

II. SOCIEDADES MERCANTILES.

II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

RESOLUCIÓN No. 32-2007

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA.- SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, GOICOECHEA, a las trece horas treinta minutos del ocho de agosto del dos mil siete.

Proceso especial tributario establecido por Agrosuperior S.A., cédula de persona jurídica número tres-ciento uno-doscientos setenta y dos mil ciento ochenta y siete, representada por Ricardo Fournier Vargas, mayor, casado, Ingeniero Civil, vecino de la Uruca, titular de la cédula de identidad número uno-cuatrocientos cincuenta y cuatro-setecientos veinte en su condición de Apoderado generalísimo sin límite de suma, **contra** El Estado, representado por Iván Vincenti Rojas, mayor, casado, abogado, titular de la cédula de identidad número uno-seiscientos noventa y cinco-novecientos ochenta y tres.

RESULTANDO:

1) Fijada la cuantía de este asunto en la cantidad de treinta y siete millones cuatrocientos treinta y tres mil colones (f.144), la presente demanda se interpone para que de conformidad con los hechos descritos, normas legales citadas, argumentos de derecho expuestos y pruebas ofrecidas, en sentencia se declare: "1) *Que por ser contrarias a derecho, se dejen sin efecto las sentencia identificadas bajo los números No. 251-2004, dictada por la Sala Primera del Tribunal Fiscal Administrativo, de las 15:00 horas del 19 de julio del año 2004, que confirmó la Resolución NO. AU10R-0230-2 dictada por la Administración Tributaria, de las 12:00 horas dos minutos del 30 de octubre del 2002 y la Resolución No. 348-2004P de las 14:00 horas del 27 de septiembre del 2004, que resuelve la adición y aclaración solicitada de la referida Resolución N 251-2004, de la Sala Primera del Tribunal Fiscal Administrativo. 2) Supletoriamente y en la remota posibilidad de que se estimara que las resoluciones impugnadas se encuentran ajustadas a derecho, se disponga en la sentencia respectiva que dentro de la lógica de la sentencia aquí impugnada, únicamente, procedería desconocer el monto del crédito aplicado con relación a la acciones clases "F" mas no así con relación a las acciones clases "G". 3) Que se condene al Estado al pago de ambas costas del proceso".*

2) Apersonado en tiempo, el Estado contesta negativamente la demanda opone en su defensa la excepción de falta de derecho, solicitando se desestime la demanda en todos sus extremos y se condene a la actora a pago de ambas costas de esta acción.-

II. SOCIEDADES MERCANTILES. II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

3) No se encuentran errores ni omisiones que impliquen nulidad ni indefensión para las partes, y:

REDACTA LA JUEZ MONTES DE OCA MONGE, y:

CONSIDERANDO:

I) HECHOS PROBADOS: De importancia para la solución de este asunto, se tienen los siguientes: **1.** El once de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, entre Hotel Camino Real, Sociedad Anónima (en adelante HCR) y Abonos Superior Sociedad Anónima, (en adelante cliente) firmaron contrato privado de suscripción de acciones, que contiene en lo que interesa las siguientes cláusulas: "... **Segunda:** Dichas acciones preferidas se dividirán en Acciones clase "F" y Clase "G" y sus descripciones y privilegios serán los siguientes: Las Acciones Clase "F" y Clase "G" tendrán un valor de **dos millones trescientos dieciocho mil ciento cuarenta y dos dólares cincuenta centavos** o su equivalente en clones a la fecha de la inversión, de cada clase, preferidas y nominativas de mil colones cada una, en donde únicamente generarán un rendimiento neto del nuevo por ciento (09%) anual en las de Clase "F", rendimientos que serán calculados sobre el valor nominal de las acciones indexado al dólar estadounidense al momento de la cancelación total por parte del **EL CLIENTE** de las acciones y que se pagará trimestralmente el primer día hábil de los meses abril, julio, octubre y enero de cada año, las acciones clase "G" no generarán rendimiento alguno. Cualquier retención que pudiera existir o que se le hubiese que realizar a dicho rendimiento sea cubierto por HCR bajo su costo. Los propietarios de dichas acciones no tendrán ni voz ni voto en las Asambleas Generales Ordinarias de Accionistas de HCR, salvo en las Asambleas que se indican en los artículos ciento treinta y nueve y ciento cuarenta y siete del Código de comercio. ambas acciones tendrán el privilegio de recompra sobre la base de su valor indexado en dólares de conformidad con la cláusula novena de este contrato... **Quinta:** HCR manifiesta que a esta fecha tiene vigente y en orden su contrato turístico número trescientos ochenta y siete, en el que se le autoriza a emitir acciones amparadas al artículo once de la Ley de Incentivos Turísticos, número seis mil novecientos noventa y además manifiesta que ha sido autorizada por la Comisión Reguladora de Turismo para vender acciones con este beneficio fiscal por al menos los montos indicados en este contrato, cumpliendo así con sus responsabilidades establecidas en el "**Procedimiento para Optar por los Beneficios del artículo once de la Ley seis mil novecientos noventa, Incentivos para el Desarrollo Turístico**", emitido por el Instituto Costarricense del turismo, copia del cual se adjunta al presente contrato. HCR además manifiesta su compromiso de mantener vigente y en orden su mencionado contrato turístico, por todo el plazo necesario para que **EL CLIENTE** por su cuenta y costo, pueda hacer valer sus derechos de beneficio fiscal, al igual que a interponer sus mejores esfuerzos para ayudar a **EL CLIENTE** a cumplir con los requisitos que a éste corresponden según el procedimiento citado, a efecto de que **EL CLIENTE** pueda favorecerse con el beneficio establecido. El beneficio fiscal de que goza la inversión, de conformidad con la Ley número 6990, quedará sujeto a que **EL CLIENTE**, reúna todas las condiciones a que hace referencia dicha Ley y que sea debidamente aprobada por las Autoridades Competentes... **Sétima:** **EL CLIENTE** en este acto otorga poder especial tan amplio como en derecho se requiera a **FINANCORP PUESTO DE BOLSA, S.A.**, para que en su nombre y costo, una vez inscrito el aumento de capital social y confeccionadas las acciones o certificado de propiedad de acciones, coloque dichas acciones o certificado en fideicomiso en un Banco del Estado miembro del Sistema Bancario Nacional o en la Bolsa Nacional de Valores, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo once de la Ley de Incentivos turísticos número seis mil novecientos noventa. **EL CLIENTE** estará en la obligación de realizar todos los trámites y llenar todos los requisitos que al efecto sean solicitados por el ICT, la Comisión

