

RESOLUCIÓN DEFINITIVA

Expediente 2017-0263-TRA-PJ

GESTION ADMINISTRATIVA DE OFICIO

**Douglas Alvarado Castro, apoderado especial de la COMPAÑÍA FARMACÉUTICA S.A,
Apelante**

Registro de Personas Jurídicas (Expediente de origen DPJ-079-2016)

[Subcategoría: Mercantil]

VOTO 0554-2017

TRIBUNAL REGISTRAL ADMINISTRATIVO. San José, Costa Rica, a las catorce horas con treinta y cinco minutos del diecinueve de octubre de 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 su condición de apoderado especial de la **COMPAÑÍA FARMACÉUTICA S.A**, con cédula jurídica 3-101-002403, en contra de la resolución dictada por el Registro de Personas Jurídicas, a las once horas del diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.

RESULTANDO

PRIMERO. Que según consta en el oficio DPJ-0407-2016 de 12 de setiembre de 2016, suscrito por el Máster Juan Carlos Sánchez García, quien es asesor jurídico del Registro de Personas Jurídicas, puso en conocimiento del citado Registro de una eventual errónea inscripción del capital social de la entidad denominada “COMPAÑÍA FARMACÉUTICA S.A cedula jurídica 3-101-2403, por violación a lo dispuesto en el artículo 120 del Código de Comercio y en el cual indica lo siguiente “(...) *En este sentido deseo indicar que exactamente el mismo contenido de*

la cláusula XV que se cuestiona para el caso de la empresa Laboratorios Compañía Farmacéutica S.A, es el contenido que fue inscrito de la empresa Compañía Farmacéutica S.A; y una vez realizados los estudios correspondientes para parte del Departamento de Asesoría Jurídica de este Registro a los movimientos registrales de la sociedad Compañía Farmacéutica S.A, cédula jurídica 3-101-002403 en los cuales se constata que se establecen varias limitaciones a los socios a saber: a) Que para ser socio tiene que ser propietario o copropietario de al menos una farmacia privada; y b) Que no podrán, mediante una transmisión directa o indirecta, ser propietarios o copropietarios de una cantidad de acciones que supere el cinco del capital social; lo procedente es la apertura de su respectivo expediente administrativo, a fin de investigar los hechos aquí planteados.”

SEGUNDO. Que mediante resolución de las trece horas quince minutos del trece de setiembre de dos mil dieciséis, la Asesoría Jurídica ordena la consignación de una advertencia administrativa como medida precautoria en la inscripción registral de la sociedad Compañía Farmacéutica S.A, cédula jurídica 3-101-2403. (v.f 30). Resolución que fue notificada al señor Carlos Eduardo Calvo Alvarado en su calidad de apoderado generalísimo de dicha compañía.

TERCERO. Que mediante resolución dictada por la Asesoría Jurídica del Registro de Personas Jurídicas de las 10:12:00 horas del 19 de setiembre de 2016, se confiere audiencia al señor Bernardo Miguel García Umaña en su condición de presidente de la Compañía Farmacéutica S.A (v.f 34) y mediante resolución de las 10:30:00 horas del 27 de setiembre de 2016 se notifica dicha audiencia al señor Carlos Eduardo Calvo Alvarado, en su condición de apoderado generalísimo de Compañía Farmacéutica S.A, en razón de haber resultado infructuosa la notificación al señor García Umaña. /v.f.46)

CUARTO. Que mediante escrito presentado a la Dirección del Registro de Personas Jurídicas el 26 de octubre de 2016, el licenciado Douglas Alvarado Castro, en representación de la sociedad Compañía Farmacéutica S.A, contesta la audiencia conferida y presenta “incidente de

