

2.- NORMAS LEGALES APLICABLES A LAS TRANSFORMACIONES IMPROPIAS

Aunque parezca una perogrullada, se debe concluir este capítulo reconociendo que las transformaciones *impropias* están sujetas, en primer lugar, particularmente para el acto mismo de la transformación, a la ley especial que las posibilitó, y, al mismo tiempo y en todo lo demás, a la Ley de Compañías, en lo que corresponda a las transformaciones reconocidas en ella y no esté reñido con la especialidad de la transformación *impropiamente* de que se trate.

La coletilla con la que termina la afirmación precedente, tan desvalorizada en nuestro medio, por socorrida, resulta felizmente obligatoria en este caso, por razones evidentes.

Así, por ejemplo, las transformaciones a Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada únicamente podrían darse con respecto a una Compañía Anónima o de Responsabilidad Limitada en la que solamente existiera un socio único y, además, que sea persona natural, con capacidad para comerciar; lo cual, por otra parte, descartaría la posibilidad del ejercicio de cualquier *derecho de recesso* pero exigiría el consentimiento de que trata el penúltimo inciso del Art. 30 de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, en caso de que ese único socio tuviere formada sociedad conyugal.

En ese mismo orden de cosas, por ejemplo también, todas las *transformaciones impropias* deberían constar por escritura pública e inscribirse en el correspondiente Registro Mercantil.

Mayo de 2006

LA TRANSFORMACION(*)

DR. EMILIO ROMERO PARDUCCI

I. CONCEPTO

- 1.- Las compañías mercantiles, al constituirse, deben adoptar uno cualquiera de los tipos sociales previstos en el Art. 2 de la Ley de Compañías, so pena de nulidad. La causa de la nulidad antedicha sería el haberse omitido, en la contratación respectiva, el cumplimiento del requisito de la adopción de uno de los tipos sociales anteriormente mencionados.

Los Arts. 11 y 30 de la Ley de Compañías, entre otros, nos dan la razón con las siguientes expresiones que se contienen en sus textos: “una compañía que no hubiere sido legalmente constituida” y “compañías que no se hubieren establecido legalmente”. Claro que las expresiones transcritas y el mismo supuesto planteado conducen más bien a pensar en la “inexistencia” de la compañía, más que en la “nulidad” de la misma; pero, como sabemos, en el Ecuador no se halla reco-

(*) Tomado de “La Compañía Anónima, Análisis Sistemático de su Normativa”, Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, Ediciones Legales, primera edición, 2006.

nocida la figura jurídica de la “inexistencia” del acto o contrato, como sí lo está en otros países; por lo que la tal inexistencia equivale en el Ecuador a la nulidad.

La nulidad referida también podría advertirse en el escenario de los actos prohibidos por la ley, al amparo del Art. 3 de la Ley de Compañías, que “prohíbe la formación y el funcionamiento de compañías contrarias (...) a las leyes mercantiles”, toda vez que la constitución de una compañía de comercio que no hubiere adoptado ninguno de los tipos sociales previstos en el Art. 2 de la citada Ley, que es una “ley mercantil”, se habría realizado en contra de dicha norma; cayendo así en la prohibición prevista en el citado Art. 2 y en la nulidad referida en el Art. 9 del Código Civil y en el *objeto ilícito* aludido en la parte final del Art. 1482 del mismo Código.

2.- Dicho esto, es bueno advertir, para el desarrollo de este estudio, que dentro de la institución de la transformación los términos “tipo”, “forma”, “especie” y “figura” son sinónimos; aunque el más apropiado para tratar de dicha institución, en nuestra opinión, es el término “tipo”.¹

3.- Con esta advertencia fundamental, para el desarrollo de este trabajo adoptaremos la

¹ El Art. 81 de la vigente Ley de Compañías también utiliza la voz “clase” para referirse a los tipos de compañías en que en ciertos casos la compañía de responsabilidad limitada debe transformarse o liquidarse.

SEGUNDA.- Las constituciones de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada, los aumentos o disminuciones de sus capitales, los cambios de sus domicilios, objetos o denominaciones, o cualquier otra reforma o modificación posterior de sus actos constitutivos, no causarán impuesto ni contribución ni carga tributaria alguno; ni fiscal, ni provincial, ni municipal ni especial.

En los mismos términos del inciso precedente, tampoco causarán impuestos ni contribuciones ni carga tributaria alguna **las transformaciones de compañías anónimas o de responsabilidad limitada en las empresas reguladas por esta Ley**”. (Las negrillas son del autor de este trabajo).⁵⁶

⁵⁶ Como se habrá advertido, esta *transformación impropia* guarda gran semejanza con la anteriormente referida, permitida por la Disposición Transitoria de la misma Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, de la que básicamente se diferencia porque aquella, la de la Disposición Transitoria, se refiere a las compañías anónimas o de responsabilidad limitada que tuvieran un solo accionista o un solo socio entre el día en que entró en vigencia la mencionada Ley y el día en que se cumpla el primer año de dicha vigencia, mientras que la *transformación impropia* mencionada en la Segunda de las Disposiciones Generales de esa misma Ley se aplica a las mismas compañías que después de aquel primer año cayeren en esa situación irregular del único socio o accionista. Anticipándonos a la discusión sobre la procedencia de esta última transformación, nos apresuramos a destacar que la primera la permite la única disposición “transitoria” de la referida Ley, mientras que la segunda la reconoce una disposición “general” de la misma.

quedará disuelta de pleno derecho, en los términos del numeral 4 del artículo 68 de esta Ley, en cuanto fueren aplicables. (...). (Las negrillas son del autor de este trabajo).

Con respecto a la Disposición Transitoria que se acaba de transcribir, no debe pensarse que porque la misma está dedicada únicamente a las compañías cuyas acciones o participaciones estuvieren concentradas en “una sola persona natural”, quedan fuera del problema los casos en que el único socio o accionista sea una “persona jurídica”, porque las transformaciones previstas en la referida Disposición Transitoria sólo podrían darse con “personas naturales” de por medio, y porque los casos de compañías cuyos únicos socios o accionistas fueren “personas jurídicas” estarían sujetas al numeral 8° del Art. 361 de la Ley de Compañías.

- La transformación a una Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada que tendría que hacer cualquier compañía anónima o de responsabilidad limitada, para evitar su disolución de pleno derecho, según el nuevo texto del numeral 8 del Art. 361 de la Ley de Compañías, en caso de que en un momento dado resultare tener un solo accionista o un solo socio, siempre que ese accionista o socio único sea una persona natural, de conformidad con la Segunda de las Disposiciones Generales de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, que dice:

(...)

siguiente definición para la transformación, con base en el texto del Art. 330 de la Ley de Compañías: *La transformación es el fenómeno jurídico establecido en la ley por el que una compañía mercantil adopta un tipo social distinto del que tiene, sin que por ello se opere su disolución ni pierda su personalidad; con la que continuará subsistiendo bajo el nuevo tipo adoptado.*² De la definición que antecede se extraen importantes conclusiones, de entre las que conviene destacar las siguientes:

- 3.1.** Para que la transformación tenga lugar --en los términos de la Ley de Compañías-- es imprescindible la preexistencia de una compañía válidamente constituida, que es el sujeto único sobre el que se opera el cambio de su estructura jurídica. Por esa preexistencia y por esa singularidad, la transformación se diferencia de la constitución y de la fusión: en la constitución no existe sociedad antes del acto y en la fusión se requiere por lo menos de dos compañías preexistentes.
- 3.2.** Para que exista la transformación --siempre en los términos de la Ley de Compañías-- es necesario que se trate de la sustitución de un tipo social por otro; siempre que ambos tipos sean de los que se encuentran enumerados --como

² Como se constatará más adelante, esta definición sólo es aplicable a las transformaciones realizadas de conformidad con las normas expresas contenidas en la Ley de Compañías, por lo que no se aplicaría a las transformaciones llamadas “impropias” en este trabajo.

especies de compañías de comercio-- en el Art. 2 de la Ley de Compañías. Por consiguiente, no habría transformación cuando una compañía con *características especiales* cambie esas características --que la ubican en una clase especial de compañía-- por otras diferentes, sin variar el tipo. Para aclarar lo expresado, valen los siguientes ejemplos:

Como se sabe, las *compañías de vigilancia y seguridad privada*, creadas por la Ley 2003-12, necesariamente tienen que ser compañías de responsabilidad limitada y su *objeto social* sólo puede ser el establecido en el Art. 8 de la citada Ley. Pues bien, si una compañía con esas *características especiales* simplemente reforma su *objeto social*, sin modificar el tipo que tiene, para dejar de ser una *compañía de vigilancia y seguridad privada*, y convertirse, por ejemplo, en una compañía agrícola, en tal caso no existiría transformación alguna, a pesar de tan importante cambio. Similar cosa ocurriría si una *compañía consultora*, de las referidas en el Art. 5 de la Ley de Consultoría, cambia su *objeto social* único, por otro diferente y para una diferente actividad, sin dejar de ser la compañía en nombre colectivo o la compañía de responsabilidad limitada que antes era. Estos cambios de ciertas *clases especiales* de compañías efectuados dentro del mismo tipo social, cuando se producen en las compañías del *mundo*

“DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- Las compañías anónimas o de responsabilidad limitada, cuyas acciones o participaciones **estuvieren concentradas en una sola persona natural**, deberán aumentar por lo menos a dos el número de sus socios o accionistas, **o transformarse en empresas unipersonales de responsabilidad limitada**, con la intervención del socio único, que deberá ser persona natural, dentro del plazo de un año⁵⁵ contado a partir de la vigencia de esta Ley.

En el caso específico previsto en el inciso anterior, las compañías anónimas y de responsabilidad limitada que opten por **la transformación en empresas unipersonales de responsabilidad limitada**, podrán hacerlo siempre y cuando no mantuvieren en circulación valores, tales como acciones preferidas, obligaciones, partes beneficiarias y otros catalogados como tales. La Superintendencia de Compañías aprobará la transformación cumpliendo los requisitos previstos en la Ley de Compañías en cuanto fueren aplicables.

En caso de violación de esta disposición, vencido el año antedicho, la compañía

⁵⁵ Por la calidad de transitoria de esta disposición, el plazo de un año fijado en ella prevalece sobre el plazo general de seis meses señalado en el nuevo texto del numeral 8° del Art. 361 de la Ley de Compañías, que fue reformado por el numeral 3° del Art. 68 de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada.

“Art. 37.-

(...)

Si por la muerte del gerente-propietario la empresa pasare a ser propiedad de varias personas, la misma tendrá necesariamente que transformarse, en un plazo de noventa días, en compañía anónima o de responsabilidad limitada, o disolverse y liquidarse, a menos que los sucesores hubieren transferido sus derechos y acciones hereditarios en la empresa a favor de una sola persona, la que deberá entonces continuar las operaciones de la misma como su nuevo gerente-propietario, pero con la correspondiente modificación en la denominación específica de la empresa (...).”

- La transformación que forzosamente debe hacer la compañía anónima o de responsabilidad limitada, cuyas acciones o participaciones estuvieren *actualmente*⁵⁴ concentradas en una sola persona natural, desde la fecha de la vigencia de la reciente Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, publicada en el Registro Oficial número 196 del 26 de enero de 2006, en los términos de la Disposición Transitoria de la misma, que dice:

⁵⁴ Cuando se escribe esto se encuentra decurriendo el primer año de vigencia de la reciente Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada: por eso la palabra “actualmente”.

financiero, que, como se sabe, salvo el caso de las mutualistas y cooperativas de ahorro y crédito, siempre tienen que ser compañías anónimas, dan lugar a lo que en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero se conoce con el nombre de “conversión”, mas no de transformación, tal como lo establece el primer inciso del Art. 17 de la citada Ley, que dice: “La conversión, esto es, la modificación o el cambio del objeto o actividad de una institución sometida al control de la Superintendencia (de Bancos y Seguros), para adoptar el objeto y la forma de otra institución prevista en esta Ley, no altera la existencia de la institución como persona jurídica y solamente le otorga las facultades y le impone las exigencias y limitaciones legales propias de la especie adoptada”.³

- 3.3. La sustitución de un tipo social por otro, referida con anterioridad, para que exista transformación, en los términos de la Ley de Compañías, sólo puede darse entre cualquiera de los tipos --o formas o especies o figuras jurídicas-- de compañías mercantiles previstos en el Art. 2 de la Ley de Compañías; lo cual quiere decir que la transformación puede darse únicamente cuando una compañía de comercio con

³ Obviamente que el empleo de la palabra “especie” en este inciso es inadecuado. En todo caso, en el Subtítulo III del Título XIV de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria se trata en detalle de la *conversión* de mutualistas a bancos y sociedades financieras.

uno cualquiera de los tipos susodichos adopta otro de tales tipos, cumpliendo el procedimiento previsto en la citada Ley. Lo acabado de expresar significa, por ejemplo, que una *cooperativa* o que una *mutualista* --o un *fideicomiso mercantil*-- no puede transformarse en una compañía anónima o de responsabilidad limitada, ni viceversa, tal y como se confirma con la correcta interpretación, entre otros, de los siguientes pasajes de los Arts. 330, 331 y 332 de la Ley de Compañías, respectivamente: “Se transforma una compañía cuando adopta una figura jurídica distinta” y “Si la transformación se opera de conformidad a lo dispuesto en esta Ley” (del Art. 330); “La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada o viceversa. Cualquier transformación **de** un tipo distinto será nula” (del Art. 331)⁴; y, “La transformación se hará constar en escritura pública y se cumplirá con todos los requisitos exigidos por la ley para la constitución de la compañía cuya forma se adopte” (del Art. 332).

⁴ El texto original decía “**en** un tipo distinto”. Así nació ese artículo en 1964 y así constó en la codificación del 27 de febrero de 1971, publicada en el Registro Oficial del 6 de abril del mismo año. El cambio se originó, quizá accidentalmente pero por evidente equivocación, cuando se reformó el antiguo Art. 346 de la Ley de Compañías (actual 331), para permitir la transformación en y de las compañías de economía mixta, mediante Decreto 1474 del 30 de setiembre de 1971, publicada en el Registro Oficial del 6 de octubre del mismo año.

sobreviven en el actual Art. 70 de la vigente Ley de Seguridad Social (cuyo antecedente fue el Art. 256 de la anterior Ley de Seguridad Social Obligatoria) y en el Art. 48 de la vigente Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda y las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda. Pero eso no quiere decir que aquellos *patrimonios familiares de constitución ipso iure* que no excepcionaba ni excepciona el Código Civil no fueron o no siguen siendo válidos.

En este trabajo se han calificado como *impropias* a las siguientes transformaciones:

- La transformación de la Empresa Estatal de Telecomunicaciones (EMETEL) en la compañía anónima EMETEL S.A., que permitieron los Arts. 38 y 39 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial del 30 de agosto de 1995⁵².
- La transformación que voluntariamente puede hacerse de una Sociedad en Predios Rústicos “en una de las especies de compañías reguladas por la Ley de Compañías”, según los Arts. 1, 2, 3 y 5 del Decreto Supremo número 3172 del 18 de enero de 1979, publicado en el Registro Oficial del 1° del siguiente mes⁵³.
- La transformación que forzosamente debe hacer la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, en los términos del Art. 37 de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, que dice:

⁵² Ver número 9 del capítulo II.

⁵³ Ver número 6 del mismo capítulo II.

Por eso es que en su momento se dijo que las *transformaciones impropias* son las que se efectúan al amparo de otra ley distinta a la Ley de Compañías, pero ley al fin.

Algo similar ocurrió con la institución del *patrimonio familiar* creada formalmente en el Ecuador mediante Decreto Legislativo del 24 de octubre de 1940, publicado en el Registro Oficial del 8 de noviembre del mismo año, cuyo Art. 24, en su primer inciso, decía: “El patrimonio familiar que no se hubiere constituido de acuerdo con las prescripciones de la presente ley no tendrá valor legal...”. Esa disposición, que luego pasó al Art. 875 del Código Civil de 1970 y que actualmente corresponde al Art. 858 de la vigente codificación de dicho Cuerpo Legal, sigue diciendo lo mismo, admitiendo --eso sí-- como **única excepción** (como se hizo en el Decreto Legislativo del 24 de octubre de 1940), al *patrimonio familiar de constitución ipso iure* que reconocía ya para ciertos casos de préstamos con seguro de desgravamen concedidos por la Seguridad Social el Art. 7 del Decreto número 55 promulgado el 29 de marzo de 1937, que sobrevivió en el Art. 257 de la Ley de Seguridad Social Obligatoria de 1988. Sin embargo, el citado Art. 875 del Código Civil de 1970 no reconoció los *patrimonios familiares de constitución ipso iure* creados en el Art. 24 del Decreto Supremo número 517 promulgado el 26 de setiembre de 1963; en el cuarto inciso del Art. 17 de la entonces Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda y las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda; y, en los Arts. 48, 72 y 83 de la entonces Ley de Reforma Agraria y de Colonización (que posteriormente fueron suprimidos). Por otra parte, el actual Art. 158 de la vigente Codificación del Código Civil tampoco reconoce a los *patrimonios familiares de constitución ipso iure* que

Lo dicho con anterioridad, que parece tan obvio, tiene sus excepciones especiales establecidas legalmente de manera expresa para casos extraordinarios; a veces con cierta justificación y otras veces sin ella, como se verá más adelante. En todo caso, para esas excepciones especiales es muy importante recordar que en líneas anteriores varias veces nos hemos referido puntualmente a la transformación “en los términos de la Ley de Compañías”, no por puro gusto, sino porque el segundo inciso del Art. 330 de la citada Ley dice: “Si la transformación se opera de conformidad a lo dispuesto en esta Ley no cambia la personalidad jurídica de la compañía, la que continuará subsistiendo bajo la nueva forma”.

Dicho esto, dejamos sentado que en adelante, salvo aclaración en contrario, al referirnos a la transformación estaremos aludiendo a la que se hubiere efectuado o se estuviere realizando de conformidad con la Ley de Compañías, es decir, a la transformación que en este trabajo tendremos a bien llamar **“propia”** o **“propiamente dicha”**.

- 3.4. La transformación no implica la extinción de la compañía transformada ni la constitución de una nueva sociedad. Por eso es que el Art. 330 de la vigente Ley de Compañías dice:

“Se transformará una compañía cuando adopta una figura jurídica distinta, sin que por ello se opere su disolución ni pierda su personería.

Si la transformación se opera de conformidad a lo dispuesto en esta Ley no cambia la personalidad jurídica de la compañía, la que continuará subsistiendo bajo la nueva forma”.

Lo que significa también que en la transformación no se produce transferencia alguna del patrimonio social, como ocurre en el caso de la fusión: la compañía transformada sigue viviendo como antes, con su misma personalidad jurídica y, en términos generales, con los mismos derechos y obligaciones que tenía antes de la transformación. Es lo que doctrinariamente se conoce como la *continuidad social*, tratándose de la transformación. Por eso, porque la compañía transformada no se extingue sino que continúa subsistiendo después de su transformación, pero bajo el nuevo tipo social adoptado, es que la institución materia de este trabajo, por sí sola, no está sujeta al *trámite de cautela* establecido en favor de terceros por el segundo inciso del Art. 33 de la Ley de Compañías⁵; aunque siempre podrá ser

⁵ Cuando por el ejercicio del *derecho de receso* (en las compañías anónimas, de economía mixta y en comandita por acciones) se debe

V. CASOS DE TRANSFORMACIONES IMPROPIAS

1.- PRECISIONES GENERALES

Como ya se ha visto, el Art. 330 de la Ley de Compañías dice, por una parte, que existe *transformación* cuando una compañía (de las que regula esa Ley) adopta una figura jurídica distinta (de entre las figuras o tipos que esa misma Ley reconoce), sin que por ello se disuelva ni pierda su personalidad, y, por otra parte, que para que esto último funcione, es decir, que para que la compañía transformada continúe subsistiendo con su nueva figura o bajo su nueva forma sin alterarse su personalidad jurídica, **es necesario que tal transformación se opere de conformidad con lo dispuesto en esa misma Ley**, esto es, particularmente de conformidad con lo dispuesto en el Art. 331 y con lo que corresponda del Art. 332 de la misma.