II. SOCIEDADES MERCANTILES.

- 3 -

II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

*Reguladora de Turismo y el Ministerio de Hacienda, para que el crédito fiscal le sea otorgado. FINANCORP PUESTO DE BOLSA, S.A, se compromete a reintegrar a EL CLIENTE los mencionados certificados de acciones al vencer el plazo de dos años previstos en la norma legal antes citada... Novena: International Realty Holdings, Inc. (en adelante IHR) ...se compromete a recomprarle a EL CLIENTE o a su tenedor y EL CLIENTE o su tenedor se compromete a venderle, las Acciones Clase "F" a más tardar el día treinta de septiembre del año dos mil dos y las Acciones Clase "G" a más tardar el día treinta de septiembre del año dos mil cuatro, por su valor nominal indexado al dólar estadounidense, según consta al dorso del documento mismo, o su equivalente al tipo de cambio de venta de referencia del Banco Centra de Costa Rica al día de pago. Décima: Cualquiera de las partes contratantes, de mutuo acuerdo o en forma unilateral, podrán comparecer ante Notario Público a efecto de protocolizar y convertir en instrumento público el presente contrato...." (f.10 a 12 del cuarto legajo administrativo); 2. La Dirección General de Tributación, mediante resolución número DT10R-987-1 de doce horas dieciséis minutos de diez de octubre del año dos mil uno, resolvió negativamente el reclamo administrativo de Abonos Superior S.A. contra el traslado de cargos 275-10-0478 referente al impuesto sobre la renta del período fiscal 98, disponiendo al efecto: "Con base en los fundamentos de hecho de derecho citados, a la luz de las pruebas y demás elementos de juicio que constan en el expediente, se declara sin lugar la impugnación formulada por el señor José Miguel Rodríguez Morán, cédula de identidad número 1-468-568, en calidad de Apoderado Generalísimo sin límite de suma de la contribuyente **Abonos Superior S.A.**, cédula jurídica 3-101-272187, en contra del Traslado de Cargos N°275-10-0478, referente al Impuesto sobre la Renta del período fiscal 98, formulados por la Subgerencia de Fiscalización de la Administración de Grandes Contribuyentes de esta Dirección General. En consecuencia, se determinan aumentos en dicho impuesto con respecto a lo declarado por la contribuyente, que ascienden a la suma de ₡37.433.000,00 (treinta y siete millones cuatrocientos treinta y tres mil colones) en el período fiscal 98. Contra la presente resolución caben los recursos de revocatoria y apelación en subsidio, que deben ser interpuestos dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación. El libero que los contenga debe ser dirigido a esta Dirección y presentarse en las oficinas de la Administración de Grandes Contribuyentes. El recurso de revocatoria será resuelto por esta dirección y el de apelación por el Tribunal Fiscal Administrativo. Para efectos contables, por aparte se confeccionarán los formularios de rigor. Notifíquese" (f. 45 a 106 del segundo legajo administrativo); 3. La misma Dirección General de Tributación por resolución número AU10R-0230-2 de doce horas dos minutos de treinta de octubre del dos mil dos declara sin lugar la excepción de litis pendencia, el incidente de nulidad y el recurso de revocatoria interpuestos por el señor Ricardo Fournier Vargas en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de Abonos Superior S.A., fusionada con Agrosuperior S.A., la cual prevalece, en contra de la resolución DT10R-987-1; admite y da curso al recurso de apelación presentado y emplaza al recurrente dentro del plazo de quince días (f. 128 a 161 del segundo legajo administrativo); 4. Por resolución número 251-2004-P, dictada a las quince horas del diecinueve de julio del año dos mil cuatro, la Sala Primera del Tribunal Fiscal Administrativo declara sin lugar la litis pendencia y nulidad alegadas, confirma la resolución DT10R-987-1 dictada por la Dirección General de Tributación y da por agotada la vía administrativa (3 a f. 52 del expediente judicial); 5. Mediante resolución número 348-2004-P de las catorce horas de veintisiete de setiembre del dos mil cuatro, la Sala Primera del Tribuna Fiscal Administrativo rechaza ad portas (sic) la adición y aclaración formulada (f.54 a 63 del expediente judicial); 6. En vista ordenada por la Sala Primera del Tribunal Fiscal Administrativo, celebrada a las diez horas del once de marzo del dos mil cuatro, se consignó lo siguiente: "...Siendo la hora y fecha señaladas para evacuar la prueba señalada en autos, se efectúa la vista oral de la*

www.iusmercatorum.com

Esta resolución fue tomada de la página www.pgr.go.cr/scij
El resaltado de partes del texto es obra de la Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco.

II. SOCIEDADES MERCANTILES. II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

*contribuyentes APLICA S.A., ABONOS SUPERIOR S.A., AGRICULTURA MECANIZADA S.A., ALQUILER DE CARROS TICO S.A., CENTRO COMERCIAL MULTIPLAZA S.A., FINANCORP PUESTO DE BOLSA S.A.; Presentes en este acto los abogados directores ...; el Presidente, Miembros Asistentes e Instructora del Tribunal Fiscal Administrativo. El presente asunto versa sobre recurso de apelación sobre incentivos turísticos. Las empresas firmaron un "contrato privado de suscripción de acciones con el Hotel Camino Real S.A. y la sección fiscalizadora, efectuó ajustes rechazando los créditos fiscales en la declaración del Impuesto sobre la Renta; crédito fiscal por el 50 por ciento de la inversión en la compra de acciones del contrato turístico del Hotel Camino Real S.A., contrato turístico N°387 celebrado entre el Hotel Camino Real y el ICT. Entre los argumentos de descargo presentados ante la Administración Tributaria están la Excepción de Litis Pendencia, Incidente de nulidad de actuaciones, la participación de la Comisión Reguladora de Turismo, el Principio de la Realidad Económica en donde la Ley 6990 busca incentivar el sector turístico; la Administración cuestiona la forma en que el Hotel Camino Real ha emitido acciones, que implica un cambio de criterio del legislador. Lo que interesa es la compra real de las acciones por parte de los inversionistas. **La emisión de las acciones como la inversión fueron debidamente autorizadas por el ICT** (punto medular en el presente asunto). No se afecta el fin de la Ley N°6990. Esta Ley no prohíbe la emisión de acciones preferentes y otorgarles un rendimiento. El artículo 11 de la Ley 6990 no impide el contrato de recompra.- Los representantes y abogados se reiteran la pretensión original de que se dejen sin efecto los ajustes practicados por la oficina A Quo. Los representantes aportan documentación que consiste en filmas que amplían los criterios externados en la vista oral. Léida la anterior acta a los comparecientes manifiesta que la aprueban y firman a las once horas cuarenta minutos del once de marzo del 2004.. firmas" (f.181 del segundo legajo administrativo); 7. Los hechos en que se fundamentó la liquidación previa notificada al aquí actor mediante el Traslado de cargos número 2751000428 y que llevó a desaplicar el crédito fiscal por inversión turística fueron los siguientes: "1. El 11 de setiembre de 1998 se firmó un "Contrato Privado de Suscripción de Acciones" entre el Hotel Camino Real S.A. y Agricultura Mecanizada ... 2. Mediante dicho contrato esta última adquirió 37.433 acciones clases "F" por un monto de €37.433.000,00 y 37.433 acciones clases "G" por un monto de €37.433.000.00 para un total de €74.866.000.00... 3. Según la cláusula segunda de este contrato, se establece que las acciones clases "F" generarán un rendimiento neto del nueve por ciento (0.9%) anual, pagaderos "trimestralmente el primer día hábil de los meses de abril, julio, octubre y enero de cada año "... 4. En la cláusula octava del contrario mencionado se indica que dichos rendimientos "serán calculados sobre el valor indexado, o dolarizado, rendimientos que se pagarán en dólares estadounidenses o su equivalente al tipo de cambio de venta de referencia del Banco Central de Costa Rica al día de pago"... 5. Para el Período Fiscal 98 Abonos Superior s.A. se aplicó un crédito al Impuesto sobre la Renta por concepto de inversión en acciones en el Hotel Camino Real S.A. amparadas al artículo 11 (derogado mediante la Ley 7293 del 31 de marzo de 1992) de la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico (Ley 6990), por un monto de €37.433.000.00. Por lo expuesto anteriormente, esta oficina (Administración Tributaria de Grandes Contribuyentes) considera que: La actuación del Hotel Camino Real S.A. contraviene el espíritu de la ley 6990, que busca incentivar al sector turístico, ya que esta empresa, ha venido emitiendo títulos de deuda (préstamos) en lugar de acciones, contraviniendo el artículo 11 de la Ley de Incentivos al Desarrollo Turístico, el cual procura recursos sanos a las empresas turísticas para su desarrollo mediante la emisión de capital accionario y en ningún momento es crear obligaciones financieras que las lleven a endeudarse. Lo que pretende el Hotel Camino Real S.A. es financiarse a una tasa de interés preferencial a través de un préstamo, lo cual se manifiesta en los siguientes hechos. a. Al indicar una fecha establecida de recompra de títulos, lo que se expresa es la fecha de vencimiento de la deuda; b. El compromiso de la recompra, la cual no es opcional sino que existe un compromiso expreso tanto del hotel como del inversionista; c. La obligación del pago de rendimientos o intereses sobre el préstamo, independiente de los*