nulidad de los actos administrativos” indicando lo siguiente: “1- Que existe falta de competencia de la Asesoría Jurídica al abrir un procedimiento de gestión administrativa, señalando que dicha competencia reside en la Dirección del Registro de Personas Jurídicas, manifiesta que los dos actos administrativos el de la apertura del expediente y la nota de advertencia hacen referencia a la Circular DRPJ-011-2010 y a su vez ésta hace referencia al artículo 2 del Decreto Ejecutivo número 31104, y según su criterio solo los Departamentos Jurídicos pueden “dictaminar”, pero no pueden abrir un procedimiento, indica que es una potestad que solo le compete al Director. Continúa manifestando que la Circular DRPJ-011-2010 señala que las resoluciones de prevención, apertura de expedientes, la adopción de medidas cautelares y gestiones de mero trámite no requerirán la firma de la Subdirección o Dirección. Afirma que la actuación del asesor trasciende el contenido del Reglamento del Registro Público y asume una potestad que no posee, ya que señala que la delegación o distribución de competencias requeriría de un Reglamento Autónomo y no de una circular como en este caso.2). Agrega que existe una defectuosa actuación procesal en el inicio de la gestión administrativa, ya que de conformidad con el artículo 84 del Reglamento del Registro Público, existen dos tipos de errores registrales, materiales o conceptuales, conteniendo el artículo 85 el error material y el 86 el error conceptual y que el debate jurídico que pretende iniciarse no corresponde a ninguno de esos dos errores, indica que el señor Sánchez García se limitó a decir que esa “errónea” inscripción violaría lo dispuesto en el artículo 120 del Código de Comercio, continúa manifestando que el oficio DRJ-0407-2016 enviado al señor Luis Gustavo Álvarez, Director de dicho Registro no corresponde a un informe de un registrador, argumenta que revisado el expediente no encuentra ninguna actuación de algún titular de derechos inscritos, o de persona alguna que pruebe tener interés en el asunto 3) Señala que existe una defectuosa definición del contenido de los actos, al respecto manifiesta que el contenido del acto consiste en i) declarar la apertura de oficio de una gestión administrativa por una eventual errónea inscripción del capital social de la sociedad anónima ii) ordenar la consignación de una advertencia administrativa. 4) Ausencia o defectuosa motivación, indica que el motivo de los dos actos se resume en una aparente violación del artículo 120 del Código de Comercio, señala

que su representada tiene el derecho constitucional de que le indiquen con exactitud y precisión las razones de hecho y de derecho que justifican el inicio de la gestión administrativa, continúa manifestando que la Procuraduría General de la República ha reconocido expresamente como parte integral del debido proceso y del derecho de defensa, el deber de la administración de motivar los actos y procede a citar la resolución de la Sala Constitucional N° 2003-07390 de las 15:28 horas del 22 de julio del 2003, argumenta que la administración lo único que ha informado a su representada es que existe una errónea inscripción del capital social al oponerse al artículo 120. 5) Violación al principio de legalidad, omisión de formalidades sustanciales y violación del debido proceso, al respecto señala que en este proceso existen cuatro motivos de nulidad absoluta 1- Defectuosa e ilegalidad en el inicio del procedimiento 2- falta de competencia de la autoridad administrativa 3-defectuoso contenido del acto administrativo por carecer de claridad y existir una evidente y manifiesta ilegalidad en el mismo.4-inexistente o defectuosa motivación del acto administrativo, argumenta que la ilegalidad en el inicio del procedimiento y la falta de competencia son dos graves vicios que atentan directamente contra el principio de legalidad, que este acto es disconforme con el ordenamiento por tratar de ejercer facultades ajenas al Registro Mercantil y por un funcionario que ha excedido las atribuciones otorgadas por el propio Reglamento del Registro Nacional, indica que los elementos del acto administrativo son motivo contenido y fin, y que en el inicio de esta gestión no existe ni contenido, ni motivo, lo cual implica una nulidad absoluta .6) Defensa Técnica sobre el fondo: presenta alegatos técnicos sobre la supuesta errónea inscripción del capital social , indicando que el capital social se encuentra definido en la cláusula cuarta inscrito bajo el tomo 2015 asiento 33567 el cual dice: "(...) *El capital social será la suma de dos mil cuatrocientos ochenta y seis millones ciento cuarenta y cinco mil quinientos noventa y dos colones representados por veintinueve mil novecientas seis acciones de OCHENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y DOS COLONES cada una íntegramente suscrita y pagada...*(...) continúa manifestando que en esa cláusula no se impone ninguna restricción o limitación y que no se encuentra violación al artículo 120 del Código de Comercio. 7) Supuesta ilegalidad en las limitaciones al respecto señala que existen dos limitaciones que no le gustan al Registro: a) que para ser socio tiene que

