, y el nacimiento del sujeto de derecho que materializa el interés común de los socios, generando a su vez un interés social distinto de la suma de los intereses individuales, permite sostener el establecimiento de un vínculo obligacional directo entre cada una de las partes y la sociedad en formación. Como derivación de los distintos intereses en juego es que se establecen consecuencias totalmente distintas de los contratos bilaterales. Así, la nulidad del vínculo suscriptor-sociedad tiene consecuencias propias que alcanzan a todo el contrato, ni el suscriptor puede oponer la excepción de un incumplimiento de otro suscriptor para liberarse con la suya, ni tampoco es aplicable la resolución contractual derivada del incumplimiento prevista en el artículo 692 del Código Civil. La falta de pago de la totalidad del aporte en caso de constitución de la sociedad por acto único, faculta a la sociedad a la ejecución contra el suscriptor incumpliente por medio de la vía ejecutiva. En tal sentido nuestro régimen societario referido a la **anónima por constitución simultánea**, exige en el pacto constitutivo según el artículo 104 inciso b), que por lo menos el suscriptor debe cancelar al momento de la constitución una cuarta parte de su aporte y en caso de incumplimiento del **accionista** en el plazo señalado, dispone el artículo 126 que la Sociedad podrá exigir su pago, o bien, vender las acciones extrajudicialmente; y el

numeral 127 *ibídem* prevé la **exclusión del socio** de no haber sido posible la venta extrajudicial dentro del plazo de tres meses. En lo que concierne a la constitución de la sociedad por **suscripción pública**, el paso inicial del proceso constitutivo lo determina el artículo 108 del Código de Comercio por medio del programa de fundación. Dicho programa debe ser realizado por los promotores y contener los requisitos que establece el artículo 109 del Código de Comercio. Por ende, en nuestro derecho, el contrato de suscripción, a diferencia de la fundación simultánea antes descrita, es previo a la constitución de la sociedad, ya que ésta resultará de la Asamblea Constitutiva, que se celebrará con el objeto de aprobar el proyecto de escritura constitutiva y una vez obtenida la aprobación procederá la protocolización del pacto social para su correspondiente inscripción en el Registro Mercantil de la Sociedad Anónima formalmente constituida y dotada de personería jurídica (véanse artículos 116 y 117 del Código de Comercio). En lo que concierne a la naturaleza del contrato de suscripción de acciones en esta modalidad constitutiva de la anónima, según la opinión doctrinaria vertida al efecto, determina la existencia de una declaración de voluntad común de los contratantes: con partes, promotores y suscriptores, y, a su vez, vínculos recíprocos de los cosuscriptores, y con la creación de una organización, limitada, pero organización al fin, que consiste, sobre todo, en reglar el comportamiento de cada uno de los suscriptores en el acto de constitución social en el cual se realizará la asamblea constitutiva; siendo el contrato evidentemente preliminar al contrato de sociedad, que sólo podrá considerárselo concluído en el momento del acto colectivo emergente del acto de constitución. El contrato de suscripción es contrato preliminar, pues obliga a una posterior prestación de consentimiento, y si éste no se presta quedan obligados al resarcimiento de los daños, pero el contrato definitivo no llega a existir, y esto evidentemente sucede, de la misma manera en proceso de constitución sucesiva, cuando los suscriptores al crear una organización particular propia de la formación del contrato de sociedad quedan obligados a prestar su consentimiento en la constitución social, sobre la base del funcionamiento de una determinada organización (acto constitutivo de la sociedad) delegando su voluntad a lo que resulta y disponga la mayoría, conforme a la vinculación y a los derechos emergentes del contrato de suscripción (García Cuerva, Hector María. *El Contrato de Suscripción de Acciones*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1988, ps. 33 a 36). Lo anterior determina la existencia de un reconocimiento de derechos recíprocos entre cosuscriptores, de manera tal que el contrato deja de ser sinalagmático, pues existen distintas partes, que expresan intereses conjuntos y contrapuestos, que recíprocamente pueden exigirse un comportamiento en el acto colectivo fundacional de la sociedad de manera predeterminada. Es por ello, que en el contrato de suscripción existen obligaciones recíprocas entre los suscriptores y, en consecuencia, distintas partes con intereses distintos y vínculos obligacionales recíprocos propios de los contratos plurilaterales, a pesar de que sea posible distinguir entre contrato de suscripción y contrato de sociedad, no por ello deriva que no sea posible distinguirlo como contrato plurilateral