II. SOCIEDADES MERCANTILES.

- 5 -

II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

resultados financieros del Hotel; d. El compromiso de la recompra al valor nominal de las acciones, sin considerar la plusvalía generada por el Hotel como empresa en marcha; e. Los contratos de compra y venta de algunos títulos establecen que no generan ningún derecho de los dividendos, ni de la parte proporcional de las utilidades retenidas, ni de las revaluaciones de patrimonio, ni de capital pagado en exceso del Hotel Camino Real S.A.; f. EL Hotel obtiene en esta forma un financiamiento a una tasa de interés menor que la que tendría que pagar a través de otro tipo de financiamiento; y el inversionista obtiene un rendimiento superior que el que obtendría mediante cualquier otro tipo de instrumento de inversión; g. El hotel deduce de su declaración de impuesto sobre la renta todos los gastos relacionados con la emisión, rendimientos y recompra de los títulos, lo cual reafirmar que son títulos de deuda y no acciones, por cuanto los gastos relacionados a una emisión de acciones, así como pago de dividendos no son gastos necesarios, útiles y pertinentes para generar rentas gravables. Como ha sido demostrado el Hotel Camino Real, emitió títulos de deuda y obligaciones, por lo que las autorizaciones que le otorgó el Instituto Costarricense de Turismo, para emitir capital preferente no está apegado al espíritu del artículo 11 de la Ley 6990, además de que al recomprar los títulos clase "B" en el mes de setiembre de 1977 y volverlos a emitir en el mes de diciembre de 1997 bajo la clasificación "F", violenta el artículo 11 de la Ley 6990, ya que dichos títulos como habían sido recomprados se encontraban en tesorería por lo que si hubiera emitido acciones en el año 1997 y 1998, los títulos clases "B" cambiados a clase "F" no aumentaron el capital accionario, por lo que el aumento de capital autorizado por el Instituto Costarricense de turismo por los títulos clases "F" en ningún momento se dio, ya que la empresa lo que hizo fue poner en circulación nuevamente los títulos clases "B" que se habían emitido en el año 1993. En consecuencia, esta Oficina: 1. De acuerdo al artículo 8, del Código de Normas y Procedimientos, en cuanto, las forma jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la ley tributaria se debe aplicar prescindiendo de tales formas, y artículo 12 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, dado que los convenios referentes a la materia tributaria celebradas entre particulares no son aducibles en contra del fisco, procede a rechazar el crédito aplicado por Abonos Superior S.A., referente a la inversión en acciones por Contrato Turístico del Hotel Camino REal S.A. 2. Considera que de acuerdo a lo expuesto anteriormente, el crédito fiscal aplicado por su representada, por adquirir acciones del Hotel Camino Real S.a., amparadas al Artículo 11 (derogado mediante Ley 7293 del 31 de marzo de 1992) de la Ley 6990, Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico y al Contrato Turístico No. 387 de dicho Hotel, es improcedente y por lo tanto procede a rechazar el crédito fiscal deducido en su declaración de impuesto sobre la renta en el período fiscal 1998, por cuanto lo que se adquirió fueron títulos de deuda y no acciones preferentes, como se trató hacer creer..." (f.4 a 8 del segundo legajo administrativo).-

II) DE LOS ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA: En su escrito de formalización la parte actora argumenta: **A) En cuanto al Impuesto Sobre la Renta:** que corresponde únicamente a la Asamblea Legislativa la interpretación literal de las normas, siendo entonces que la interpretación que en los términos vistos realizó la Sala Primera del Tribunal Fiscal Administrativo resulta impropia, excediendo sus competencias.- Agrega que de la literalidad del texto del artículo 11 de la Ley de Incentivos Turísticos no comprende lo que se dispuso administrativamente, desprendiéndose del mismo únicamente varios requisitos que fueron cumplidos a cabalidad por el inversionista, numeral que se encuentra en el acápite titulado "financiamiento de las compañías turísticas", donde las acciones preferentes es una de ellas. **B) De la responsabilidad objetiva:** Afirma que tiene su base exclusivamente en la realidad del daño sufrido por un apersona con independencia de su causante, que supone la quiebra del principio de responsabilidad por hechos culposos y propios. Analiza el hecho de que el artículo 11 de la Ley 6990 nos lleva a identificar dos partes necesariamente

