

Emilio Romero Parducci
Director

Derecho Societario

Revista No. 10

*SOCIEDADES (SUBSIDIARIAS)
CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO.*

*LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO
EN LAS COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.*

*CONSIDERACIONES DE POLÍTICA-JURÍDICA SOBRE EL EJERCICIO DE
LOS DERECHOS DE VOTO, ASISTENCIA Y REPRESENTACIÓN "A
DISTANCIA" (INCLUIDO EL VOTO ELECTRÓNICO) EN LAS SOCIEDADES
ANÓNIMAS ESPAÑOLAS.*

*ABSOLUCIÓN DE CONSULTA FORMULADA A LA ACADEMIA POR LOS
SEÑORES ABOGADOS FELIPE DURINI ANDRADE Y JUAN
FRANCISCO GUERRERO, EN TORNO A DIVERSAS CUESTIONES
RELACIONADAS CON EL SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 248 DE LA
LEY DE COMPAÑÍAS.*

*LA VÍA ARBITRAL COMO ALTERNATIVA PARA LA SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS SOCIETARIOS EN LA COMPAÑÍA ANÓNIMA.*

*EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA DOCTRINA
Y LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA.*

*ÍNDICES DE LOS NUEVE PRIMEROS NÚMEROS, ÍNDICE POR AUTOR E
ÍNDICE POR TEMAS DE LAS REVISTA DE DERECHO SOCIETARIO.*



EDINO

Derecho Societario

No. 10



EDINO
2010

@ DR. EMILIO ROMERO PARDUCCI

ISBN 978-9978-21-063-5

EDITORIAL
Junín 904 y Malecón
Teléfono 2314471
Guayaquil – Ecuador

LIBRERÍA
9 de octubre y Quito
Edif. Palacio de Justicia
Piso 7. Telf. 2328585
Guayaquil – Ecuador

SITIO WEB
www.editorialedino.com

Derecho Societario

No. 10

**Emilio Romero Parducci
Director**

**ÓRGANO DE LA ACADEMIA ECUATORIANA DE
DERECHO SOCIETARIO**

MIEMBROS DE LA ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

Ab. Esteban Amador Rendón
Dr. Xavier Amador Rendón
Dr. Fernando Aspiazu Seminario
Dr. Rafael Brigante Guerra
Dr. Luis Cabezas Parrales
Ab. Roberto Caizahuano Villacrés
Ab. Eduardo Carmigniani Valencia
Dr. César Coronel Jones
Ab. César Drouet Candel
Dr. Jorge Egas Peña
Dr. Carlos Estarellas Merino
Dr. Juan Falconí Puig
Dr. Rómulo Gallegos Vallejo
Dr. Galo García Feraud
Dr. René García Llaguno

Dr. Roberto González Torrè
Ab. Alexandra Iza de Díaz
Dr. Roberto León Vargas
Dr. Jacinto Loaiza Mateus
Ab. Miguel Martínez Dávalos
Dr. Gustavo Ortega Trujillo
Dr. Andrés Ortiz Herbener
Dr. Nicolás Parduccioni Sciacaluga
Dr. Gerardo Peña Matheus
Dr. Emilio Romero Parduccioni
Dr. Luis Salazar Bécker
Dr. Roberto Salgado Valdez
Dr. Juan Trujillo Bustamante
Dr. Ignacio Vidal Maspons

DIRECTIVA DE LA ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

Presidente
Vicepresidente
Tesorera
Procurador
Secretario
Primer Vocal Principal
Segundo Vocal Principal
Primer Vocal Suplente
Segundo Vocal Suplente

Dr. Jorge Egas Peña
Dr. Emilio Romero Parduccioni
Ab. Alexandra Iza de Díaz
Dr. Luis Cabezas Parrales
Ab. Miguel Martínez Dávalos
Dr. Gerardo Peña Matheus
Dr. Juan Trujillo Bustamante
Dr. Rafael Brigante Guerra
Dr. Andrés Ortiz Herbecer

Julio de 2010

ÍNDICE

PÁGINA

Sociedades (subsidiarias) con participación mayoritaria del Estado.

Dr. Roberto Salgado Valdez 13

La exclusión del socio en las Compañías de Responsabilidad Limitada.

Dr. Jorge Egas Peña 45

Consideraciones de política-jurídica sobre el ejercicio de los derechos de voto, asistencia y representación “a distancia” (incluido el voto electrónico) en las sociedades anónimas españolas.

Andrés Recalde Castells..... 65

Absolución de consulta formulada a la Academia por los señores abogados Felipe Durini Andrade y Juan Francisco Guerrero, en torno a diversas cuestiones relacionadas con el sentido y alcance del Art. 248 de la Ley de Compañías.

Dr. Rafael Brigante Guerra101

La vía arbitral como alternativa para la solución de conflictos societarios en la compañía anónima.

Felipe Durini Andrade.....129

El levantamiento del velo en la Doctrina y la Jurisprudencia ecuatoriana Santiago Andrade Ubidia	167
Índices de los nueve primeros números de la Revista de Derecho Societario, Órgano Oficial de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario Lcdo. Fernando Egas Cedeño	225
Índices por autor de los nueve primeros números de la Revista de Derecho Societario, Órgano Oficial de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario Lcdo. Fernando Egas Cedeño	240
Índices por temas de los nueve primeros números de la Revista de Derecho Societario, Órgano Oficial de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario Lcdo. Fernando Egas Cedeño	250

Contenido

- I. *Antecedentes.*
- II.- *Ley Orgánica de Empresas Públicas.*
- III.- *Empresas subsidiarias de empresas públicas.*
 (Sociedades de economía mixta).
- IV.- *Constitución de empresas públicas.*
- V.- *Dirección y administración de las empresas públicas*
- VI.- *Principales atribuciones del directorio de las*
 empresas públicas en relación con las compañías de
 economía mixta (subsidiarias).
- VII.- *designación y funciones de administradores (gerente)*
 De las compañías de economía mixta (subsidiarias).
- VIII.- *¿Es posible la existencia de directorio en las*
 compañías de economía mixta (subsidiarias)?
- IX.- *Régimen transitorio de sociedades con participación*
 única o mayoritaria del estado.
- X.- *El régimen laboral en las empresas públicas y sus*
 subsidiarias.
- XI.- *Contrataciones de las compañías de economía mixta*
 (subsidiarias).
- XII.- *Tratamiento a las utilidades de las compañías de*
 economía mixta (subsidiarias).
- XIII.- *Financiamiento de las compañías de economía mixta*
 (subsidiarias).
- XIV.- *Sistema contable en las compañías de economía*
 mixta (subsidiarias).

SOCIEDADES (SUBSIDIARIAS) CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO

Dr. Roberto Salgado Valdez

I.- ANTECEDENTES

En la Revista número 9, publicada por la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, tuvimos la oportunidad de presentar un breve estudio con respecto al tema de Sociedades Mercantiles con Participación del Estado en general y en el Ecuador en particular.

Decía en ese estudio que esas Compañías Mercantiles no se consideran públicas; son privadas, aún cuando el Estado haya delegado la provisión de servicios públicos y, por consiguiente, debían manejarse como empresas privadas.

Pero afirmábamos también un hecho, que cabe rescatarlo: Si bien estas sociedades mercantiles son privadas y se manejan por las normas del derecho privado, mantienen dentro de su objeto social, un evidente **"interés público"**.

Así entendidas las cosas, por más privadas que sean estas sociedades o por más que deban regirse por normas de derecho privado, no nos cabía la menor duda que por manejar a través de su objeto social materias en las que existe un evidente interés público, se exigía como obligación del Estado el garantizar los principios de

eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, debiendo velar para que sus precios o tarifas sean equitativos, para lo cual, las mismas -las Sociedades- requerían de una **normativa especial** dentro del régimen privado, que atendiera a ese interés público y garantizara esos principios.

Manifestábamos que cualquiera que sea la forma jurídica -de las sociedades mercantiles- se debían regir íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación, lo que, en definitiva, volvía necesario que se sometieran a un conjunto de principios y reglas que tanto la Constitución como la Ley debían imponer para el ejercicio de sus actividades.

Así, no nos cabía la menor duda, de que tanto en la nueva Constitución como en la legislación privada interna debían incorporarse, exclusivamente para estas Sociedades con aportes de Instituciones Públicas, como normas especiales, ese conjunto de reglas que se imponía para el ejercicio de actividades en las que existía delegación por parte del Estado de un servicio público, a fin de que estas Sociedades necesariamente contaran con una administración absolutamente técnica, llámense Directorios, Consejos Directivos, Gerencias Generales y Gerencias Técnicas, por una parte, y por otra, a fin de que sus actividades se enmarcaran en aplicación de normativas presupuestarias, contables, de control financiero y de contratación que constituyeran, en conjunto, la garantía que debe brindar el Estado en favor de sus asociados.

II.- LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS

La nueva **Ley Orgánica de Empresas Públicas**, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 48 de 16 de octubre del 2009, vino a establecer en la legislación ecuatoriana, en aplicación de lo señalado en la nueva Constitución del Estado, la normativa bajo la que deben regirse las nacientes Empresas Públicas, sus Subsidiarias y las Empresas Filiales así como las Agencias y Unidades de Negocio; Ley en la que se establecen estas normativas especiales, a las que nos referimos anteriormente, para las sociedades que tengan participación del Estado.

El artículo 315 de la nueva Constitución establece que el Estado constituirá **Empresas Públicas** para la **gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas**. Estas Empresas Públicas estarán bajo la regulación y control específico de los organismos pertinentes de acuerdo con la Ley y funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Basándose en el referido artículo constitucional se dicta la Ley Orgánica de Empresas Públicas expresándose que es necesario regular la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las Empresas Públicas no financieras que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local, y se establecen los mecanismos de control

económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República.

