

RESOLUCIÓN DEFINITIVA

Expediente 2016-0488-TRA-PJ

Diligencias de Ocurso

Douglas Alvarado Castro, Apelante

Registro de Personas Jurídicas (Expediente de origen DPJ-061-2016)

[Subcategoría: Mercantil]

VOTO 0072-2017

TRIBUNAL REGISTRAL ADMINISTRATIVO. San José, Costa Rica, a las trece horas con treinta minutos del siete de febrero del dos mil diecisiete.

Recurso de apelación interpuesto por el licenciado Douglas Alvarado Castro, mayor de edad, abogado y notario, vecino de San José, con cédula de identidad 1-741-320, en contra de la resolución dictada por el Registro de Personas Jurídicas, a las 9 horas del 23 de agosto del 2016.

RESULTANDO

PRIMERO: Que en escrito presentado a la Dirección del Registro de Personas Jurídicas de las 15:46 horas del 21 de julio del 2016, el licenciado Douglas Alvarado Castro, presenta ocurso contra la calificación del documento presentado al Diario del Registro Público Tomo 2016, Asiento 108191 (escritura pública 213-5 del primero de febrero del 2016), ante la Dirección indicada por considerar que el defecto está mal consignado, debido a que en ningún momento se está realizando una limitación al capital, más allá de lo establecido y permitido por el Código de Comercio; y que conforme a los artículos 28 y 46 de la Constitución Política y al Principio de Autonomía de la Voluntad, los socios de común acuerdo modificaron la cláusula quince del pacto social de la compañía, en pleno uso de sus facultades de auto reglamentación y respetando los límites legales a la misma. Que en el Código de Comercio no existe regulación expresa que prohíba el establecimiento de una cláusula para evitar la concentración del capital. Es más, lo que si permite

expresamente el Código es la regulación en la transmisión de las acciones, dejando a criterio de la Junta Directiva, los casos en los que se puede negar la transmisión. Que el hecho de negar la inscripción de la reforma de la cláusula quince del pacto social, en los términos actuales, constituye un acto que expresamente atenta contra la libertad de empresa, ya que está declarando como inválida una disposición adoptada por la asamblea general, sin que exista un fundamento legal que prohíba dicho tipo de cláusula, lo cual es claramente lesivo de los derechos fundamentales de las y los administrados.

SEGUNDO. Que mediante resolución dictada a las nueve horas del veintitrés de agosto de dos mil dieciséis, la Dirección del Registro de Personas Jurídicas dispuso, en lo que interesa, lo siguiente: *"POR TANTO: Con fundamento en las normas legales y reglamentarias citadas, SE RESUELVE: 1.- Denegar la presente diligencia ocurzal interpuesta por el Licenciado Douglas Alvarado Castro y en consecuencia a su vez se confirma el defecto señalado por el registrador a cargo de la calificación del documento con citas tomo 2016 asiento 108191, sea "no procede limitaciones al capital, artículo 120 y siguientes del Código de Comercio..."*

TERCERO. Que inconforme con lo resuelto, mediante escrito presentado ante el Registro de Personas Jurídicas, al ser las 14:18 horas del 2 de setiembre del 2016, el licenciado Douglas Alvarado Castro, interpuso recurso de apelación contra la resolución antes referida. Admitido por el Registro de la Propiedad Industrial el recurso de apelación, conoce este Tribunal de alzada.

CUARTO. Que a la sustanciación del recurso se le ha dado el trámite que le corresponde y no se han observado causales, defectos u omisiones que pudieren haber provocado la indefensión de los interesados, o a la validez de lo actuado, dictándose esta resolución previas las deliberaciones de ley.