II. SOCIEDADES MERCANTILES. II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

involucradas, el inversor que debe cumplir con los requisitos y las sociedades turísticas receptoras del financiamiento; además de que considera aplicable al caso concreto el principio penal denominado Principio de Personalidad, mediante el cual se establece que nadie puede ser penado por los actos realizados por terceros; así, un sujeto contribuyente no puede ser objeto de un ajuste fiscal por hechos que no ha realizado e inclusive por actos que realizó otro sujeto dentro del ámbito de su actividad. Considera que no es determinable que el inversor sea objeto de un ajuste por actos que realiza y establece la sociedad turística, es decir, las condiciones de la inversión no pueden ser oponibles al caso concreto, ya que como inversor cumplió a cabalidad todo lo que la norma establecía. El hecho de que la sociedad turística halla establecido requisitos concretos a las acciones en la que se invirtió la actora, es puramente una actitud punible solo a la sociedad y no al inversor. La responsabilidad objetiva cobra vida en el momento en que al inversor lo hacen responsable por actos concretos que llevó a cabo la sociedad turística, que no son imputables al que realiza el financiamiento. Insiste en que el rendimiento que establece la sociedad turística, así como, el pacto de recompra que se menciona en la compra de acciones, además de ser comercialmente lícitos, no alteran lo que literalmente establece la norma, ni inciden en el hecho de que el inversionista dedicó parte de sus medios al financiamiento, que mantuvo los mismos en un fideicomiso como la norma lo establece, durante el período que la misma indica, recibiendo el visto bueno de órgano administrativo autorizado al efecto, por lo que es imposible que la Administración establezca que el mismo incumplió el trámite normativo que permite la exoneración y por ende, la misma no es aplicable. Es por esas razones que considera que la Administración no puede ni debe alegar que la actora no tenga derecho al beneficio, pues cumple con todos los parámetros que la norma estipula para poder aplicar la exoneración en análisis. **C) Sobre las acciones preferentes:** La intención de la disposición en discusión es la de procurar recursos a las empresas turísticas para su desarrollo mediante la emisión de capital accionario. El hecho de emitir acciones preferentes y acordar en ellas un rendimiento para el inversionista no tiene la virtud de violentar lo dispuesto por el artículo 11 ya mencionado, disposición que no prohíbe ni convalida tal proceder. Continúa afirmando que el ordenamiento comercial (previa cita del artículo 121 del Código de Comercio) no establece restricciones o regulaciones específicas en cuanto a la posibilidad de aplicar rendimientos o intereses ni bajo qué términos o condiciones se deben establecer las mismas, más bien, instaura un régimen de libertad absoluta y deja a la voluntad de las partes el definir las preferencias o restricciones que pueden ser aplicables a una acción societaria.- Considera que el contraste entre la posibilidad de establecer acciones preferentes bajo una libertad comercial y el hecho de que la norma (artículo 11) no regula el tipo de acciones en las que se debe invertir, permite poner en entredicho, una vez más, la actitud de la Administración que no logra convencer con argumentos debidamente fundados el por qué de ese ajuste, demostrando que el inversionista simplemente siguió al pie de la letra lo que la norma establecía sin salirse en ningún momento de los lineamientos que jurídicamente se establecen. **D) Sobre un error garrafal de la sentencia impugnada:** Considera como craso error el haber denegado el beneficio turístico en virtud de que la actora se adhirió a un plan de inversión caracterizado por acciones preferentes, cuya particularidad cardinal lo era el pago de un rendimiento, lo cual a juicio de la Administración comporta un beneficio adicional distinto a la prerrogativa aplicable a crédito fiscal del cincuenta por ciento de la inversión efectuada. Reitera su posición de que efectivamente adquirió 37.433 acciones clase "F" y el mismo número de clase "G", generando las

II. SOCIEDADES MERCANTILES.

- 7 -

II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

primeras un rendimiento neto del 9% anual, pagaderas trimestralmente el primer día hábil de los meses abril, julio, octubre y enero de cada año y no sucediendo lo mismo respecto de las últimas mencionadas, respecto de las cuales en su criterio no operó el doble beneficio que se cuestiona; por lo que respecto de éstas no se produjo el acusado incumplimiento a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 6990.

III) DE LOS ARGUMENTOS DEL ESTADO: Expone como antecedente el contrato privado suscrito entre el Hotel Camino Real S.A. y Agricultura Mecanizada S.A. hoy Abonos Superior S.A. el 11 de setiembre de 1998, el Estado opone la defensa de falta de derecho y explica: **A) Sobre la fiscalización que efectúa la Administración Tributaria:** El beneficio otorgado en el artículo 11 de la Ley 6990 derogado por Ley 7293 de 31 de marzo de 1992 en relación con el Decreto Ejecutivo 16605-H derogado por Decreto Ejecutivo No. 24863- HTUR de 5 de diciembre de 1995 consistía en la posibilidad de que las personas físicas o jurídicas que invirtieran en la compra de acciones de empresas sujetas a contratos turísticos pudieran deducir parte de esa inversión en la declaración del impuesto sobre la Renta, beneficio que se ha mantenido para aquellas empresas que habían suscrito contratos turísticos durante la vigencia del referido artículo. Para confirmar su tesis de que el Ordenamiento Jurídico otorga a la Administración Tributaria la función fiscalizadora sobre las empresas beneficiarias de "incentivos turísticos", la representación estatal hace un análisis comparativo de los artículos 99, 103 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, 62 de la Ley del Impuesto sobre la Renta y 12 de la Ley No. 6990 de Incentivos Turísticos, para concluir que dichas normas confirman que la Administración Tributaria ha sido investida por potestades de fiscalización amplias en materia fiscal y que en función asesora de conformidad con el artículo 12 de la Ley 6990, ha tratado el tema por ser de contenido tributario, verificando el correcto uso del incentivo concedido a la aquí accionante. **B) Alcances del artículo 11 de la Ley 6990:** Al respecto expone que la desaplicación de un crédito fiscal en la declaración del impuesto de la renta de la actora para el período 1998 se funda en el artículo 11 de la Ley 6990, cuando la inversión se realice por medio de compra de acciones nominativas de sociedades domiciliadas en Costa Rica con un contrato turístico; acciones que deberán quedar en fideicomiso e un banco del Estado o en la Bolsa Nacional de Valores por un plazo no menor a dos años. La discusión no se centra en cuál tipo de acción se suscribió entre el Hotel y la actora, es decir, si se trata de acciones comunes o preferentes, sino en que lo emitido por el Hotel no puede ser considerado como acciones, pues no presentan las características de dicho título; sino que por el contrario, se trata de obligaciones de préstamo, lo que se evidencia con la emisión de supuestas acciones clase "F" que establecían un interés elevado y la obligación de recompra, incluidas las acciones de clase "G" a la empresa inversora, lo que demuestra en su criterio que se trata de títulos de deuda. Esta tesis la confirman con la exposición de los siguientes aspectos: "Se estableció la obligación de pago de rendimientos fijos (9% anual) sobre las acciones como único rendimiento que sería calculado sobre el valor nominal indexado al dólar estadounidense al momento de la cancelación total por parte del Inversor. Ello equivale a los intereses sobre el préstamo, independiente de los resultados financieros del Hotel (cláusula segunda del Contrato de suscripción de acciones); se establece como privilegio la recompra de acciones, que en realidad es la obligación del Hotel Camino Real S.A. de recomprar (y la obligación de revender por parte de la aquí actora) obligatoriamente las acciones, señalando para ese efecto una fecha

www.iusmercatorum.com

Esta resolución fue tomada de la página www.pgr.go.cr/scij
El resaltado de partes del texto es obra de la Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco.