Con estos antecedentes, se definen a las Empresas Públicas como Entidades que pertenecen al Estado, en los términos que establece la Constitución, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión que están destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general el desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

Cabe aclarar, entonces, que estas Empresas Públicas funcionarán como sociedades de derecho público, lo cual significa que no son estrictamente sociedades, pero que funcionarán como si lo fueran, pero enmarcadas en el derecho privado solo para su gestión general, y enmarcadas en normas especiales de derecho público para la gestión específica; funcionarán sin la libertad de actuación que concede el derecho privado.

Indudablemente -y eso es lo que esperamos-, la creación de estas Empresas Públicas debe dar como resultado una gestión eficiente y ágil, con evidente espíritu empresarial, con la selección técnica y responsable de su personal, y con la autonomía de gestión que se requiere para obtener los importantes objetivos que benefician a la colectividad y al público en general. Es también importante destacar que en virtud de que estas nuevas empresas intervendrán en un mercado sujeto a libre competencia, como un actor adicional que se incorpora al

mismo, es necesario que se cuente, para los efectos necesarios y pertinentes, con las normas que surjan de una Ley Orgánica de Competencia.

III.- EMPRESAS SUBSIDIARIAS DE EMPRESAS PÚBLICAS. (SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA)

La nueva Ley define como “**Empresas Subsidiarias**” a aquellas Sociedades Mercantiles de **Economía Mixta** creadas por la Empresa Pública en las que el Estado o sus Instituciones tengan la mayoría accionaria.

Como se observa, la disposición legal ha determinado exclusivamente que para ser considerada “**Empresa Subsidiaria**” el primer fundamento es que se trate de una Compañía Mercantil de Economía Mixta (lo cual excluye a las Compañías Anónimas y a las otras especies de Sociedades Mercantiles) y el segundo fundamento es que el Estado o sus Instituciones tengan la mayoría accionaria. En consecuencia, estas Empresas Subsidiarias, por tratarse de Compañías de Economía Mixta, pertenecen jurídicamente al régimen del derecho privado previsto en la Ley de Compañías; sin embargo, de acuerdo al numeral 1.5 de la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, exclusivamente para asuntos de carácter societario, estas Compañías se encuentran sujetas a las disposiciones de la Ley de Compañías ya que para los demás efectos deberán sujetarse a las disposiciones contenidas en la referida Ley Orgánica. Así se lo ha determinado también al agregarse al artículo 300 de la Ley de Compañías un inciso en ese sentido, inciso que, de conformidad con lo previsto en el

artículo 311 de dicha Ley, le es aplicable también a las Compañías de Economía Mixta.

Esta nueva Ley, de acuerdo a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 315 de la Constitución, define, bajo estos preceptos, la participación de las Empresas Públicas en Empresas Mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria para la **participación en la gestión** de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos. Así mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 316 de la Norma Suprema, el Estado podrá **delegar** la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a Empresas Mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. Tal delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la Ley para cada sector estratégico.

No está por demás señalar que los **sectores estratégicos** (que son aquellos en que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia y que son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social) son considerados como tales por el artículo 313, inciso tercero de la Constitución: La energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la Ley.

Es a estas “Empresas Subsidiarias” que constituyen sociedades mercantiles de Economía Mixta a las que nos referiremos concretamente en el presente estudio.

IV.- CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS

Las Empresas Públicas pueden **constituirse** por Decreto Ejecutivo cuando se trate de aquellas constituidas por la Función Ejecutiva; por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados; y mediante escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual se requerirá del Decreto Ejecutivo y de la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado, en su caso. Las Universidades Públicas podrán constituir Empresas Públicas o Mixtas que se someterán las unas al Régimen establecido en la Ley de Empresas Públicas para el caso de las empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, o al Régimen Societario las otras.

V.- DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Estas Empresas serán dirigidas y administradas por un **Directorio** y un **Gerente General**.

Para el caso de **Empresas creadas por la Función Ejecutiva**, el **Directorio** estará integrado por la Ministra o Ministro del ramo correspondiente o su delegado o delegada permanente, quien lo presidirá; por el titular del

organismo nacional de planificación o su delegada o delegado permanente; y, por un miembro designado por el Presidente de la República.

Para el caso de las **Empresas Públicas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados o para las creadas entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados**, el **Directorio** estará conformado por el número de miembros que se establezca en el acto normativo de creación. En ningún caso el Directorio estará integrado por más de cinco miembros.

Para el caso de los **Directorios de las Empresas Públicas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados**, sus miembros serán preferentemente los responsables de las áreas sectoriales y de planificación del gobierno autónomo descentralizado relacionado con el objeto de la Empresa Pública. El acto normativo de creación de una Empresa Pública constituida por gobiernos autónomos descentralizados podrá prever que en la integración del Directorio se establezca la participación de representantes de la ciudadanía, sociedad civil, sectores productivos, usuarias o usuarios de conformidad con lo que dispone la Ley.

Corresponde a estos Directorios el aprobar la creación de Subsidiarias, nombrar a sus administradoras o administradores, con base a una terna presentada por su Gerente General y sustituirlos.

En cuanto se refiere al **Gerente General** de la Empresa Pública, éste será designado por el Directorio de dicha Empresa, fuera de su seno, quien ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial de la misma.

Para ser designado deberá acreditar un título profesional mínimo de tercer nivel, demostrar conocimiento y experiencia vinculados a la actividad de la Empresa y cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa propia de cada Empresa.

VI.- PRINCIPALES ATRIBUCIONES DEL DIRECTORIO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LAS COMPAÑÍAS DE ECONOMÍA MIXTA (SUBSIDIARIAS)

A más de **aprobar la creación de Subsidiarias y nombrar a sus administradores**, corresponde a este Directorio de las Empresas Públicas, entre otros aspectos, aprobar la **desinversión** de la Empresa Pública “en” sus Filiales o **Subsidiarias** (Artículo 9, numeral tres), lo cual implica la facultad de enajenar las acciones de la Empresa en la Subsidiaria, es decir en las Compañías de Economía Mixta, con lo cual este Directorio podría disponer a la Empresa Pública la enajenación, parcial o total, de esas acciones.

Este Directorio también debe **establecer el porcentaje destinado al presupuesto de inversión o reinversión** que le permita a la Subsidiaria cumplir con su plan estratégico y planes operativos y asegurar su vigencia y participación en el mercado de su sector (Artículo 39, inciso segundo).

VII.- DESIGNACIÓN Y FUNCIONES DE ADMINISTRADORES (GERENTE) DE LAS COMPAÑÍAS DE ECONOMÍA MIXTA (SUBSIDIARIAS)

El Directorio de la Empresa Pública debe nombrar a los administradores o administradoras de las Subsidiarias, Compañías de Economía Mixta, en base a una terna presentada por su Gerente General, así como sustituirlos libremente.

La nueva Ley confiere al Directorio de la Empresa Pública la obligación de nombrar a sus administradores y especialmente al Gerente de la Compañía de Economía Mixta, el mismo que tiene especialmente las atribuciones, de acuerdo al artículo 13, de cumplir y hacer **cumplir las resoluciones emitidas por el Directorio y el Gerente General de la Empresa Pública así como ejecutar la planificación, de conformidad con las políticas e instrucciones emitidas por el Directorio y el Gerente General de dicha Empresa Pública, y administrar la Subsidiaria, velando por su eficiencia empresarial e informando al Gerente General de su gestión.** Como se observa, en definitiva, el Gerente es un simple administrador que debe sujetar su gestión, en definitiva, a las disposiciones e instrucciones que provengan del Directorio y del Gerente General de la Empresa Pública.

Pero esta nueva Ley ha establecido una posición especial en el sentido de crear tanto para las Empresas Públicas como para sus Subsidiarias, una Gerencia independiente y autónoma de los accionistas, de modo que estableció para su designación inhabilidades y prohibiciones. En consecuencia no podrán ser designados para estas Gerencias el cónyuge, persona en

unión de hecho o pariente hasta el cuarto grado consanguinidad o segundo de afinidad de alguno de los miembros del Directorio o de las autoridades nominadoras de los miembros del Directorio o quienes estuvieren ejerciendo la calidad de gerentes, auditores, accionistas, asesores, directivos o empleados de las personas naturales o jurídicas privadas, sociedades de hecho o asociaciones de éstas que tengan negocios con la Empresa Pública o con respecto de los cuales se deduzca evidente conflicto de intereses, o quienes tengan suscritos contratos vigentes con la Empresa Pública o en general con el Estado en actividades relacionadas al objeto de la Empresa Pública (exceptuándose el caso de los contratos para la prestación o suministro de servicios públicos), o quienes se encuentren litigando en calidad de procuradores judiciales, abogados patrocinadores o parte interesada contra la Empresa Pública o en general con el Estado en temas relacionados con el objeto de la Empresa Pública, o quienes ostenten cargos de elección popular, los ministros y subsecretarios de Estado y los integrantes de los entes reguladores o de control, o quienes se encuentren inhabilitados en el Registro Único de Proveedores RUP, y los demás que se establezcan en la Constitución o en la Ley.

VIII.- ¿ES POSIBLE LA EXISTENCIA DE DIRECTORIO EN LAS COMPAÑÍAS DE ECONOMÍA MIXTA (SUBSIDIARIAS)?