al estar en relación de interdependencia como un acto unívoco. Es por ello que debe caracterizarse al contrato de suscripción como un contrato plurilateral de organización preliminar, y sometido a la condición resolutoria de la efectiva realización de contratos de suscripciones por el monto establecido en el programa de fundación. Las partes en este contrato son los promotores y los suscriptores. Los primeros se obligan a cumplir todas las obligaciones y trámites necesarios para la constitución de la sociedad hasta la realización de la asamblea constitutiva, mientras que los últimos se obligan a integrar, esto es, a cumplir con la prestación de la obligación de dar, que consiste en el aporte. Pero es a partir de la inscripción registral que el suscriptor se convierte en socio de la sociedad anónima, esto es, en accionista, con los derechos y obligaciones emergentes. A ello obedece que el artículo 112 del Código de Comercio, en que se reconoce la ejecución forzosa o el resarcimiento de daños y perjuicios por el no pago del aporte, omite identificar al suscriptor como socio: "***Si un suscriptor no pagare oportunamente su aporte, los fundadores podrán exigirle judicialmente el cumplimiento o tener por no suscritas las acciones y, en ambos casos, tendrán derecho al cobro de daños y perjuicios. El documento de suscripción, servirá de título ejecutivo para los efectos de este artículo***". La circunstancia de que la norma establezca la legitimación a favor de los fundadores obedece a que no existe aún sociedad y el suscriptor únicamente ostenta la condición de eventual socio.

**VIII.** En lo que se refiere al contrato de suscripción en los casos de aumento de capital se halla inmerso en la serie de actos del proceso de aumento del capital social. Por ende, desde el punto de vista de la trascendencia económica de la vida societaria, el contrato de suscripción en esta etapa adquiere su máxima relevancia, pues importa el camino hacia el incremento o la adquisición de la calidad de socio de quien pretende canalizar su inversión en una sociedad existente. De tal manera, que la aludida canalización de la inversión a una sociedad existente, permite reconocer y distinguir, no solamente el interés particular del suscriptor, sino también el interés social, que está representado por la existencia previa de la sociedad que requiere la suscripción de las nuevas acciones emitidas. El contrato de suscripción integra las acciones emitidas y suscritas a un orden jurídico preexistente –sociedad–, que no puede modificarse sino hasta la culminación del proceso de aumento de capital y, en consecuencia, con la participación del suscriptor transformado en accionista de la sociedad. Es por ello, que la suscripción de acciones por aumento de capital, determina **un régimen propio y sustancialmente distinto del contrato de sociedad**. Tal distinción se justifica en que las partes corresponden a una sociedad existente y un accionista o tercero que adquiere la calidad de suscriptor mediante la declaración de voluntad común que se expresa en el contrato, lo que determina la existencia de un contrato autónomo con características propias y ajeno al contrato de sociedad. Es por ello que cuenta con un régimen específico propio, conforme se evidencia de lo preceptuado en el artículo 29 aparte primero del Código de Comercio, donde se reconoce