Redacta el Juez Alvarado Valverde, y;

CONSIDERANDO

PRIMERO. EN CUANTO A LOS HECHOS PROBADOS. Este Tribunal acoge como hechos probados los siguientes:

1. Que el contenido de la Cláusula Décimo Quinta cuestionada, del estatuto de la compañía denominada “LABORATORIOS COMPAÑÍA FARMACEUTICA L C SOCIEDAD ANOMINA dice en lo conducente: **“CLAUSULA DECIMO QUINTA: DE LOS SOCIOS Y LAS ACCIONES. I) DE LA CONDICION DE SOCIO: ...La adquisición de acciones por cualquier título no otorga en forma automática la condición de socio, por cuanto quien adquiriera deberá cumplir con los requisitos existentes en la ley, estos estatutos y los reglamentos aprobados por Junta Directiva para la adquisición de acciones. Para ser socio de la SOCIEDAD es indispensable que la persona física o jurídica sea propietaria o copropietaria de al menos una farmacia privada, ... Esta restricción aplicará únicamente para nuevos socios. II) LIMITACIONES A LA CONCENTRACION DE CAPITAL: Los socios no podrán mediante una trasmisión directa o indirecta, ser propietarios o copropietarios de una cantidad de acciones que supere el cinco por ciento del capital social. El máximo aquí definido no aplicará a los socios que en el pasado hubiesen adquirido y registrado válidamente a su nombre una cantidad de acciones que superen dicho límite, tampoco podrán aumentar dicha participación accionaria.”**

2. Que el razonamiento de la Coordinadora Registral del Grupo I del Registro de Personas Jurídicas, Departamento Mercantil y Personas, licenciada Ileana Murillo Masis, fue :
 - a) Que no es posible limitar la libertad de empresa de cada uno de los accionistas a poder adquirir las acciones que le sea posible y que negocie con los otros accionistas.

b) Que el hecho de que sea un acuerdo de asamblea general de socios, no quiere decir que la cláusula deba cumplirse y que sean legales todos sus acuerdos, ya que las decisiones de la Asamblea General se deben ajustar al ordenamiento jurídico y a los derechos fundamentales.

c) Que el fin de las sociedades mercantiles es el lucro y crecer empresarialmente cada socio, y la compara con una asociación que, basada en la igualdad de votos, busca que exista igualdad en sus asociados y que sus participaciones, en cuanto a votos sean iguales; y que si una sociedad mercantil busca la naturaleza asociativa, considera, que se está faltando a ese elemento esencial de la actividad empresarial, el cual es la búsqueda del lucro.

SEGUNDO. EN CUANTO A LOS HECHOS NO PROBADOS. Este Tribunal enlista con el carácter de No Probado el siguiente Hecho de relevancia para la resolución de este asunto:

1. Que desde al año 2001 los estatutos de LABORATORIOS COMPAÑÍA FARMACEUTICA L C SOCIEDAD ANOMINA (conocida como LACOFA) contienen limitaciones, y que la inscripción solicitada en las citas tomo 2016 asiento 108191, son una modificación de la cláusula original que ya contenía la limitación, toda vez que no hay prueba idónea en el expediente que acredite tal circunstancia.
2. Que el Registro de Personas Jurídicas no fundamenta como el artículo 120 del Código de Comercio derive una prohibición a la limitación de concentración de capital, tal que ello implique que la cláusula XV de LACOFA, que se solicita inscribir sea contra la ley.

TERCERO. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. El Registro de Personas Jurídicas, aplicando a la calificación registral del documento tomo 2016 asiento 108191, denegó la diligencia ocurisal indicando que como Registro Nacional es el encargado de vigilar el respectivo cumplimiento de la normativa para con las entidades mercantiles, ratifica el defecto señalado donde “no procede limitaciones al capital, artículo 120 siguientes del Código de Comercio”.

Por su parte, el recurrente manifiesta su inconformidad con los criterios de calificación y con la

forma en que fue resuelto el recurso, indicando que el defecto está mal consignado pues carece de fundamentación jurídica, ya que la reforma a la cláusula XV del pacto social, simplemente se está aclarando el contenido de la cláusula existente; con la modificación a esta cláusula no se está realizando una limitación al capital, como tampoco se definen categorías de acciones.