Pero la disposición legal prevista en el artículo 9, numeral catorce de la nueva Ley, que confiere al Directorio la atribución de nombrar a los administradores de las Subsidiarias, entraña un problema de hecho: No se

encuentra inconveniente en que el Gerente de la Compañía de Economía Mixta sea designado por el Directorio de la Empresa Pública (y no por la Junta General de la Compañía), pero sí se presenta un inconveniente cuando la disposición legal dispone, en términos generales, el nombrar a "administradores," cuando los miembros de un Directorio, en este caso de la Compañía de Economía Mixta, de acuerdo a la Ley de Compañías, son también administradores, lo cual lleva, más aún, a una duda en el sentido de si es posible o no que en la Compañía de Economía Mixta exista un Directorio, porque sobre tal posibilidad nada se dice, al menos expresamente, en la Ley de Empresas Públicas. Es más, hasta podría parecer que no habría tal posibilidad ya que en el artículo 13 se establece que el Directorio de la Empresa Pública simplemente designará un Gerente para la Compañía de Economía Mixta, cuyas atribuciones, entre otras, son las de cumplir y hacer cumplir las resoluciones emitidas por el Directorio de la Empresa Pública y el Gerente General de la Empresa Pública, así como ejecutar la planificación de conformidad con las políticas e instrucciones emitidas por el Directorio de la Empresa Pública y el Gerente General de dicha Empresa Pública; también el administrar la Compañía de Economía Mixta e informar al Gerente General de su gestión, así como suscribir los convenios y contratos de conformidad con los montos de atribución aprobados por el Directorio de la Empresa Pública. En consecuencia, en la práctica, parece que el Directorio de la Empresa Pública es el que actuará como Directorio de la Compañía de Economía Mixta y, en consecuencia, si no existiera Directorio particular en la Compañía de Economía Mixta, no podrían cuidar y vigilar sus intereses en dicha Compañía los accionistas minoritarios del sector privado, quienes se asocian en

base a una *affectio societatis* según la cual deberían tener derecho a un número de directores en el Directorio de la Compañía. Vislumbramos un posible caso de indefensión para los socios minoritarios del sector privado ya que la administración de la Compañía de Economía Mixta estaría operada exclusivamente entre el Directorio de la Empresa Pública, el Gerente General de la Empresa Pública y el Gerente de la Compañía de Economía Mixta, designado exclusivamente por el Directorio de la Empresa Pública, sin que en esas designaciones nada tengan que ver los accionistas minoritarios del sector privado.

La Ley de Compañías, en su artículo 312, establece que los estatutos de una Compañía de Economía Mixta deben señalar la forma de integrar el Directorio, en el que deberán estar representados necesariamente tanto los accionistas del sector público como los del sector privado, en proporción al capital aportado por uno y otro; es más, se señala que cuando la aportación del sector público exceda del 50% del capital de la Compañía, uno de los Directores de este sector será el Presidente del Directorio. Frente a esta norma legal que proviene de la primera Ley de Compañías, es decir de 1964, se tiene ahora a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, de categoría superior a la de Compañías que no es Orgánica. Esta nueva Ley establece que justamente por su carácter de Orgánica sus normas prevalecerán sobre las demás que se le opongan. En consecuencia, cabe analizar si estas nuevas normas, con los contenidos ya explicados, han derogado lo señalado en el artículo 312 de la Ley de Compañías; pero, si así hubiera ocurrido, la derogatoria sería parcial, por cuanto dicha norma sigue vigente en cuanto se refiere a las Compañías de Economía Mixta en las que el Estado es accionista minoritario.

Realizada esta aclaración y, a fin de poder establecer si el artículo 312 mantiene su vigencia para las Compañías de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado cabe, previamente, mencionar, como ya se dijo en su momento, que la nueva Ley, en el punto 1.5 de la Disposición Final Segunda, agregó un artículo al 300 de la Ley de Compañías según el cual, exclusivamente para asuntos de carácter societario, las Compañías Anónimas cuyo capital social esté integrado única y mayoritariamente con recursos provenientes del Estado se someterán a las disposiciones contenidas en su Sección Societaria, disposición aplicable también a las Compañías de Economía Mixta de conformidad con lo previsto en el artículo 311 de la Ley de Compañías.

Ahora bien, si, de acuerdo al artículo 9, numeral catorce de la nueva Ley, corresponde al Directorio de la Empresa Pública nombrar a sus administradores y, en consecuencia, ese Directorio resolviera, como facultad y no como obligación, que su subsidiaria contara con un Directorio propio, cabría, en nuestro concepto, aplicar societariamente lo previsto en los artículos 271 y 311 de la Ley de Compañías de modo que al hacerse la designación de los Directores debería respetarse la representación tanto de los accionistas del sector público como del sector privado, en proporción al capital aportado por uno y otro, para lo cual serían miembros del Directorio de la Compañía por parte del sector público los tres miembros del Directorio de la Empresa Pública y para efectos de la designación de miembros del sector privado el Gerente General de la Empresa Pública debería presentar las correspondientes ternas y, por supuesto, consideramos que para el efecto debería incluirse esta posibilidad necesariamente en los estatutos de la

Compañía. Por supuesto, en aplicación de la norma legal prevista en el artículo 312, inciso segundo, de la Ley de Compañías, el Ministro o Ministra del ramo o su delegado o delegada permanente, presidirán este Directorio.

Particularmente consideramos que para los efectos del buen manejo corporativo de la Compañía de Economía Mixta y de los acuerdos entre socios, este asunto, que es fundamental, merece una modificación o aclaración inmediata, que dote al Directorio de la Compañía de Economía Mixta de mayores facultades de decisión enmarcadas, por cierto, en las políticas nacionales, regionales, provinciales o locales formuladas por los órganos competentes y establecidas previamente por el Directorio de la Empresa Pública (como se señala en el numeral primero del artículo 9 de la referida Ley), lo que, de ser el caso, tendría que establecerse a nivel de normas al menos reglamentarias.

IX.- RÉGIMEN TRANSITORIO DE SOCIEDADES CON PARTICIPACIÓN ÚNICA O MAYORITARIA DEL ESTADO

Al 16 de octubre del 2009, en que entró en vigencia la nueva Ley Orgánica de Empresas Públicas, el panorama societario de Compañías en las que el Estado participaba mayoritariamente se reflejaba en Sociedades Anónimas en las que era su único accionista, en Sociedades Anónimas o de Economía Mixta en las que era accionista mayoritario y en Sociedades Anónimas o de Economía Mixta en que era accionista minoritario, lo que exigió que la nueva Ley implantara un régimen transitorio para los casos en los que el Estado era accionista único o

accionista mayoritario y así lo dispuso en la Segunda Disposición Transitoria, casos a los que nos vamos a referir a continuación:

1.- Sociedades anónimas en las que el estado es accionista único

Una vez que el Presidente de la República o la máxima autoridad del Gobierno autónomo descentralizado, en un plazo no mayor a noventa días contados a partir del 16 de octubre del 2009, emita el Decreto Ejecutivo o la norma regional u ordenanza de creación de la o de las nuevas Empresas Públicas, estas Compañías se disolverán de manera forzosa, sin liquidarse y transferirán su patrimonio a las o las nuevas Empresas Públicas. Las Compañías se extinguirán y las Empresas Públicas que se creen para el efecto se subrogarán en sus derechos y obligaciones para lo cual el Superintendente de Compañías, al momento de la expedición del Decreto, norma u ordenanza de creación de la Empresa Pública, ordenará directamente la cancelación en el Registro Mercantil correspondiente de la inscripción de las Compañías que se extinguen.

2.- Sociedades anónimas en las que el estado es accionista mayoritario

Sociedades anónimas del sector eléctrico (Cuyo objeto social sea la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica).-

Las acciones y los certificados de aportes para futuras capitalizaciones de las Compañías, de propiedad del Fondo de Solidaridad, se transferirán ipso jure al

Ministerio Rector encargado del Sector Eléctrico ecuatoriano, el mismo que en un plazo no mayor a ciento ochenta días (¿Contados a partir de la promulgación de la nueva Ley?) podrá resolver la fusión, liquidación, escisión o disolución de la Compañía o comprar las acciones a los accionistas minoritarios públicos o privados a fin de que la Compañía pase a ser de propiedad exclusiva del Gobierno Central o constituir tenedoras de acciones de las empresas en las cuales el Ministerio sea accionista.

Las acciones que se adquieran a los accionistas privados, de ser el caso, se pagarán en un plazo no mayor a trescientos sesenta días, de conformidad con las disponibilidades del Presupuesto General del Estado, al valor que lo determine un experto contratado por el Ministerio Rector, quien deberá aplicar parámetros técnicos propios de la industria.

Si se realiza la compra de las acciones, las sociedades se disolverán sin liquidarse, siguiendo el mismo procedimiento previsto para el caso de las Sociedades Anónimas en que el Estado sea accionista único, en la forma señalada anteriormente.

Si dentro del plazo de ciento ochenta días señalado anteriormente no se compraren las acciones en forma tal que quede como solo accionista el Estado, hasta que se expida el nuevo marco jurídico del sector eléctrico, las Compañías seguirán operando como Compañías Anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de orden societario. Para los demás aspectos tributarios, fiscales, laborales, contractuales, de control y de funcionamiento se observarán las disposiciones contenidas en la nueva Ley.

Las acciones de estas Compañías no podrán ser transferidas al sector privado, lo cual significa que si podrán ser transferidas al sector público.