II. SOCIEDADES MERCANTILES.

II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

específica y predeterminada para recomprarlas, que en realidad representa la fecha de vencimiento de la deuda (cláusula segunda in fine y novena del Contrato de suscripción de acciones), obteniendo el Hotel un financiamiento a una tasa de interés menor que la que hubiera tenido que pagar a través de otro tipo de financiamiento, y el inversionista obtuvo un rendimiento superior al que obtendría mediante cualquier otro tipo de instrumento de inversión, en contravención del artículo 11 de la Ley 6990 cuyo objeto es el incentivo a la inversión, entendida esta como la captación de recursos libres y no sujetos a obligaciones; la recompra se efectuaría al valor nominal de las acciones indexado al dólar estadounidense (cláusula novena del contrato de suscripción de acciones) sin considerar la plusvalía del Hotel; se indica expresamente que el único rendimiento de las acciones es de un 9% para la clase "F", no así para la clase "G". No se indica que los tipos de acciones señalados generen derechos a los dividendos, a las utilidades retenidas, a las revaluaciones de patrimonio o al capital pagado en exceso del Hotel; finalmente, que el Hotel deduce en su declaración de impuesto sobre la renta, todos los gastos relacionados con la emisión, rendimientos y recompra de los títulos, lo cual confirma que se trata de títulos de deuda y no acciones, por cuanto los gastos relacionados a una emisión de acciones, así como pago de dividendos, no son gastos necesarios útiles y pertinente para generar rentas gravables (traslado de cargos, folio 7 del expediente administrativo); todo para concluir que las mal llamadas "acciones preferentes" emitidas por el Hotel Camino Real S.A. no son más que obligaciones de crédito contraída con inversionistas como los aquí actores, instrumentos negociados entre ellos que no responden en modo alguno a acciones societarias con las características que deben poseer a los efectos del beneficio fiscal cuya denegatoria se discute. **B) De la Interpretación del artículo 11 de la Ley 6990:** Considera la representación estatal que la interpretación que del artículo 11 de la Ley 6990 que da la parte actora es errada, no sólo porque no es conteste con su contenido sino de acuerdo con jurisprudencia administrativa y judicial que existe en relación y que sostiene que la ley de comentario fue dispuesta para incentivar la industria turística donde no basta la constatación de requisitos formales sino el deber de verificación por parte de la Administración Tributaria de que tanto la suscriptora del contrato turístico como los inversores cumplan el espíritu de la misma, cerciorándose de que los recursos captados por dichas empresas respondan a una inversión sin ningún tipo de sujeción que comprometan la devolución de lo invertido e intereses en un plazo determinado; en síntesis, sobre la correcta utilización del beneficio tributario, cuya potestad de fiscalización descansa en la Administración Tributaria, la cual no está limitada a la constatación de los aspectos formales contemplados en la norma; beneficio fiscal que dice no opera de pleno derecho pues implica una disminución en el ingreso al fisco. Informa la representación estatal que la posición adoptada y externada en la resolución impugnada encuentra sustento en varios dictámenes de la Procuraduría General de la República que resultan de acatamiento obligatorio para la Administración Pública, sin que la Administración Tributaria pueda desconocer su contenido, salvo que resulten modificados o anulados por sentencia judicial; dictámenes que no han sido cuestionados a la fecha con tal propósito.- Agrega que en virtud de que la actora ataca la interpretación dada por la Administración al numeral 11 de la Ley 6990, debió dirigir su pretensión de nulidad contra los dictámenes respectivos y que sirvieron de sustento a la resoluciones dictadas por Tributación y el Tribunal Fiscal Administrativo, resultando su pretensión incompleta.- **C) De la Responsabilidad Objetiva:** Afirma que el argumento que en este sentido plantea la parte actora no puede ser conocido sin que se integre la litis con el Hotel Camino Real S.a., toda vez que dicho argumento

II. SOCIEDADES MERCANTILES.

- 9 -

II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

atribuye la responsabilidad única y exclusivamente a dicha empresa, lo que evidentemente genera consecuencias para ella, configurándose entonces un litis consorcio pasivo necesario al tener de lo dispuesto en el artículo 106 del Código Procesal Civil, en virtud de que para exonerarse la actora de responsabilidad aduce fue objeto de engaño por parte del Hotel, siendo que el inversionista en su calidad de socio de la empresa turística se encuentra en la obligación de vigilar el actuar de la empresa en la que invierte, toda vez que es, precisamente, el cumplimiento de sus obligaciones y la transparencia en la negociación, condicionantes para que proceda el disfrute del beneficio fiscal.- **D) De la Pretensión Subsidiaria:** Solicita se declare improcedente e inatendible, toda vez que no contiene la solicitud de declaratoria de nulidad parcial o total de los actos administrativos emitidos por la Administración Tributaria con lo cual se violenta el numeral 1.18 y 22 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; donde el Despacho no puede proceder a estimar esta pretensión pues ello involucraría al menos declarar parcialmente nula las resoluciones dictadas por el Tribunal Fiscal Administrativo sin que ese extremo haya sido peticionado por la actora.- No podría el Despacho desaplicar un extremo del acto -lo que se refiere a acciones clases "G"- sin haberse puntualizado el vicio de legalidad que daría pie a eliminar la eficacia del acto administrativo.- De todas formas, continúa diciendo la representación estatal, las acciones clase "G" aunque respecto de ellas no se estableciera un rendimiento fijo como el acordado para las de clase "F", también fueron establecidas con privilegio de recompra en fecha determinada, lo que las desvirtúa como acciones societarias y en consecuencia inadmisibles el beneficio o crédito fiscal denegado administrativamente.