Si a tal condición *sine qua non* se le agrega el hecho de que la frase final del primer inciso del citado Art. 331 fulmina con la nulidad a cualquier otra transformación de las que dicho inciso tiene previstas (en sentido tanto *horizontal* como *vertical*), entonces, si se tratara de una situación puramente textual, aislada de los principios rectores del Derecho, resultaría fácil sostener que --por causa de esas dos razones-- las únicas *transformaciones* posibles en el Ecuador serían aquellas a las que se ha tenido a bien llamar en este trabajo como “propias” o “propiaamente dichas”.⁵¹ Pero eso no es así, porque las transformaciones que aquí hemos llamado “impropias” empezaron a producirse en el país, **por mandato de leyes especiales y con posterioridad** a la condición *sine qua non* y a la sanción de nulidad antes referidas.

⁵¹ Ver capítulo III de este trabajo.

I.- LA REVOCACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN QUE SE ACORDÓ LA TRANSFORMACIÓN

Con relación a este tema, que ni siquiera está previsto en la Ley de Compañías, nos remitimos a lo dicho en la letra A del número 3 del capítulo IV de este trabajo, agregando solamente que:

- La revocación sólo podría ser válida, como tal, si es resuelta por otra Junta General con por lo menos el mismo quórum de instalación y el mismo quórum de decisión que tuvo la Junta que resolvió la transformación;
- Similares efectos a los de la revocación antedicha podrían producirse en caso de que la Superintendencia de Compañías no aprobara la transformación;
- Como la ley no ha dispuesto un plazo para que la transformación acordada sea instrumentada y presentada ante la Superintendencia de Compañías, bien podría producirse una especie de limbo en esta materia si en un lapso prudencial ello no se diera; y,
- Ante el silencio de la ley, el grave problema práctico de este asunto lo da el hecho de que no existe un plazo legal dentro del cual pueda darse la mencionada revocación; debiendo entonces quedar la solución del problema en manos de los jueces y de los principios del derecho universal...

materia de discusión si ese trámite debe cumplirse cuando con la transformación se produzca también, a veces necesariamente, el cambio de la *denominación* de la compañía, por la sola variante de los indicativos del tipo social, como cuando se pierden “la indicación de compañía anónima o sociedad anónima”, o las correspondientes abreviaturas, en los casos en que se transforma una anónima en compañía de responsabilidad limitada.⁶

El que la transformación no implique la extinción de la compañía transformada ni la constitución de una nueva sociedad, parece una cuestión tan evidente que bien podría hacer aparecer como superfluo todo lo expresado; pero, ante tal observación, es bueno advertir que mucho antes de que la legislación ecuatoriana adoptara en 1964 expresamente la institución de la transformación, tomándola de la Ley de Sociedades Anónimas española de 1951, los tratadistas extranjeros discutían mucho sobre este asunto en épocas en las que en sus propios países no se reconocía legislativamente a dicha

disminuir el capital, creemos que sí debería cumplirse con dicho trámite de cautela.

⁶ Porque esas indicaciones o abreviaturas forman parte del nombre respectivo, ya que el Art. 144 de la Ley de Compañías dice que la denominación de una sociedad anónima deberá **contener** la indicación de “compañía anónima” o “sociedad anónima”, o las correspondientes siglas. Y este es un tema que debería ser aclarado con la correspondiente reforma a la Ley.

institución.⁷ Por eso es que en la obra “Derecho Societario” de los argentinos Efraín H. Richard y Orlando Manuel Muño, en el capítulo de la *reorganización societaria*, se lee: “Los autores desde antigua data comenzaron a preguntarse si la transformación produce la disolución de una sociedad ya existente y la constitución de otra nueva”.⁸

I por eso es que, para zanjar la cuestión en la misma ley, España, con su Ley de Sociedades Anónimas de 1951, de la que se nutrió nuestra Ley de Compañías de 1964, en el apartado primero de su Art. 137 (que es el Art. 228 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989), dijo: “La transformación efectuada con arreglo a lo prevenido en los artículos anteriores no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva”. Que en definitiva es lo mismo que dice el segundo inciso del Art. 330 de nuestra vigente Ley de Compañías (antiguo Art. 337 de la de 1964), donde ha quedado confirmado en el Ecuador aquel asunto de la *continuidad social*.

⁷ I esto se puede constatar en uno de los “dictámenes” de Joaquín Garrigues, fechado en 1931, veinte años antes de la supradicha Ley española, en el que admitía como posible la “transformación” de una *comunidad* en una *compañía anónima* o de *responsabilidad limitada*, siempre que se extinguiera la primera y se constituyera la segunda. (Dictámenes de Derecho Mercantil, Tomo II, págs. 325 a 346).

⁸ Obra citada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 4° reimpresión, 2002, pág. 818.

I el sentido común dice que si un accionista se quiere separar de la compañía, teniendo derecho a recibir por ello el valor de sus acciones, ese valor necesariamente debe salir del capital social; si no olvidamos, claro está, la estrechísima relación que desde sus orígenes existe entre dicho capital y las acciones en las que se divide o que lo integran, y viceversa.

Vistas así las cosas, eso no quita que cuando el valor del reembolso sea superior al valor nominal de las acciones materia del receso, es decir, cuando ese valor esté sobre la par, el mencionado valor nominal sea cubierto íntegramente, en el monto correspondiente, con cargo al capital social, y el exceso, esto es, lo que esté sobre la par, sea pagado con cargo a utilidades líquidas o a reservas... o a cualquier otra cuenta apropiada para el efecto.

A propósito, es probable que este último supuesto (del pago mixto) explique mejor nuestra opinión de que no podemos aplicar al caso que nos ocupa las complicadas reglas del juego de la adquisición de acciones de la propia emisión.

Concluimos, pues, diciendo que, en nuestra opinión, en el Ecuador, la separación de uno o más accionistas de la sociedad, previo el reembolso de sus acciones, siempre implica una disminución del capital social; por sentido común y no por las complicadas reglas de la adquisición de las propias acciones o de la amortización de las mismas.

I, con motivo de esa disminución, tendrían que cumplirse todos los requisitos del *trámite de cautela* referido en el segundo inciso del Art. 33 de la Ley de Compañías.

Entonces, si suscribimos el texto transcrito, como en efecto nosotros lo hacemos, debemos, para el caso en cuestión, extraer las siguientes conclusiones primarias: para la adquisición de las acciones de la propia emisión, según la ley ecuatoriana, las compañías sólo pueden emplear utilidades líquidas y en ningún caso reservas; y, cuando tal adquisición tiene como meta la amortización de las acciones, es decir, su extinción total, también pueden hacerlo con cargo al capital social, y, en tal caso, se deberá proceder a la consiguiente disminución del mismo.

Llegados a este punto, los estudiosos del derecho societario ecuatoriano pueden elegir la posición argentina o la posición española, o la francesa o la alemana, ante la dicotomía planteada, si es que creen que la respuesta debe darse utilizando la institución de *la adquisición de las acciones de la propia emisión* y, más concretamente, la de *la amortización* de las mismas; en cuyo caso tendrían que empezar por descartar a las reservas, como medio de pago de las acciones materia del receso.

Nosotros, porque la ley ecuatoriana con su silencio al respecto nos lo impide, no elegimos ninguna de esas posiciones, aunque nuestra conclusión coincida al final con la española, pues no creemos que el *reembolso* que impone el ejercicio del *derecho de receso* pueda inscribirse en la temática de la *adquisición de las propias acciones*, porque esta última es un acto voluntario y soberano de la compañía, mientras que aquel, esto es, el reembolso, es una obligación impuesta por la ley, que generalmente debe cumplirse a disgusto de la sociedad. Ambas son dos cosas distintas que, en principio, deben ser tratadas con el sentido común; más aún si la ley no ha dicho nada en contrario.

3.5. Con respecto a lo anteriormente expresado, sobre la antedicha *continuidad social* y los derechos y obligaciones que la compañía tenía antes de su transformación, es bueno advertir aquí que, en determinadas transformaciones, pueden existir ciertas situaciones especiales que bien podrían causar dificultades a la *continuidad* de algunos derechos u obligaciones muy puntuales, como, por ejemplo, el caso de las *prestaciones accesorias* o de las *aportaciones suplementarias* que estuvieren pendientes de cumplimiento en una compañía de responsabilidad limitada que fuera a transformarse en anónima, o de las *obligaciones convertibles en acciones* que hubiere emitido una compañía anónima que está por transformarse en limitada, o de la compañía de economía mixta que en su contrato social tuviere *condiciones especiales con respecto a las transferencias de acciones*, en favor de los socios del sector público, que no serían admisibles en caso de que esa compañía se transformara en una anónima, etcétera.

Igual cosa podría decirse también sobre los casos de *acciones dadas en prenda* o *constituidas en usufructo*, sobre las que el derecho a voto sea ejercido por el acreedor o por el usufructuario, o sobre las *acciones preferidas* sin derecho a voto, que no sólo que podrían causar problemas después de la transformación, sino que podrían empezar a causarlos desde el momento mismo en que la Junta deba

votar por la transformación, con esas acciones de por medio.⁹

Como se comprenderá, casos tan especiales como esos merecen, por sí solos, análisis muy minuciosos y completos, impropios de este trabajo, en donde solamente se cumple con advertirlos para que, en la práctica, de haberlos, se tengan muy en cuenta antes de llevar a cabo la transformación...

En todo caso, a propósito de este tema, es bueno tener presente que el inciso segundo del Art. 334 de la Ley de Compañías dice:

“Tampoco podrán sufrir reducción los derechos correspondientes a títulos distintos de las acciones, a no ser que los titulares lo consientan expresamente”.

3.6. Finalmente, la *continuidad social* referida con anterioridad también puede producir sus efectos en lo referente a las responsabilidades que los socios de la compañía transformada tenían antes de la transformación, en los términos en que la Ley de Compañías se encarga de señalar; a los que nos referiremos más adelante.

⁹ ¿Podría un usufructuario de acciones de una compañía anónima, con derecho a voto general, convertir con su voto al nudo propietario en socio de una compañía de responsabilidad limitada?

También se necesitará decisión de la junta general para que estas acciones vuelvan a la circulación”.

“Art. 196.- La amortización de las acciones, o sea el pago del valor de las mismas y su retiro de la circulación en el mercado, se hará con utilidades repartibles y sin disminución del capital suscrito, cuando la junta general de accionistas acordare dicha amortización, siempre que las acciones amortizables se hallaren íntegramente pagadas. Si la amortización fuere a cargo del capital, se requerirá, previamente, el acuerdo de su reducción, tomado en la forma que esta Ley indica para la reforma del contrato social.

La amortización de acciones no podrá exceder del cincuenta por ciento del capital suscrito”.

Hechas ambas transcripciones, recordemos que la Doctrina No. 28 de la Superintendencia de Compañías dice que:

“Luego de revisados varios sistema legales se llega a la siguiente conclusión: las compañías anónimas pueden adquirir sus propias acciones con dos finalidades: a) para amortizarlas; o, b) para revenderlas. La Ley ecuatoriana se sitúa dentro de este sistema”.

Todas las referencias que anteceden a las posiciones de países tan avanzados en materia societaria, como Argentina, España, Francia y Alemania, con respecto al tema en cuestión, como se habrá podido advertir, giran alrededor de la dicotomía de si el ejercicio del *derecho de recesso* conduce siempre a la consiguiente disminución del respectivo capital social, o si, por el contrario, tal ejercicio no necesariamente obliga a la referida disminución; para dilucidar lo cual aparentemente resultaría decisivo tomar en cuenta si el reembolso para pagar las acciones materia del recesso se hace con cargo a *capital* o con cargo a *utilidades realizadas* o a *reservas disponibles*.

I como las posiciones extranjeras referidas con anterioridad se asientan en la conocida y compleja temática de **la adquisición por parte de la compañía de las acciones de su propia emisión**, parece obligatorio, para concretar el tema a la transformación en el Derecho ecuatoriano, recordar qué dice al respecto nuestra Ley de Compañías en los Arts. 192 y 196, que se copian a continuación:

“Art. 192.- La compañía anónima puede adquirir sus propias acciones por decisión de la junta general, en cuyo caso empleará en tal operación únicamente fondos tomados de las utilidades líquidas y siempre que las acciones estén liberadas en su totalidad.

Mientras estas acciones estén en poder de la compañía quedan en suspenso los derechos inherentes a las mismas.

II. HISTORIA

- 1.- La transformación, como institución jurídica formal, fue introducida en el Ecuador con nuestra Ley de Compañías del 27 de enero de 1964. En ese nuevo cuerpo legal, sus Arts. 337 al 342 se encargaron de ello. Conviene destacar que en ese entonces, el primer inciso del Art. 338 de la citada Ley decía: “La compañía anónima podrá transformarse en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada, y viceversa. Cualquier transformación en un tipo distinto será nula”. I decimos que ello es conveniente, para demostrar aquí que el texto anteriormente transcrito coincide con el antiguo Art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas española de 1951, que decía: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo cuarto, las Sociedades Anónimas podrán transformarse en Sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada. Cualquier transformación en un tipo de sociedad distinto será nula”.

Este Art. 133 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas española de 1951 pasó a ser el 223 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, con el siguiente texto: “Transformación de sociedades anónimas.- 1. Las sociedades anónimas podrán transformarse en sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada.- 2. Salvo disposición legal en contrario, cualquier

transformación en una sociedad de tipo distinto será nula”.¹⁰

Dicho esto, para entender mejor el texto ecuatoriano, debe tenerse presente que el texto acabado de transcribir pertenece a la ley española de *sociedades anónimas*, y no de *sociedades en general*. Por eso es que aquel texto empieza refiriéndose a las “sociedades anónimas”; detalle que el Ecuador repitió cuando lo copió de España, sin importarle mucho que su nueva Ley iba a ser para todas las compañías de comercio, y no sólo para las anónimas. Y fue por eso que el autor ecuatoriano del antiguo Art. 338 de la Ley de Compañías tuvo que acudir al artificio nada feliz de incluir en su texto la expresión “y viceversa”, que no existía en el texto español de la época y que tampoco existe en el texto actual (aunque en la citada vieja ley española sí se preveía --en el Art. 141-- la transformación de sociedades en nombre colectivo o comanditarias en compañías anónimas; cosa que ahora sigue haciendo el Art. 231 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, en el que se incluye también a las compañías de responsabilidad limitada).

- 2.- Aparte de los Arts. 337 al 342 de la Ley de Compañías de 1964, que institucionalizaron formalmente a la transformación en el

¹⁰ Se sugiere constatar el gran parecido de este texto con el Art. 331 de nuestra vigente Ley de Compañías, que es igual al original 338 de la Ley de 1964, con la salvedad de que en dicho texto original de entonces no se encontraban incluidas las compañías de economía mixta.

experimentada por la de capital social, también de naturaleza pasiva; o mejor, mediante la incorporación a la partida de ‘reserva legal’ de suma equivalente a la disminución experimentada por el capital social”.⁴⁹ (Las negrillas son del autor de este trabajo).

Luego, el mismo autor se dedica a presentar las explicaciones contables del fenómeno en cuestión, tanto en lo que respecta a la situación del Derecho **francés** como del Derecho **alemán**, para concluir, en definitiva, diciendo:

“Ambas soluciones son correctas desde el punto de vista jurídico y contable. Quizás la del ordenamiento alemán se muestre más respetuosa con la idea de que el valor nominal del capital coincide con el valor de los desembolsos efectivamente realizados por los accionistas, más los dividendos pasivos pendientes. En cualquier caso, al plantearse el tema en el ámbito en que ambos sistemas coexisten --el Derecho comunitario europeo-- el Consejo de las Comunidades opta por admitir uno y otro. Se inclina por considerar la solución alemana como la más ortodoxa, pero acepta (quizás sería mejor decir: permite) la técnica francesa...”.⁵⁰

⁴⁹ “Comentario al régimen legal de sociedades mercantiles”, Volumen 3º, Tomo VII, “La reducción del capital”, págs. 132 y 133, Editorial Civitas, S.A., 1995.

⁵⁰ Obra citada, pág. 135.

que en algunos sistemas (como es el caso del **francés** a partir de la Ley de sociedades mercantiles de 24 de julio de 1966) la llamada 'amortización del capital' (*id est*: distribución entre los accionistas de sumas extraídas de fondos de reservas o beneficios, en calidad de reembolso --total o parcial-- de las aportaciones por aquéllos efectuadas para constituir el capital) 'no entraña reducción del capital', como expresamente lo reconoce el artículo 209 de la citada Ley. Ello no obsta para que, en otros sistemas (como es el caso del Derecho **alemán** --237 de la AktG de 1967--), el legislador sí haya optado por vincular indisolublemente el fenómeno del reembolso a los accionistas del nominal de sus acciones con la figura de la reducción del capital; tal vez en consideración al principio de que, si el capital se nutre con las aportaciones de los socios, aquella magnitud debe quedar modificada a la baja cuando las aportaciones son objeto de reintegro a los titulares de las acciones, ya sea de manera total o parcial. Y ello sin consideración a la circunstancia de que, por definición, se está partiendo de la base de que el reintegro a los accionistas se financia con cargo a reservas libres o beneficios, paradoja que se solventa mediante la creación de una partida especial de reservas indisponibles que se hace figurar en el pasivo para compensar la disminución

Ecuador, deben citarse también, de esa misma Ley, los Arts. 21, 81 y 266 (que, con los cambios del caso, corresponden a los actuales Arts. 33, 95 y 240 de la vigente Ley).

No obstante que la transformación recién se institucionalizó en el Ecuador en 1964, como quedó visto, es conocido que --en la práctica-- antes de la Ley de Compañías se habían producido ya en el país una que otra transformación de compañías constituidas al amparo del Código de Comercio; particularmente de compañías en nombre colectivo que admitieron nuevos socios, a veces herederos de un socio difunto, con la calidad de comanditarios, más o menos de conformidad con lo que en su época dispusieron el Art. 267 y el penúltimo inciso del Art. 276 del Código de Comercio, que casi corresponden ahora al Art. 81 y al inciso final del Art. 40 de la Ley de Compañías, respectivamente.

- 3.- Posteriormente, después de un año de nacida la Ley de Compañías, en el Registro Oficial del 23 de abril de 1965 se publicó la primera gran reforma a dicha Ley, con la que se introdujeron importantes cambios al procedimiento para la instrumentación legal de las transformaciones. Luego, en el Registro Oficial número 424 del 19 de julio de 1968, se publicó la primera codificación de la Ley de Compañías, hecha por la Superintendencia de Compañías, en la que la institución de la transformación apareció reglada entre los Arts. 337 y 342-A.

- 4.- Después vino la segunda gran reforma a la Ley de Compañías, que se publicó en el Registro Oficial del 10 de febrero de 1971 y que hizo pequeños cambios al articulado de la transformación. Y luego se expidió la segunda codificación de la Ley de Compañías en el Suplemento del Registro Oficial número 197 del 6 de abril de 1971. Y en esa codificación la transformación pasó a estar regulada en los Arts. 345 a 351.
- 5.- Meses después se produjo una importante reforma a la institución en estudio: mediante Decreto 1474 del 30 de setiembre de 1971, publicado en el Registro Oficial número 325 del 6 de octubre del mismo año, se reformó el primer inciso del Art. 346 de la antedicha codificación, para permitir la transformación de la compañía anónima en compañía de economía mixta, y viceversa; lo que hasta ese entonces estaba vedado. Y fue esa prohibición la que hasta entonces había servido a los profesores de Derecho Societario para tratar de explicar mejor aquello de que *cualquier transformación en un tipo distinto era nula*, ya que el único tipo de compañía mercantil que entonces faltaba en el Art. 346 de la Ley era, precisamente, el de la de economía mixta.
- 6.- Antes de proseguir, conviene recordar que, para entonces, el Art. 94 de la Ley de Reforma Agraria y Colonización de 1964 ya había creado en el Ecuador las sociedades llamadas “Sociedades en Predios Rústicos”, que sólo podían constituirse adoptando cualquiera de las “modalidades de la sociedad civil de

por volver al inciso o numeral 3° del Art. 167 de la ley española, transcrito en líneas anteriores.