Capitalización: De conformidad con lo previsto en el punto 2.4 de la Disposición Transitoria Segunda de la nueva Ley, en las Empresas Eléctricas, los aportes para futura capitalización registrados a favor del Fondo de Solidaridad, los valores determinados por el Mandato 9 (Los recursos patrimoniales del Fondo de Solidaridad que se mantienen como inversiones financieras y en operaciones de administración de fondos), los efectuados con los recursos del FERUM y las inversiones de las que trata el inciso tercero del artículo 1 del Mandato No. 15 (Los recursos que se requieran para cubrir las inversiones en generación, transmisión y distribución, que constarán obligatoriamente en el presupuesto general del Estado), efectuadas por el Ministerio de Finanzas a través del Fondo de Solidaridad, se capitalizarán de manera forzosa a favor del Ministerio Rector del Sector Eléctrico ecuatoriano en los siguientes noventa días contados a partir de la expedición de la Ley, para lo cual la Superintendencia de Compañías verificará y dispondrá el cumplimiento inmediato de esta obligación. Si como resultado de esta capitalización la Compañía pasase a tener una participación mayoritaria del Gobierno Central o de los Gobiernos autónomos descentralizados, deberá actuar de conformidad con lo previsto en el Régimen Transitorio para las Sociedades Anónimas con participación mayoritaria del Estado.

En consecuencia lo obvio es que esta capitalización se realice antes de que el Ministerio Rector resuelva la fusión, liquidación, escisión o disolución de las Sociedades o comprar las acciones a los minoritarios.

Sociedades incluidas en el mandato constituyente No. 15

De conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 15, de 23 de julio del 2008, en virtud de sus indicadores de gestión, las Sociedades Anónimas Empresa Eléctrica Quito S.A., Empresa Eléctrica Regional del Sur S.A., Empresa Eléctrica Regional Norte S.A., Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., Empresa Eléctrica Cotopaxi S.A., Empresa Eléctrica Riobamba S.A., Empresa Eléctrica Ambato Regional Centro Norte S.A., Empresa Eléctrica Azogues S.A. y Electro Generadora del Austro ELECAUSTRO S.A., hasta que se expida el nuevo marco jurídico del sector eléctrico, seguirán operando como Compañías Anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de orden societarios; para los demás aspectos se observarán las disposiciones contenidas en la nueva Ley.

3.- Otras sociedades con participación mayoritaria del estado

En las demás Sociedades Anónimas o de Economía Mixta, distintas a las señaladas anteriormente, en las que el Estado sea accionista mayoritario, se seguirá un proceso análogo al referido anteriormente para las Sociedades Anónimas del Sector Eléctrico y para las incluidas en el Mandato Constituyente No. 15, es decir que se transferirá el paquete accionario al Ministerio Rector del sector específico quien a su vez, en un plazo no mayor a ciento ochenta días contados a partir de la promulgación de la nueva Ley, podrá resolver la fusión, escisión o disolución de las Compañías o comprar las acciones de los accionistas minoritarios privados.

Se encuentran exentas de este procedimiento tales Compañías o sus Subsidiarias (que tengan capital accionario mayoritario del Estado) que desarrollen sus actividades en sectores estratégicos o de servicios públicos, constituidas en sociedad con Empresas Públicas de la Comunidad Internacional o con Subsidiarias de éstas.

4.- Sociedades anónimas o de economía mixta en las que el estado es accionista minoritario

Se seguirá observando la normativa de su constitución y no se aplicarán para ellas las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sin perjuicio de lo cual, el estado podrá iniciar procesos de desinversión, la misma que será obligatoria para aquellas instituciones públicas que por mandato constitucional solamente pueden participar en emprendimientos económicos en sectores estratégicos y para aquellas actividades que no sean rentables, caso particular en el que se requerirá el informe favorable del organismo nacional de planificación.

5.- Régimen transitorio de las empresas subsidiarias

Las Subsidiarias constituidas como Sociedades Anónimas cuyo capital se hubiere integrado con recursos provenientes de entidades del sector público, de empresas públicas municipales o estatales o de sociedades anónimas cuyo accionista único fue el gobierno central o los gobiernos autónomos descentralizados, optarán, según lo decida el directorio de la empresa pública matriz por transformarse en compañías de economía mixta o en empresas públicas. En el primer caso se regirán por la Ley de Compañías para los asuntos societarios y para los

demás se observarán las disposiciones constantes en la nueva ley. La Ley no ha previsto un plazo para que el directorio resuelva lo pertinente.

Esto ratifica el que las sociedades subsidiarias ya no puedan seguir siendo anónimas; por eso aquellas que tengan tal calidad deberán transformarse en compañías de economía mixta o pasar a ser empresas públicas.

X.- EL RÉGIMEN LABORAL EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y SUS SUBSIDIARIAS

Otro asunto que merece ser tratado es el de los funcionarios y trabajadores de la Compañía de Economía Mixta frente a la nueva Ley de Empresas Públicas. El Gerente de la Compañía, como ya lo dijimos, es de libre designación y remoción por parte del Directorio de la Empresa Pública, el mismo que, en caso de ser removido, no tiene derecho a indemnización alguna, conforme lo señala el segundo inciso del numeral quinto del artículo 13 de la Ley.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, con respecto a los sujetos de esta relación (talento humano) señala varios aspectos en las Empresas Públicas manifestando que son: a) **Servidores públicos de libre designación y remoción** aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza, los mismos que no tendrán relación laboral; b) **Servidores públicos de carrera**, el personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción, que integran los

niveles estructurales de cada Empresa Pública, los mismos que tendrán un nombramiento expedido al amparo de la Ley de Empresas Públicas y de la normativa interna de la Empresa Pública; y, c) **Obreros**, aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada Empresa Pública, los mismos que tendrán un contrato individual de trabajo, suscritos al amparo de las disposiciones y mecanismos establecidos en el Código del Trabajo y en el contrato colectivo que se celebre. Esto, de manera general, es lo que establece la nueva Ley de Empresas Públicas en relación con la gestión del talento humano para dichas Empresas Públicas.

En cuanto se refiere a las Empresas Subsidiarias, la Ley expresa en el punto 2.2.2, inciso final del Régimen Transitorio constante en la segunda disposición transitoria, que, con respecto al personal que actualmente labore en una Empresa de Economía Mixta (que cuenta con participación accionaria mayoritaria del Estado), dicho personal tendrá el mismo tratamiento que se describe en el numeral 2.1.6 de dicha Disposición Transitoria, esto es, que deberá continuar prestando sus servicios sin someterse a períodos de prueba por lo que, en consecuencia, el régimen de transición no conlleva cambio de empleador ni constituye despido intempestivo. Por consiguiente todo el personal que, hasta el 16 de octubre del 2009 tenía relación con la Compañía de Economía Mixta debe continuar prestando sus servicios

normalmente sin que para permanecer deba someterse a períodos de prueba.

Ahora bien, cabe establecer si la nueva Ley Orgánica de Empresas Públicas ha incorporado alguna disposición por medio de la cual señale que las disposiciones para la administración del talento humano de las Empresas Públicas, deben ser aplicadas también por las subsidiarias y más concretamente por las Compañías de Economía Mixta y efectivamente, aunque fuera de contexto, tal norma está prevista en el inciso segundo del artículo 37 de dicha Ley, cuando establece que la administración del talento humano en las empresas de economía mixta se sujetará a las disposiciones de dicha Ley y la codificación del Código del Trabajo “en lo que corresponda”. Esta última terminología de “en lo que corresponda” constituye una ambigüedad que merece una aclaración, que posiblemente pueda hacérsela en el Reglamento de la Ley, ya que realmente no se entiende su real sentido.

A más de ello, existen algunas normas que, por clara disposición de la Ley, sí deben ser observadas en el tema laboral por las Compañías de Economía Mixta. Así, en el artículo 22 se establece que se prohíbe el aporte de recursos de las subsidiarias a fondos de cesantía o jubilación distintos a los que se entregan al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o, como lo establece el artículo 25, que ninguna utilidad ni ningún excedente será objeto del reparto entre el talento humano que labore en las empresas mixtas (Como también lo señala la Constitución en el artículo 328, inciso final), así como la disposición contenida en el artículo 26 en la que se señala que en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, está

excluido de la contratación colectiva el talento humano de quienes no tengan la calidad de obreros en los términos señalados en esa Ley, es decir que están excluidos, los servidores públicos de libre designación y remoción, a más de, en general, quienes ocupen cargos ejecutivos de dirección, representación, gerencia, asesoría, de confianza, apoderados generales, consultores y los servidores públicos de carrera.

Concomitantemente con lo dicho, singular disposición es la contenida en el artículo 30 de la Ley, que establece normas generales para la regulación de condiciones de trabajo con servidores de carrera y obreros para las Empresas Públicas, la misma que, en su inciso final, las vuelve aplicables también a los Gerentes de las subsidiarias cuando manifiesta que quienes firmen o autoricen la suscripción de contratos individuales, colectivos o actas transaccionales sin sujetarse a las disposiciones previstas específicamente en ese artículo 30, responderán personal y pecuniariamente por los perjuicios ocasionados y valores pagados en exceso, según sea el caso, sin perjuicio de la inmediata y obligatoria remoción y de las demás acciones a que hubiere lugar.

Dicho artículo establece que en la relación de trabajo entre los servidores de carrera sujetos a la Ley de Empresas Públicas, y los obreros, se observarán las siguientes normas:

- Cualquier incremento salarial se efectuará exclusivamente previa evaluación del desempeño realizada por la administración de la empresa con el apoyo de firmas

externas especializadas y en consideración de la capacidad económica de la empresa.

Queda prohibido el otorgamiento o mantenimiento de bonos, ayudas, sobresueldos o estímulos otorgados por la celebración de fechas conmemorativas, años de servicio o cualquier otro hecho que no sea exclusivamente el desempeño.