expresamente la facultad que ostenta el socio de que no es posible compelerlo u obligarlo al aumento del aporte convenido inicialmente en la fase fundacional. Lo anterior determina que la suscripción de acciones por aumento de capital corresponde a **un contrato bilateral**, pues las partes -suscriptor y sociedad- se obligan recíprocamente la una hacia la otra; **oneroso**, porque el suscriptor se obliga a realizar el aporte teniendo en consideración la obligación de la sociedad de reconocerlo como socio accionista, y viceversa; **consensual, y no formal**. Esta modalidad contractual de suscripción de acciones crea un vínculo jurídico entre la sociedad y el suscriptor. Recíprocamente, ambos se obligan según los términos del contrato, el suscriptor por la parte proporcional que le queda por suscribir, y la sociedad por las obligaciones pactadas en virtud de ese negocio bilateral, en especial el reconocimiento de la calidad de socio y la consecuente entrega de las acciones. Por ende resulta imperativo señalar, desde ahora, que la calificación jurídica atribuida por el juzgador de instancia a la suscripción de acciones objeto de la presente litis como contrato societario de naturaleza plurilateral en contraposición a un contrato de cambio, o sea, de índole bilateral que representa la aludida modalidad contractual bajo examen, resulta ayuna de asidero legal con base en las argumentaciones precedentes. En otro orden de ideas y en lo que concierne propiamente a la suscripción insuficiente, referida particularmente al caso de que el suscriptor no cancele la totalidad del monto consignado en el aumento de capital social suscrito entre ambos, a diferencia de otras legislaciones como la argentina y la italiana en que se dispone que ni los suscriptores ni la sociedad se liberan de las obligaciones emergentes en los contratos de suscripción, del contenido previsto en el artículo 32 de nuestro Código de Comercio se reconoce a favor de la sociedad emisora la resolución de pleno derecho conservando la sociedad a título de daños y perjuicios cualquier entrega parcial del suscriptor a favor de la sociedad. Concretamente el citado artículo 32 dispone: "***Cuando el aporte fuere en dinero, pasará a ser propiedad social. Si fuere en créditos u otros valores, la sociedad los recibirá, a reserva de que se hagan efectivo a su vencimiento, y si así no ocurriere los devolverá al socio que los haya aportado, con el requerimiento de que debe pagar el aporte en dinero dentro de un término que le fijará y que no será menor de un mes. Si no hiciere el pago dentro de ese plazo, se le excluirá de la sociedad, y cualquier entrega parcial que hubiere hecho quedará en favor de la compañía como indemnización fija de daños y perjuicios (sic..)***". La posición asumida por nuestro derecho positivo derivado del no pago íntegro de los aportes por parte del suscriptor, a diferencia de lo analizado respecto a la fundación simultánea o sucesiva de la sociedad anónima donde los artículos 126 y 112 del Código de Comercio reconocen expresamente la ejecución forzosa, en un aumento de capital donde existe defecto o incumplimiento de la totalidad de la suscripción, el contrato se tiene por resuelto de pleno derecho al no haber alcanzado la suscripción la totalidad de las acciones emitidas por la sociedad. Se trata de una condición resolutoria consistente en la suscripción del total de la acciones emitidas. Precisamente a ello responde la

posición asumida por nuestro legislador en el citado artículo 32 a diferencia del incumplimiento en el pago de la suscripción en la etapa fundacional, donde sí se reconoce la ejecución forzosa en los citados ordinales 126 y 112.

**IX.** Dilucidada la modalidad contractual del contrato de suscripción de acciones sustentado en un aumento de capital, aprecia el Tribunal que no le asiste razón a los apoderados especiales judiciales de la sociedad demandada en cuanto argumentan, referente a los motivos de agravio identificados con los números 1) y 2), la pretendida atribución de una individualización por separado o fragmentada del contrato de suscripción de acciones suscrito con la Corporación actora, al señalar que no se trata en la especie de un contrato societario, sino de un contrato de inversión turística por devenir de un proyecto turístico que tenía la parte actora amparado a la Ley 6990 y que requería de la autorización expresa del Instituto Costarricense de Turismo, consistente en el reconocimiento de un incentivo fiscal a la sociedad inversionista proveniente de la citada Ley. Inclusive argumentan que a consecuencia de la aludida aprobación habría un beneficio para tres partes y según su criterio asumiría la naturaleza de **-contrato tripartito-**, por lo que nunca la sociedad demandada ha pretendido en la presente litis mantenerse como socia de la actora por no haber recibido el beneficio fiscal. Las apreciaciones que anteceden por parte de los apelantes en modo alguno desnaturalizan el carácter societario del contrato de suscripción de acciones derivado de un aumento de capital para que en su lugar se le considere como contrato de inversión turística y que por esa circunstancia se considere como tripartito al requerirse de una autorización administrativa tendiente a obtener un beneficio fiscal. La situación descrita corresponde en realidad a la conformación de una sola negociación entre dos partes, dotada como en cada caso concreto de particularidades propias y referidas a la finalidad o motivo perseguido por ambas partes en el negocio y la forma y condiciones que determinaron para su consecución, que precisamente se materializó a través de un contrato societario de suscripción de acciones por aumento de capital. La circunstancia de que la inversión del suscriptor tuviera un fin o móvil específico que dependiera de una autorización proveniente del Instituto de Turismo, no convierte a este último en parte, sino propiamente en lo que la doctrina denomina como **-condiciones causales-** en que considerada la naturaleza y determinación del evento sujeto a su materialización dependiente -ya no de las partes- sino de la suerte o voluntad de un tercero (véase Gil Rodríguez Jacinto. Manual de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato. Madrid-Barcelona. Marcial Pons. 1998. p. 165). Por otra parte y conforme se consignó anteriormente, en el contrato de suscripción de acciones derivado de un aumento de capital las causas o motivos que persigan las partes obviamente responden a diferentes razones que cada una de las partes persigue. Bajo tal tesitura si la inversión de la Sociedad Scott Paper en un proyecto turístico propiedad de la Corporación actora -según se alega en la contestación de la demanda y los agravios invocados- obedeció a