El español Antonio Pérez de la Cruz critica duramente este tercer inciso o numeral y dice que el mismo, para evitar confusiones, debió referirse concretamente a la *“reducción del capital social por amortización, total o parcial, del valor nominal de acciones rescatado con fondos procedentes de reservas libres o beneficios pendientes de asignación”*, para agregar luego, dos páginas después, que *“como se ve, la utilización de las reservas libres o los beneficios pendientes de reparto, para restituir a los accionistas el equivalente a su aportación o para adquirir acciones propias, es operación que no se vincula necesariamente con el fenómeno de la reducción del capital”*.⁴⁸

Desarrollando lo antedicho, el mismo autor añade:

“Por principio, se está partiendo de la base de que la sociedad no emplea recursos destinados a la cobertura **del capital** para atender la operación, sino fondos destinados a servir de contrapartida a **las reservas o beneficios**. Estas últimas partidas serán las que, en el balance que resulte después de culminada la operación, habrán debido experimentar una merma por cantidad equivalente al importe de lo detraído para tales atenciones. Corrobora esta apreciación el hecho de

⁴⁸ “Comentario al régimen legal de sociedades mercantiles”, Volumen 3°, Tomo VII, “La reducción del capital”, págs. 130 y 132, Editorial Civitas, S.A., 1995.

“Art. 77.- Supuestos de libre adquisición.- La sociedad podrá adquirir sus propias acciones o las de su sociedad dominante, sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos anteriores, en los casos siguientes:

a) Cuando las acciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general de la sociedad (...).”

Como se advierte fácilmente de las posiciones argentina y española que anteceden, ambas se distinguen en lo relacionado a la disminución del capital social: la primera lo admite como una de las varias consecuencias del receso, mientras que la otra lo reconoce como la única; con la especialísima circunstancia de que en ambas posiciones parece que entran en juego tanto la posibilidad de pagar las acciones materia del receso **con cargo al capital social**, como la de pagarlas **con cargo a utilidades o reservas libres**. Más aún: en el caso español, la misma ley expresamente reconoce que hay disminución de capital aunque las acciones se paguen **con cargo a utilidades o a reservas libres**; cosa que no ocurre en el segundo inciso del Art. 220 de la Ley argentina invocado por Gagliardo y Verón para sostener lo contrario (lo cual, en realidad, tampoco debería tener mayor connotación por la obligación que existe en Argentina de conservar esas acciones para enajenarlas en el plazo de un año).

Así las cosas, como la posición española parece un tanto alejada de la lógica, que a primera vista ofrece la argentina, ahondemos un tanto más en aquélla, para tratar de entender mejor toda la situación; empezando

derecho”, y que tuvieron mucho auge en su época, porque estaban exentas de algunas formalidades para su constitución y --sobretudo-- porque contaban con importantes exoneraciones tributarias, especialmente de los impuestos para las transferencias inmobiliarias, como en los casos de aportaciones de haciendas o fincas al correspondiente capital social.¹¹

Años después, la Disposición Transitoria Quinta del Decreto Supremo número 1172 publicado en el Registro Oficial número 410 del 15 de octubre de 1973, dispuso que: “Las Sociedades en Predios Rústicos constituidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 1480, del 11 de julio de 1964, se disolverán de pleno derecho a la terminación de la plazo fijado en el contrato de constitución”.¹²

Posteriormente, en el Registro Oficial número 389 del 28 de julio de 1977, se publicó la tercera codificación de la Ley de Compañías, en la que los artículos pertinentes a la transformación, fueron los siguientes: 33; 96;

¹¹ Mayor información sobre esta clase especial de sociedades se puede encontrar en la Doctrina número 64 de la Superintendencia de Compañías.

¹² I esa norma fue luego repetida en la Disposición Transitoria Tercera de la codificación de la Ley de Compañías de 1977, publicada en el Registro Oficial número 389 del 28 de julio de ese año. Posteriormente, el Art. 4 del Decreto Supremo número 3172 del 18 de enero de 1979, publicado en el Registro Oficial número 764 del 1° de febrero del mismo año, permitió que las Sociedades en Predios Rústicos que se hubieren disuelto de pleno derecho por el vencimiento de su plazo podrían acordar su reactivación, en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de dicho Decreto.

273, numeral 8; 282; 370; 371, segundo inciso; 374 al 380; y, 387. Por otra parte, en la Disposición Transitoria Tercera de aquella codificación repitió la supradicha sentencia de muerte de las Sociedades en Predios Rústicos.

Precisamente, con respecto a dichas Sociedades en Predios Rústicos, cuando ellas estaban en pleno auge, no se hizo esperar la pregunta de si cabía o no que una compañía mercantil --una anónima, por ejemplo-- pudiera transformarse en una Sociedad en Predios Rústicos; ante lo cual la Superintendencia de Compañías, con su Doctrina número 84, respondió que no; aclarándose, no obstante, que en el sentido contrario sí procedía la transformación, en virtud de lo dispuesto en el Art. 1 del Decreto Supremo número 3172 del 18 de enero de 1979, publicado en el Registro Oficial número 764 del 1° de febrero del mismo año, que decía:

“Las sociedades en predios rústicos constituidas en la forma prescrita en el Art. 94 de la Ley de Reforma Agraria y Colonización, expedida mediante Decreto Supremo N° 1480, de 11 de julio de 1964, publicado en el Registro Oficial N° 297, de 23 de los mismos mes y año, cuyo plazo de duración no hubiere expirado a la fecha en que entre en vigencia de este Decreto, **podrán transformarse en una de las especies de compañías reguladas por la Ley de Compañías**”. (Las negrillas son del autor).

“Art. 167. Exclusión del derecho de oposición.”⁴⁷

Los acreedores no podrán oponerse a **la reducción** en los casos siguientes:

1.° Cuando la reducción del capital tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas.

2.° Cuando la reducción tenga por finalidad la constitución o el incremento de la reserva legal.

3.° **Cuando la reducción se realice con cargo a beneficios o a reservas libres** o por vía de amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito. En este caso el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o el de la disminución del valor nominal de las acciones deberá destinarse a una reserva de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos que los exigidos para la reducción del capital social”. (Las negrillas son del autor de este trabajo).

I, para los efectos propuestos, conviene hacer presente que el literal a) del Art. 77 de la misma ley **española** previamente dice lo siguiente:

⁴⁷ Nuestro “trámite de cautela”.

sociedades de responsabilidad limitada, Zaragoza 1973, 281). Por eso quiere la ley que en la escritura de transformación se incluya la relación de los accionistas que se hayan separado de la sociedad y el capital que representan (art. 227 LSA y art. 187 RRM).⁴⁵ (Las negrillas son del autor de este trabajo).

Más adelante, los mismos autores agregan:

“Por otro lado, si debemos apuntar que el artículo 166 de la Ley reguladora del derecho de oposición de los acreedores **en las reducciones de capital no juega cuando la reducción se haga con cargos a beneficios o reservas libres** (art. 167.3.º), y de ahí que sea posible eludir su aplicación en el supuesto de que la situación financiera de la sociedad en transformación permita reembolsar a los accionistas separados con cargo a beneficios o reservas libres”.⁴⁶ (Las negrillas son del autor de este trabajo).

A propósito de lo cual, también es bueno advertir que el Art. 167 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de **España**, referido en la cita que antecede, dice:

⁴⁵ Obra citada, págs. 59 y 60. Lo de la lista de los recedentes coincide con la Ley de Compañías ecuatoriana, la que no recogió, sin embargo, la indicación del capital que ellos representan.

⁴⁶ Obra citada, pág. 63.

Sobra decir que entonces (con su Doctrina número 84) la Superintendencia de Compañías opinó correctamente sobre el particular antedicho.

A propósito del Decreto Supremo número 3172 del 18 de enero de 1979, publicado en el Registro Oficial número 764 del 1º de febrero del mismo año, anteriormente referido, debe anotarse que, con muy poca técnica jurídica, la mayor parte de su contenido pasó a ser el texto de la Disposición Transitoria Cuarta de la Codificación de la Ley de Reforma Agraria publicada en el Registro Oficial del 18 de julio de 1979. Y decimos que eso se efectuó con muy poca técnica jurídica, porque lo único “transitorio” que tenía aquel Decreto era la posibilidad de que las Sociedades en Predios Rústicos que se hubieren disuelto de pleno derecho al vencimiento de su plazo podían *reactivarse* dentro de los seis meses siguientes de la entrada en vigencia de aquel Decreto; ya que la *facultad de transformarse* que según los Arts. 1, 2, 3 y 5 del mismo tenían las Sociedades en Predios Rústicos que no se hubieren disuelto era absolutamente indefinida.

Como era de esperarse, cuando la Ley de Desarrollo Agrario del 2 de junio de 1994, que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial número 461 del 14 de los mismos mes y año, sustituyó a la Ley de Reforma Agraria, derogándola, no incluyó en ninguno de sus artículos ni de sus disposiciones transitorias el tema de la transformación de las Sociedades en

Predios Rústicos, que había sido incluido en la Disposición Transitoria Cuarta de la codificación de la Ley de Reforma Agraria de 1979; omisión que se repitió cuando la Comisión de Legislación y Codificación expidió la codificación de la misma Ley de Desarrollo Agrario, publicada en el Registro Oficial número 315 del 16 de abril de 2004. Pero eso no significa, en nuestra opinión, que por tal omisión la aludida transformación de la Sociedad en Predios Rústicos haya quedado prohibida, ya que el origen de la misma fue totalmente independiente de la Ley de Reforma Agraria: los Arts. 1, 2, 3 y 5 del Decreto Supremo número 3172 del 18 de enero de 1979 siguen vivos.

- 7.- Mediante la Ley número 31 que se publicó en el Registro Oficial número 222 del 29 de junio de 1989, se reformó la Ley de Compañías en la parte relativa a la inactividad, la disolución y la liquidación, y en su Art. 8 se legisló sobre la transformación obligatoria de la compañía de responsabilidad limitada para evitar la disolución cuando el número de sus socios excedieran el máximo legal. Posteriormente, mediante la tristemente célebre primera Ley de Mercado de Valores, verdadera *ley omnibus* con la que se *aprovechó* para reformar por lo menos diez códigos y leyes, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 199 del 28 de mayo de 1993, se reformó el numeral 8 del Art. 4 de la susodicha Ley número 31, para incluir allí la transformación forzosa de las compañías en nombre colectivo y en comandita, como mecanismo para evitar la

“Art. 220.- La sociedad puede **adquirir acciones que emitió**, sólo en las siguientes condiciones:

- 1) Para cancelarlas y **previo acuerdo de reducción del capital**.⁴³
- 2) Excepcionalmente, **con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres** cuando estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria.⁴⁴
- 3) Por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore”. (Las negrillas son del autor de este trabajo).

Por su parte, en el Volumen 1° del Tomo IX del “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, relativo a la *transformación*, los **españoles** Rodrigo Uria, Aurelio Menéndez y Luis Carlon, dicen:

“La separación de uno o más accionistas de la sociedad, previo reembolso de sus acciones, implica una reducción del capital social en la medida que represente el importe de esas acciones (v. PÉREZ DE LA CRUZ, *La reducción del capital en sociedades anónimas y en*

⁴³ Adviértase que este inciso o numeral no indica que la adquisición se debe hacer con cargo al capital social.

⁴⁴ Adviértase también que en este inciso o numeral segundo, que invocan Gagliardo y Verón, no se niega la disminución del capital.

“El ejercicio del derecho de receso puede no exigir a la sociedad la reducción de su capital social. Si ésta satisface el reembolso de las acciones recibidas con **ganancias realizadas y líquidas** o **con reservas libres**, no opera la mencionada reducción, ya que, en tal caso, importará **la adquisición de sus propias acciones** de acuerdo con el art. 200, inc. 2°, de la LSC, las cuales deberán ser enajenadas dentro del término de un año, salvo prórroga por la asamblea (conf. art. 221, párr. 1°, LSC). **En cambio, si por efecto del receso la sociedad se ve obligada a reducir su capital social a consecuencia de que para satisfacer el reembolso de las acciones recibidas tiene que entregar parte de su activo (que, a su vez, producirá la disminución del capital),** deberá darse cumplimiento a las normas prescriptas por los arts. 203 y 204 de la LSC, a saber: 1) resolución de asamblea extraordinaria; 2) informe fundado del síndico, en su caso; 3) derecho de oposición de los acreedores; 4) inscripción y publicación”. (Las negrillas son del autor de este trabajo).⁴²

A propósito de las dos citas que anteceden, es bueno advertir que el Art. 220 de la Ley argentina, mencionado en ellas, dice:

⁴² “Sociedades Comerciales, Ley 19.550, comentada, anotada y concordada, Volumen 3, Artículos 163 a 254”, pág. 862, Editorial Astrea, 1986.

disolución en caso de que el número de sus socios se redujere a menos del mínimo legal.

Entre los disparates de esa primera Ley de Mercado de Valores, para los efectos de este trabajo es bueno destacar que, a fin de prepararse para la fiebre *privatizadora* que en esa época se veía venir, en el Art. 74 de aquella Ley se reformó el entonces **Art. 159** de la Ley de Compañías, **para permitir la constitución de compañías anónimas con un solo socio, siempre que tal socio fuera una entidad del sector público.**

- 8.- Indirectamente relacionado con la supradicha primera Ley de Mercado de Valores, que tanto trastocó el sistema legal, económico y financiero del país, ora por sus propias normas, ora por las reformas que trajo consigo, en el año 1995 se produjo --a nivel nacional-- un hecho insólito relacionado con la institución de la transformación, en un escenario muy apropiado para ello; ambientado en una época de pésimos servicios públicos y del presunto clamor ciudadano por la panacea de la *privatización*, y levantado sobre el falso argumento de que el mercado de valores --jen un país sin cultura bursátil!-- era el mejor vehículo para corregir las obsoletas estructuras de la Patria, por lo menos en el área de los servicios públicos. Fue así como, con supuesta base en la Ley número 41 del 26 de octubre de 1993, publicada en el Registro Oficial número 312 del 9 del siguiente mes, llamada “Ley de Transformación y Rehabilitación de Ecuato-

riana de Aviación”, mediante escritura pública del 23 de mayo de 1995, una entidad estatal, pura y simple, propietaria y operadora de una línea de aviación llamada “Ecuatoriana de Aviación”, se “transformó” en compañía anónima, violando todos los artículos de la Ley de Compañías, con la bendición de la Superintendencia de Compañías, autora de la primera Ley de Mercado de Valores. Sobra agregar que la tal “transformación” se inscribió en el Registro Mercantil y que poco tiempo después las *acciones* (¿?) de la “nueva compañía anónima” se *ofertaron* en el Mercado de Valores...

Huelga decir que la famosa “transformación” aquella no sólo que no se operó de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Compañías, como lo exigía el segundo inciso del Art. 374 (actual 330) de dicha Ley, sino que se efectuó sin base legal alguna, esto es, al margen de toda ley y, de manera especial, al margen de la misma “Ley de Transformación y Rehabilitación de Ecuatoriana de Aviación”¹³, la que, pese a su engañoso nombre, no previó por ninguna parte la “transformación” que --de hecho-- se escrituró, aprobó e inscribió nada menos que con la bendición de la Superintendencia de Compañías, en el año 1995.

¹³ Vale aclarar que, como se verá de inmediato, la palabra “transformación” incluida en el título de esa Ley fue empleada en su sentido general o figurado y no con el significado que tiene en la Ley de Compañías.

En tal supuesto, la **adquisición de las acciones** por la emisora, que no conduce a su cancelación, es de realización factible cuando dichas acciones ‘estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria’ (art. 220, inc. 2°, ley 19.550); si se adopta este procedimiento, el directorio deberá enajenar las acciones adquiridas en el término de un año --excepto prórroga de la asamblea--, respetándose el derecho de preferencia del artículo 194, quedando en ese lapso los derechos suspendidos (art. 221).

Cualquier otra hipótesis que no fuere la expuesta supone la reducción del capital, inclusive si las **acciones adquiridas** no están totalmente integradas o no pueden enajenarse en el plazo legal o conferido por la asamblea.

Si, como consecuencia del derecho de receso, debiera reducirse el capital, tal decisión debe ser publicada”.⁴¹ (Las negrillas son del autor de este trabajo).

En términos similares, Alberto Víctor Verón, al comentar el Art. 245 de la misma Ley **argentina** número 19.550 (que trata del *derecho de receso*), dice:

⁴¹ “Sociedades Anónimas”, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 422 y 423.

Por lo demás, sobra decir que al formularse la impugnación se deberá tener cuidado de evitar la injuria calumniosa grave, en razón de lo previsto en el tercer inciso del Art. 363 del Código Penal (a menos que se tratare precisamente de ese tema).

Finalmente, adviértase que el inciso final del citado Art. 333 califica como “definitiva” la resolución que tome la Superintendencia de Compañías con respecto a la impugnación, pero adviértase también que ese acto administrativo bien puede ser impugnado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mediante el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, según la ley de la materia.

H.- LA DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL COMO CONSECUENCIA DEL RECESO

Mariano Gagliardo, comentando la Ley **argentina** número 19.550, sobre los efectos del receso con relación a la compañía, dice:

“El ejercicio de la facultad de receder por el socio puede tener diversa incidencia en la sociedad emisora.

Como punto de partida, la decisión del accionista produce una disminución del patrimonio societario **que no necesariamente significa una reducción del capital social.**

En efecto, si el pago al recedente se efectúa con **reservas de libre disponibilidad o utilidades realizadas y líquidas**, no será necesaria la reducción del capital referido.

Para aclarar debidamente este asunto, basta acudir al texto del Art. 1 de la mencionada Ley número 41 del 26 de octubre de 1993, sin olvidar que la primera Ley de Mercado de Valores, expedida pocos meses atrás, ya había reformado el **Art. 159** de la Ley de Compañías, para permitir la **constitución** de compañías anónimas **con un solo socio**, siempre que tal socio fuera una entidad del sector público. Y para tal efecto, se transcribe a continuación el precitado Art. 1 de la Ley de Transformación y Rehabilitación de Ecuatoriana de Aviación:

“Art. 1.- La Empresa Ecuatoriana de Aviación, para el cumplimiento de su objeto social, se transformará en sociedad anónima, en el plazo máximo de noventa días, contados a partir de la publicación de esta Ley en el Registro Oficial, **de acuerdo con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 159 de la Ley de Compañías**”.¹⁴

En ese entonces, el autor de este trabajo escribía en una columna de opinión en la página editorial del diario “El Telégrafo”, de Guayaquil, y, con motivo de aquella monstruosidad jurídica, publicó varias entregas

¹⁴ Con ese texto, y teniendo muy en cuenta lo que entonces decía el segundo inciso del Art. 159 (actual 147) de la Ley de Compañías, cualquiera puede entender que allí donde el artículo transcrito dijo “se **transformará** en sociedad anónima”, quiso o debió decir “se **constituirá** en una compañía anónima”, porque el entonces segundo inciso del Art. 159 de la Ley de Compañías jamás tuvo nada que ver con la **transformación**, sino con la **constitución** de compañías anónimas de un solo accionista.

sobre el tema, con los siguientes títulos: “Ecuatoriana de Aviación, *quid pro quo*”, del 29 de julio de 1995; “Ecuatoriana de Aviación en las Bolsas de Valores”, del 30 de julio de 1995; “Ecuatoriana a la ecuatoriana”, del 6 de agosto de 1995; “¿Cuáles *acciones* de Ecuatoriana?”, del 13 de agosto de 1995; “La transformación de Ecuatoriana”, del 20 de agosto de 1995; y, “El balance imposible de Ecuatoriana de Aviación”, del 19 de noviembre de 1995.

Como suele ocurrir en estos casos, con el tiempo, la razón jurídica se le impuso a la sinrazón, con la mejor prueba a su favor: luego de tantos años, ¿qué es de Ecuatoriana de Aviación... tanto la *línea aérea* como la *compañía anónima* en cuestión? ¿Dónde están?

(Lo paradójico de esta historia es que hace muchos años la referida línea aérea era manejada por una compañía anónima *privada*, denominada Compañía Anónima Ecuatoriana de Aviación S.A., que por razones que ahora no vienen al caso fue *nacionalizada* y --por tanto-- convertida en “entidad estatal de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio y recursos propios, capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, con domicilio en la capital de la República, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional a través de la Fuerza Aérea Ecuatoriana”, tal como se lee en el Art. 1 del Decreto número 743 del 23 de julio de 1974, publicado en el Registro Oficial número 606 del 31 de los mismos mes y año).

plazo de treinta días contados desde su fecha, ante la Superintendencia de Compañías, la que dictará resolución definitiva previos los exámenes y porcentajes que fueren del caso”.