- No forma parte de la remuneración: a) Los valores correspondientes al componente variable por cumplimiento de metas; b) Las décima tercera y cuarta remuneraciones, viáticos, subsistencias y movilizaciones; y, c) Los valores por las subrogaciones y encargos.

- No se podrá pactar que los servidores de carrera u obreros, sus cónyuges, personas en unión de hecho o parientes reciban gratuitamente o de manera subsidiada los servicios o bienes que produce la Empresa Pública empleadora. Igualmente no se admitirán cláusulas que reconozcan la homologación de derechos cuando las empresas tienen un distinto giro de negocios aunque todas ellas sean parte de la misma industria. De la misma manera se reputarán no escritas las estipulaciones que garanticen a los sucesores del servidor u obrero de ocupar el puesto de trabajo de aquellos.

- Para el caso de separación de los servidores y obreros de las Empresas Públicas, por supresión de partida o despido intempestivo, se aplicará lo determinado en el Mandato Constituyente No. 4.

Como se observa, el que las disposiciones atinentes a la administración del talento humano en las Empresas

Públicas deban también necesariamente ser cumplidas por las Compañías Subsidiarias, es el sentido de la Ley, pero parece oportuno que en el Reglamento se aclare la terminología "en lo que corresponda" prevista en el artículo 37.

Aclarada esta fraseología consideramos que corresponde a estas empresas aplicar las normas que se establecen para las Empresas Públicas en cuanto a la gestión del talento humano, que se encuentran entre los artículos 17 y 33 de la Ley de Empresas Públicas.

XI.- CONTRATACIONES DE LAS COMPAÑÍAS DE ECONOMÍA MIXTA (SUBSIDIARIAS)

El 4 de agosto del 2008, se publicó en el Registro Oficial la **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**, según la cual para todos los procedimientos de contratación para adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen, entre otros, las compañías mercantiles cuyo capital esté integrado en el 50% o más con participación estatal, debían adecuar tales contrataciones a las normas de dicha Ley, incorporando a las compañías mercantiles a normas de contratación pública con la excepción de que, para este caso, se exceptuaban expresamente las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos, de acuerdo al numeral noveno constante en las derogatorias de leyes anteriores previstas en esta nueva Ley.

Cierto es, adicionalmente, que esta propia Ley en el artículo 2 estableció un **Régimen Especial** de excepción a la que estas Compañías debían someterse, bajo **normativa específica** que para el efecto dictó el Presidente de la República en el Reglamento General de esa Ley, el 12 de agosto del 2008, así como en el Reglamento sustitutivo de 30 de abril del 2009, vigente desde el 12 de mayo del 2009.

Ese Régimen Especial se fundamenta casuísticamente en los numerales **ocho** y **nueve** del referido **artículo 2** de aquella Ley.

Al respecto cabe mencionar que el referido numeral noveno expresa que se encuentran dentro de este Régimen Especial: “**Nueve.**- *Los contratos que celebren las Instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus Instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y los que celebren las Subsidiarias de derecho privado de las Empresas Estatales o Públicas o las Sociedades Mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus Instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al 50%, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo*”.

El numeral octavo, por su parte, sufrió modificaciones previstas en la nueva Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuando en el punto 1.7 de la disposición final segunda, reformó al referido numeral octavo del artículo 2 de esta Ley de Contratación de modo que el mismo pasó a decir lo siguiente con respecto a los contratos de Régimen Especial:

“Ocho.- Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el 50% a entidades de derecho público o sus subsidiarias y las empresas entre sí”.

Pero la reforma al numeral octavo continúa en el sentido de que dice lo siguiente:

“También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas, o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en 50% a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el 50% o sus subsidiarias”.

Pero adicionalmente la reforma al numeral octavo finaliza señalando lo siguiente:

“El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en 50% a entidades de derecho público o sus subsidiarias, se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley. La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública”.

Estas disposiciones del numeral octavo tienen el carácter de legales y, consecuentemente, están por sobre el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en estas circunstancias lo que

corresponde en cada caso de contratación es que se solicite al señor Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública que determine si la misma se refiere al giro específico del negocio o al giro común. Por supuesto, esta predeterminación deberá realizarse solo en los casos que ello proceda, por ejemplo, no se lo requerirá cuando la contratación no se refiera a actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburos, en virtud de que esa excepción se mantiene vigente por cuanto no fue derogada por la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

XII.- TRATAMIENTO A LAS UTILIDADES DE LAS COMPAÑÍAS DE ECONOMÍA MIXTA (SUBSIDIARIAS)

El artículo 328, inciso final de la Constitución Política del Estado, establece, como ya lo hemos señalado anteriormente, que en las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria (Subsidiarias), no habrá pago de utilidades a los trabajadores. En desarrollo de dicha norma legal el artículo 37, inciso segundo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece que en **las empresas de economía mixta no habrá pago de utilidades** (a los trabajadores).

Con este antecedente, el artículo 39, inciso tercero, de la Ley de Empresas Públicas establece que en cuanto al reparto de excedentes (No las denomina "utilidades"), aquellos que correspondan a la participación de la Empresa Pública (es decir a la participación de la Empresa Pública en la Compañía de Economía Mixta), se observarán los principios y normas previstos en el artículo 315 de la Constitución de la República, es decir,

se destinarán a la inversión o reinversión en las mismas empresas públicas o en sus subsidiarias, relacionadas o asociadas (**es decir en la misma compañía de economía mixta o en cualquier otra subsidiaria**), en niveles que garanticen su desarrollo. En cuanto se refiere a los excedentes que conciernan a la participación del o de los demás socios (privados) de la empresa de economía mixta, éstas se regirán por la legislación societaria, lo que equivale a decir que tienen derecho a recibir esos excedentes que, en ese caso constituyen utilidades, que bien pueden estos minoritarios retirarlas o reinvertirlas a cualquier título.

XIII.- FINANCIAMIENTO DE LAS COMPAÑÍAS DE ECONOMÍA MIXTA (SUBSIDIARIAS)

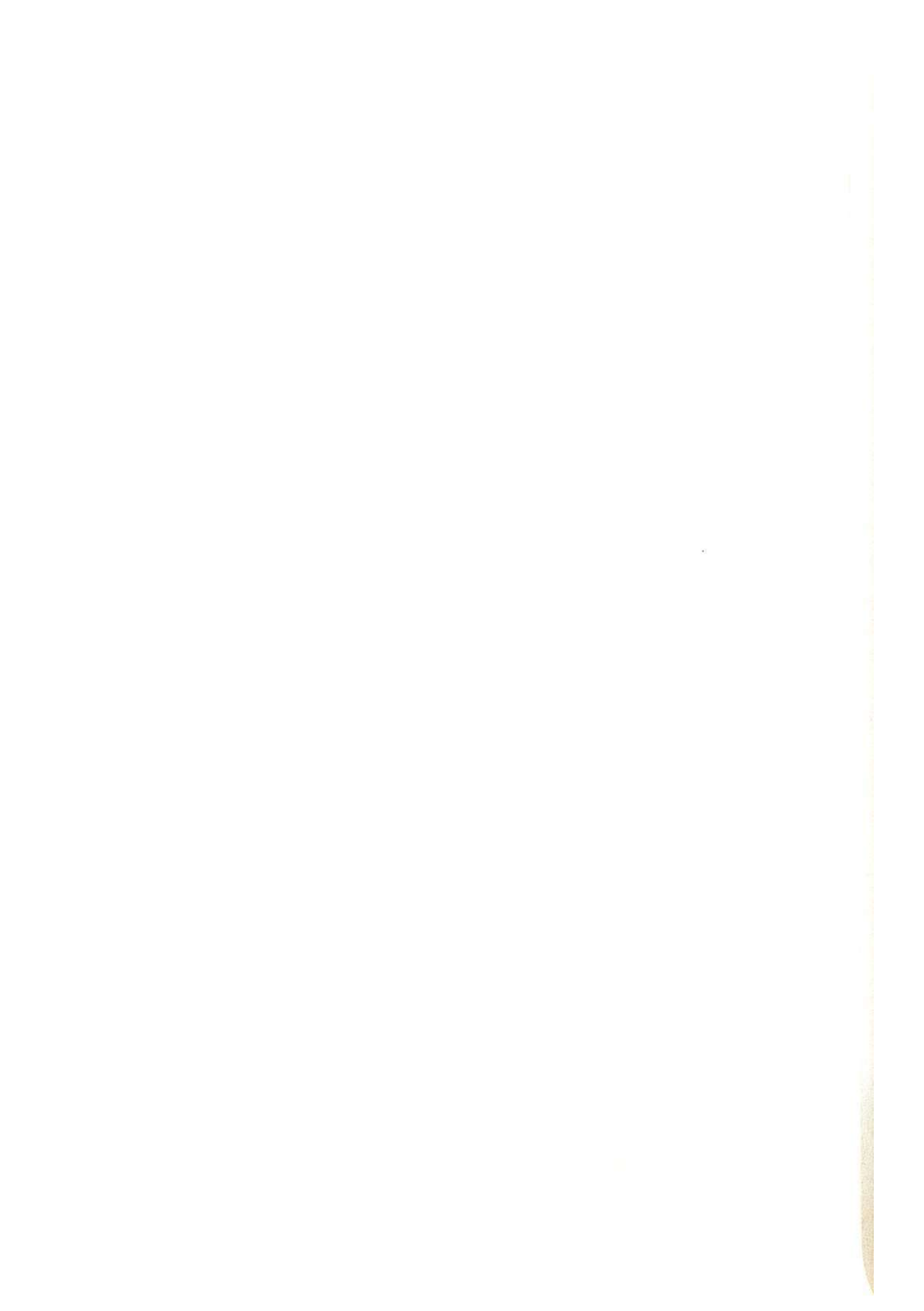
Las empresas públicas y **sus subsidiarias** podrán adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para cumplir sus fines y objetivos empresariales tales como: ingresos provenientes de la comercialización de bienes y prestación de servicios así como de otros emprendimientos; rentas de cualquier clase que produzcan los activos, acciones, participaciones; acceso a los mercados financieros, nacionales o internacionales, a través de emisión de obligaciones, titularizaciones, contratación de créditos, beneficio de garantía soberana, inyección directa de recursos estatales, reinversión de recursos propios, entre otros. Para el efecto se requerirá la resolución favorable del directorio de la empresa pública y el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y otras leyes, así como la normativa aplicable, en función de la naturaleza del financiamiento al que se acceda, de conformidad con

lo previsto en el artículo 42 de la misma Ley Orgánica de Empresas Públicas.