Que no existe limitación al capital debido a que el espíritu de la cláusula es preservar derechos adquiridos de los socios, limitación que existe hoy en día y desde hace muchos años, por lo que el status quo de la sociedad se mantiene invariable, pues esta sociedad ya tiene la limitación a la acumulación de capital, donde nadie puede ser propietario en forma directa o indirecta por encima del 5% del capital social, y que no es cierto que se crean dos categorías de acciones distintas. Que dicha cláusula lo que pretende es proteger los derechos adquiridos de únicamente dos socios, que al momento de introducirse la reforma, contaban con un porcentaje levemente superior al 5% del capital social (sean: Botica García, S.A. con un 5.21% y Farmacia Chavarría, S.A. con un 5.03%), buscando dicha cláusula regular sus derechos adquiridos.

De igual forma, que la reforma introducida al pacto social de la sociedad anónima, en donde por voto unánime de todos los socios presentes en la asamblea y de común acuerdo modificaron la cláusula quince de la compañía, en pleno uso de sus facultades de auto reglamentación y respetando los límites legales de la misma. La limitación a la concentración de más de un 5% del capital social de un solo socio se justifica en la naturaleza de la compañía, la que se conforma de socios que a través de farmacias independientes se dedican a la venta de medicamentos a nivel minorista, y por ello los socios conscientes de la necesidad de conservar la naturaleza asociativa minorista, establecen esta limitación, además de que el Código de Comercio no prohíbe el establecimiento de una cláusula que evite la concentración del capital y más bien éste regula la transmisión de acciones, dejándolo a criterio de la Junta Directiva los casos en que se puede negar esa transmisión, según el artículo 138 del Código de Comercio, sin contrariar los preceptos de la libertad de empresa y el principio de autonomía de la voluntad.

Que desde el año 2001 se impuso la restricción que hoy rechaza el Registro y que la última reforma

data del 27 de noviembre del 2010, que actualizó el contenido de la cláusula XV de los estatutos sociales manteniendo la restricción vigente desde el 2001, donde el contenido cuestionado por el Registro se encuentra prácticamente invariable al inscrito, y que la reforma al contenido de esta cláusula respondió a la necesidad de clarificar su contenido, debido a que podía generar confusión entre los asociados.

CUARTO. SOBRE EL FONDO. El conflicto surge a partir de la ratificación del defecto señalado por el Registrador encargado del estudio del Tomo 2016, Asiento 108191, y que confirma la Coordinación del Registro de Personas Jurídicas, misma que es aprobada por la Dirección de Personas Jurídicas, mediante la resolución impugnada, donde se le previene al solicitante tácitamente el replantear su gestión; el tema central a dilucidar es si se está realizando en el acuerdo una limitación al capital específicamente en la modificación de la cláusula XV del pacto social de la empresa, en relación al artículo 120 y siguientes del Código de Comercio.

La reforma introducida al pacto social del estatutos XV de LABORATORIOS COMPAÑÍA FARMACEUTICA L C SOCIEDAD ANOMINA (LACOFA), para este Tribunal y en el singular caso de esta empresa, no contraviene el artículo 120 del Código de Comercio, mucho menos segrega a dos tipos de accionistas (puesto que no existe indicio que alguna de las acciones de los socios sean privilegiadas o especiales, todas las acciones indicadas en el caso concreto son comunes y le otorgan a los propietarios idénticos derechos), quienes poseen un máximo del 5% del capital social, y los que poseen un porcentaje mayor al 5% adquirido antes de la reforma; y esto fundamentado en el principio de autonomía de la voluntad y **la libertad de empresa**, ese libre accionar, desarrollo y permanencia de una compañía, que provee “*..bienes y servicios necesarios para atender la subsistencia y desarrollo integral de todas y cada una de las personas que integran la sociedad*” (Fernández Sessarego, Carlos. “Subjetivación de las empresas”, Revista peruana de derecho de la empresa). Interpretativamente, los socios de común acuerdo y en pleno uso de sus facultades de auto reglamentación, respetando todas las formalidades de ley establecidas no solo para una asamblea general ordinaria como extraordinaria así como el orden constitucional, buscan evitar la concentración de poder en manos de unos pocos accionistas, pues el interés común

es el de proteger el régimen de igualdad y democracia dentro de su entidad, donde se aprueban limitaciones impuestas a la concentración de acciones y a la vez, al control sobre las decisiones de la sociedad.