la obtención de un beneficio fiscal, correspondería a aspectos propios del motivo o causa que predeterminó la suscripción de acciones, sin que ello excluya la existencia del aludido contrato propio del derecho societario, como erróneamente lo alegan los apoderados de la parte demandada.

**X.** Como sustento de agravio los recurrentes cuestionan el fallo impugnado en el sentido de que se omitió una valoración objetiva y subjetiva de la voluntad de las partes. Determinado que el contrato de suscripción de acciones por aumento de capital presenta como elementos configurativos el carácter bilateral y consensual, presupone la concurrencia de los elementos propios de las obligaciones y contratos civiles. Como es sabido, la causa, al igual que con el objeto y con el consentimiento, es el elemento constitutivo de la obligación así como de los contratos -artículos 627 y 1007 del Código Civil-. De no concurrir tales requisitos no hay contrato. Según alegan los apoderados especiales judiciales de la parte demandada, la causa que originó la rúbrica del contrato de suscripción de acciones obedeció a la obtención por parte de la sociedad suscriptora, a través de la inversión en la adquisición de acciones emitidas por la Corporación actora, del incentivo fiscal previsto en el artículo 11 de la Ley 6990, y que consistía en la deducción del impuesto sobre la renta del 50% del monto de la inversión a través de la adquisición de acciones. Se sostiene en tal sentido que al no haberse obtenido el reconocimiento del aludido incentivo por la ausencia de aprobación extendida al efecto por el Instituto Costarricense de Turismo, el contrato no se perfeccionó. Particularmente insisten los apelantes que el objeto del contrato era el incentivo, que éste no lo era únicamente para la demandada, sino también lo era para la actora, que recibiría un capital fresco mediante la venta de acciones preferentes y no comunes. Acciones que las respaldaba una autorización del I.C.T para emitir las. Que ello quiere decir entonces que en realidad existen en el contrato llevado a cabo dos objetos: el proyecto turístico, y el incentivo, tan ligados el uno con el otro que de no existir uno no puede realizarse el otro. Se sostiene en tal sentido que sobre este aspecto es donde el juzgador de primera instancia omite la interpretación contractual que es necesaria en estos casos al partir de que en el contrato no se contemplaba la obligación a cargo de la actora de satisfacer la expectativa de la demandada de obtener un beneficio fiscal, y además porque no estaba condicionada a ello según lo argumentado por el juzgador de instancia, al no existir prueba fehaciente en este sentido. En contraposición a lo invocado por el juez, los apelantes señalan que la no indicación obedece a que no era a la actora a quien correspondía otorgar el beneficio fiscal, sino al Estado a través del órgano correspondiente; y en segundo lugar, no era necesaria más prueba de que la intención de las partes era también obtener un beneficio mutuo, puesto que la contratación se hizo al amparo de la ley 6990, cuyo nombre refleja la argumentación sostenida: Incentivos para el Desarrollo Turístico, con lo cual se debe concluir sin dificultad que el contrato celebrado entre las partes estaba condicionado a que se confiriera la autorización que se ha mencionado,