Con lo transcrito queda claro que uno o más de los socios no conformes con la transformación, que hubieren hecho uso de su *derecho de receso*, esto es, cuyos nombres consten en la lista de recedentes incorporada a la escritura de transformación, podrán, si las acciones de la compañía respectiva no se cotizan en Bolsa, impugnar el famoso *balance final*, en el plazo de treinta días desde su fecha (veintinueve desde la fecha de escritura que lo contenga), ante la Superintendencia de Compañías, pero sólo “en lo relativo al reembolso” del valor de sus acciones, esto es, en todos los componentes directos e indirectos del *cuadro distributivo* del haber social de la compañía en cuestión, que deberá constar en el balance referido, como en los casos de liquidación.

I como el inciso transcrito habla de exámenes y peritajes, este asunto bien podría llevarse, *mutatis mutandi*, como el caso de la verificación de la verdad del balance de que tratan los Arts. 299 y 300 de la Ley de Compañías, con la aclaración de que ni el trámite ni el resultado de la impugnación podrían afectar de manera alguna ni al proceso de la transformación ni a la transformación en sí: el tal *balance final* tiene que ver con el derecho de receso y el reembolso respectivo, y no con la transformación; por lo que el resultado de la impugnación sólo podrá incidir en este último. Y si la Superintendencia de Compañías encuentra en el camino observaciones que hacer a la compañía, en los términos del Art. 300, se las hará luego de inscrita su transformación.

utilizando la tasa más alta permitida por ley para los créditos entre personas ajenas al sistema financiero. Vencido dicho plazo, el importe del reembolso devengará adicionalmente intereses moratorios.

Si el reembolso indicado en el párrafo anterior pusiese en peligro la estabilidad de la empresa o sociedad no estuviese en posibilidad de realizarlo, se efectuará en los plazos y forma de pago que determine el juez a solicitud de ésta, por el proceso sumarísimo”.

Todo lo dicho hasta aquí creemos que vale para sostener que si la normativa actual sobre la transformación debe ser reformada, la que más modificaciones reclama es la parte del *derecho de receso* y del pago del reembolso respectivo; para lo cual no deberían olvidarse los temas puntuales aquí referidos, además de este otro: la conveniencia de alguna publicación periodística para el ejercicio del *derecho de receso*, similar a la que debe hacerse para el derecho preferente en los aumentos de capital, en favor de los accionistas que no concurrieron a la Junta General que acordó la transformación.

G.- LA IMPUGNACIÓN DEL BALANCE FINAL

El inciso final del mismo Art. 333 de la Ley de Compañías dice:

“Este balance (final), en lo relativo al reembolso de las participaciones o de las acciones, podrá ser impugnado por el accionista o socio disidente en el

9.- Aprendida la lección a medias, otro tanto estuvo a punto de ocurrir en lo jurídico, con el servicio público --pésimo, por cierto-- de la telefonía de aquella época, por la misma necesidad de utilizar a la **transformación** en vez de acudir al mecanismo que paradójicamente había creado --vía reforma de la Ley de Compañías-- la misma primera Ley de Mercado de Valores, precisamente para esos casos; cual era el de la **constitución** de una (nueva) compañía anónima con un único accionista, siempre que fuera del sector público. En efecto, habiendo reconocido que la famosa “transformación” de Ecuatoriana de Aviación no sólo que se había hecho en violación a la Ley de Compañías sino que se había realizado sin ninguna base legal, que de alguna manera salvara aquella violación (como años atrás se había hecho con las Sociedades en Predios Rústicos), cuando se hubo de acometer a la aventura de preparar a la telefonía nacional para su futura *privatización*, se acudió a la fórmula de crear una **ley especial** que expresamente permitiera la **transformación** de la Empresa Estatal de Telecomunicaciones (EMETEL) en una sociedad anónima, dizque en los términos de la Ley de Compañías, tal como se dispuso en los Arts. 38 y 39 de la Ley Reformativa a la Ley Especial de Telecomunicaciones, que decían:

“Art. 38.- NATURALEZA.- La Empresa Estatal de Telecomunicaciones (EMETEL) **se transformará en una sociedad anónima** que, en adelante, se denominará EMETEL

S.A., con domicilio principal en la ciudad de Quito.- EMETEL S.A. estará sujeta a las disposiciones contempladas en la Ley de Compañías”. (Las negrillas son del autor).

“Art. 39.- PROCESO DE TRANSFORMACIÓN.- El representante legal de EMETEL, en acatamiento a lo dispuesto en esta Ley y en la Ley de Compañías, procederá a la transformación de EMETEL en EMETEL S.A. y al efecto otorgará la escritura pública y cumplirá con los demás requisitos prescritos en la Ley de Compañías.- En los Estatutos Sociales se determinarán su capital social y las diferentes clases de acciones que se emitirán y los derechos que otorgan cada una de ellas”.¹⁵

I fue así como, con base en esas disposiciones legales totalmente descarriadas, pero disposiciones legales al fin, en el año 1996 se *transformó* la empresa estatal EMETEL en la compañía anónima EMETEL S.A., padre y madre de ese par de monstruos jurídicos llamados ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., en razón de la escritura pública de escisión

¹⁵ El Art. 42 de esa misma Ley preveía la *escisión* de la compañía respectiva, después de la “transformación”.

liquidación de la compañía, es al que habrá que remitirse para el pago del reembolso (en los casos de las acciones no cotizadas en Bolsa, claro está).

A propósito de esto, no podemos dejar pasar por alto dos silencios producidos en la ley en lo que respecta a dicho reembolso: el uno, en lo tocante al plazo máximo en que debe hacerse el pago, que obviamente deberá ser hecho de contado; y, el otro, en lo tocante a los intereses que deberían reconocerse a favor del socio separado.

Lo que sí es seguro, con relación a ambos silencios, es que ni el ejercicio del *derecho de recesso* ni el pago del reembolso, ni las discusiones por dicho pago, podrán enervar el trámite normal de la transformación de que se trate.

I en cuanto al plazo para el pago, si el recedente creyere que podría tener algún problema al respecto, bueno sería que acuda al requerimiento judicial...

Para que se tenga mejor conciencia de lo acabado de expresar, vale la pena transcribir a continuación los incisos antepenúltimo y penúltimo del Art. 200 de la Ley General de Sociedades (número 26.887) del Perú:

“La sociedad debe efectuar el reembolso del valor de las acciones en un plazo que no excederá de dos meses contados a partir de la fecha del ejercicio del derecho de separación. La sociedad pagará los intereses compensatorios devengados entre la fecha del ejercicio del derecho de separación y el día del pago, los mismos que serán calculados

últimos años y de las respectivas proyecciones para los siguientes).

Eso, aparte de la poca credibilidad que merecen los estados financieros de las compañías. Para confirmar este tema tan generalizado, por desgracia, nos permitimos transcribir a continuación el siguiente párrafo de un artículo periodístico de opinión, publicado en un suplemento del diario “Hoy”, de Quito, con motivo del debate nacional que ha creado la presentación de un proyecto de ley recientemente presentado al Congreso Nacional con el nombre de “Proyecto de Ley para la Rehabilitación de la Producción Nacional”, que dice:

“Es conocido, en el ámbito bancario que a las empresas no se les puede analizar su capacidad de repago por los balances que presentan al SRI, porque si así fuese, casi nadie obtendría crédito, ya que pocos declaran utilidades”.⁴⁰

Todo esto nos conduce a reconocer que lo del *balance final* no es el mejor recurso para la determinación del precio en cuestión, así como a recordar que en otras legislaciones se ha acudido a otras soluciones para este asunto, como la de la determinación del precio por parte de una firma auditora, que puede ser la encargada de la auditoría independiente de la propia compañía.

Pero como lo que actualmente tenemos en vigencia en el Ecuador para el asunto en cuestión es el famoso *balance final*, al *cuadro distributivo* del haber social que dicho balance deberá contener, como si se tratara de la

⁴⁰ “El problema del 75%”, por Alexis Carrera Reyes; suplemento “Dinero” del diario “Hoy”, de Quito, del viernes 30 de setiembre de 2005.

celebrada el 29 de diciembre de 1997 ante el Notario Tercero de Quito.¹⁶

10.- Posteriormente, en el Registro Oficial número 312 del 5 de noviembre de 1999 se publicó la cuarta codificación de la Ley de Compañías (en la que, obviamente, se incluyó a la Ley número 31 de 1989), que es la que está en actual vigencia. En dicha codificación, los siguientes son los artículos relativos a la transformación: 33; 95; 231, numeral 8; 240; 315; 316; segundo inciso; 330 al 336; 344; 361, numeral 8; y, 365.

11.- Finalmente, en el Registro Oficial número 196 del 26 de enero de 2006 se publicó la esperada **Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada**, de la que, para efectos de este trabajo, debemos destacar las siguientes disposiciones legales, que dicen:

“Art. 1.- Toda persona natural con capacidad legal para realizar actos

¹⁶ Insistimos en que haber acudido al mecanismo de la transformación en el caso de EMETEL, así como en el año anterior se había hecho con Ecuatoriana de Aviación, fue una verdadera torpeza: la solución jurídicamente correcta habría sido que la empresa estatal EMETEL constituyera, como única socia, la compañía anónima EMETEL S.A., de conformidad con el entonces segundo inciso del Art. 159 de la Ley de Compañías, para después escindirse dicha nueva sociedad en ANDINATEL y PACIFICTEL. Todo ello en el plano estrictamente jurídico, porque en el plano de lo político y lo social (que no tienen por qué estar divorciados de lo legal) las cosas podrían tener peores calificaciones, si empezamos por reconocer que, por lo menos en el caso de PACIFICTEL, cuyo único accionista es el Estado, a través del *Fondo de Solidaridad*, durante sus ocho años de vida, dicha Compañía ha tenido algo más de una docena de Directorios y de Presidentes Ejecutivos diferentes.

de comercio, podrá desarrollar por intermedio de una empresa unipersonal de responsabilidad limitada cualquier actividad económica que no estuviere prohibida por la ley, limitando su responsabilidad civil por las operaciones de la misma al monto del capital que hubiere destinado para ello”.

“Art. 2.- La empresa unipersonal de responsabilidad limitada, es una persona jurídica distinta e independiente de la persona natural a quien pertenezca, por lo que, los patrimonios de la una y de la otra, son patrimonios separados.

La persona que constituya una empresa de esta clase no será responsable por las obligaciones de la misma, ni viceversa, salvo los casos que se mencionan a continuación, en que el gerente-propietario responderá con su patrimonio personal por las correspondientes obligaciones de la empresa: (...)”.

“Art. 4.- La empresa unipersonal de responsabilidad limitada deberá siempre pertenecer a una sola persona y no podrá tenerse en copropiedad, salvo el caso de la sucesión por causa de muerte a que se refiere el artículo 37 de esta Ley.

Admitimos que la solución antedicha (vigente en España y en Argentina) no se encuentra expresamente prevista en la ley, pero no hay que olvidar que la normativa de la transformación que se contiene en nuestra Ley de Compañías, se promulgó treinta años antes de que en el Ecuador se diera su primera Ley de Mercado de Valores.

La simple lógica sugiere que si alguno de los accionistas de una compañía en vías de transformación estuviere disconforme con la misma, y si las acciones que tuviere en esa compañía se cotizaren en Bolsa, lo que debería hacer ese socio disconforme, si de todos modos quiere separarse de la sociedad, es simplemente vender sus acciones en la Bolsa, o, cuando menos, no esperar por ellas un valor superior que el del Mercado de Valores, en caso de que quisiera ejercer su *derecho de receso*. Y es por eso que algunos sostienen que el *derecho de receso* no debe funcionar en las compañías que cotizan sus acciones en Bolsa.

Con esta aclaración, proseguimos con el tema del precio de las acciones que no se cotizan en la Bolsa, que, como ya se dijo, en principio, es determinado por el *balance final*.

En esa línea, como fácilmente se comprenderá, si el *balance final* de la compañía en vías de transformación es –cuando corresponda– el determinante del precio del reembolso respectivo, es indiscutible colegir que, en ese caso, el precio referido será establecido de acuerdo al sistema de la valuación de un negocio según su “valor en libros”, del que forzosamente se excluyen realidades empresariales que de una u otra forma conforman el “valor real” del negocio, tales como el llamado “goodwill” y la rentabilidad de la operación (en función de sus

anticipado, luego de haberse incluido en la convocatoria respectiva ese tema como un punto del orden del día (y habiendo estado tal balance a disposición de los socios durante quince días).

Ahora, en la misma línea, y, por tanto, al amparo del Art. 262 de la Ley de Compañías, que obliga al administrador a “desempeñar su gestión con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente”, agregamos que en el lapso que medie entre el *balance final anticipado* y el *balance final definitivo* la compañía no debería emprender nuevas operaciones ni contraer nuevos créditos ni prepagar deudas existentes, debiendo quedar constreñida, durante ese tiempo, la actividad de su o sus representantes legales, a los cuatro numerales del Art. 379 de la Ley de Compañías.

Todo esto por la **gran importancia** que tiene en la legislación ecuatoriana el *balance final* con relación al reembolso del valor de sus acciones a que tienen derecho los accionistas respectivos; reembolso que bien puede llamarse el *precio* de las mismas.

F.- EL REEMBOLSO DEL VALOR DE LAS ACCIONES EN LOS CASOS DE RECESO

Pero antes de seguir con este tema debemos aclarar que aquella **gran importancia** no debería ser tal en los casos en que las acciones de la compañía transformada se cotizaren en el Mercado de Valores, ya que en tales casos se tendría que acudir, para el reembolso respectivo, a los índices pertinentes (por ejemplo, la cotización media del último trimestre).

La persona natural a quien pertenece una empresa unipersonal de responsabilidad limitada se llama ‘gerente-propietario’ (...).”

“Art. 36.- El cambio de denominación, la prórroga o restricción del plazo, el cambio de domicilio o de objeto empresarial, el aumento o disminución del capital asignado, la apertura de sucursales y la liquidación voluntaria de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada deberán instrumentarse por escritura pública, con la correspondiente declaración del gerente-propietario, y someterse al procedimiento establecido en los artículos 31, 32, 33, 34 y 35 de esta Ley; debiendo tomarse las anotaciones correspondientes a los márgenes de la escritura de constitución de la empresa y de su inscripción en el Registro Mercantil.

Salvo el caso previsto en el artículo 37 de esta Ley, la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, **no podrá transformarse** a ninguna de las sociedades reguladas por la Ley de Compañías.

(...)” (Las negrillas son del autor de este trabajo).

“Art. 37.- En caso de muerte del gerente-propietario, la empresa pa-

sará a pertenecer a sus sucesores, según la ley o el testamento respectivo.

Si por virtud de la ley o del testamento la empresa pasare a ser de propiedad de una sola persona, como heredero o como legatario, la misma podrá continuar su existencia hasta el vencimiento de su plazo, pero anteponiendo a su denominación específica los términos de 'sucesor de'; para lo cual se requerirá de la previa declaración por escritura pública del heredero o legatario, la misma que se someterá al trámite de los artículos 31, 32, 33, 34 y 35 de esta Ley, debiendo tomarse las anotaciones correspondientes a los márgenes de la escritura de constitución de la empresa y de su inscripción en el Registro Mercantil.

Si por la muerte del gerente-propietario la empresa pasare a ser propiedad de varias personas, **la misma tendrá necesariamente que transformarse**, en un plazo de noventa días, en compañía anónima o de responsabilidad limitada, o disolverse y liquidarse, a menos que los sucesores hubieren transferido sus derechos y acciones hereditarios en la empresa a favor de una sola persona, la que deberá entonces continuar las operaciones de la misma

con cierta frecuencia se efectúa y se permite alrededor de las convocatorias respectivas).

En todo caso, lo de los quince días supradichos significará en la práctica que la escritura pública de transformación no podrá otorgarse dentro de ese plazo, porque, como ya se dijo, en esa escritura debe incorporarse *la lista de los socios que hubieren ejercido su derecho de receso*, o, en su caso, la declaración expresa del otorgante de tal escritura de que ninguno de los socios hizo uso de ese derecho (en cuyo caso no tendría por qué agregarse a la escritura el famoso *balance final*). Y será sólo después de esos quince días que los socios que decidieron separarse deban empezar a ocuparse de exigir el reembolso del valor de sus acciones, sin perjuicio de que el trámite legal de la transformación siga su marcha.

En la letra A del número 3 del capítulo IV de este trabajo ya vimos que las tres normas anteriormente transcritas de los Arts. 332 y 333 convierten en un verdadero absurdo al mecanismo adoptado en la vigente ley para la separación y el reembolso mencionados en ellas, y entonces dijimos que dicho mecanismo obligaba a advertir que el socio que desee separarse de la compañía no cuenta ni con el tiempo suficiente ni con el material apropiado para ejercer debidamente su *derecho de receso*, aún cuando hubiere asistido a la sesión de la Junta General respectiva, y peor si no lo hubiere hecho.

Entonces también destacamos la irregular circunstancia de que el *balance final* antes mencionado, según el mecanismo antedicho, no sea aprobado por la Junta General; por lo que aprovechamos entonces para sugerir que en la Junta General en que se apruebe la transformación igualmente se apruebe un *balance final*

tienen el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o de su participación, en conformidad con el balance a que se refiere el artículo anterior (...).

Ese mismo primer inciso, en su parte final dice:

“(...) Para la separación, el accionista notificará al gerente o administrador de la empresa, por escrito, dentro de los treinta días contados desde la fecha de la junta general en que se tomó el acuerdo”.

Por lo dicho en la transcripción que antecede, es obvio que la condición *sine qua non* para que opere formalmente el ejercicio del *derecho de receso* es la “notificación escrita” que debe hacerse a la compañía por parte del socio respectivo (acompañada, en su caso, del consentimiento conyugal), quien se encargará de hacerla en la mejor forma posible para no tener después molestias relacionadas con la prueba de tal notificación, para la que la ley no ha fijado formalidad especial alguna.

Según las tres normas transcritas, para el socio que sí acudió a la Junta General que acordó la transformación es más fácil tramitar su separación, porque sabe que le quedan quince días para presentar a la administración de la compañía, en la persona de su representante legal, la notificación correspondiente; ventaja que no se aplica necesariamente al socio que no asistió, porque ni siquiera se enteró de la convocatoria (posibilidad por desgracia no muy remota en nuestro medio por la mala práctica que

como su nuevo gerente-propietario, pero con la correspondiente modificación en la denominación específica de la empresa (...). (Las negrillas son del autor de este trabajo).

“DISPOSICIONES GENERALES.-

(...)

SEGUNDA.- Las constituciones de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada, los aumentos o disminuciones de sus capitales, los cambios de sus domicilios, objetos o denominaciones, o cualquier otra reforma o modificación posterior de sus actos constitutivos, no causarán impuesto ni contribución ni carga tributaria alguno; ni fiscal, ni provincial, ni municipal ni especial.

En los mismos términos del inciso precedente, tampoco causarán impuestos ni contribuciones ni carga tributaria alguna **las transformaciones de compañías anónimas o de responsabilidad limitada en las empresas reguladas por esta Ley**”. (Las negrillas son del autor de este trabajo).

“DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- Las compañías anónimas o de responsabilidad limitada, cuyas acciones o

participaciones estuvieren concentradas en una sola persona natural, deberán aumentar por lo menos a dos el número de sus socios o accionistas, **o transformarse en empresas unipersonales de responsabilidad limitada**, con la intervención del socio único, que deberá ser persona natural, dentro del plazo de un año¹⁷ contado a partir de la vigencia de esta Ley.

En el caso específico previsto en el inciso anterior, las compañías anónimas y de responsabilidad limitada que opten por **la transformación en empresas universonales de responsabilidad limitada**, podrán hacerlo siempre y cuando no mantuvieren en circulación valores, tales como acciones preferidas, obligaciones, partes beneficiarias y otros catalogados como tales. La Superintendencia de Compañías aprobará la transformación cumpliendo los requisitos previstos en la Ley de Compañías en cuanto fueren aplicables.