XIV.- SISTEMA CONTABLE EN LAS COMPAÑÍAS DE ECONOMÍA MIXTA (SUBSIDIARIAS)

En cuanto se refiere al sistema contable y administración de cuentas de recursos financieros, tanto las empresas públicas como sus **subsidiarias** no están obligadas a llevar su contabilidad aplicando normas de contabilidad gubernamental, como tampoco están obligadas a gestionar sus recursos financieros a través de la cuenta única del tesoro nacional ni a través del ESIGEF.

Quito, 31 de marzo del 2010



Dr. Jorge Egas Peña

Contenido

- I.- Generalidades.*
- II.- Causas de exclusión del socio.*
- III.- Procedimiento para la exclusión del socio.*
- IV.- Formalidades de la exclusión del socio.*
- V.- Efectos de la exclusión del socio.*
- VI.- Liquidación de la cuota del socio excluido.*
- Conclusiones.*

LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO EN LAS COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Dr. Jorge Egas Peña

I.- GENERALIDADES

La exclusión del socio es una institución del Derecho Societario que se encuentra insuficientemente regulada en la legislación ecuatoriana.

En principio es propia de las sociedades personales; esto es, de aquellas en que prevalece la condición personal del socio, antes que el capital que el mismo aporta o debe aportar a la sociedad. Ella la razón por la que está normada en la Ley de Compañías, Sección Cuarta de las Disposiciones Comunes a las Compañías en Nombre Colectivo y a las en Comandita Simple (art. 82). Sin embargo, también se ha incluido esta figura en las compañías de responsabilidad limitada (arts. 118 g, 111, 115 g), no obstante que las mismas son consideradas sociedades de capital para efectos fiscales y tributarios (art. 97); y, poseen una regulación típica de esta clase de sociedades (art. 142 de la Ley de Compañías).

Empero, en otros aspectos, estas compañías siguen los lineamientos de las sociedades de personas, como es en lo relativo a la cesión de las participaciones sociales,

que requieren de autorización de los demás socios; y, la obligación de ofrecerlas en primer lugar a los demás socios; o, la admisión del socio entrante que deben hacerla los otros, pues de su calificación depende su ingreso.

¿En qué consiste y cuál es la naturaleza jurídica de la exclusión del socio? Se ha discutido la naturaleza jurídica de la exclusión del socio. Hay quienes sostienen con Garrigues que la exclusión respondía más que a una sanción a la necesidad de conservar la empresa, que es de interés público, la misma que debe enumerar taxativamente las causas de la exclusión.

Otros sostienen con Ascarelli que la exclusión del socio es una manifestación del poder disciplinario de las personas jurídicas, necesario para la subsistencia de ellas, al cual están sujetos sus miembros a fin de poder cumplir los fines sociales.

Finalmente, otros con Ferrara y Auletta sostienen que la exclusión de un socio es factible en razón de la existencia de una condición resolutoria tácita contenida en el contrato de sociedad.

Escuti sostiene que *"la razón de ser de la exclusión está dada por la necesidad de evitar la participación perjudicial del socio, con respecto al objeto y a la actividad de la sociedad. Hablamos de participación perjudicial, pues a nuestro criterio, el fundamento jurídico está dado por las tres doctrinas existentes al respecto"*¹

¹ ESCUTI, (h) Ignacio. La Resolución Parcial del Contrato de Sociedad. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. 1975, pág. 453.

Según Gerardo Peña Matheus² la exclusión “es un acto típico potestativo de la Junta General, social y disciplinaria, de derecho privado aplicable en conformidad con la Ley, que produce la penalidad de perder la condición de socio.”

Es decir, que según esta postura, que compartimos, la exclusión del socio es una sanción que de alguna manera impone la sociedad al socio que incumple con la ley o el contrato social; o, cuya conducta es considerada dañina o perjudicial para los demás socios o la compañía. La exclusión de un socio tiene carácter de sanción al incumplimiento de obligaciones sociales, lo que supone la existencia de fraude o por lo menos de culpa por parte del socio que se excluye³.

No tenemos duda que tal característica es propia de la exclusión; y, ello le otorga un carácter excepcional dentro de la vida social; es decir, que no se puede acudir a ella en forma ligera sin que exista justa causa o sin observar los principios generales del debido proceso para imponer dicha sanción; como es el permitir al socio el conocimiento previo de las acusaciones que se le hacen, el ejercicio de su derecho de defensa y la posibilidad de que el mismo recurra de la decisión que se adopte al

² PEÑA MATHEUS, Gerardo Dr. “La Exclusión del Socio, que constituido en mora, no hace el pago de su cuota social”, en la Compañía de Responsabilidad Limitada. Análisis Sistemático de su Normativa. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Ediciones Legales, 2008.

³ SOLA CAÑIZARES, Felipe. La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el Nuevo Derecho Español. Editorial de Revista de Derecho Privado. pág. 211.

respecto, acorde a los principios constitucionales que nos rigen.

Mas, lo que conviene por ahora dilucidar es cuál es la principal consecuencia de tal sanción de exclusión del socio de la sociedad, en qué situación queda el contrato social por la expulsión de uno de sus miembros.

No es esta la simple separación de uno de los socios, adoptada cuando no se hubieren llenado oportunamente las formalidades prescritas por la ley (art. 29), en cuyo caso la compañía quedará disuelta desde el día de la notificación. Tampoco es el caso de la separación del socio que no estuviere de acuerdo con la transformación de la compañía a otra de especie diferente; pues, en tal evento la compañía subsiste con los demás socios o accionistas (art. 333). Diferente es el caso del socio o accionista que incumpliére con su obligación de pagar el importe de sus acciones suscritas o de su cuota social (art. 219), situaciones en las cuales se puede rescindir el contrato con respecto al accionista moroso, con la consiguiente reducción de capital (art. 219). En tal supuesto se produce una especie de disolución parcial del contrato de sociedad por la salida de uno de sus socios, aún cuando en nuestra legislación no se trate de tal figura de la disolución parcial de manera expresa.

Pareciera que esta es la figura que se genera con la exclusión del socio, aún cuando el Art. 111 sostiene que se produce una reducción de capital por efecto de la devolución de su aporte al socio excluido. Además, el Art. 83 establece de manera tajante que por la exclusión de un socio no se acaba la sociedad; y, los Arts. 362 y 365 disponen "que la exclusión o retiro de un socio, que se

opere de conformidad con la ley, no es causa de disolución, salvo que ello se hubiere pactado de modo expreso”.

Estas disposiciones, que son propias de las sociedades colectivas, deben considerarse aplicables a las compañías de responsabilidad limitada por ser propias de la naturaleza de la exclusión del socio.

II.- CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL SOCIO

La Ley de Compañías (art. 118 j) dispone que el socio de la compañía de responsabilidad limitada podrá ser excluido de la sociedad por alguna de las causas previstas en el Art. 82, establecidas para las compañías en nombre colectivo.

Estas causas deberán ser calificadas por la Junta General y son las siguientes:

1. El socio administrador que se sirve de la firma o de los capitales sociales en provecho propio, o que comete fraude en la administración o en la contabilidad, o se ausenta y requerido no vuelve, ni justifica la causa de su ausencia;

2. El socio que interviniera en la administración sin estar autorizado por el contrato de compañía;

3. El socio que constituido en mora no hace el pago de su cuota social;

4. El socio que quiebra; y,

5. En general, los socios que falten gravemente al cumplimiento de sus obligaciones.

En otras palabras, para que proceda la exclusión del socio es necesario de la existencia de una justa causa.⁴

Detengámonos en el análisis de estas causales:

1. En las compañías en nombre colectivo la administración de la sociedad, generalmente, corresponde a todos los socios, aun cuando en el contrato social se puede pactar que sólo alguno o algunos de los socios sean autorizados para obrar, administrar y firmar por ella (art. 44). Es en tal supuesto que el socio-administrador puede servirse de la firma o de los capitales sociales en provecho propio, en cuyo caso incurrirá en un típico caso de competencia desleal con la sociedad y los demás socios que lo autorizaron para obrar por ella, sin embargo de lo cual él lo hizo en su provecho personal.

Tal supuesto también se da en el socio que sin ser designado administrador sin embargo usa la firma social en virtud de la facultad que la propia ley le reconoce para administrar la compañía, que no ha designado un administrador.