IV) Las pretensiones del actor están claramente definidas, dirigidas tanto la principal como la subsidiaria a alcanzar que por decisión judicial se dejen sin efecto las resoluciones que le denegaron la aplicación de un crédito fiscal por la compra de acciones que denominaron privilegiadas, tanto las de clases "F" como las de clases "G" o bien, (pretensión subsidiaria) únicamente respecto de aquellas identificadas como clase "G", por no producirse en relación con estas últimas un doble beneficio ni el acusado incumplimiento.- Pues bien, resulta de importancia para este Tribunal dejar sentado desde un inicio que ni en vía administrativa ni a lo largo del proceso que nos ocupa se ha cuestionado la procedencia, legalidad y validez de las acciones societarias de carácter privilegiado como tampoco la naturaleza, también dentro de los límites de nuestro Ordenamiento Jurídico, el negocio de recompra de acciones. El Quid del asunto se identifica como el cuestionamiento de si la inversión que hizo la aquí actora encuadra como acciones privilegiadas y en razón de ello si es o no sujeto del crédito fiscal que reguló el artículo 11 de la Ley 6990 que le fuera denegado, como consecuencia de la fiscalización de la Administración Tributaria cuya competencia para ello también ha sido cuestionada.- De lo anterior deviene necesario, referirse a cada punto en concreto, para llegar a definir si las resoluciones impugnadas tienen o no respaldo de nuestro Ordenamiento Jurídico.-

V) DE LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA: Concuera en un todo este Tribunal con las afirmaciones que hace la representación estatal en su libelo de contestación como de los argumentos esgrimidos por Tributación Directa y la Sala Primera del Tribunal Fiscal Administrativo.- La potestad de fiscalización de la Administración Tributaria en materia atinente a tributos en general, le está conferida por ley (artículos 103 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, 62 de la Ley del Impuesto sobre

II. SOCIEDADES MERCANTILES. II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

la Renta y 12 de la Ley 6090 de Incentivos Turísticos), y no se agota ni se limita con la lectura del artículo 11 de la Ley 6990 que no la concede expresamente.- En materia tributaria es sabido que nuestro Ordenamiento Jurídico encomendó su tutela al Ministerio de Hacienda y a través de él a Tributación Directa y sus restantes órganos, lo que no puede desconocerse como se ha pretendido en este asunto; máxime cuando se trata como es el caso que nos ocupa de una disminución del ingreso al fisco, por vía de exoneración, asistiéndole no sólo el deber sino la obligación de verificar como se ha dicho, requisitos formales que se exigen sino la operación de encuadrar la hipótesis al cuadro fáctico concreto, esto es, una exoneración concedida en abstracto para las empresas cuando éstas realicen la inversión en concreto.- Resulta innegable para este Tribunal el hecho de que el contrato turístico suscrito por Hotel Camino Real S.A. fuera complementado con un beneficio de crédito fiscal para sus inversores, de lo cual hipotéticamente hablando sería beneficiaria la empresa aquí actora; sin embargo, al momento de aplicar tal crédito fiscal, la Administración Tributaria contaba como se ha dicho, con la potestad de verificar que realmente se tratara de una inversión para promover el desarrollo de la actividad turística, lo cual realizó dentro del ámbito de su actividad y funciones propias de su naturaleza.- No se encuentra vicio alguno en el despliegue de actividad de la Administración Tributaria, a quien le compete legalmente la fiscalización en el tema de tributos y sus respectivas exoneraciones, por ser consecuencia de los primeros, cuando así lo dispone expresamente la ley.-

VI) DE LAS ACCIONES PRIVILEGIADAS: Como se adelantó supra, ningún cuestionamiento se ha hecho respecto de la procedencia de acciones societarias de carácter privilegiado, pues así lo permite la ley mercantil; sin embargo es oportuno hacer una referencia a este tipo de acciones para determinar no solo su contenido, alcances y extensión sino además y no menos importante, su objetivo dentro de una sociedad mercantil; de manera que pueda este Tribunal determinar si lo que la empresa realizó fue una compra de acciones privilegiadas o bien otro tipo de negocio. La acción, como expresión de la participación social y status del socio que resume los derechos y obligaciones que le competen al socio (su titular), se define como: "*...el título circulativo que incorpora y certifica la participación efectiva en la vida del ente social, con todos los derechos y deberes que de ella descienden*" (CERTAD Maroto, Gastón. "*Meditaciones a propósito de acciones y cuotas de sociedades de capital*" en *Iustitia*, San José Costa Rica, Año 3, No. 30, Junio, 1989, p.11).- En virtud de los principios de paridad en el trato, uniformidad o identidad entre las acciones o de paridad de derechos, nuestro Código de Comercio en el artículo 120 establece que las acciones comunes y ordinarias otorgan idénticos derechos y representan partes iguales del capital social pues su valor es nominativamente igual.- Esto quiere decir que dentro de su respectiva categoría, las acciones son iguales y atribuyen por tanto, idénticos derechos y poderes.- En presencia de la llamada "libertad de emitir acciones con características diversas", nuestro artículo 121 del Código Mercantil permite a las sociedades la emisión de una o más clases (entiéndase categorías) de acciones, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social, siempre que se refieran a beneficios, al activo social, a las utilidades, al voto o a cualquier otro aspecto de la actividad social. Así en nuestro medio existen acciones comunes u ordinarias y especiales, donde las privilegiadas pertenecen a esta segunda categoría; las cuales se extraen del artículo 139 del Código de Comercio.- No hay duda que las acciones privilegiadas pueden surgir tanto al momento de la fundación de la sociedad como de un

II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

acto posterior, caso en el cual deberán observarse las formalidades prescritas para la modificación de los estatutos. Con carácter general, la categoría de acciones privilegiadas encuentra su límite en el objeto del privilegio: el mismo sólo puede referirse a los derechos (patrimoniales en principio) y no así a las situaciones pasivas del socio; resultando entonces que no se puede exonerar de forma alguna la obligación del aporte ni la participación en las pérdidas (en este sentido puede consultarse: Di SABATO, Franco. "Manuale delle società", Utet, Torino, Italia, segunda edición, 1987, p. 281). Esto significa aunque parezca elemental, que las acciones privilegiadas son o representan parte del capital social y al tenor de los artículos 18, 19 y 106 del Código de Comercio, deben constar en la escritura social: el número, el valor nominal, la naturaleza y la categoría de acciones en que se divide el capital social.- Así, cuando una sociedad anónima decide emitir acciones de esta categoría, debe hacerse constar tal voluntad en el pacto social en la cláusula respectiva al capital social; donde la autorización que exige el artículo 156 del mismo cuerpo normativo citado, es para aquellas referidas o posibilitadas en el pacto social original o modificado.- Ahora bien, en términos generales los derechos de naturaleza patrimonial consisten en el derecho a una parte proporcional de las utilidades netas y en el derecho a la cuota de liquidación; sin embargo nuestra legislación no contiene una disposición única en que se consagren estos derechos pero que se desprenden con claridad de los artículos 27 (prohibición de pagar dividendos ni hacerse distribuciones de ningún género, sino sobre utilidades realizadas y líquidas resultantes de un balance aprobado por la Asamblea Ordinaria, donde si hubiera pérdida del capital social debe ser reintegrado o reducido legalmente antes de hacerse repartición o asignación de utilidades); el artículo 143 (que establece la reserva legal y prescribe que si una vez hecha la reserva y previstas en la escritura social, la Asamblea acordará distribuir utilidades, los accionistas adquirirán frente a la sociedad, un derecho para el cobro de los dividendos).- Este punto se refiere sin duda al fenómeno del "autofinanciamiento" en virtud del cual pese a haber utilidades netas declaradas decide no distribuir las con ese propósito, visto que el derecho al dividendo se tiene en abstracto (como poder) y se concreta (como derecho) solo cuando la Asamblea acuerda distribuir las. Con la Ley 7201 se agregó el artículo 32 bis al Código de Comercio y en él se regula el derecho de receso, estableciéndose alguna limitación normativa a la facultad de "autofinanciamiento", en cuanto al reembolso de la cuota de liquidación, no se establece como tal un derecho, pero el mismo se extrae del artículo 214 inciso e), mediante el cual se otorgan facultades a los liquidadores de sociedades mercantiles como la de concluir las operaciones pendientes, cobrar los créditos y satisfacer las obligaciones sociales, vender los bienes sociales por el precio autorizado según las normas de liquidación, elaborar el estado final de liquidación y someterlo a discusión y aprobación de los socios en la forma que corresponda según la naturaleza de la sociedad y la de entregar a cada socio la parte que le corresponde del haber social.-