En caso de violación de esta disposición, vencido el año antedicho, la compañía quedará disuelta de pleno

¹⁷ Por la calidad de transitoria de esta disposición, el plazo de un año fijado en ella prevalece sobre el plazo general de seis meses señalado en el nuevo texto del numeral 8° del Art. 361 de la Ley de Compañías, que fue reformado por el numeral 3° del Art. 68 de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada.

la ley ecuatoriana se requiere expresamente de la correspondiente “notificación escrita”.

D.- CONSENTIMIENTO CONYUGAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO

Como el ejercicio del *derecho de receso* implica la separación del socio respectivo, a cambio del reembolso del valor de sus acciones, es indudable que en la implementación de todo lo antedicho se producirá siempre, necesariamente, la enajenación de las acciones susodichas; lo cual hará obligatoria la autorización expresa del cónyuge del accionista (o, en su caso, la del Juez), en los términos del Art. 181 del Código Civil.

E.- TRAMITE PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO

El primer inciso del Art. 332 de la Ley de Compañías dice:

“(...) Además se agregará a la escritura el acuerdo de transformación, la lista de los accionistas o socios que hayan hecho uso del derecho de separarse de la compañía por no conformarse con la transformación, y el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura (...)”.

Por su parte, el tantas veces citado Art. 333 de la Ley de Compañías, en su primer inciso, dice lo siguiente:

“(...) Los accionistas o socios no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la compañía,

debemos lamentar la poca feliz redacción de la primera parte del Art. 333 de la Ley de Compañías, que dice:

“El Acuerdo de transformación **sólo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor**. Los accionistas o socios no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la compañía, tienen el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o de su participación, en conformidad con el balance a que se refiere el artículo anterior. (...)”.

Con semejante redacción, cualquiera poco avisado podría pensar que los socios que *no concurrieron*, o que *abandonaron* la sesión, o que votaron *en blanco* o que *se abstuvieron* de votar no estarían obligados a ese acuerdo, en los términos del Art. 245; lo cual, obviamente, no necesariamente es así: todos ellos, así como los que votaron *en contra*, quedarán obligados a la transformación si no ejercitan su correspondiente *derecho de receso*, en los términos de la ley.

Dicho esto es importante anticipar, como se verá más adelante, al tratar sobre el primer inciso del Art. 333 de la Ley de Compañías, que el *derecho de receso* opera en el Ecuador de distinta forma a la que opera en España. En efecto, en España los socios que votaron en contra de la transformación o que estuvieron ausentes en la Junta que la resolvió, sino se *adhieren* al acuerdo de transformación dentro de los plazos legales, quedan *separados* de la compañía por mandato de la ley. En cambio, en el Ecuador, al igual que en Argentina, el *derecho de receso* debe ser ejercido expresa y efectivamente en las condiciones previstas en la ley; siendo el Ecuador más preciso que Argentina, ya que en

derecho, en los términos del numeral 4 del artículo 68 de esta Ley, en cuanto fueren aplicables.

Esta disposición no se aplicará a las compañías anónimas y de responsabilidad limitada que antes de la vigencia de esta Ley hubieren emitido y tuvieren en circulación obligaciones o partes beneficiarias, las que de todo modo quedarán sujetas a lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 68 y el plazo de sesenta días¹⁸ previsto en los mismos empezará a correr a partir de la vigencia de esta Ley”. (Las negrillas son del autor de este trabajo).

III. CLASES DE TRANSFORMACIÓN

En función de la realidad ecuatoriana, bien podemos ensayar la siguiente clasificación de las transformaciones, incluyendo en ellas --también-- a las efectuadas al margen de la ley, en general, y de la Ley de Compañías, en especial:

- **Legales e ilegales.**- Existiendo formalmente establecida en el Ecuador la institución de la transformación de la compañía mercantil desde 1964, las primeras serían las que se hubieren efectuado de conformidad con alguna ley, incluyendo, desde luego, a la Ley de Compañías,

¹⁸ Este es un error de la Ley: el plazo correcto es el de seis meses.

pero no necesariamente “de acuerdo con esta última”; como en el caso de la “transformación” de EMETEL, antecesora de ANDINATEL y PACIFICTEL. En cambio, las “ilegales” serían las realizadas de hecho, sin amparo legal alguno; como la tristemente célebre “transformación” de ECUATORIANA DE AVIACIÓN realizada en 1995.

- Las transformaciones “legales”, a su vez, se clasificarían en **propias** e **impropias**. Las transformaciones “propias” (o “propiaamente dichas”) serían las que se hubieren operado de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Compañías, para usar los términos empleados en el segundo inciso del Art. 330 del citado Cuerpo Legal. Y las “impropias” serían las que se efectuaren al amparo de otra ley distinta a la Ley de Compañías, pero ley al fin; como en el caso de la “transformación” de EMETEL; en el caso de las transformaciones de Sociedades en Predios Rústicos, que se hubieren efectuado o que en el futuro se efectuaren de acuerdo con el Decreto Supremo número 3172 publicado en el Registro Oficial número 764 del 1° de febrero de 1979; y, en el caso de las transformaciones referidas en el Art. 37, en la Segunda Disposición General y en la Disposición Transitoria de la reciente Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, publicada en el Registro Oficial número 196 del 26 de enero de 2006.
- Las transformaciones pueden ser **voluntarias** y **forzadas**. Son “voluntarias” las efectuadas por las compañías para adoptar un tipo diferente al que tienen con el que puedan manejar mejor

instalación de la Junta; que uno o más de los que concurrieron abandonaren la sesión y no votaren, y la Junta continuare con el quórum necesario; que algunos socios no concurren, no obstante lo cual se instale y se celebre la reunión con el quórum correspondiente; que los socios concurrentes voten unánimemente *a favor* de una o más --o de todas-- de las resoluciones de la Junta; que uno o más socios voten *en contra* y a pesar de ello la resolución resulta válidamente tomada con el quórum decisorio respectivo; que uno o más socios voten *en blanco* y su voto se sume a la mayoría, según el Art. 241 de la Ley de Compañías; y, que uno o más de tales socios *se abstengan* de votar y, de igual forma, tales abstenciones se sumen también a la mayoría, según la misma disposición legal.

(Con respecto a las **acciones** que resulten representadas en esa Junta General, también pueden darse casos especiales como las constituidas en *prenda* o en *usufructo*, que concedan el derecho a voto al acreedor o al usufructuario, o las *preferidas* sin derecho a voto; pero, por la naturaleza de este trabajo, no nos referiremos a esos casos sino solamente al de las acciones comunes y corrientes).

Con todo esto en mente, vale repetir aquí que el Art. 245 de la Ley de Compañías establece que “las resoluciones de la junta general son obligatorias para todos los accionistas, aún cuando no hubieren concurrido a ella” (y, desde luego, agregamos nosotros, aún cuando hubieren concurrido y luego abandonado la sesión, o hubieren votado *en contra*), salvo, claro está, el *derecho de impugnación* previsto en la ley.

Sin que neguemos que el *derecho de receso* sea una excepción expresamente dispuesta por la ley a la obligatoriedad general prevista en el citado Art. 245,

B.4. Relacionada con la escisión:

"Art. 352.- En aquello que no estuviera estipulado en este párrafo (relativo a la escisión), son aplicables las normas de la fusión...".

C.- ¿QUIÉNES PUEDEN EJERCER EL DERECHO DE RECESO?

Como el *derecho de receso* sólo puede darse en las transformaciones propiamente dichas en que no se requiere el consentimiento unánime de los socios, que constan señalados en la sección B.2. de la letra B del número 4 de este capítulo IV³⁹, conviene tener muy presente tal particular en el desarrollo que sigue, partiendo, eso sí, de la premisa general de que el ejercicio de tal derecho sólo puede corresponder a quienes tuvieren la calidad de **socios**, al momento en que se hubiere tomado la resolución correspondiente.

En términos generales, en una Junta General de Accionistas, con respecto a los **socios**, pueden ofrecerse las siguientes alternativas: que todos los socios concurran a la sesión; que no concurran todos los socios pero que los asistentes den el quórum necesario para la

³⁹ Como ya quedó visto, en la transformación de la compañía de responsabilidad limitada a cualquier otro tipo de compañía que no fuera el de la sociedad anónima, no procede el *derecho de receso* por la unanimidad exigida en el segundo inciso del Art. 331 de la Ley de Compañías; pero, en las **fusiones** sí podría proceder tal derecho para los socios de esas compañías bajo dos condiciones: que se trate de una de las compañías fusionadas que se extinguen para formar una nueva sociedad o de una de las compañías *absorbidas* que se disuelven para incorporarse al patrimonio de una ya existente (*absorbente*); y, que en sus estatutos no se exija la unanimidad de todos sus socios para la disolución, por lo dicho en el Art. 341 de la Ley de Compañías.

sus intereses; para lo cual se requerirá obviamente de la correspondiente manifestación en tal sentido del más alto órgano colectivo por el que se exprese la voluntad social, es decir, de la respectiva Junta General de Socios o Accionistas, con el *quórum decisorio* exigido o permitido por la ley expresamente en cada caso (cuestión esta última que, como se verá más adelante, no es de fácil determinación en la ley ecuatoriana). Como se podrá advertir, estas son las transformaciones ordinarias: las comunes y corrientes. En cambio, las “forzadas” son las impuestas expresamente por la ley como solución para que ciertas compañías¹⁹ puedan sobrevivir, si lo desean, a determinados obstáculos circunstanciales expresamente previstos en la ley; como el enunciado en el Art. 95 de la Ley de Compañías, que dice: “La compañía de responsabilidad limitada no podrá funcionar como tal si sus socios exceden del número de quince, si excediere de ese máximo, **deberá transformarse en otra clase de compañía o disolverse**”.²⁰

Cosa similar ofrecía hasta hace poco la causal de disolución prevista en el numeral 8° del Art. 361 de la citada Ley, que decía que las compañías

¹⁹ Como se verá de inmediato, hasta antes de la reciente Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, esta afirmación sólo podía hacerse respecto de “compañías” que quisieran sobrevivir al obstáculo correspondiente; pero, con el Art. 37 de la citada Ley pasó a permitirse, por excepción, la transformación **forzada** de la “empresa unipersonal” (que, obviamente, no es “compañía”).

²⁰ El Art. 365 complementa el Art. 95 imponiendo el plazo de tres meses para la transformación.

colectivas y en comanditas (solamente ellas) **se disolvían** por reducción del número de socios a menos del mínimo legal, siempre que no se incorporen nuevos socios **o se transformen** en el plazo de tres meses. Ahora, esa causal se encuentra reformada (en los términos de su texto anterior y para todos los tipos de compañías) por el numeral 3° del Art. 68 de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, publicada en el Registro Oficial número 196 del 26 de enero de 2006, que dice:

"8. Por reducción del número de socios o accionistas del mínimo legal establecido, siempre que no se incorpore otro socio a formar parte de la compañía en el plazo de seis meses, a partir de cuyo vencimiento, si no se hubiere cubierto el mínimo legal, el socio o accionista que quedare empezará a ser solidariamente responsable por las obligaciones sociales contraídas desde entonces, hasta la publicación de la correspondiente declaratoria de disolución".²¹

Otro ejemplo --aunque muy sui generis-- de transformación "forzada" lo dio la Séptima Disposición Transitoria de la Ley General de

²¹ Lo cual no significa, en opinión del autor de este trabajo, que, si se trata de compañías anónimas o de responsabilidad limitada, durante ese lapso de los seis meses no se pueda transformar (como antes expresamente lo reconocía el texto anterior para las colectivas y en comanditas, para evitar la disolución), gracias al segundo inciso de la Segunda Disposición General de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada.

separación, el accionista notificará al gerente o administrador de la empresa, por escrito, dentro de los quince días contados desde la fecha de la junta general en que se tomó el acuerdo.³⁸

Este balance, en lo relativo al reembolso del valor de las participaciones o de las acciones, podrá ser impugnado por el accionista o socio disidente en el plazo de treinta días contados desde su fecha, ante la Superintendencia de Compañías, la que dictará resolución definitiva previos los exámenes y peritajes que fueren del caso". (Las negrillas son del autor de este trabajo).

B.3. Relacionadas con la fusión:

"Art. 343.- Cuando una compañía se fusione o absorba a otra u otras, la escritura contendrá, **además del balance final de las compañías fusionadas o absorbidas**, las modificaciones estatutarias resultantes del aumento de capital de la **compañía absorbente** y el número de acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas". (Las negrillas son del autor de este trabajo).

"Art. 344.- En aquello que no estuviere expresamente estipulado en esta sección se estará a lo dispuesto para los casos de transformación".

³⁸ Recuérdese que esos quince días se hacen treinta en el Art. 79 anteriormente transcrito.

de responsabilidad limitada, a otra especie de compañía, **requerirá el acuerdo unánime de los socios**". (Las negrillas son del autor de este trabajo).

"Art. 332.- La transformación se hará constar en escritura pública y se cumplirá con todos los requisitos exigidos por la ley para la constitución de la compañía cuya forma se adopte. Además se agregarán a la escritura el acuerdo de transformación, la lista de los accionistas o socios que hayan hecho uso del derecho de separarse de la compañía por no conformarse con la transformación, **y el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura, elaborado como si se tratase de un balance para la liquidación de la compañía.**

La transformación surtirá efecto desde la inscripción en el Registro Mercantil". (Las negrillas son del autor de este trabajo).

"Art. 333.- El acuerdo de transformación sólo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor. **Los accionistas o socios no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la compañía, tienen el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o de su participación, en conformidad con el balance a que se refiere el artículo anterior.** Para la

Seguros, publicada en el Registro Oficial número 290 del 3 de abril de 1998, que dijo:

"SÉPTIMA: Coopseguros del Ecuador Ltda., **deberá transformarse** en sociedad anónima con el capital que cuenta a la fecha y acogiendo a los plazos establecidos en las transitorias relacionadas con márgenes de solvencia, inversiones y escisión". (Las negrillas son del autor).

Hasta antes de la publicación de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, las transformaciones **forzadas** solamente se podían dar en las transformaciones "propias" o "propiaamente dichas"; pero, a partir de dicha Ley, las mismas también pueden darse en las transformaciones "impropias", tal como lo evidencian el tercer inciso del Art. 37, la Segunda Disposición General y la Disposición Transitoria de la misma, que dicen:

"Art. 37.-

(...)

Si por la muerte del gerente-propietario la empresa pasare a ser propiedad de varias personas, la misma tendrá necesariamente que transformarse, en un plazo de noventa días, en compañía anónima o de responsabilidad limitada, o disolverse y liquidarse, a menos que los sucesores hubieren transferido

sus derechos y acciones hereditarios en la empresa a favor de una sola persona, la que deberá entonces continuar las operaciones de la misma como su nuevo gerente-propietario, pero con la correspondiente modificación en la denominación específica de la empresa (...).

“DISPOSICIONES GENERALES.-

(...)

SEGUNDA.- Las constituciones de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada, los aumentos o disminuciones de sus capitales, los cambios de sus domicilios, objetos o denominaciones, o cualquier otra reforma o modificación posterior de sus actos constitutivos, no causarán impuesto ni contribución ni carga tributaria alguno; ni fiscal, ni provincial, ni municipal ni especial.

En los mismos términos del inciso precedente, tampoco causarán impuestos ni contribuciones ni carga tributaria alguna las transformaciones de compañías anónimas o de responsabilidad limitada en las empresas reguladas por esta Ley”.

“DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- Las compañías anónimas o de responsabilidad limitada, cuyas acciones o

B.- NORMAS DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA RELATIVAS AL DERECHO DE RECESO

Son pertinentes al *derecho de receso* las siguientes disposiciones legales de la Ley de Compañías:

B.1. Relacionadas con modificaciones del contrato social de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple:

“Art. 79.- El contrato social no podrá modificarse sino con el consentimiento unánime de los socios, a menos que se hubiere pactado que para la modificación baste el acuerdo de una mayoría, sin embargo, los socios no conformes con la modificación podrán separarse dentro de los treinta días posteriores a la resolución, de acuerdo con el Art. 333 de esta Ley”.³⁷

B.2. Relacionadas con la transformación:

"Art. 331.- La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada y viceversa. Cualquier transformación de un tipo distinto será nula.

La transformación de una compañía en nombre colectivo, en comandita simple o

³⁷ Por el segundo inciso del Art. 331 (que se transcribe a continuación) debe entenderse que la separación prevista en este Art. 79 sólo podría darse en los casos de transformación de la compañía en nombre colectivo o en comandita simple a compañía anónima.

plenamente, y que aún se conserva en el Art. 29 de la Ley de Compañías).

Finalmente, volviendo al derecho extranjero, es importante destacar que en los últimos tiempos se han producido grandes cambios en Europa, con respecto a esta institución, que, por ejemplo, han obligado a España a **suprimir el derecho de receso en los casos de fusión y escisión**, manteniéndolo para el cambio del *objeto social*, el *traslado del domicilio al extranjero* y la *transformación* de la compañía.

Con relación a esto último, vale transcribir las siguientes palabras del trabajo de F. Javier Gardeazábal del Río que aparece publicado en la página 882 de la Tercera Edición de la obra española "Las Sociedades de Capital Conforme a la Nueva Legislación" (Editorial Trivium, 1990):

"Sin embargo, las cosas cambiaron en el curso de la discusión parlamentaria del Proyecto de 1988, llegándose a la solución definitiva de suprimir el derecho de separación del socio en caso de fusión... Sin duda habrán pesado en la decisión final las opiniones que estimaban que el mantenimiento del derecho de separación era contrario a la Tercera Directiva (de la Comunidad o Unión Europea), así como la conveniencia de facilitar la realización de las fusiones, consideradas como generalmente beneficiosas para la economía nacional. Por lo tanto, en esta materia ha prevalecido la protección del interés corporativo de la sociedad sobre el interés individual del socio, produciéndose una de las mayores innovaciones de la ley."

participaciones estuvieren concentradas en una sola persona natural, deberán aumentar por lo menos a dos el número de sus socios o accionistas, o transformarse en empresas unipersonales de responsabilidad limitada, con la intervención del socio único, que deberá ser persona natural, dentro del plazo de un año contado a partir de la vigencia de esta Ley.

En el caso específico previsto en el inciso anterior, las compañías anónimas y de responsabilidad limitada que opten por la transformación en empresas unipersonales de responsabilidad limitada, podrán hacerlo siempre y cuando no mantuvieren en circulación valores, tales como acciones preferidas, obligaciones, partes beneficiarias y otros catalogados como tales. La Superintendencia de Compañías aprobará la transformación cumpliendo los requisitos previstos en la Ley de Compañías en cuanto fueren aplicables.

En caso de violación de esta disposición, vencido el año antedicho, la compañía quedará disuelta de pleno derecho, en los términos del numeral 4 del artículo 68 de esta Ley, en cuanto fueren aplicables.

Esta disposición no se aplicará a las compañías anónimas y de respon-

sabilidad limitada que antes de la vigencia de esta Ley hubieren emitido y tuvieran en circulación obligaciones o partes beneficiarias, las que de todo modo quedarán sujetas a lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 68 y el plazo de sesenta días²² previsto en los mismos empezará a correr a partir de la vigencia de esta Ley”.

- También existe la transformación ***ipso iure*** o de ***puro derecho***, que sólo puede darse en un único caso: en el previsto por el Art. 316 de la Ley de Compañías, que --tratándose de las *Compañías de Economía Mixta*-- dice:

“Art. 316.- En esta clase de compañías (de economía mixta) el capital privado podrá adquirir el aporte del Estado pagando su valor en efectivo, previa la valorización respectiva y procediendo como en los casos de fusión de compañías, y el Estado accederá a la cesión de dicho aporte.

Transferido el aporte del Estado a los accionistas privados, **la compañía seguirá funcionando como si se tratase de una compañía anónima**, sin derecho a las exoneraciones y beneficios que esta Ley concede a las compañías de economía mixta. En la organización de los directorios

²² Ya se advirtió que el plazo correcto es de seis meses.

parece estar en el Art. 158 del Código de Comercio italiano de 1882, que lo permitió para los casos de *fusión*, *reintegro* o *aumento de capital social*, *cambio de objeto* y *prórroga del plazo de duración* de la sociedad.