Estas situaciones no se dan, por lo general, en las compañías de responsabilidad limitada, en la que los socios deben de abstenerse de la realización de todo acto

⁴ MASCHERONI, Fernando. Manual de Sociedades de Responsabilidad Limitada: "Es requisito ineludible para la procedencia de la exclusión la existencia de justa causa... siendo nulo el pacto en contrario". Editorial Cangallo, 1976, pág. 265.

que implique ingerencia en la administración (art. 115 c). Lo dicho, por supuesto, no procede cuando el socio es designado administrador de la compañía de responsabilidad limitada; y, ante una violación como la prevista, se puede hacer acreedor a la sanción, no solo de remoción del cargo de administrador, sino también a su exclusión como socio.

Es necesario tener presente que esta misma causal incluye otras conductas del socio administrador, que dan lugar a la sanción de exclusión, como son el cometimiento de cualquier clase de fraude en la administración o en la contabilidad o si se ausenta y requerido no vuelve ni justifica la causa de su ausencia. Este último supuesto se da también en la compañía de responsabilidad limitada, tanto más que sus administradores están obligados a proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente, exigencia que no se da en el administrador que abandona irresponsablemente su encargo.

2. El socio que interviene en la administración sin estar autorizado por el contrato de compañía; y que, tratándose de la compañía de responsabilidad limitada, está expresamente prohibido en el literal c) del art. 115 que obliga a los socios a abstenerse a la realización de todo acto que implique ingerencia en la administración como hemos sostenido anteriormente.

Según Claudio Horst y Luis Joaquín Zavala⁵ la ingerencia en la administración puede adoptar dos

⁵ HORST, Claudio y ZAVALA Luis Joaquín. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. 1971. Pág. 151.

manifestaciones, una pasiva y otra activa. La ingerencia pasiva tiene relación con la facultad de información, vigilancia y fiscalización o control individual del socio a la administración, que puede ser desde la revisión de la contabilidad y demás libros sociales hasta la posibilidad de aconsejar al Gerente en el desempeño de sus funciones.

La ingerencia activa de los socios en la administración puede ser supletoria o concurrente.

Es *supletoria* cuando el socio asume la representación de la compañía a falta del principal, lo cual puede darse en las compañías de personas; y, es *concurrente*, cuando el socio efectúa operaciones a nombre de la sociedad, aun cuando ello no la obligue, pues dicha facultad corresponde al administrador designado.

En general podría decirse que a esta última figura se refiere el #2 del Art. 82 de la Ley de Compañías; pero, en particular también se considera que hay ingerencia cuando el socio no gerente se excede en sus atribuciones mediante la comisión culposa o dolosa de un acto que vaya más allá del simple control o vigilancia; y, por la obstrucción perjudicial o maliciosa de los efectos de las operaciones del Gerente en la esfera de las actividades sociales.

En definitiva, no constituye ingerencia en la administración los actos de control y vigilancia que conllevan un interés lícito del socio.

3. El socio que constituido en mora no hace el pago de su cuota social. En el caso de las compañías de

responsabilidad limitada el literal a) del Art. 115 establece que es obligación de los socios pagar a la compañía la participación suscrita. Si no lo hiciere dentro del plazo estipulado en el contrato, o en su defecto del previsto en la ley, la compañía podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, deducir las acciones establecidas en el Art. 219 de la Ley de Compañías, la misma que plantea cuatro alternativas, que son:

- a)** Demandar el cumplimiento de esta obligación, con el máximo de interés convencional desde la fecha de suscripción de las participaciones (vía verbal sumaria);
- b)** Proceder ejecutivamente contra los bienes del accionista sobre la base del documento de suscripción, con el máximo de interés;
- c)** Enajenar los certificados provisionales en pública subasta, por cuenta y riesgo del accionista moroso. En tratándose de las Compañías de Responsabilidad Limitada no es posible rematar las participaciones sociales; pues, las mismas no son susceptibles de embargo (art. 31), requisito sine qua non para el remate o subasta;
- d)** Si la venta no pudiere realizarse se rescindirá el contrato respecto del accionista moroso; y, la acción será anulada, con la consiguiente reducción del capital. Obsérvese que esta última solución también se puede adoptar con respecto al socio de la compañía limitada, en el pago de su aportación, sin perjuicio de su exclusión de la

calidad de socio en dicha compañía; en este caso, con otros efectos que la simple disminución del capital. No está demás indicar que en el contrato social se pueden pactar otras causas para la exclusión de un socio, amparados en la parte final del Art. 137 que establece que en la escritura de constitución se expresarán: "Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta ley"; pero dichas causales deben ser justas y no atentar contra el orden público.

4. El socio que quiebra. El Art. 101 establece que las personas comprendidas en el Art. 7 del Código de Comercio no podrán asociarse en las Compañías de Responsabilidad Limitada; y, consecuente con esta prohibición que rige no solo para la constitución sino también para permanecer asociado en esta clase de compañías, el socio que quebrare (art. 7 #3 del Código de Comercio) incurre en la causal de inhabilidad para permanecer en la sociedad y por ende debe ser excluido de ella.

Si bien la quiebra del socio no debiera afectar la estabilidad económica de la sociedad, si aquel ha pagado su aporte, pareciera que la nota de infamia que conlleva tal declaratoria, desgraciadamente en nuestra atrasada normativa comercial, afecta el prestigio de la sociedad y por ello nuestro legislador la considera como causal de exclusión.

5. La quinta causal de exclusión recae en los socios que falten gravemente al cumplimiento de sus

obligaciones sociales, mismas que están determinadas en la propia ley en su Art. 115 que sostiene:

“Son obligaciones de los socios:

- a) Pagar a la compañía la participación suscrita;
- b) Cumplir los deberes que a los socios impusiere el contrato social;
- c) Abstenerse de la realización de todo acto que implique ingerencia en la administración;
- d) Responder solidariamente de la exactitud de las declaraciones contenidas en el contrato de constitución de la compañía y, de modo especial, de las declaraciones relativas al pago de las aportaciones y al valor de los bienes aportados;
- e) Cumplir con las prestaciones accesorias y las aportaciones suplementarias previstas en el contrato social;
- f) Responder solidaria e ilimitadamente ante terceros por la falta de publicación e inscripción del contrato social; y,
- g) Responder ante la compañía y terceros si fueren excluidos por las pérdidas que sufrieren por la falta de capital suscrito y no pagado o por la suma de aportes reclamados con posterioridad, sobre la participación social.

III.- PROCEDIMIENTO PARA LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO

La facultad para separar al socio que incurriere en alguna de las causas legales para su exclusión de la compañía, es atribución privativa de la Junta General (art. 118 j), la misma que debe adoptarla observando ciertos requisitos.

En primer lugar la acusación que va a ser materia de la exclusión del socio debe constar en el orden del día contenido en la convocatoria; pues, de manera contraria, la resolución carecería de validez (art. 119).

En segundo lugar, el socio a quien se pretende excluir debe estar en conocimiento de las acusaciones que se le hacen; a fin de poder defenderse de la medida. Para el efecto puede solicitar de la compañía toda la información que requiera, incluidas las relativas a los asuntos tratados o a tratarse en la Junta General y recurrir al examen de los libros y documentos de la compañía (art. 15).

En tercer lugar, la resolución de exclusión debe adoptarse de conformidad con la normativa existente en la ley y en el Estatuto; esto es, por lo menos por la mayoría absoluta de los socios presentes (art. 117), con la aclaración de que cada participación social dará al socio el derecho a un voto (art. 111).

Por supuesto que en tal votación no se contará con el voto del socio que va a ser excluido, por lo que si este fuere mayoritario igual se podría alcanzar la decisión por los socios minoritarios.

La decisión que adopte la Junta General podrá ser impugnada por el socio afectado o quienes hubieren votado en contra de la exclusión de conformidad con el literal h) del art. 114 que lo faculta a recurrir a la Corte Provincial de Justicia del Distrito impugnando los acuerdos sociales, siempre que fueren contrarios a la ley o a los Estatutos Sociales. En este caso se estará a lo dispuesto en los artículos 249 y 250, en lo que fueren aplicables.

IV.- FORMALIDADES DE LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO

Una vez adoptada la decisión de exclusión de un socio por la Junta General el representante legal de la compañía deberá elevar a escritura pública dicha resolución, la misma que deberá someterse a las mismas solemnidades establecidas por la ley para la fundación de la compañía según su especie (art. 33); esto es, tratándose de una Compañía de Responsabilidad Limitada, que la escritura pública sea aprobada por la Superintendencia de Compañías, inscrita en el Registro Mercantil y publicado un extracto de la misma para conocimiento del público.

Sin el cumplimiento de estos requisitos la exclusión del socio no está perfeccionada y por ende no surte efectos jurídicos. Lo dicho sin perjuicio de la oposición que se pueda ejercer por el socio afectado, ante las autoridades competentes; esto es, ante la Corte Superior del Distrito (actual Corte Provincial de Justicia) impugnando el acuerdo social, siempre que el mismo fuere contrario a la ley o a los Estatutos Sociales (art. 114 h).

V.- EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO

En primer lugar consideramos necesario aclarar que por el hecho de la exclusión el socio pierde su condición de tal, sin que tal sanción conlleve la pérdida de su cuota patrimonial en la compañía, ni siquiera de las utilidades que la misma haya generado, las cuales deberán ser liquidadas y pagadas al socio en su oportunidad. Felipe Sola Cañizares (obra citada, pág. 212) sostiene: "La exclusión del socio no priva a éste de las ganancias, pues lo que la ley dispone es que se retengan si no hay operaciones pendientes o se liquiden éstas, la sociedad deberá reembolsarle la suma total que comprenda al valor de su cuota y la parte de los beneficios si los hubiere. Ahora bien si la conducta del socio excluido hubiere provocado perjuicios a la sociedad, ésta puede ejercitar la acción correspondiente; y, en su caso alegar compensación, pero no es admisible, ni aun en el caso de convención estatutaria, que el socio excluido pierda su parte social por acto unilateral de la sociedad.