ser propietario o copropietario de al menos una farmacia privada b) que no podrán, mediante una transmisión directa o indirecta, ser propietarios o copropietarios de una cantidad de acciones que supere el cinco del capital social, agrega que lo que pareciera molestar al registro es que exista un tope del 5% del capital social de los socios, manifiesta que la limitación a la concentración de más de un cinco por ciento del capital social en un solo socio es parte de la idiosincrasia económica de la empresa y que en el Código de Comercio no existe regulación expresa que prohíba el establecimiento de una cláusula para evitar la concentración del capital, señala que la idea de la limitación a la acumulación de capital en esa empresa, nace con el fin de evitar las concentraciones de capital en pocas manos, lo cual podría generar políticas que desfavorezcan a los socios minoristas, y que de no existir este tipo de restricción se perjudicaría a la mayoría de socios, poniendo en riesgo incluso la subsistencia de la empresa, alega que las limitaciones son permitidas por el código de comercio y responden al ejercicio de la autonomía de la voluntad societaria. 8) Supremacía del principio de seguridad jurídica registral agrega que este principio cobra enorme importancia, toda vez que lo pretendido es generar efectos contra inscripciones registrales que superan los quince años, señala que lo pretendido en esta gestión es determinar si las limitaciones identificadas fueron acordadas con infracción a lo dispuesto por el artículo 120 del código de comercio y que la acción para decretar la nulidad prescribe en el término de un año conforme al artículo 177 del código de comercio, además que lo pretendido no puede ser conocido en sede administrativa según lo indica el artículo 179 del citado código.9) Materia exclusiva de la sede judicial alega que el fin de la gestión administrativa excede la función registral, pretende entrar en materia exclusiva de los Tribunales Civiles. Solicita declarar con lugar el incidente de nulidad absoluta planteado.

QUINTO. Que mediante resolución dictada a las once horas del diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, la Subdirección 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 el incidente de nulidad planteado por el abogado Douglas Alvarado Castro en su calidad de apoderado especial administrativo de la sociedad Compañía

Farmacéutica S.A II. Ordenar la inmovilización del asiento de inscripción registral de la sociedad denominada Compañía Farmacéutica S.A, titular de la cédula jurídica número 3-101-2403, en razón de que su estatuto violenta el artículo 120 del Código de Comercio concerniente al capital social, la cual se mantendrá hasta que se inscriba nuevo documento que subsane la anomalía acreditada. ...”

SEXTO. Que inconforme con lo resuelto, mediante escrito presentado ante el Registro de Personas Jurídicas, al ser las 9:00 horas del 19 de mayo de 2017, 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.

SETIMO. 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 FARMACÉUTICA S.A**, dice en lo conducente: “*(...) Cláusula Décimo Quinta. Para ser socio de la sociedad es indispensable que la persona física o jurídica sea propietaria o copropietaria de al menos una farmacia privada, según la definición legal del artículo 95 inciso a) de la*

Ley General de Salud. Esta restricción aplicará únicamente para nuevos socios. Limitaciones a la concentración de capital. Los socios no podrán mediante una transmisión directa o indirecta, ser propietarios o copropietarios de una misma 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 se cuestiona por parte del jefe de registradores tal limitación argumentando:
 - 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. 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 la sociedad COMPAÑÍA FARMACÉUTICA S.A contienen limitación, y que la inscripción solicitada, es 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.

TERCERO. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. El Registro de Personas Jurídicas, denegó el incidente de nulidad planteado al considerar que la cláusula XV de los estatutos relacionada al capital social impone condiciones y derechos tanto patrimoniales como políticos, diferenciados entre socios que por la naturaleza de la acción que poseen y por mandato de ley, deben de contar con idénticos derechos y con igual trato en la sociedad, que esas condiciones diferenciadas y desventajosas de unos socios frente a otros redundan en un debilitamiento de la libertad de empresa y que por ende contraviene la esencia misma de la sociedad anónima. Además, respecto de la libertad de empresa. critica el registro dos limitaciones que la referida clausula establece: a) la condición de ser dueño de una farmacia privada, ya que impide el acceso a la condición de socio de tal sociedad. b) no ser propietario de acciones que representen más del 5% del capital social, ya que impide al socio incrementar su participación y su capital accionario en la sociedad. Considera que se violenta el derecho de suscripción preferente de acciones por parte de accionistas antiguos, como salvaguarda de la conservación de la participación social del socio ante la emisión de nuevas acciones por parte de la sociedad y que respecto a. la cláusula XV establece dos clases de acciones en violación al artículo 120 del Código de comercio, las mayores al 5% de participación y las menores al 5% y que el hecho de que la inscripción data desde el año 2001 no convalida error de clausula contra legem.