La asamblea de socios por su importancia y jerarquía es el ente supremo de la sociedad anónima, pudiendo decidir cualquier asunto relativo a la sociedad, según lo señala el artículo 152 del Código de Comercio:

“Las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia.

Las facultades que la ley o la escritura social no atribuyan a otro órgano de la sociedad, serán de la competencia de la asamblea.”

La asamblea es el ente deliberativo, un órgano típico y necesario, y se concibe como la reunión de accionistas, organizada de acuerdo con la ley y el estatuto de la sociedad, para conocer y resolver sobre los asuntos que tratará en el futuro la sociedad o para revisar las acciones y decisiones pasadas, administra el patrimonio y los negocios sociales. Decisiones que constan, según el estudio del expediente, desde la protocolización e inscripción de la Asamblea General Extraordinaria de LACOFA (tomo 496, Asiento 7535) en fecha 18 de agosto del 2001, y que abarca el planeamiento, organización, conducción y control de la empresa, junto con el antecedente más lejano de la cláusula DECIMO QUINTA, que señala la limitación a ***“...más del cinco por ciento del capital social de la sociedad...”*** (v.f. 70 del legajo de apelación)

De igual forma, como se observa en la certificación 42-2016 de las 10 horas del 2 de setiembre del 2016, únicamente son dos los socios que cuentan con un porcentaje mayor al 5% del capital social: Botica García, S.A. con 5.21% y Farmacia Chavarría, S.A. con 5.03%, donde no se están creando privilegios para estos dos únicos socios o cualquier otro que desee integrar LABORATORIOS COMPAÑÍA FARMACEUTICA L C, S.A., sino que se busca reconocer indirectamente los derechos adquiridos de estos miembros. La cláusula cuestionada busca aclarar los términos de

propiedad directa e indirecta de tenencia, cantidad y traspaso de las acciones, para todos los socios existentes como futuros de LACOFSA; es por ello que el apelante lleva razón al indicar que no se constituyen clases distintas de acciones comunes, sino disponen de la transferencia de tales acciones, limitando la concentración del capital por razones propias del negocio mercantil específico, desde el punto de vista de la lógica y experiencia en los negocios, no existe tal limitación a la libre empresa, se trata de un hecho donde los participantes dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas, dentro del marco jurídico vigente, todos de la mano del principio de autonomía de la voluntad y la libertad de comercio.

Por ello, este Tribunal no interpreta tal limitación como una desnaturalización de la sociedad anónima, sino de una limitación que los socios, no por mayoría sino de forma **UNÁNIME** consideraron, dentro de su ánimo de confluir en un proyecto societario específico; y no por ello es contraria al fin de lucro o al crecimiento empresarial de cada socio, como lo interpreta el registro originariamente en la calificación del registrador, avalada luego por la Coordinadora y la calificación de la Dirección, en este caso, la asociación de personas para un fin común no atenta contra el ánimo de lucro, más bien sus restricciones y condiciones que los socios han concertado de forma libre, son los medios y formas en que llegaran a ese objetivo, recuérdese que la naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro es muy diferente a las sociedades comerciales, donde se les aplica una legislación diferente acorde con la filosofía y los objetivos de cada una de ellas, o sea, el ánimo de lucro existe, pues el incremento o beneficio patrimonial de seiscientos cuarenta y seis socios activos, que representan veintinueve mil novecientos seis acciones, indica una naturaleza de búsqueda de ganancias evaluables, perceptibles e individuales.