VII) No se desconoce que las acciones privilegiadas otorguen una posición más ventajosa respecto de las acciones ordinarias, en cuanto a los derechos patrimoniales; sin embargo tales privilegios encuentran un límite material: la prohibición del pacto leonino, que se desprende de los artículos 25 y 122 ambos del Código de Comercio, lo que no es otra cosa que en las acciones comunes no es eficaz el pacto que limite a uno o más socios de la participación en las ganancias pero sí en las pérdidas y respecto de las acciones privilegiadas, será eficaz el pacto que limite la participación tanto en las ganancias como en las pérdidas; sistema que contrasta con lo preceptuado en el Código Civil para

II. SOCIEDADES MERCANTILES. II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

sociedades civiles (artículo 1205).- Finalmente ha de hacerse notar que la Ley 7202 no permite las acciones privilegiadas en las bolsas de valores, en las sociedades de inversión ni en la sociedades operadoras de sociedades de inversión (artículo 30 inc. c), 92 inc. 2) y 110 inc. c) de la Ley 7201 d Mercado de Valores) y sí son permitidas en las sociedades anónimas de capital abierto (art. 126 inc. c) de la Ley 7201).- En síntesis, los privilegios que nuestra ley permite se conceden a través de acciones de tal categoría, están referidos únicamente a repartición de utilidades o reembolsos de la cuota de liquidación, cuyos motivos de creación se explican básicamente en razones financieras y deseo de control administrativo de la sociedad.- De tal modo que cuando la sociedad está en marcha, el motivo más común para la emisión de este tipo de acciones es la necesidad de un aumento de capital difícil de colocar y en razón de ello, insistimos, los privilegios pueden aplicarse únicamente a los derechos de orden patrimonial en los términos que señala el artículo 139 del Código de Comercio y con los límites materiales aquí expuestos, dirigidas siempre al aumento de capital.- También resulta de importancia mencionar que los privilegios pueden consistir en el derecho a percibir con cargo a los beneficios del ejercicio un dividendo preferente de un importe que generalmente se fija en un porcentaje del valor nominal de las acciones privilegiadas y que en lugar de ser de vencimiento anual puede tratarse de un derecho acumulativo, donde los beneficios sociales de un año son insuficientes para pagar todo el dividendo preferente, por lo que se cancela con los beneficios sociales posteriores antes de proceder al reparto de dividendos a las otras acciones. En palabras de don Luis Herrera Reyes: *"las acciones privilegiadas pueden, asimismo, conferir ciertas ventajas pecuniarias más considerables, por ejemplo, que las acciones de prioridad emitidas a quinientos pesos se reembolsen a mil, concediéndoles preferencia sobre los capitales disponibles para el caso de liquidación. Mas, es preciso no perder de vista que las acciones de prioridad son, como las demás, simples acciones y que por tanto no pueden tener otros derechos que los ordinariamente establecidos por los accionistas, de suerte que no sería permitido estipular para las acciones privilegiadas un dividendo o interés en el caso de no existir beneficios sociales, pues esto sería atentatorio contra los derechos de terceros"* (HERRERA Reyes, Luis. *"Sociedades Anónimas, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1935, p,135).*

VIII) DEL NEGOCIO DE RECOMPRA: Ciertamente a pesar de que para los inversionistas no es del todo claro en qué consiste, es un negocio que está cada día más en uso, creado sobre todo para sujetos que intervienen en las transacciones bursátiles, como puestos de bolsa y la propia Bolsa Nacional de Valores.- Ante la ausencia de referencia doctrinal y derecho comparado, puede asimilarse al conocido contrato de "reporto" o "contrato de doble", siendo a éste al que se refiere la actual Ley de Mercado de Valores (art. 23, 49 y 50). La figura de la recompra aparece como una adaptación del contrato de reporto al mercado de valores costarricense.- Entendiéndolos como similares, para efectos de esta resolución, la recompra consiste en un contrato bursátil constituido entre dos partes, una de las cuales es poseedora de un título valor y otra que posee efectivo y donde se dan dos operaciones; la primera cuando el tenedor del título traspasa su instrumento a la otra parte y la segunda, cuando la vuelve a comprar en un plazo establecido, con lo que obtiene liquidez temporal sin necesidad de deshacerse permanentemente de su activo financiero.- *"En términos generales un acuerdo de recompra involucra la adquisición inmediata de fondos a través de la venta de títulos valores con acuerdo simultáneo para recomprar dichos títulos en una fecha específica (normalmente en un período determinado menor a un año) a un precio previamente pactado que incluyen intereses o su equivalente, a un rendimiento acordado"* (JOHANINNG, Patricia. *"Aspectos generales del mercado de valores costarricense"*, Programa de capacitación