Por su parte, el recurrente manifiesta su inconformidad señalando como primer agravio que el requisito de poseer una farmacia privada no constituye una limitación al capital, ya que dicho requisito está orientado en función de la actividad principal de la compañía y que resulta importante mencionar que la empresa Compañía Farmacéutica S.A tiene por giro comercial la importación, comercialización y fabricación de medicamentos. 2) señala que no existe limitación sino únicamente una restricción a la acumulación del capital.

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.

Agrega que el contenido de la cláusula XV ha sido avalada por un Tribunal Arbitral y que la idea de reformar dicha cláusula realizada en la asamblea general de socios del año 2015 respondió a la necesidad de clarificar el contenido de dicha cláusula ya que a como se encuentra inscrita podría generar confusión entre los asociados, señala que dicha observación fue realizada a la empresa Compañía Farmacéutica S.A y Laboratorios Compañía Farmacéutica LC S.A, como consecuencia de un arbitraje de derecho donde se cuestionó la validez de dicha norma, que específicamente se trató de un arbitraje interpuesta en contra de las empresas hermanas Compañía Farmacéutica S.A (COFASA) y Laboratorios Compañía Farmacéutica LC S.A (LACOFA) donde se cuestionó la validez de dicha cláusula y el cual fue tramitado ante el Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje (CICA) de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio, indica que el laudo arbitral estableció la validez y legalidad de dicha cláusula y únicamente planteó la conveniencia de aclarar su contenido, sin que nunca se estableciera la ilegalidad de la restricción que ahí se consigna.

Continúa manifestando que la legalidad del contenido de la cláusula XV ha sido revisado y avalado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la resolución de las 9:30 del 4 de agosto de 2016, la cual reafirma el hechos de que las disposiciones contenidas en la cláusula cuestionada, son únicamente para restringir la concentración de capital social en unas pocas manos lo cual no puede equipararse con una limitación a la transmisión del capital, por lo que reitera que la restricción incluida dentro del clausulado del pacto social de la compañía es una posibilidad conforme a derecho. Señala que en el proceso existen cuatro motivos de nulidad absoluta 1) Falta de competencia de la autoridad administrativa 2) Defectuosa actuación procesal en el inicio de la gestión administrativa 3) Defectuoso contenido del acto administrativo por carecer de claridad y existir una evidente y manifiesta ilegalidad en el mismo. 4) Inexistente o defectuosa motivación del acto administrativo, indicando que la ilegalidad en el inicio del procedimiento y la falta de competencia son dos graves vicios en este

procedimiento que atentan directamente contra el principio de legalidad, que el artículo 11 de la Administración Pública impone limitaciones al Registro de Personas Jurídicas que han sido desconocidas, manifestando que el asesor jurídico que inicia este procedimiento carece de las facultades legales para actuar 5) Violación al principio de legalidad, omisión de formalidades sustanciales y violación al debido proceso indicando que la actuación de la administración es absolutamente nula y no existe posibilidad alguna de ser convalidada, agrega que el contenido es ilícito, no hay motivo, y el funcionario carecía del sustento jurídico para iniciar la gestión administrativa del caso. Solicita declarar con lugar el incidente de nulidad absoluta y se declare sin lugar el proceso de gestión administrativa y se proceda a realizar el levantamiento de cualquier nota de advertencia existente en el asiento de la sociedad y se ordene el archivo del expediente.