y esa condición no era necesario que se constatará de forma expresa en el contrato, pues emana de la misma ley: artículo 11 de la ley 6990. A efecto de brindar la correspondiente ubicación respecto al tipo de elemento o presupuesto contractual relacionado con los cuestionamientos que anteceden, aprecia el Tribunal que los mismos están referidos al elemento **causa** del contrato y no propiamente al **objeto** como lo consignan los apelantes. La confusión aludida usualmente es perceptible tomando en consideración que la causa a veces se confunde con el objeto y otras veces con el consentimiento partiendo de una percepción en la modalidad objetiva de la causa. Por ello es aconsejable a fin de zanjar la distinción recurrir al conocido aforismo distintivo para la determinación de ambos elementos en el sentido de que para diferenciar la causa del objeto de la obligación basta con fijarse en que la primera responde a la pregunta de "¿por qué nos obligamos?, mientras que el objeto da respuesta a la de "¿a qué nos obligamos?. En materia contractual la teoría de la causa resulta insospechadamente amplia y objeto de posiciones disímiles con el devenir de la historia. Particularmente en las obligaciones civiles contractuales se reconocen tres tipos de causas: causa fuente, causa fin y causa motivo. La primera acepción no admite mayores debates y corresponde a la eficiente o motora incorporada en la mayor parte de los Códigos decimonónicos como ley formal y fuente de las obligaciones en los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasi delitos y la ley y que en nuestro ordenamiento se consagra en el artículo 632 del Código Civil: " **Las causas productoras de obligación son: los contratos, los cuasi-contratos, los delitos, los cuasi-delitos y la ley** ". En lo que respecta a la materia objeto de debate ofrece particular importancia la causa entendida como finalidad del contrato, o sea la posibilidad de una valoración plena y amplia por parte del juez de los fines perseguidos a través del acto y que determina un elemento esencial del acto jurídico en casos en que el motivo o móvil no se haya contemplado en el acuerdo de manera expresa como obligación condicional. De adoptarse esta forma de incorporación basada en las obligaciones condicionales o el modo, no presentaría ningún problema de interpretación al reglar las partes las condiciones y por ende los motivos condicionantes de la contratación. Las partes van a expresar en el contrato que éste se supedita a que un determinado acontecimiento se produzca, es decir, si incluyen una condición suspensiva, o bien una condición resolutoria, en las que se haga depender la eficacia del pacto de un cierto evento que bien puede ser la realización del fin para el que se contrata. Llegado el momento en que la condición haya de cumplirse sin que el acontecimiento esperado se haya producido, el contrato puede declararse definitivamente ineficaz (condición suspensiva) o deja de producir los efectos que venía desplegando (condición resolutoria). Tal circunstancia no ofrece márgenes referidos a problemas de interpretación de fines o de voluntades, que se habrían expresado con claridad y fuerza vinculante en el contrato. Lo anterior determina que el antecedente jurisprudencial que citan los apelantes dentro del motivo de agravio identificado con el número 6) y referido a la existencia de la Sentencia de la Sala Primera Número 83 de