Posteriormente, el modelo italiano fue seguido, entre otros países, por Argentina (en el Art. 354 de su Código de Comercio de 1889), por Venezuela (en el Art. 287 de su Código de Comercio de 1919), por México (en el Art. 206 de su Ley General de Sociedades Mercantiles de 1943) y por España (en su Ley del 17 de julio de 1951).

En lo que al Ecuador respecta, el *derecho de receso* recién nació con la Ley de Compañías que se publicó el 15 de febrero de 1964, únicamente para dos nuevas instituciones societarias que antes no existían en el derecho ecuatoriano, es decir, para la ***transformación*** y para la ***fusión***. Y en 1993, la primera Ley de Mercado de Valores lo hizo extensivo a la ***escisión***.

Conviene aclarar, eso sí, que el Art. 67 de la antedicha Ley de Compañías de 1964 también previó un derecho parecido al de receso, para las minorías de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple **en desacuerdo con cualquier reforma al contrato social**, pero con la liquidación de la compañía como resultante de su ejercicio; situación que se mejoró con la reforma de 1971, en que se identificó ese derecho al de la separación que años atrás se había creado para la transformación, tal como ahora se puede comprobar en el Art. 79 de la codificación actual.

(Dicho esto, vale agregar que al *derecho de receso* no debe confundírselo con el derecho de separación que el Art. 342 del Código de Comercio ecuatoriano de 1906 ya concedía a los socios de las Compañías que --morosamente-- no habían terminado de constituirse

Así, Zaldívar, en el Volumen III de sus "Cuadernos de Derecho Societario", dice:

"Con un criterio jurídico de actualidad prontamente se advierte que el receso, so pretexto de proteger al interés económico particular del accionista minoritario –interés que, en la práctica, no ampara-- puede llegar a atentar contra la sociedad y, en su caso, la empresa misma.

En este orden de ideas, otorgando por vía de hipótesis efectividad a esta defensa, su ejercicio atentaría:

- a) contra los legítimos derechos de los acreedores al disminuir el patrimonio social, que es su prenda común;
- b) contra la sociedad misma, dado que la consecuente disminución de capital puede impedirle cumplir su objeto y, eventualmente, llevarla a la disolución;
- c) contra los intereses de los dependientes, colaboradores, proveedores y, en general, contra todos aquellos que de uno u otro modo se ven involucrados en el complejo de la actividad empresaria".³⁶

Dicho todo esto, conviene agregar que, por su naturaleza misma, el *derecho de receso* no fue conocido ni en el Derecho Romano ni en el Derecho Medieval, y que su origen más remoto, debidamente configurado,

³⁶ Obra citada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 500.

cesará la participación del Estado (...)". (Las negrillas son del autor).

Aunque el segundo inciso que antecede no alude expresamente a la transformación, es evidente que de ella se trata en este caso, porque no habría otra manera de entenderlo. Tan cierto es esto último, que así lo entendió en un primer momento la Comisión de Legislación y Codificación que expidió la vigente codificación de la Ley de Compañías el 20 de octubre de 1999, cuando reformuló el texto original del segundo inciso del citado Art. 316 en los términos siguientes:

"Transferido el aporte del Estado a los accionistas privados, **la compañía deberá transformarse en una compañía anónima**, sin derecho a las exoneraciones y beneficios que esta Ley concede a las compañías de economía mixta. En la organización de los directorios cesará la participación del Estado".

No obstante, meditándolo mejor, la Comisión prefirió después volver al texto original, en las "FE DE ERRATAS" publicadas en el Registro Oficial número 326 del 25 de noviembre de 1999, donde aparece, como la undécima, la siguiente:

"11. En el Art. 316, inciso 2°, en vez de: 'la compañía deberá transformarse en una compañía anónima', debe decir: **'la compañía seguirá funcionando como si se tratase de una compañía anónima'**".

Claro que para efectos prácticos, en este caso de transformación "*ipso iure*" siempre será conveniente que la misma quede debidamente documentada en la correspondiente declaración ante Notario Público, con las anotaciones marginales del caso, tanto notariales como registrales.

A propósito de esta tan especial transformación, debe advertirse seriamente que no se puede aceptar una transformación parecida, es decir, de puro derecho, pero en sentido contrario, como parece afirmarlo –inclusive utilizando el gerundio del verbo "transformar"-- el Art. 317 de la Ley de Compañías, que dice lo siguiente:

"Art. 317.- Si la compañía de economía mixta se formare para la prestación de nuevos servicios públicos o de servicios ya establecidos, vencido el término de su duración, el Estado podrá tomar a su cargo todas las acciones en poder de los particulares, **transformando** la compañía de economía mixta en una entidad administrativa para el servicio de utilidad pública para el que fue constituida". (Las negrillas son del autor).

Lo que el texto anterior ofrece no es una transformación *ipso iure* sino una simple disolución de puro derecho, respaldada por el numeral 13° del Art. 361 de la Ley de Compañías, porque, como ya se sabe, una compañía de economía mixta no puede transformarse en una entidad estatal, porque cualquier transformación de una compañía de

aun cuando no hubieren concurrido a ella, salvo el derecho de oposición en los términos de esta Ley". Si se sabe que el derecho de oposición a que alude la norma citada se reduce únicamente a la "acción de impugnación" prevista en los Arts. 215, 216 y 249 de la citada Ley, para los casos de resoluciones asamblearias ilegítimas o irregulares, resulta fácil reconocer que, en efecto, para las compañías anónimas, el *derecho de recesso* resulta bastante extraño).

No obstante, hay que admitir que, incluso tratándose de compañías anónimas, esta institución jurídica es una importante conquista del derecho societario, porque constituye, como dice Rodríguez Rodríguez en su "Tratado de Sociedades Mercantiles", una "auténtica puerta de escape que se abre para el accionista aplastado por la voluntad mayoritaria".³⁵

Pero, tal como lo reconoce generalmente la doctrina, esa puerta de escape no puede inducir a excesos que configuren un desconocimiento del evidente derecho al gobierno de la sociedad que poseen las mayorías, por más relativas que ellas fueren, tal como lo afirmó en 1968 Carlos S. Odriozola, en una disertación que hizo en la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

Por eso es que en algunas legislaciones se ha procurado consultar el necesario equilibrio que impida que el derecho en cuestión sea utilizado de manera indebida por parte de determinadas minorías, contra la perdurabilidad de la sociedad.

Por otro lado, no han dejado de existir importantes detractores del derecho en cuestión.

³⁵ Obra citada, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1965, pág. 443.

especial, denominado *final*, cortado al día anterior de la instrumentación del acuerdo causante del receso; el cual *balance final*, como en el caso ecuatoriano, exige la particularidad de un cuadro distributivo del haber social, en el que se debe indicar lo que a cada socio le correspondería en caso de que dicha sociedad se liquidara.

Como se comprenderá por todo lo antedicho, el derecho de separación o de receso es uno de los varios institutos jurídicos creados para la **protección de los derechos de las minorías**: es la puerta de escape --como diría Rodríguez Rodríguez-- que facilita la ley en ciertos casos especiales, para que salga por ella con lo que le corresponde --y deje de ser parte contractual del contrato de sociedad-- el socio disconforme con algún cambio importante.

Sin embargo, tratándose de compañías anónimas, es fácil advertir que dicho derecho no le resulta muy apropiado a la naturaleza capitalista de la verdadera sociedad anónima. Y es por eso que Ángel Velasco Alonso, en su obra "La Separación del Accionista", dice que el *derecho de receso* es una institución atípica en materia de compañías anónimas, porque contradice abiertamente al principio corporativo de la sumisión de los accionistas a los acuerdos legítimos de las Juntas Generales.³⁴

(Lo cual se confirma plenamente en el derecho ecuatoriano con la sola lectura del Art. 245 de la Ley de Compañías, que dice: "Art. 245.- Las resoluciones de la junta general son obligatorias para todos los accionistas,

³⁴ Obra citada, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidos, Caracas, 1976, pág. 22.

comercio en un tipo distinto a los previstos en la Ley de Compañías (salvo el caso de una ley especial que aquí no existe) sería nula, de conformidad con el Art. 331 de la citada Ley.

IV. CASOS DE TRANSFORMACIONES PROPIAMENTE DICHAS

1.- PRECISIONES GENERALES

Para el desarrollo de este capítulo, es importante recordar que, tal como ya se lo expresó con anterioridad, las transformaciones **propias** o **propiaemente dichas** sólo pueden ser las que se hubieren operado de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Compañías y, por lo tanto, de manera particular, con lo establecido en el Art. 331 y --por lo menos-- en la primera parte del Art. 332 de la misma.

Antes de proseguir, para tener claro desde un principio el escenario puramente legal de lo que se va a explicar de inmediato, creemos que es bueno transcribir a continuación las siguientes disposiciones de la Ley de Compañías:

- "Art. 2.- Hay cinco especies de compañías de comercio, a saber:

La compañía en nombre colectivo;

La compañía en comandita simple y dividida por acciones;

La compañía de responsabilidad limitada;

La compañía anónima; y,

La compañía de economía mixta.

Estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas.

La Ley reconoce, además, la compañía accidental o cuentas en participación”.

- “Art. 79.- El contrato social (de la compañía en nombre colectivo y de la en comandita simple) no podrá modificarse sino con el consentimiento unánime de los socios, a menos que se hubiere pactado que para la modificación baste el acuerdo de una mayoría, sin embargo, los socios no conformes con la modificación podrán separarse dentro de los treinta días posteriores a la resolución, de acuerdo con el Art. 333 de esta Ley”.
- “Art. 95.- La compañía de responsabilidad limitada no podrá funcionar como tal si sus socios exceden del número de quince, si excediere de este máximo, deberá transformarse en otra clase de compañía o disolverse”.
- “Art. 331.- La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada o viceversa. Cualquier transformación de un tipo distinto será nula.

La transformación de una compañía en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, a otra especie de compañía, requerirá el acuerdo unánime de los socios”.

siempre que no se revoque, dentro de un lapso determinado, la resolución de la Junta General en que se acordó la transformación. Esto, que es muy lógico, está expresamente previsto en el Art. 245 de la Ley número 19.550 de Argentina, cuyo inciso cuarto dice:

“El derecho de receso y las acciones emergentes caducan si la resolución que los origina es revocada por asamblea celebrada dentro de los sesenta días de expirado el plazo para su ejercicio por los ausentes; en este caso, los recedentes readquieren sin más el ejercicio de sus derechos retrotrayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que notificaron el receso”.

Aunque esto último no esté expresamente previsto en la ley ecuatoriana, creemos que --en principio-- bien podría aplicarse aquí, *mutatis mutandi*, no sólo por razones de pura lógica, sino en mérito de los *principios del derecho universal* invocados en la regla 7ª del Art. 18 del Código Civil.

Como el reembolso del valor de la participación social del socio que hace uso de este derecho es la meta final de su ejercicio, de más está decir que uno de los elementos más importantes de esta institución jurídica es el medio o el mecanismo que se utiliza para la determinación o fijación del valor de esa participación social, sean *acciones* o *participaciones*. Y, para el efecto, por ejemplo, unas legislaciones han acudido al último balance aprobado por la sociedad correspondiente y otras, a la determinación del valor por parte de firmas auditoras. En el caso ecuatoriano, tratándose de las transformaciones, la ley ha acudido a un balance

la magnífica obra de Mariano Gagliardo titulada “Sociedades Anónimas”³¹, las principales características de este derecho, que en el Ecuador son las siguientes: es un derecho que nace de la ley para los casos expresamente previstos en ella, por lo que no puede pactarse en el contrato social, como ocurre en otros países; es un derecho individual del socio; es un derecho indivisible que no permite que el socio pueda separarse de la compañía en solo una parte de su participación social; su carácter es imperativo (“de orden público” diría Vivante³²), por lo que no puede renunciarse anticipadamente ni derogarse en el contrato social o por resolución de una Junta General (sin perjuicio de que pueda no ejercerse en el momento preciso)³³; se ejerce y se ejecuta por la sola manifestación expresa del recedente, es decir, unilateralmente, sin necesidad de aceptación por parte de la compañía; y, el efecto principal del *derecho de recesso* es la extinción de la calidad del socio, que se produce con la sola notificación prescrita por la ley.

A estas características en algunos países se suele agregar la de que el mencionado derecho tiene vigor

³¹ Segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires; págs. 298 y siguientes.

³² Tratado de Derecho Comercial, Vol. II, pág. 249.

³³ Sobre esta característica, la Ley General de Sociedades del Perú es contundente, cuando en el inciso final de su Art. 200 dice: “Es nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio”. Con respecto a la *irrenunciabilidad*, hay opiniones contrarias, principalmente porque la renuncia respectiva no se encuentra prohibida por la ley ni incluida entre los derechos fundamentales previstos para las compañías anónimas en el Art. 207 de la Ley de Compañías; pero, a nuestro juicio, aparte de la imperatividad aludida, la posibilidad siempre presente de que el accionista pueda vender libremente sus acciones podría ser el mejor argumento a favor de dicha *irrenunciabilidad*.

- “Art. 333.- El Acuerdo de transformación sólo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor. Los accionistas o socios no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la compañía, tienen el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o de su participación, en conformidad con el balance a que se refiere el artículo anterior. Para la separación, el accionista notificará al gerente o administrador de la empresa, por escrito, dentro de los quince días contados desde la fecha de la junta general en que se tomó el acuerdo (...)”.

El primer inciso del Art. 331 de la Ley de Compañías (cuya redacción prácticamente la copiamos en 1964 del Art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas española de 1951, que pasó a ser el actual Art. 223 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, en actual vigencia en España), como ya se vio, dice:

“La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada o viceversa. Cualquier transformación de un tipo distinto será nula”.²³

²³ Se recomienda volver a lo dicho en el número 1 del capítulo II de este trabajo para recordar el motivo de su peculiar redacción, que ofrece como eje a la compañía anónima. También se recomienda recordar el cambio advertido en la nota de pie de página No. 4.

El solo tenor literal del inciso transcrito, que coloca en un lado a la compañía anónima, de manera aislada, y en otro, agrupadas, a las demás, conduce a la falsa idea de que las *transformaciones propiamente dichas* pueden hacerse únicamente así: o la transformación de una compañía anónima en uno cualquiera de los tipos restantes enumerados en el Art. 2 de la Ley de Compañías o, a su vez, por el famoso “viceversa”, en sentido contrario, esto es, la transformación de una compañía que tuviera uno cualquiera de aquellos tipos restantes en compañía anónima (de manera *horizontal*, digámoslo así); pero no la transformación de una compañía con uno de esos tipos restantes en otro cualquiera de ellos (es decir, no de manera *vertical* entre ellos).

Si aceptáramos esta falsa idea producida por aquel tenor literal, no podríamos admitir la validez de la transformación de una compañía en nombre colectivo en una compañía de responsabilidad limitada, o de una compañía de responsabilidad limitada en una compañía en comandita por acciones; lo cual constituiría una gran equivocación no sólo por la explicación histórica que tiene aquel primer inciso, sino por lo siguiente:

- Por el Art. 95 de la Ley de Compañías, que dice que las compañías de responsabilidad limitada con más socios de los legales “deberá transformarse en **otra clase** de compañía”, y no necesariamente en anónima; y,
- Por la redacción del segundo inciso de ese mismo Art. 331, que trata del *quórum decisorio* que se necesita para “La transformación de una compañía en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, a **otra**

Mercantil, previa resolución del organismo social competente.³⁰

5.- DERECHO DE RECESO EN LAS TRANSFORMACIONES PROPIAMENTE DICHAS

A.- CONCEPTO Y ANTECEDENTES RELATIVOS AL DERECHO DE RECESO

El derecho de separación o receso, en términos generales, doctrinariamente hablando, es la facultad que imperativamente concede la ley al socio disconforme con determinadas resoluciones asamblearias, para separarse totalmente de la sociedad mercantil a que pertenece, mediante su manifestación unilateral de voluntad, recibiendo por ello de la sociedad antedicha el reembolso del valor de su participación social en la compañía respectiva.

Concretando más dicho concepto, conviene agregar que, en nuestra opinión, tal derecho sólo puede ejercerse legalmente en el Ecuador frente a resoluciones asamblearias legítimamente adoptadas y --dado el hecho de que la compañía es un contrato-- únicamente en los casos expresamente previstos por la ley. Y esos casos expresamente previstos por la ley suelen ser los de modificaciones contractuales de gran trascendencia, en las cláusulas sustanciales del contrato social.

Lo que antecede nos da la pauta suficiente para destacar, siguiendo los lineamientos que se ofrecen en

³⁰ Con relación a este tema, resulta aconsejable incluir en la escritura de transformación una especie de “disposición transitoria” que exprese la validez de los nombramientos existentes y su sobrevivencia hasta ser reemplazados por los nuevos que se hicieren de acuerdo a la nueva estructura social.

de los nuevos certificados de aportaciones, y las correspondientes anulaciones de los documentos reemplazados; la apertura, cuando sea del caso también, del libro de acciones y accionistas o del libro de participaciones y socios, cuando corresponda; las anotaciones respectivas, igualmente cuando corresponda, en tales libros.

Entre esas diligencias de menor importancia, la Superintendencia de Compañías suele ordenar, en la resolución aprobatoria de la transformación, que los Registradores de la Propiedad de los cantones en que la compañía transformada tuviera inmuebles tomen nota de la transformación al margen de las inscripciones de esos inmuebles, probablemente con base a una interpretación un tanto forzada del Art. 50 de la Ley de Registro.

Aunque creemos que la orden mencionada con anterioridad no tiene fundamento legal, nos parece conveniente la práctica antedicha, como también lo serían las anotaciones similares que pueden darse en los registros de vehículos a cargo de la Dirección Nacional de Tránsito (o de la Comisión de Tránsito del Guayas), en los registros de marcas de fábrica y similares que se lleven en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, en los registros de naves de las Direcciones Generales de la Marina Mercante, etcétera.

Finalmente, aunque no parezca necesario, creemos que también sería apropiado, en su caso, adecuar los nombramientos de los administradores de la compañía transformada que ejercieren la representación legal de la misma, inclusive sus inscripciones en el Registro

especie de compañía", distinta de la "compañía anónima" que implica el tenor literal del referido inciso anterior de ese mismo artículo (a propósito de lo cual, con respecto al susodicho *quórum decisorio*, conviene anticipar desde ya que ese quórum específico hay que saberlo conjugar debidamente con lo dispuesto por el Art. 79 para las colectivas y para las en comandita simple).

Entonces, queda claro que, tratándose de las transformaciones propiamente dichas, ellas pueden realizarse entre cualquiera de los tipos previstos en el Art. 2 de la Ley de Compañías (salvo, claro, el caso de la transformación de pleno derecho previsto en el Art. 316 de la citada Ley).

Llegados a este punto, se hace obligatoria la pregunta de si tales transformaciones pueden hacerse de un tipo de *compañía mercantil* a un tipo de *compañía civil*, o viceversa.

Pensamos que la respuesta es negativa, con la sola excepción del caso de la compañía anónima civil que, como se sabe, está sujeta a todas las normas de la compañía anónima mercantil. Y sostenemos aquello principalmente porque tal posibilidad no está prevista en la ley y, además, porque las constituciones de las *sociedades civiles* (salvo las anónimas civiles) no están sujetas a las formalidades *ad solemnitatem* que deben observarse para las constituciones de las *sociedades mercantiles*: ni tienen que contratarse por escritura pública, ni son aprobadas por autoridad alguna ni se inscriben en el Registro Mercantil.

Con las precisiones que anteceden sobre las *transformaciones propiamente dichas*, desarrollemos a continuación la temática general más destacada de las mismas.

2.- CONSECUENCIAS RESPECTO DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS SOCIOS EN LAS TRANSFORMACIONES PROPIAMENTE DICHAS

Como se sabe, los socios de las compañías en nombre colectivo y los socios comanditados de las compañías en comandita son personal y solidariamente responsables de las obligaciones de la compañía respectiva; cosa que no ocurre, salvo las excepciones legales, con los socios comanditarios, ni con los socios de las compañías de responsabilidad limitada ni con los accionistas de las compañías anónimas o de economía mixta.