Por otra parte, es importante indicar que el Registro de Personas Jurídicas no fundamenta cómo el artículo 120 del Código de Comercio deriva en una prohibición a la limitación de concentración de capital, tal que ello implique que la cláusula XV que se solicita inscribir, sea contra legem.

“ARTÍCULO 120.- La acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Las acciones comunes -también llamadas ordinarias- otorgan

idénticos derechos y representan partes iguales del capital social y deberán ser nominativas.”

No se fundamenta la ilegitimidad que se manifiesta, salvo lo indicado respecto del derecho de suscripción preferente, lo cual, dada la limitación acordada, mantendrían hasta un 5 % la participación de los socios en el reparto de dividendos, en reservas y en los activos al momento de la liquidación, por lo cual no cabría tal eventual perjuicio, es decir, no se violenta el derecho de suscripción preferente de acciones por parte de accionistas antiguos, siempre y cuando no sobrepasen ese 5% ya estipulado desde el año 2001.

El derecho de suscripción preferente, también llamado derecho de opción, ***“...Es un poder otorgado por ley al socio para adquirir, antes que cualquier tercero extraño a la sociedad y dentro de un plazo determinado, una parte proporcional a su aporte, del aumento efectivo realizado en el capital social.”*** (Jiménez Morua, Rosa María y Quesada Bianchini Mario. El derecho de suscripción preferente y el Derecho de recesso en las sociedades de capital. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciados en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la U.C.R., 1990, pp. 147 y 148).

El fundamento de este derecho es la protección de la participación del socio en los aumentos del capital social, sin embargo en sociedades donde el traspaso de las participaciones sociales se encuentra restringido a cumplir con requisitos legales o estatutarios deberán respetarse los mismos, es por ello que no se constituye una limitación al capital como erróneamente estableció el Registro, como se dijo, el espíritu de la norma es reconocer los derechos adquiridos de dos únicos socios, cuestión que no es prohibida por nuestro ordenamiento.

Por las consideraciones, citas normativas y doctrina expuestas, este Tribunal es del criterio que el recurso de apelación interpuesto por el licenciado Douglas Alvarado Castro, en su condición de notario autorizado a protocolizar el acta de asamblea general de socios de la empresa LABORATORIOS COMPAÑÍA FARMACEUTICA L C, S.A., debe ser declarado con lugar, por

lo que procede revocar la resolución final dictada por el Registro de la Propiedad Industrial a las nueve horas del veintitrés de agosto de dos mil dieciséis, para que se revoque el defecto y se inscriba el documento citas Tomo 2016 Asiento 10819 presentado en el Diario del Registro Público.

QUINTO. EN CUANTO AL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. Por no existir ulterior recurso contra esta resolución, de conformidad con los artículos 25 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, N° 7978, y 29 del Reglamento Operativo del Tribunal Registral Administrativo, Decreto Ejecutivo N° 35456-J, se da por agotada la vía administrativa.

POR TANTO

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, se declara **con lugar** el recurso de apelación interpuesto por el licenciado Douglas Alvarado Castro, en contra de la resolución dictada por el Registro de Personas Jurídicas a las nueve horas del veintitrés de agosto de dos mil dieciséis, el cual se **revoca**. El defecto señalado se revoca y deberá proceder el Registro de Personas Jurídicas a inscribir el documento presentado en el Diario del Registro Público bajo las citas Tomo 2016 Asiento 10819. Previa constancia y copia de esta resolución que se dejarán en los registros que al efecto lleva este Tribunal, devuélvase el expediente a la oficina de origen, para lo de su cargo. **NOTIFÍQUESE.**

Norma Ureña Boza

Leonardo Villavicencio Cedeño

Rocio Cervantes Barrantes

Jorge Enrique Alvarado Valverde

Guadalupe Ortiz Mora