las 9:20 horas del 16 de setiembre de 1994, si bien presenta alguna similitud con el caso bajo análisis, no corresponde a un caso idéntico, como erróneamente se sostiene en el libelo de agravios, por la simple y sencilla razón de que en el citado fallo se indica que **las partes plasmaron el motivo determinante recíproco de la contratación y lo elevaron a la categoría de condición formando parte del clausulado del contrato** de suscripción de acciones, tal y como se evidencia incluso de las transcripciones parciales que se describen sobre el fallo en cuestión en el recurso. En el fallo casacional de cita se alude a que las partes convinieron en consignar como condición resolutoria la eventual ausencia de aprobación por parte del Instituto Costarricense de Turismo a través de una de sus dependencias de la deducción del impuesto de la renta reconocida en la Ley 6990. De ahí que las reglas de interpretación en aquel caso respecto al presente, difieren ostensiblemente ante la ausencia de cláusula contractual en los términos indicados. Mientras que en el citado fallo se dispuso que el evento condicionante en su modalidad resolutoria fue incorporado al negocio por los interesados, esto es, sin que su ocurrencia viniera exigida por la ley o por la naturaleza de las cosas, en el caso bajo examen no operó tal incorporación convencional en los términos descritos. Tal diferenciación incluso fue consignada en el fallo impugnado, donde se señaló: *"...Como ya se indicó, aunque la voluntad de la demandada-reconventora fuere el aprovecharse de las ventajas fiscales que ofrecía el artículo 11 de la Ley 6990, no se acredita en autos de manera diáfana, que hubiese existido una condición suspensiva o resolutoria, pues ésta hubiese debido indicarse de manera forzosa en el acta de suscripción originaria de acciones, o bien en los títulos de pago, ya que no hay motivo jurídico ni técnico que impidiera consignar una condición o un modo, o más propiamente una causa en las acciones adquiridas -títulos valores-, pues tal prohibición se aplicaría a los títulos cambiarios en general y a la letra en particular...(sic). Así, dado que Scott Paper no logra probar la supuesta condición a que estaba sujeta la transacción, sea, la obtención del crédito fiscal, de haber existido, es presumible que una transnacional como esta hubiese tomado las previsiones del caso antes de suscribir los contratos necesarios, para sujetar a los contratantes a tal condición, lo que extrañamente, no se da en el subexámene, máxime que se trataba de una inversión de dos mil quinientos cincuenta y ocho millones de colones de una corporación reconocida, sin un contrato escrito y lo que es más, sin que se registrare contabilidad. Dado que no se pudo acreditar que la demandada-reconventora entregare ciento sesenta y nueve millones setecientos cincuenta mil colones al tener la actora-reconvenida "necesidades financieras" , extraña a este tribunal que dentro de un contrato supuestamente condicionado, se entregare tal cantidad de dinero sin un documento de respaldo que garantizara la devolución de la misma, si dicha condición no se cumplía".* Las connotaciones jurídicas predicadas por el juzgador de instancia evidencian que el fin o móvil de una contratación para que pueda llegar a tener trascendencia jurídica, es necesario que se incorporen a la declaración de voluntad en forma de condición o modo, viniendo a constituir parte de aquélla, a manera de causa

impulsiva y determinante. Según las consideraciones descritas del fallo apelado, presupone que la repercusión de los móviles o motivos subjetivos de las partes pueden tener trascendencia jurídica siempre que sean reconocidos por ambos contratantes elevándolos a condición determinante del pacto concertado - **reconocimiento que ha de constar debidamente documentado**-.

**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.

---

<sup>i</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 3284 del treinta de abril de 1964. **Código de Comercio**. Vigente desde 27/05/1964. Versión de la norma 11 de 11 del 16/06/2011. Publicada en: Gaceta N° 119 del 27/05/1964. Alcance: 27.

<sup>ii</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 3284 del treinta de abril de 1964. **Código de Comercio**. Ídem.

<sup>iii</sup> CERTAD MAROTO, Gastón. (1979). **Algunos Conceptos Básicos en Materia de Sociedades Mercantiles**. En Revista Judicial, N° 13, Septiembre de 1979. San José, Costa Rica. Pp 76-77.

<sup>iv</sup> MORA ARCE, Guisselle. (1986). **Problemática Actual de las Sociedades Anónimas por Suscripción Pública**. Trabajo Final de Graduación para optar por el Título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica. Pp 126-128.

<sup>v</sup> TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia 102 de las nueve horas del trece de marzo de dos mil uno. Expediente: 00-000210-0011-CI.

<sup>vi</sup> SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1030 de las nueve horas con treinta minutos del veintiuno de julio de dos mil diez. Expediente: 04-001056-0181-CI.

<sup>vii</sup> TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia 301 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del doce de septiembre de dos mil tres. Expediente: 99-001182-0183-CI.