II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

bursátil gerencial, fundación de Estudios de Postgrado e Investigación en Ciencias Económicas -Fundepos-, Universidad de Costa Rica, p.45).- Más que dos contratos podemos ver dos prestaciones donde el dueño de los títulos no desea desprenderse de los mismos pero requiere de liquidez, la cual obtiene al negociarlos sujetándolos al derecho y obligación de adquirirlos en el plazo convenido; asegurándose el comprador o inversionista una ganancia sin adquirir la propiedad de los títulos, que alcanza con el cumplimiento de la segunda operación.- Se trata de una relación jurídica unitaria, con una finalidad o causa única.- Ahora bien, las condiciones o parámetros del pacto, comprenden el plazo y el rendimiento que no tiene por qué ser igual al rendimiento nominal del título, debido a la diferencia existente entre los plazos de ambos instrumentos.- Así, el título no podrá tener un plazo inferior al plazo de la obligación de recompra y el rendimiento de la recompra se determinará según el plazo y las condiciones del mercado, tomando en consideración el precio que se paga en la primera operación.- **Esto significa para los efectos que nos ocupa, que la recompra siempre implicará una ganancia para el inversionista que adquiere en la primera operación, lo que lo asimila al interés que se pagaría por un préstamo mercantil, por lo que este tipo de contrato se perfila como una operación de financiamiento, donde el adquirente en recompra busca una rentabilidad de su dinero colocado en recompra.**- Resulta entonces, en los términos expuestos, que quien vende los títulos por recompra no quiere deshacerse de ellos sino simplemente requiere de dinero o liquidez sobre esos títulos o valores y quien los compra para revenderlos, no está interesado en adquirir la propiedad definitiva de los mismos, sino únicamente de que estos existan como garantía de su dinero hasta el pago por el vendedor inicial.- En nuestro medio se reconoce la recompra sobre acciones, aunque en el mercado accionario está muy limitado, pero está legalmente permitido de conformidad con el artículo 7 del Sistema Operativo y el artículo 45 de la Ley Reguladora de Mercado de Valores, disponiendo este último que los intereses, dividendos y otros beneficios que deriven de los títulos valores objeto de las operaciones de recompra y que sean exigibles durante el plazo de dichas operaciones, corresponderán al vendedor final a plazo, salvo que las partes manifiesten expresamente en el contrato de bolsa, su voluntad de regirse bajo la regla general, correspondiendo al vendedor el derecho de voto hasta el momento de entrega. La recompra no es en síntesis ni una compra-venta ni tampoco de una transmisión de la propiedad de los títulos o valores (en tal sentido, puede consultarse: ARIAS L., Fabio Alberto: "Recompra: reporto o préstamo?", *Ivustitia*, año 13, No. 151-152, Julio-Agosto, 1999).- Todo esto nos lleva a concluir que la recompra es una operación de financiamiento o préstamo con garantía en los títulos, que luego son entregados en fideicomiso en garantía.-

IX) DE LA INVERSIÓN DE AGROSUPERIOR S.A. Y LA DENEGATORIA DEL CRÉDITO FISCAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA.- Resulta de lo expuesto y analizado en autos, que lo negociado por la aquí actora no cumple con las características de acciones privilegiadas y por ende, no son susceptibles de ser consideradas dentro del beneficio de crédito fiscal, lo cual conduce avalar en un todo lo actuado y resuelto por la Administración Tributaria sin que las resoluciones impugnadas lesiones de forma alguna la legislación que al respecto regula la materia ni la potestad concedida por dicha vía para fiscalizar y definir la procedencia de un beneficio como el que nos ocupa. Obsérvese que inicia la negociación a partir de un contrato privado no oponible al fisco, en primer lugar; convenio donde las partes a pesar de

II. SOCIEDADES MERCANTILES.

II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

llamarlas "acciones privilegiadas" constituyen un financiamiento donde incluso no se da la traslación de dominio, tal y como quedó debidamente acreditado en autos.- Nos encontramos en presencia como se ha dicho, de un contrato bilateral, donde tanto Hotel Camino Real S.A. como Agrosuperior S.A. confluyen su voluntad de negociar en los términos descritos con consecuencias para el caso de la aquí actora que provocan la denegatoria de un beneficio fiscal, no por incumplir formalidades requeridas sino por el contenido de las mismas, títulos que no corresponden más que a un financiamiento que no es posible encuadrar por las razones expuestas en sede administrativa y constatadas en ésta, dentro de la letra del artículo 11 de la Ley 6990, comprobándose que en ninguno de los casos (ni las llamadas acciones clase "F" ni las de clase "G") implicaron un crecimiento en el capital social, que es la finalidad primordial de la emisión de acciones societarias privilegiadas.- El principio de realidad económica (contenido en el artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), tal y como lo mencionan las partes, ciertamente y en términos muy simples, significa superar la forma para revisar materialmente lo actuado con repercusión fiscal para determinar si aplica o no lo solicitado; y en este caso, esa realidad confirmó ser muy distinta a lo que se regula y se persigue con el otorgamiento de un beneficio fiscal.- Si el desconocimiento del beneficio provoca algún tipo de disconformidad a la aquí actora eventualmente sería con su cocontratante contra quien debería dirigirse, persona jurídica respecto de quien, en todo caso, no se incluyó en ninguna de las pretensiones de esta demanda, por lo que este Tribunal encuentra limitaciones jurídicas para valorar su conducta dentro de este proceso.- Si bien la interpretación auténtica de normas jurídicas es resorte de la Asamblea Legislativa, los alcances de las normas en materia tributaria con miras a encuadrar dentro de la hipótesis legal el caso concreto, corresponde a la Administración Tributaria, sin que de lo analizado por este Tribunal se desprenda roce ni lesión con lo que, en relación, le está legítima y legalmente permitido; no quedando más opción que la de confirmar lo resuelto por la Administración Tributaria en los términos contenidos en la resoluciones impugnadas que rechazó el otorgamiento del crédito fiscal con base en el contrato turístico respectivo; sin que con ello se niegue la legitimidad de las inversiones sino su naturaleza en condición de acciones privilegiadas; las cuales, como quedó expuesto, no encuadran dentro del supuesto para aplicar tal beneficio; incentivos turísticos sobre los cuales ejerció control y vigilancia legítimamente la Administración Tributaria sin que alcanzaran las inversiones efectuadas por la aquí accionante la tipicidad necesaria para conceder el beneficio turístico de exoneración.- La valoración y aplicación a una situación específica en un período fiscal determinado del otorgamiento del beneficio turístico concedido en forma abstracta, está condicionada al cumplimiento de obligaciones determinadas cuya función fiscalizadora ostenta la Administración Tributaria, y donde los títulos de deuda no encuadran dentro del supuesto requerido para su reconocimiento ni respecto de las denominadas acciones clase "F" ni respecto de las de clase "G", deviniendo tanto la pretensión principal como la subsidiaria no encuentran apoyo en nuestro Ordenamiento Jurídico, resultando de recibo la defensa de falta de derecho y en consecuencia, sin lugar en todos sus extremos la demanda aquí planteada.-

XI) DE LAS COSTAS PERSONALES Y PROCESALES: No encontrando este Tribunal causa suficiente para desaplicar el principio de condena en costas al vencido, las costas personales y procesales deben correr a cargo de la parte perdedora.-

II. SOCIEDADES MERCANTILES.

- 15 -

II-5. LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES IMPORTANTES

POR TANTO:

Se declara con lugar la defensa de falta de derecho y en consecuencia, sin lugar en todos sus extremos la demanda interpuesta por Agrosuperior S.A. contra el Estado.- Se mantienen incólumes las resoluciones número 251-2004 y 348- 2004P dictadas por el Tribunal Fiscal Administrativo y Au-10R-0230-2 dictada por la Administración Tributaria.- Son a cargo del vencido las costas personales y procesales.-

José Paulino Hernández

Silvia C. Fernández B.

Lorena Ma. Montes de Oca Monge