CUARTO. SOBRE EL FONDO. El conflicto surge a partir del oficio DPJ-0407-2016 de fecha 12 de setiembre de 2016, suscrito por el Máster Juan Carlos Sánchez García, quien es asesor jurídico del Registro de Personas Jurídicas, quien pone en conocimiento del citado Registro de una eventual errónea inscripción del capital social de la entidad denominada “COMPAÑÍA FARMACÉUTICA S.A cedula jurídica 3-101-2403, por violación a lo dispuesto en el artículo 120 del Código de Comercio; el tema central a dilucidar es sí 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 estatuto XV de la COMPAÑÍA FARMACEUTICA SOCIEDAD ANOMINA, 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 COMPAÑÍA FARMACEÚTICA SOCIEDAD ANONIMA (tomo 2016, Asiento 108208), 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. 23 del expediente)

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 COMPAÑÍA FARMACÉUTICA S.A; 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 asesor jurídico, avalada luego por la Subdirección de Personas Jurídicas, 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 los socios activos, representados a través de sus 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 del 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%.

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.

Respecto al incidente de nulidad planteado señala que en el proceso existen cuatro motivos de nulidad absoluta 1) Falta de competencia de la autoridad administrativa y 2) Defectuosa actuación procesal en el inicio del procedimiento. En cuanto a estos dos agravios los mismos se contestaran en un mismo punto por cuanto se encuentran relacionados, al respecto se debe señalar que no lleva razón el apelante al alegar como agravio la falta de competencia de la Asesoría Jurídica, nótese que en el presente caso inicia con ocasión del oficio DPJ-0407-2016 de fecha 12 de setiembre de 2016, el Máster Juan Carlos Sánchez García, quien es asesor jurídico del Registro de Personas Jurídicas, pone en conocimiento del citado Registro de una eventual errónea inscripción del capital social de la entidad denominada “COMPAÑIA FARMACÉUTICA S.A, por violación a lo dispuesto en el artículo 120 del Código de Comercio; 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. Considera este Tribunal que la competencia dada por Ley en este caso al Registro de Personas Jurídicas para conocer de los casos de Gestión Administrativa se encuentra regulada en el Reglamento del Registro Público que es Decreto Ejecutivo número 26771-J en sus artículos 96 y 99, y además en cuanto la actuación de los asesores en estos procedimientos, su actuación se encuentra amparada al marco de legalidad toda vez que la Circular DRPJ -011-2010 establece que en procura de simplificar el trámite de los expedientes administrativos, así como en disposiciones de la Ley de control interno número 8292 y la Ley de Simplificación de trámites número 8220 y con fundamento en el Decreto Ejecutivo número 31104 artículo 2 que regula las funciones de los asesores jurídicos estableciendo como parte de sus funciones el colaborar con la Dirección y Subdirección en todas sus funciones, así como dictaminar la procedencia de apertura de los procesos de gestión administrativa, estableciendo que no requerirán la firma de la Subdirección o Dirección y que el trámite se hace bajo la responsabilidad del Asesor Jurídico. que tal y como

lo indicara el Registro dicha atribución es susceptible de delegarse administrativamente. En cuanto al segundo agravio defectuosa actuación procesal en el inicio del procedimiento, tal y como quedó indicado el inicio de la gestión administrativa surgió a raíz del oficio DPJ-0407-2016 suscrito por el Máster Juan Carlos Sánchez García, asesor del Registro de Personas Jurídicas el cual da inicio a la gestión administrativa de oficio, la cual se encuentra amparada al marco de legalidad que rige la materia, no provocándose con ese acto administrativo nulidad alguna tal y como lo pretende hacer ver el recurrente.

En cuanto al tercer agravio denominado “Defectuoso contenido del acto administrativo por carecer de claridad y existir una evidente y manifiesta ilegalidad en el mismo” y el cuarto “Inexistente o defectuosa motivación del acto administrativo”. Sobre estos puntos en particular es necesario recordar que el acto administrativo constituye la manifestación de la actividad administrativa, es decir, el medio del cual se vale la Administración para expresar su voluntad destinada a producir efectos jurídicos, garantizando y cumpliendo cabalmente con el derecho de respuesta para con los administrados a su derecho de petición como derecho fundamental constitucional. Así, el acto administrativo será válido y eficaz en el tanto sus elementos subjetivos y objetivos de carácter sustancial sean conformes con el ordenamiento jurídico. Dentro de tales elementos se encuentran el *motivo*, el *contenido* y el *fin*, estando debidamente regulados en los numerales 128, 130, 131, 132, 133 y 136, entre otros, de la Ley General de la Administración Pública. En lo que respecta al *motivo*, la Sala Constitucional ha reiterado la obligación de la Administración Pública de *fundamentar o motivar* debidamente los actos que le compete dictar, pudiéndose citar, entre otros, los Votos Números 2002-3464 de las 16:00 horas del 16 de abril del 2002 y 2002-1294 de las 9:38 horas del 8 de febrero del 2002. De igual manera, este Tribunal Registral Administrativo ha tenido ocasión de ahondar sobre el elemento de la *motivación*, al apuntar con respecto a ésta que: “(...) *constituye un requisito esencial del acto administrativo, por lo cual la Administración se encuentra obligada a expresar en forma concreta las razones que la inducen a emitir un determinado acto, consignando los hechos o antecedentes que le sirven de asidero fáctico, amén del fundamento jurídico o derecho*