Con esto en mente, como una compañía en nombre colectivo bien puede transformarse en limitada o en anónima, o, al menos en teoría, una compañía anónima también puede transformarse en colectiva, resulta apropiado para tales casos transcribir a continuación los dos últimos incisos del Art. 334 de la Ley de Compañías, que dicen:

“Los accionistas que, en virtud de la transformación, asuman responsabilidad ilimitada por las deudas sociales responderán en la misma forma por las deudas anteriores a la transformación.

La transformación de las compañías colectivas y comanditarias no libera a

G.- LA INSCRIPCIÓN DE LA TRANSFORMACIÓN PROPIAMENTE DICHA EN EL REGISTRO MERCANTIL

De las supradichas diligencias ordenadas en la resolución aprobatoria de la transformación, la más importante, obviamente, es la inscripción de la escritura pública respectiva en el Registro Mercantil; que debe hacerse en cumplimiento del numeral 8° del Art. 30 del Código de Comercio y del Art. 33 de la Ley de Compañías, en concordancia con los Arts. 38, 61, 96, 136, 147, 307 y 311 de la misma.

Con respecto a esta inscripción, el último inciso del Art. 332 de la Ley de Compañías, dice: “La transformación surtirá efecto desde la inscripción en el Registro Mercantil”. Lo cual armoniza plenamente con el primer inciso del Art. 35 del Código de Comercio (con la aclaración de que la *fijación* a que dicho inciso alude no se aplica ya a las inscripciones de los *actos societarios*).

H.- OTRAS DILIGENCIAS

El proceso descrito en los números anteriores se complementa con una serie de diligencias de menor importancia, como la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución aprobatoria de la transformación; la publicación del extracto correspondiente en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio de la compañía transformada; la entrega a la Superintendencia de Compañías --cuando sea del caso-- de los títulos de las acciones que desaparezcan, según lo dispuesto en el Art. 335 de la Ley de Compañías; la actualización de los datos de la compañía transformada en el Registro Único de Contribuyentes; la expedición, cuando sea del caso, de los nuevos títulos de acciones o

acompañando a tal solicitud las respectivas copias certificadas o testimonios auténticos de la escritura pública mencionada.

De lo antedicho resulta que la solicitud referida deberá presentarse al Juez de lo Civil del domicilio pertinente únicamente en los casos de transformaciones de compañías en nombre colectivo, en compañías en comandita simple, o viceversa.

La afirmación de que es la Superintendencia de Compañías la que debe aprobar la transformación, cuando la compañía que se está transformando o la que resultará de tal proceso deban estar sujetas al control de esa Institución, que coincide con lo que prevé el Art. 342 para las fusiones, se fundamenta en los Arts. 33 y 332 de la misma Ley.

F.- LA APROBACIÓN DE LA TRANSFORMACIÓN PROPIAMENTE DICHA

En caso de que se hubieren cumplido todos los requisitos legales pertinentes, la Superintendencia de Compañías o el Juez de lo Civil, según el caso, obligatoriamente deberá aprobar la transformación, mediante la respectiva resolución; acto en el que, además, se ordenarán las diligencias del caso, esto es, las anotaciones marginales notariales y registrales que correspondan, la inscripción en el Registro Mercantil respectivo y la publicación periodística del extracto pertinente.

Sin el proceso hubiere disminución de capital, deberá procederse en consecuencia.

los socios colectivos de responder personal y solidariamente, con todos sus bienes, de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la compañía, a no ser que los acreedores hayan consentido expresamente en la transformación”.

El penúltimo inciso del Art. 334 merece los siguientes comentarios:

- Dicho inciso no sólo debe aplicarse a “los accionistas”, como indica su texto, sino también a los “socios” de las compañías de responsabilidad limitada, por obvias razones:
- Con respecto a la responsabilidad acrecentada por la transformación, a que se refiere el penúltimo inciso del Art. 334 de la Ley de Compañías, personalmente creemos que para que el acrecentamiento de la responsabilidad del socio casado afecte por completo a su sociedad conyugal, será necesario --y así debería exigirlo la ley-- que en el correspondiente acuerdo de transformación intervenga también su cónyuge, para dejar constancia de su consentimiento; y,
- Finalmente, con respecto al mismo tema de la responsabilidad acrecentada por la transformación, resulta sin sentido alguno, por decir lo menos, que los socios o accionistas de una compañía de responsabilidad limitada o de una compañía anónima que se transforme en una compañía en nombre colectivo, por ejemplo, no sólo pasen a responder solidaria e ilimita-

damente por las deudas sociales futuras, lo cual estaría muy bien, sino que también respondan “en la misma forma por las **deudas anteriores** a la transformación”. Dicho esto, conviene anotar aquí que esta misma sinrazón se ofrecía en el Art. 76 de la Ley argentina número 19.550, que fue corregida en el año 1983 por la Ley número 22.903, por lo que ahora dicho Art. 76 dice: “Si en razón de la transformación existen socios que asuman responsabilidad ilimitada, **ésta no se extiende a las obligaciones sociales anteriores a la transformación**, salvo que la acepten expresamente”.

Por su parte, el último inciso del citado Art. 334 de la Ley de Compañías merece la siguiente pregunta: ¿hasta cuándo responde personal y solidariamente, por las deudas anteriores, el socio comanditado, de una compañía en comandita por acciones, que con motivo de su transformación ejerce el *derecho de recesso* sin el consentimiento expreso de los acreedores? En el Ecuador nada dice al respecto expresamente la Ley de Compañías; pero, en Argentina, según el inciso final del Art. 78 de la Ley número 19.550, ese socio continuaría respondiendo ante terceros hasta que la transformación se inscriba en el Registro Público de Comercio.

3.- INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS EN LAS TRANSFORMACIONES PROPIAMENTE DICHAS

Con la excepción del acrecentamiento de la responsabilidad referida anteriormente, los derechos de los socios de la compañía transformada no pueden sufrir modificación alguna, salvo la correspondiente aceptación en contrario.

A propósito del otorgamiento de la escritura pública en cuestión, no debe olvidarse que a la misma deberán incorporarse, como documentos habilitantes, salvo en los casos de excepción que luego se indicarán, además de los usuales, los señalados en el primer inciso del Art. 332 de la Ley de Compañías, esto es: a) copia certificada del acta de la Junta General en que conste el acuerdo de transformación; b) en su caso, la lista de los socios que hayan hecho uso del derecho de separarse de la compañía; y, c) el *balance final* cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura susodicha.²⁹

E.- LA SOLICITUD A LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS O AL JUEZ DE LO CIVIL PARA LA APROBACIÓN DE LA TRANSFORMACIÓN

Ajustándose al trámite de cualquiera de los *actos societarios* mencionados en el Art. 33, cuando la compañía en proceso de transformación o la que resultará de tal proceso deban estar sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, luego del otorgamiento de la escritura pública supradicha, el representante legal de la antedicha compañía, con el patrocinio de un abogado, deberá presentar a la Superintendencia de Compañías la correspondiente solicitud para la aprobación de la transformación;

²⁹ Por lo dicho anteriormente, con respecto al *quórum decisorio* con que deben tomarse los acuerdos de transformación y, en concordancia con ello, según lo opinado por Santiago Romero Jouvin con respecto al *balance final*, la incorporación en la escritura pública de la lista de los socios que hayan hecho uso del derecho de separarse y del balance antedicho resultaría totalmente impertinente en las transformaciones que deban hacerse con el consentimiento unánime de los socios. Como también resultaría totalmente impertinente en las transformaciones legalmente acordadas por la mayoría en las que ningún socio hubiere hecho uso del *derecho de recesso*.

precisamente para eso es el supradicho *cuadro distributivo*.

Es un error, pues, que el Art. 332 exija indiscriminadamente el famoso *balance final* para todos los casos de transformación, ya que en las transformaciones que deben acordarse por unanimidad de todos los socios no tiene ninguna utilidad el *cuadro distributivo* anteriormente mencionado, toda vez que en tales casos no procede el *derecho de receso*.

I también parecería que es un error exigir que tal *balance final* aparezca cerrado al día anterior al del otorgamiento de la escritura pública de la transformación, aunque comprendemos que el afán de la norma, de reducir el tiempo respectivo a la mínima expresión, es para que el *derecho de receso* funcione con mayor justicia.

Sobra decir que este detalle en la práctica puede causar muy serios problemas.

D.- EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA RESPECTIVA

Como la transformación propiamente dicha es uno de los *actos societarios* enumerados en el Art. 33 de la Ley de Compañías, es obvio que su instrumentación debe constar por escritura pública, es decir, otorgada ante Notario e incorporada al protocolo respectivo. Y esa escritura pública debe ser otorgada por él o los *representantes legales* de la compañía en vías de transformación, en cumplimiento del respectivo acuerdo tomado por la Junta General correspondiente. Sobre este particular la Superintendencia de Compañías se ha pronunciado puntualmente en su Doctrina número 103.

Así lo reconocen los dos primeros incisos del Art. 334 de la Ley de Compañías, que dicen:

“Art. 334.- El acuerdo de transformación no podrá modificar las participaciones de los socios en el capital de la compañía. A cambio de las acciones que desaparezcan, los antiguos accionistas tendrán derecho a que se les asigne acciones, cuotas o participaciones proporcionales al valor nominal de las acciones poseídas por cada uno de ellos.

Tampoco podrán sufrir reducción los derechos correspondientes a títulos distintos de las acciones, a no ser que los titulares lo consientan expresamente. (...)”.²⁴

Con respecto al primer inciso, vale aclarar que si bien el acuerdo de transformación --por si solo-- no puede modificar las participaciones de los socios en el capital social, bien puede ocurrir que tales participaciones deban modificarse en los casos en que uno o más accionistas se separen de la compañía, por no estar de acuerdo con la transformación; lo cual normalmente produciría la desaparición de las acciones

²⁴ Las referencias que hacen estos dos incisos a “las acciones que desaparezcan” y a los “títulos distintos de las acciones” son consecuencia de lo que ya se advirtió en el número 1 del capítulo II de este trabajo, es decir, el haberse prácticamente copiado de la Ley de Sociedades Anónimas española la mayor parte de la normativa ecuatoriana de la transformación, por lo que dicha normativa ofrece la tendencia de parecer dedicada solamente a la transformación de la compañía anónima a otro tipo de sociedad, o viceversa. Por ello, en esos dos incisos también deben comprenderse, por ejemplo, a las *participaciones* de las compañías de responsabilidad limitada.

de tales accionistas y la consiguiente disminución del referido capital.

Con respecto al segundo inciso que se acaba de transcribir, recuérdese lo dicho en el parágrafo 3.5. del capítulo I de este trabajo.

4.- PROCEDIMIENTO PARA LAS TRANSFORMACIONES PROPIAMENTE DICHAS

Como la *transformación propiamente dicha* implica una reforma al contrato social o, mejor dicho, una reforma sustancial a dicho contrato, el procedimiento para llevarla a cabo es el dispuesto en términos generales por el Art. 33 de la Ley de Compañías, que, para el caso de la transformación, se presenta más afinado en el Art. 332 de la Ley de Compañías, que dice:

“La transformación se hará constar en escritura pública y se cumplirá con todos los requisitos exigidos por la ley para la constitución de la compañía cuya forma se adopte. Además se agregará a la escritura el acuerdo de transformación, la lista de los accionistas o socios que hayan hecho uso del derecho de separarse de la compañía por no conformarse con la transformación, y el balance final cerrado el día anterior a del otorgamiento de la escritura, elaborado como si se tratase de un balance para la liquidación de la compañía.

La transformación surtirá efecto desde la inscripción en el Registro Mercantil”.

hubiesen votado en contra de tal resolución.

Para aquellos accionistas a los que la Ley no obliga someterse a la resolución de la Junta General respectiva que aprobare la transformación, el mismo Art. 333 les consagra el derecho de separarse de la compañía (*derecho de receso*), pudiendo así, dichos accionistas, exigir el reembolso de lo que les corresponde, por su calidad, como si se tratase del caso de la liquidación de la sociedad.

Para que estos accionistas hagan uso de su derecho de receso, la ley exige la elaboración de un ‘*balance final*’, cortado al día anterior a la fecha en que se otorgue la escritura pública correspondiente; que será el documento en el que se basarían dichos accionistas para conocer (y luego aceptar o impugnar) el eventual monto total de su reembolso.

Con esto, hasta ahora tenemos que, en resumen, los únicos accionistas que pueden separarse de una compañía que ha resuelto su transformación son los disidentes o los no concurrentes a la reunión correspondiente. Para ellos se elabora el ‘*balance final*’ (...).”.

Siguiendo la misma línea trazada por Santiago Romero Jouvin, ese *balance final* solamente debería incorporarse a las escrituras de transformación cuando se trate de transformaciones de compañías en donde sí procede el ejercicio del *derecho de receso*, puesto que

liquidador “elaborar el *balance final* de liquidación”, y si por otra parte advertimos que el numeral 4 del Art. 398 de la misma Ley dice que el liquidador “elaborará el *balance final* de liquidación con la distribución del haber social”, fácilmente podremos apreciar que la expresión “balance final” pertenece a la temática de la liquidación de la compañía de comercio y, por consiguiente, que por tal motivo el Art. 332 de la citada Ley ofrece una suerte de tautología al referirse al “*balance final* cerrado al día anterior al del otorgamiento de la escritura elaborado como si se tratara de un balance para la liquidación de la compañía”.

En todo caso, el famoso *balance final* aludido en el citado Art. 332 es el balance común y corriente de la sociedad en vías de transformación, con el aditamento de un detalle particular: el *cuadro distributivo* del haber social en el que se indique cuánto debería corresponderle a cada socio o accionista, si la compañía fuera a liquidarse.

Santiago Romero Jouvin, en su artículo titulado “El ‘balance final’, para los casos de transformación de sociedades, no debería ser siempre requerido”, publicado en el número 6 de la *Revista de Derecho Societario*, se refiere a la discusión antedicha en los siguientes términos:

“El Art. 333 de la Ley de Compañías indica que el acuerdo de transformación sólo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor; es decir, la resolución relativa a la transformación de la compañía no obliga a los accionistas que no hubieren concurrido a la sesión de Junta General respectiva o a los que

Desarrollando el texto que antecede, podemos decir que los pasos del procedimiento para la transformación propiamente dicha son los siguientes:

A.- LA CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL PARA TRATAR Y RESOLVER SOBRE LA TRANSFORMACIÓN

Para que se produzca el acuerdo de transformación, como se lo verá de inmediato, se necesita que el órgano social que deba tomarlo sea legalmente convocado, salvo el caso, naturalmente, de la Junta General Universal (también llamada *totalitaria*).

Este tema, por evidente, no debería merecer mayor atención si no fuera por el famoso “balance final” mencionado en los Arts. 332 y 333 de la Ley de Compañías, del que se tratará más adelante, que está íntimamente vinculado con el llamado “derecho de receso” (o de separación) de los socios no concurrentes a la Junta General o que votaron en contra de la transformación, en los casos en que procede el ejercicio de tal derecho.

Para explicar mejor lo antedicho, anticipemos que, tal como se lo aclarará más adelante, el *derecho de receso* no cabe en las transformaciones de las compañías en nombre colectivo, en comandita simple y de responsabilidad limitada, a las que realmente se refiere el segundo inciso del Art. 331 de la Ley de Compañías, a menos que se tratare de transformaciones de compañías colectivas o en comandita simple que puedan resolverse con la mayoría que alternativamente permite el Art. 79 de la misma Ley, transcrito al principio de este capítulo IV; por lo que la complicación advertida en líneas anteriores con respecto a la convocatoria, en razón del *balance final*, se produciría

únicamente en las transformaciones de las compañías referidas en el primer inciso de dicho Art. 331, esto es, en las transformaciones de las compañías anónimas en compañías de economía mixta, en colectivas, en comanditas o en compañías de responsabilidad limitada, o viceversa; en las que los socios no concurrentes a la Junta o que votaron en contra de la transformación, que quieran separarse de la compañía, necesitan del referido *balance final* como referente para el reembolso del valor de sus acciones, salvo el caso de las transformaciones de las compañías en nombre colectivo o en comandita simple a compañías anónimas, en las que se exigiere el consentimiento unánime previsto en el Art. 79 de la Ley de Compañías y no la mayoría que alternativamente permite el mismo artículo.

Es que el Art. 332 de la Ley de Compañías dice que el tal *balance final* debe estar **cerrado el día anterior de la escritura de transformación**, mientras que el Art. 333 establece que el socio que quiera separarse de la compañía puede exigir el reembolso del valor de sus acciones de acuerdo a lo que le corresponda según dicho *balance final*; para lo cual “notificará al gerente o administrador de la empresa, por escrito, **dentro de los quince días contados desde la fecha de la junta general en que se tomó el acuerdo**” (con la aclaración de que esos quince días se pueden hacer treinta en el caso de la mayoría alternativa prevista en el Art. 79 citado en líneas anteriores, que precisamente se remite al citado Art. 333, para las transformaciones en compañías anónimas de las colectivas y de las en comandita simple). Y así debe ser, de acuerdo al absurdo mecanismo adoptado por la ley ecuatoriana para la separación y el reembolso susodichos, porque el mismo Art. 332, que exige que a la escritura de transformación se le incorpore el mentado *balance final*,

palabras (“socios” y “participaciones”) podrían aplicarse igualmente a los recesos en tales transformaciones.

C.- LA CONFECCIÓN DEL BALANCE FINAL

Si nos atenemos al tenor literal del primer inciso del Art. 332 de la Ley de Compañías, una vez tomado por la Junta General de Socios o Accionistas el acuerdo de transformación, debería procederse a la elaboración del *balance final*, al que se refiere el primer inciso del citado Art. 332, en los siguientes términos:

“La transformación se hará constar en escritura pública y se cumplirá con todos los requisitos exigidos por la ley para la constitución de la compañía cuya forma se adopte. Además se agregará a la escritura el acuerdo de transformación, la lista de los accionistas o socios que hayan hecho uso del derecho de separarse de la compañía por no conformarse con la transformación, y **el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura, elaborado como si se tratase de un balance para la liquidación de la compañía**”.

El texto que antecede propicia cierta confusión al utilizar la expresión *balance final*, que da a entender que se trata del último balance de la compañía en cuestión; lo cual, naturalmente, no es verdad, porque, como ya se vio anteriormente, la compañía continúa subsistiendo después de la transformación.

Si tenemos en cuenta que de acuerdo al numeral 15 del Art. 387 de la Ley de Compañías incumbe al

inaplicable, como sostienen los defensores de la corriente liberal referida al final de la sección B.3. que antecede.²⁸

Pero no es así.

Con un mejor análisis del asunto y una visión global de la situación se puede empezar por advertir que las palabras “socios” y “participaciones” utilizadas en los Arts. 332 y 333 bien pueden aplicarse exclusivamente a las separaciones o recesos de los *socios* solidariamente responsables (o comanditados) en las compañías en comandita por acciones, que no están incluidas en el segundo inciso del Art. 331.

Pero creemos que un argumento más rotundo sería el de que tales palabras (“socios” y “participaciones”) también podrían aplicarse en los recesos en las transformaciones de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple, cuando tales transformaciones --a compañías anónimas-- no deban acordarse por unanimidad, según el Art. 79 de la Ley de Compañías, que para tales casos de receso precisamente se remite nada menos que al citado Art. 333.

Además, como nosotros sostenemos que las transformaciones de compañías de responsabilidad limitada en anónimas no requieren del consentimiento unánime de los socios, también podríamos agregar que aquellas

²⁸ En el “*Aporte*” número 9, correspondiente al mes de junio de 1984, informativo de la Superintendencia de Compañías, antecesor de la actual *Gaceta Societaria*, constan publicadas las *conclusiones* de la Cuarta Convención Nacional de Abogados de la mencionada institución, y, entre ellas, con el número 5, se ofrece una lamentable apreciación equivocada sobre este tema.

también impone que se le agregue **“la lista de los accionistas o socios que hayan hecho uso del derecho de separarse de la compañía”**; lo cual implica que en aquel estrechísimo plazo de quince días (que puede ser de treinta en el caso del Art. 79) el socio inconforme deberá decidirse si se separa o no, seguramente sin conocer aún cuál sería el monto de su reembolso, ya que el *balance final* aún no lo habría determinado.