aplicable. Según la doctrina, la motivación consiste en exteriorizar, clara y sucintamente, las razones que determinan a la autoridad administrativa a emitir el acto administrativo (...) Dentro de esta línea de pensamiento, resulta imprescindible recordar que constituye base esencial del régimen democrático y del estado de Derecho, la exigencia al Estado de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que justifican la adopción de una determinada decisión administrativa. En la práctica, tal requisito obliga a que la parte dispositiva o resolutive del acto administrativo, vaya precedida de una exposición de las razones que justifican tal decisión. La omisión de la motivación del acto administrativo, como elemento esencial del mismo, es sancionada en nuestro ordenamiento jurídico con la nulidad del acto (...)" (Considerando Segundo, Voto No. **001-2003**, de las 10:55 horas del 27 de febrero de 2003; véanse también los Votos No. **21-2003** de las 16:00 horas del 29 de mayo de 2003, y No. **111-2003** de las 10:10 horas del 28 de agosto de 2003, todos de este Tribunal), debiéndose acotar que el artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública, detalla los actos administrativos que deben ser motivados, incluyendo dentro de tales actos aquellos que impongan obligaciones, o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos.

En el caso que nos ocupa, este Órgano de Alzada considera que la resolución recurrida se encuentra debidamente fundamentada, por lo que no existe ilegalidad alguna, razón por la cual se declara sin lugar la solicitud de nulidad absoluta, de los cuatro elementos alegados por el apelante, por existir competencia y estar dictada la resolución formalmente dentro de los parámetros del principio de legalidad.

Respecto del contenido de la cláusula XV procede revocar la resolución final por el fondo, dado que el error de inscripción alegado no existe, por las siguientes razones:

Lleva razón el apelante en que con el contenido de la cláusula XV, 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: en razón del principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de comercio.

La Clausula XV y sus cambios han sido, no solo adoptados por la asamblea general en forma unánime, sino, que han sido debidamente publicitados en el Registro.

No interpreta este Tribunal tal limitación como una desnaturalización de la sociedad anónima, sino de una limitación que los socios dentro de su ánimo de confluir en un proyecto societario específico, así lo consideraron; y no por ello es contraria al fin de lucro como lo interpreta el registro originariamente en la calificación del registrador, avalada luego por el Coordinador y la calificación de la Dirección.

No fundamenta el Registro cómo del artículo 120 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. 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.

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 apoderado especial de la **COMPAÑÍA FARMACÉUTICA S.A**, debe ser declarado con lugar, por lo que procede revocar la resolución final dictada por el Registro de Personas Jurídicas, a las once horas del diecisiete de mayo de dos mil diecisiete y se proceda con el levantamiento de la nota de advertencia administrativa existente en el asiento de la sociedad **COMPAÑÍA FARMACÉUTICA S.A** y se ordene el archivo del expediente.

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, apoderado especial de la **COMPAÑÍA FARMACÉUTICA S.A**, contra la resolución final dictada por el Registro de Personas Jurídicas, a las once horas del diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, la cual se *revoca* y se proceda con el levantamiento de la nota de advertencia administrativa existente en el asiento de la sociedad **COMPAÑÍA FARMACÉUTICA S.A** y se ordene el archivo del expediente. 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

Kattia Mora Cordero

Ilse Mary Díaz Díaz

Jorge Enrique Alvarado Valverde

Guadalupe Ortiz Mora