Lo que se acaba de indicar obliga al sentido común a advertir que el socio que desee separarse de la compañía no cuenta ni con el tiempo suficiente ni con el material apropiado para ejercer debidamente su *derecho de receso*, aún cuando hubiere asistido a la sesión de la Junta General respectiva, y peor si no lo hubiere hecho, porque el *balance final* que servirá para ejercer tal derecho, y que deberá cerrarse el día anterior de la fecha de la escritura pública de transformación, seguramente será preparado con fecha posterior a la confección de “la lista de los accionistas o socios que **hayan hecho uso** del derecho de separarse” (salvo el muy improbable caso de que el o los recesos se produzcan el mismo día de cerrado el *balance final* y que la escritura pública se otorgue al día siguiente).

A todo lo cual hay que agregar, además, que aquel *balance final* nunca será *aprobado* por la Junta General que resuelva la transformación.

Todo ello, en nuestra opinión, debería conducir al administrador responsable del trámite de la transformación, de conformidad con el Art. 262 de la Ley de Compañías, obligatoriamente, a incluir en la agenda de la convocatoria a la Junta General supradicha, como punto del orden del día, el conocimiento y aprobación de

un *balance final anticipado*, cortado, por ejemplo, quince días antes de la fecha fijada para la celebración (en primera convocatoria) de la respectiva Junta General, el mismo que debería estar a disposición de los socios en las oficinas de la compañía con la debida anticipación, en los términos del Art. 292 de la Ley de Compañías, que bien puede aplicarse analógicamente a este caso; para lo cual se deberá indicar tal particular en la convocatoria respectiva.²⁵ Con ello se producirían dos efectos positivos: los socios que podrían estar inclinados a separarse tendrían tiempo y material suficientes para ejercer su *derecho de receso*; y, el *balance final definitivo*, que no tendría por qué variar mucho del *anticipado*, ya contaría con una especie de aprobación de la Junta General.

Pero allí no quedaría la cosa, porque en el caso de que uno o más socios de la compañía decidieran hacer uso de su *derecho de receso*, cuando ello proceda, habría entonces que enfrentar el hecho de la consiguiente disminución del capital social; lo cual tendría que ser concretado en la misma Junta General que resuelva la transformación. Y ello conduce a la necesidad de que en la convocatoria a esa Junta, previendo uno o más recesos, el mismo administrador responsable deba incluir, como punto del orden del día, la eventual disminución del capital social, teniendo en cuenta el segundo inciso del Art. 236 de la Ley de Compañías, porque nuestra Ley de Compañías no reconoce expresamente que el *derecho de receso* produce automáticamente tal disminución.

²⁵ La Ley argentina número 19.550 presenta una solución algo parecida en el numeral 2) de su Art. 77, luego de la reforma respectiva.

333 de la Ley de Compañías, cuyos dos incisos dicen lo siguiente:

“El acuerdo de transformación sólo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor. Los accionistas o **socios** no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la compañía, tienen el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o de su **participación**, en conformidad con el balance a que se refiere el artículo anterior (...).

Este balance, en lo relativo al reembolso del valor de las **participaciones** o de las acciones, podrá ser impugnado (...)”.

I esas alusiones alternativas se confirman por el Art. 332, que exige que en la escritura pública en que se haga constar la transformación se agregue “la lista de los accionistas o **socios** que hayan hecho uso del derecho de separarse de la compañía por no conformarse con la transformación”.

Como fácilmente se podrá apreciar, las palabras “socios” y “participaciones” puestas alternativamente junto a las palabras “accionistas” y “acciones”, respectivamente, dan pie suficiente para sostener que el citado Art. 333 se ha referido --también-- a las transformaciones de las compañías en nombre colectivo, de las compañías en comandita simple y de las compañías de responsabilidad limitada, referidas en el Art. 331, con lo que, a simple vista, “el acuerdo unánime de los socios” exigido en su segundo inciso resultaría

términos del Art. 306 de la Ley de Compañías, en concordancia con el Art. 241 de la misma, siempre que ningún socio comanditado ejerciere el *derecho de veto* previsto en el Art. 307 (y siempre que en el respectivo contrato no se hubiere reforzado esa mayoría, en cuyo caso deberá estarse al contrato social).

Con las conclusiones que anteceden queda consignada nuestra posición frente al tema del *quórum decisorio*, pero no dejamos de reconocer que existen sobre esta materia dos corrientes distintas, que difieren notablemente de lo concluido con anterioridad: la una, liberal, y, la otra, radical. La liberal es la que no reconoce valor alguno a lo del acuerdo unánime de los socios que exige el segundo inciso del Art. 331, por lo que sólo admite para todas las transformaciones el *quórum decisorio* de la mayoría absoluta, al amparo del derecho de separación o de receso que conceden los Arts. 332 y 333 no sólo a los **accionistas** sino también a los **socios**, y no sólo respecto de las **acciones** de aquellos sino también respecto de las **participaciones** de estos. La corriente radical, en cambio, en el extremo opuesto, es la que le da un valor absoluto al acuerdo unánime exigido por el segundo inciso del Art. 331, inclusive por encima del Art. 79 de la Ley de Compañías; por lo que según esa corriente todas las transformaciones de las colectivas, en comandita simple y de responsabilidad limitada deben acordarse por unanimidad de los socios, inclusive sus transformaciones en compañías anónimas.

B.4.- Lo acabado de expresar con respecto a aquellas dos corrientes nos obliga a explicar las alusiones alternativas hechas a “**los accionistas** o **los socios**” y a sus “**acciones** o **participaciones**” en el Art.

B.- LA CELEBRACIÓN DE LA JUNTA GENERAL DE SOCIOS O ACCIONISTAS EN QUE SE ACUERDE LA TRANSFORMACIÓN Y EL *QUÓRUM DECISORIO* CON QUE DEBE ACORDARSE LA MISMA

Para el proceso de la transformación propiamente dicha, la ley exige, naturalmente, que tal transformación haya sido válidamente acordada. Y ese acuerdo debe ser tomado por el órgano supremo de la compañía, que es la Asamblea o la Junta General de Socios o Accionistas, tal como lo reconoce expresamente, para el caso de las compañías anónimas, el numeral 8° del Art. 231 de la Ley de Compañías.

Si bien en lo antedicho no hay discusión alguna, parece que sí lo hubiera en cuanto al *quórum decisorio* para que la transformación sea acordada por la Junta General correspondiente.

B.1.- Por eso, para dilucidar el supuesto problema, creemos apropiado referirnos al tercer inciso del Art. 1958 del Código Civil y a los Arts. 79 y 331 de la Ley de Compañías, con los siguientes comentarios:

i) *Ab origine*, al tercer inciso del Art. 1958 del Código Civil (al que nos permite acudir el segundo inciso del Art. 1 de la Ley de Compañías), que, en general, para las reformas sustanciales del pacto social, dice:

“Art. 1958.- La unanimidad es necesaria para toda modificación sustancial del contrato, salvo en cuanto el mismo contrato estatuya otra cosa”.

ii) Lo cual es confirmado, para todo tipo de reformas en general de los contratos sociales de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple, por el Art. 79 de la Ley de Compañías, que, como ya vimos en una transcripción anterior, dice:

“Art. 79.- El contrato social no podrá modificarse sino con el consentimiento unánime de los socios, a menos que se hubiere pactado que para la modificación baste el acuerdo de una mayoría; sin embargo, los socios no conformes con la modificación podrán separarse dentro de los treinta días posteriores a la resolución, de acuerdo con el Art. 333 de esta Ley”.

iii) No cabe duda de que el texto del Art. 79 que se acaba transcribir comprende necesariamente a las *transformaciones* en general de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple, que indiscutiblemente son *modificaciones* a sus contratos sociales; pero, cuando el parágrafo 1 de la Sección X de la Ley de Compañías trata puntualmente de la *transformación* de la compañía de comercio, su Art. 331 expresamente dice:

“Art. 331.- La **compañía anónima** podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada **o viceversa**. Cualquier transformación en un tipo distinto será nula.

- Para la transformación de la compañía en nombre colectivo o en comandita simple **a o en cualquier otro tipo que no sea el de la compañía anónima** se requiere el acuerdo unánime de todos los socios, de conformidad con el tenor literal del segundo inciso del Art. 331 de la Ley de Compañías, sin que pueda aceptarse para esas transformaciones el funcionamiento de la mayoría que alternativamente permite el Art. 79 de la misma Ley y que sólo se admite en las transformaciones de aquellos dos tipos sociales en compañías anónimas;
- Para la transformación de la compañía de responsabilidad limitada **en cualquier otro tipo que no sea el de la compañía anónima** se requiere el acuerdo unánime de todos los socios, de conformidad con el mismo segundo inciso del Art. 331 de la Ley de Compañías;
- Para la transformación de la compañía de economía mixta **en cualquier otro tipo que no sea el de la compañía anónima** se requiere la mayoría absoluta del capital social concurrente a la respectiva sesión de la correspondiente Junta General, en los términos del Art. 311 de la Ley de Compañías, en concordancia con el Art. 241 de la misma, siempre que en el respectivo contrato social no se hubiere reforzado esa mayoría, en cuyo caso deberá estarse al contrato social; y,
- Para la transformación de la compañía en comandita por acciones **en cualquier otro tipo que no sea el de la compañía anónima** se requiere también la mayoría absoluta, en los

- Para la transformación de la compañía en nombre colectivo y en comandita simple **a o en compañía anónima**, se requiere “el consentimiento unánime de los socios” (de todos los socios), de conformidad con el Art. 79 de la Ley de Compañías, a menos que en el contrato social se hubiere pactado que para ello bastare “el acuerdo de una mayoría”, en cuyo caso se requerirá sólo de aquella mayoría, según el citado Art. 79, la misma que, en nuestra opinión, dada la naturaleza de ambos tipos de compañía, debería ser la mayoría de todos los socios (como lo establecen los Arts. 46 y 47) y no sólo de los concurrentes a la respectiva sesión (teniéndose siempre en cuenta, para este caso de excepción, las variables que se pueden ofrecer al respecto según el Art. 50 de la Ley de Compañías);
- Para la transformación de la compañía de responsabilidad limitada **en anónima** se requiere “la mayoría absoluta de los socios presentes” en la respectiva sesión de la Junta General, de conformidad con el Art. 117 de la Ley de Compañías (siempre que en el contrato social no se hubiere reforzado esa mayoría, en cuyo caso deberá estarse al contrato social), no obstante la engañosa inclusión de la compañía de responsabilidad limitada en el segundo inciso del Art. 331 de la misma Ley, cuya exigencia del “acuerdo unánime de los socios” es sólo aplicable a los casos en que la compañía de responsabilidad limitada se transforme en cualquier otro tipo de compañía que no sea la anónima, tal como se explicó en la sección B.2. de la letra B del número 4 de este capítulo IV;

La transformación de una compañía en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, **a otra especie de compañía**, requerirá el acuerdo unánime de los socios”. (Las negrillas son del autor de este trabajo).

Con lo cual se tiene que el segundo inciso del citado Art. 331 de la Ley de Compañías, que trata concretamente de la *transformación*, trastoca en buena parte lo que el Art. 79 de la misma pudo haber dispuesto para las transformaciones de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple, al referirse en general a las modificaciones de sus contratos sociales.

Sin dejar de reconocer la verdad de lo antedicho, vale insistir, eso sí, que ese trastornamiento es sólo parcial, ya que afecta únicamente a las transformaciones de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple **“a otra especie de compañía” que no sea la anónima**, tal como expresamente se dice que en el segundo inciso del Art. 331, ya que las transformaciones de esas sociedades *en compañías anónimas* están previstas en el primer inciso de ese mismo artículo, gracias a la expresión “o viceversa” que en él se contiene.

Por consiguiente, por lo que hasta aquí va dicho, bien parece que puede afirmarse que las transformaciones de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple a otra especie de compañía que no sea la anónima sólo pueden acordarse con el consentimiento unánime de todos los socios, según el Art. 331, sin que a esas transformaciones pueda aplicárseles el Art. 79, que admite un *quórum decisorio*

inferior a esa unanimidad, para las modificaciones del pacto social, cuando ese mismo pacto lo permita; lo cual significa que esa flexibilización admitida por el referido Art. 79 sí puede aplicarse a las transformaciones de las compañías en nombre colectivo y en comandita a compañías anónimas.

Antes de continuar, cabe señalar que el trastornamiento advertido del Art. 331 al 79 no afecta en igual intensidad a la transformación de la compañía de responsabilidad limitada “a otra especie de compañía” que no sea la anónima, por la sencilla razón de que el Art. 79 no se refiere a aquella y porque en ninguna parte de la Ley de Compañías hay un artículo parecido a ese que afecte directamente a la compañía de responsabilidad limitada. Es más: la Ley de Compañías no ofrece ninguna disposición similar a la del Art. 79, que de alguna manera refuerce expresamente, directa o indirectamente, el quórum decisorio de las Juntas Generales de las compañías de responsabilidad limitada, anónimas, de economía mixta o en comandita por acciones, para las modificaciones en general de sus contratos sociales. Por consiguiente, para esos casos tendrían que aplicarse, en general, según corresponda, los Arts. 117, 241, 306, 307 y 311 de la Ley de Compañías, sin olvidar la importancia, para ciertas circunstancias, del Art. 240 de la misma Ley y del ya citado tercer inciso del Art. 1958 del Código Civil.

B.2.- Terminada así, en las líneas anteriores, los comentarios ofrecidos al tercer inciso del Art. 1958 del Código Civil y a los Arts. 79 y 331 de la Ley de Compañías, creemos que para fijar bien los conceptos relativos al *quórum decisorio* en cuestión, es bueno insistir en una más acabada interpretación del citado Art. 331 que, como ya vimos, dice:

la Ley de Compañías (siempre que en el contrato social no se hubiere reforzado esa mayoría, en cuyo caso deberá estarse al contrato social)²⁷;

- Para la transformación de la compañía en comandita por acciones **a o en compañía anónima** (si en el contrato social no se exigiere otra cosa) se requiere también el voto de la mayoría del capital social concurrente a la sesión de la respectiva Junta General, de conformidad con el Art. 307 de la Ley de Compañías, en concordancia con el Art. 241 de la misma, siempre que ningún socio comanditado hubiere ejercido el *derecho de veto* que le concede el Art. 306, en cuyo caso la transformación no podría realizarse;
- Para la transformación de la compañía de economía mixta **en compañía anónima** se requiere también del voto conforme de la mayoría del capital social concurrente a la respectiva sesión, de conformidad con los Arts. 311 y 241 de la Ley de Compañías (siempre que en el contrato social no se hubiere reforzado esa mayoría, en cuyo caso deberá estarse al contrato social);

²⁷ Cuando en la reforma de la Ley de Compañías publicada en el Registro Oficial del 10 de febrero de 1971 se creó la famosa tercera convocatoria para todos los temas previstos en el Art. 240 (entonces 266), en vez de limitarla únicamente para los aumentos de capital (y, tal vez, para las reformas insustanciales del contrato social), se propició, al menos en teoría, que todos los demás actos mencionados en el primer inciso de ese artículo, muchos de ellos de importancia superlativa, como la transformación, puedan resolverse con concurrencias insignificantes a la Junta respectiva.

dentro de la Ley de Compañías el referido Art. 79 y el mencionado inciso segundo del Art. 331; y,

- g) Lo cual coincide plenamente con el resultado del análisis hecho con anterioridad del mismo segundo inciso del Art. 331 con respecto al inciso primero de dicho artículo, del cual se dedujo, más allá de toda duda, que aquel segundo inciso se refiere concretamente a la transformación de cualquiera de los tres tipos de compañías que dicho inciso enumera, **en cualquier otro tipo de compañía que no sea el de la anónima**²⁶, sin que pueda admitirse --para esas transformaciones-- el pacto en contra del acuerdo unánime que imponen el Art. 1958 del Código Civil y el Art. 79 de la Ley de Compañías.

B.3.- Dicho todo lo cual, creemos necesario consignar a continuación --con base en ellos-- nuestras conclusiones respecto del *quórum decisorio* que se requiere en cada caso de *transformación propiamente dicha*:

- Para la transformación **de la compañía anónima** en compañía de economía mixta, en compañía en nombre colectivo, en compañía en comandita simple, en compañía en comandita por acciones o en compañía de responsabilidad limitada, se requiere el voto de la mayoría del capital social (con derecho a voto) concurrente a la sesión de la respectiva Junta General de Accionistas, de conformidad con el Art. 241 de

²⁶ Ver apartado iii) de la sección B.1. de la letra B del número 4 de este capítulo IV.

“Art. 331.- La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada o viceversa. Cualquier transformación de un tipo distinto será nula.

La transformación de una compañía en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, a otra especie de compañía, requerirá el acuerdo unánime de los socios”.

El Art. 331 anteriormente transcrito merece los siguientes comentarios adicionales a los ya expuestos:

- a) Lo único que literalmente tienen en común los dos incisos de la disposición transcrita es, por una parte, que ambos tratan expresamente de la transformación en general y, por otra, aunque engañosamente, que los dos se refieren de manera expresa a las transformaciones que la Ley de Compañías reconoce como legalmente posibles;
- b) Aparte de ello, es evidente que el segundo inciso desentona de manera notable, en el plano de lo literal del artículo en cuestión, cuando se concreta a disponer que las transformaciones de las compañías que allí señala, esto es, de las colectivas, de las en comandita simple y de las de responsabilidad limitada, a otra especie de compañía, requieren del “acuerdo unánime de los socios”, a pesar de que el inciso anterior nada dice expresamente sobre el *quórum decisorio* que se necesita para las transformaciones determinadas en él;

- c) No obstante ello, es evidente también que la exigencia de la unanimidad prevista en el segundo inciso, impertinente a nivel literal, no deja de ser una manifiesta realidad que obligatoriamente debe conjugarse, con la lógica del caso, en el contexto de todo el artículo en cuestión, lo que nos lleva a preguntarnos qué *quórum decisorio* habría exigido --o supuesto-- el legislador para las transformaciones determinadas en el primer inciso, que básica y literalmente son las de las compañías anónimas, para respondernos sin dificultad que aquel *quórum decisorio* tendría que ser el de la mayoría prevista en el Art. 241 de la Ley de Compañías, a pesar del tercer inciso del Art. 1958 del Código Civil (tanto por el *quórum de instalación* previsto para la transformación de la compañía anónima en el Art. 240 de la citada Ley, como por el derecho de separación que el Art. 333 de la misma reconoce a favor de los accionistas que hubieren votado en contra de la transformación);
- d) Con esta interpretación contextual se llegaría, en principio, a la conclusión de que las transformaciones referidas en el primer inciso del Art. 331 (de cuyo tenor literal la compañía anónima es su eje central) pueden acordarse con la mayoría absoluta prevista en el Art. 241, y que así lo dio por sobreentendido el legislador, mientras que las transformaciones aludidas en el segundo inciso del mismo Art. 331 requieren de la unanimidad que en él consta exigida;
- e) Claro que podría decirse que la coletilla “o viceversa” que exhibe aquel primer inciso no

- permite un acabado perfecto para la antedicha interpretación, por las transformaciones de las compañías en nombre colectivo y de las en comandita simple, ya que el Art. 79 de la Ley de Compañías, transcrito al principio de este capítulo IV, establece, como norma general para la reforma del contrato social de cualquiera de esos dos tipos de compañía, y, por ende, para su transformación, el consentimiento unánime de todos los socios, pero ante tal argumentación convendría recordar que ese mismo artículo reconoce, como excepción a dicha norma, que en el respectivo contrato social puede constar legalmente pactado el acuerdo de la mayoría para tal efecto;
- f) Destruída así la eventual argumentación con base a la expresión “o viceversa”, toca ahora aclarar que la supradicha excepción a la unanimidad permitida --de manera general-- en el citado Art. 79 no puede aplicarse a todas las transformaciones de las compañías en nombre colectivo o en comandita simple, por la especial exigencia del “acuerdo unánime de los socios” que hace **particularmente para la transformación** de esos dos tipos de compañías el segundo inciso del Art. 331; lo cual significa, en definitiva, por todo lo dicho con anterioridad, por la vía de la interpretación contextual, que la excepción del Art. 79, que permite el pacto contra “el consentimiento unánime de los socios”, sólo es aplicable a las transformaciones **a o en compañías anónimas** de las colectivas y de las en comandita simple, porque si eso no se acepta, con base a las explicaciones que anteceden, simplemente no podrían convivir