Sus principales efectos según los artículos 82 y 83 son:

1) La ley sostiene que el socio excluido queda sujeto a las pérdidas hasta el día de la exclusión;

2) La compañía puede retener las utilidades hasta la formación del balance;

3) También queda obligado a terceros por las obligaciones que la compañía contraiga hasta el día en que el acto o la sentencia de exclusión sea registrada;

4) El socio excluido no queda libre del resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiere causado; y,

5) A responder ante la compañía y terceros por las pérdidas que sufrieren por la falta de capital suscrito y no pagado o por la suma de aportes reclamados con posterioridad, sobre la participación social (art. 115 g).

De estos efectos, los enunciados en los numerales 1 y 3 no serán aplicables a los socios de las Compañías de Responsabilidad Limitada por efecto de la limitación de su responsabilidad al pago de su aporte y al de las aportaciones suplementarias y las prestaciones accesorias.

VI.- LIQUIDACIÓN DE LA CUOTA DEL SOCIO EXCLUIDO

Una vez que se encuentra inscrita la exclusión del socio en el Registro Mercantil, procede liquidar la cuota del patrimonio que le corresponde al socio excluido por sus participaciones sociales.

Para el efecto se debe elaborar un balance o acudir a una operación contable de valoración de la empresa efectuada por peritos, quienes presentarán un informe al respecto a la Junta General, la cual, de estar de acuerdo, dispondrá su pago al socio excluido; y, de allanarse éste al valor asignado, podrá cobrarlo con lo que termina el trámite; caso contrario, el socio excluido también podrá

impugnarlo ante la justicia ordinaria. Según Mascheroni (obra citada, pág. 267). "Estimase que a los efectos del cálculo del importe a entregar en concepto de resarcimiento, deberá acudirse al valor de las cuotas sociales pertenecientes al excluido, según el último balance aprobado de la sociedad; es decir, aplicando el criterio legal para el supuesto de receso."

Aún cuando estos procedimientos no están normados en la ley creemos que, por sentido común, debe procederse según lo dicho; aun cuando el socio afectado por el no pago de su cuota podría también acudir ante la justicia ordinaria reclamando su derecho a tal liquidación y pago.

Liquidada y pagada la cuota (aporte) del socio excluido, la sociedad debe proceder a la disminución del capital (art. 111) en la proporción correspondiente, observando el trámite previsto en el Art. 33 de la Ley de Compañías; o, en su defecto, pagar dicha cuota del socio excluido con recursos frescos de los demás socios, en cuyo caso no será necesaria la reducción del capital de la compañía.

CONCLUSIONES

1. La exclusión del socio, si bien propia de las compañías personales, como las colectivas y las en comandita simple, se aplica a las compañías de responsabilidad limitada por disposición de la ley;
2. La normativa legal existente en nuestro país es insuficiente, aplicándose la regulación de las colectivas por expresa remisión de la ley, en lo que no estuviere previsto en la sección de las compañías de responsabilidad limitada; o, en el contrato social;
3. En la parte que más se siente la falta de regulación es en la relativa a la ejecución de la exclusión del socio, especialmente en cuanto a la liquidación de la cuota que corresponde al mismo. De igual manera pareciera que la ley no contempla una serie de situaciones importantes, como las relativas a la sociedad en que existen solamente dos socios; y,
4. Muchas de las falencias de la ley pueden ser superadas en el contrato social o sus reformas, siempre que no atenten contra la ley o la naturaleza de la institución.

BIBLIOGRAFÍA

- ESCUTI, (h) Ignacio. La Resolución Parcial del Contrato de Sociedad. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. 1975, pág. 453.
- HORST, Claudio y ZAVALA Luis Joaquín. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones.- 1971. Pág. 151
- MASCHERONI, Fernando. Manual de Sociedades de Responsabilidad Limitada.- Editorial Causallo, 1976, pág. 265
- PEÑA MATHEUS, Gerardo.- "La exclusión del socio que, constituido en mora no hace el pago de su cuota social" en las Compañías de Responsabilidad Limitada. Análisis Sistemático de su Normativa.- Pág. 309. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Ediciones Legales. 2008.
- RADRESA, Emilio. "Sociedades Colectivas. Editorial Astrea. 1973
- ROCHA A., Antonio. Lecturas sobre la Sociedad Colectiva.- Ediciones Lerner. 1968.
- SOLA CAÑIZARES Felipe. La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el Nuevo Derecho Español. Editorial de Revista de Derecho Privado. pág. 2.

Contenido

- I.- *Introducción.*
- II.- *Breves indicaciones sobre el régimen del ejercicio a distancia de los derechos de asistencia y de voto en las juntas generales.*
 - A) *El nuevo marco normativo.*
 - B) *Posibilidades de ejercicio “a distancia” de los derechos de los accionistas.*
- III.- *La previsión de nuevos instrumentos de participación de los accionistas en las juntas en el marco del debate sobre “buen gobierno corporativo”.*
- IV.- *Valoración de la aplicación práctica del voto y la delegación a distancia a la luz de los objetivos de política jurídica perseguidos.*
- V.- *Conclusiones.*

CONSIDERACIONES DE POLÍTICA-JURÍDICA SOBRE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE VOTO, ASISTENCIA Y REPRESENTACIÓN "A DISTANCIA" (INCLUIDO EL VOTO ELECTRÓNICO) EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ESPAÑOLAS*

Andrés Recalde Castells
Catedrático de Derecho Mercantil, Universitet
Jaume I

Resumen: En el presente artículo se contrasta la escasa correspondencia entre los objetivos buscados con la previsión legal de sistemas de voto y representación en las juntas generales (activación de los derechos de los accionistas) y la realidad de la aplicación de estos sistemas por las sociedades cotizadas españolas.

Palabra Clave: Voto electrónico. Derecho de sociedades.

Abstract: This article analyzes the impact of new information and communication technologies (ICTs) on the voting rights of shareholders in general meetings of public limited liability companies in Spanish law. The study is concerned with the lack of correspondence between the justification of these law reforms in revitalizing general meeting and shareholders control over board of directors control over general meetings as a real result of the implementation of law reforms in corporation statutes.

Keywords: Electronic vote. Company Law.

I.- INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen van a fijar su atención en la previsión de la Ley de Sociedades Anónimas que autoriza a los accionistas a votar o delegar su voto "mediante correspondencia, postal electrónica, o cualquier medio de comunicación a distancia" (art. 105.4 LSA y también art. 106.2 LSA para el otorgamiento de poderes de representación). Pero aquí no se pretende ofrecer un análisis exhaustivo y con detalle que requerirían las numerosas cuestiones de interpretación y aplicación positiva que la previsión legal plantea. Aunque haya que referirse al tema, será sólo para enunciar alguno de los problemas difíciles que ha suscitado la regulación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de las juntas generales (infra 2). El estudio se centrará en el contraste entre los objetivos de política-jurídica que justificaron la introducción de estas nuevas vías para el ejercicio de los derechos accionariales (infra3), y el uso que de ellas han hecho las grandes sociedades anónimas cotizadas españolas (infra4).

II.- BREVES INDICACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DEL EJERCICIO A DISTANCIA DE LOS DERECHOS DE ASISTENCIA Y DE VOTO EN LAS JUNTAS GENERALES

A) El nuevo marco normativo

La LSA regula el voto y el otorgamiento de la representación por medios de comunicación a distancia y, en particular, a través de procedimientos electrónicos desde la aprobación de la Ley 26/2003 ("Ley de Transparencia"). Esta Ley establece por primera vez en nuestro país la posibilidad de ellos, por procedimientos electrónicos de comunicación. Se trata de una previsión legal que ya ha

creado numerosos problemas interpretativos, que aquí solo se apuntarán¹. Aunque no constituya el objeto principal del presente trabajo, conviene referirse brevemente a los elementos fundamentales de este régimen.

El primer rasgo que destaca es el carácter escueto y lleno de lagunas de la nueva disciplina. En efecto, la norma que faculta a los accionistas a la utilización de la electrónica o de otros medios de comunicación a distancia para comunicar el sentido del voto o para ejercitar otros derechos accionariales se resume en tres reglas.

¹ Ampliamente Vaño Vaño, "Información y gobierno en las sociedades cotizadas", RDBB, núm. 95, 2004, 118 y ss.; Alcover Grau, "Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico", RDM núm. 254, 2004, 1341 y ss. (publicado también en Rodríguez Artigas et al. Derecho de sociedades anónimas cotizadas, Madrid 2006, I, 375 y ss); Muñoz Paredes, Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración, Madrid 2005, 58 y ss., 463 y ss.; id. "Asistencia y delegación de voto por medios de comunicación a distancia en las juntas generales de accionistas", RDBB, núm. 102, 2006, 188, 189; Ilesas, "El ejercicio electrónico de los derechos del socio de la sociedad anónima", Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2007, 801 y ss.; Recalde, "Incidencias de las Tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas", en AAVV, Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2007, 1059 y ss. (también en www.indret.com); Sánchez Calero, La junta general en las sociedades de capitales, Cizur Menor 2007, 740 y ss.; Bloguera, "Validez de la Junta general extemporánea, inclusión de nuevos puntos en el orden del día y utilización de medios telemáticos", RDM núm. 261, 2006, 1035 y ss.; id., La junta general, Valencia 2008, 173 y ss. Antes de la Ley Fernández del Pozo/Vicenta Chulea, "Internet y Derecho de sociedades: Una aproximación crítica", RDM núm. 237, 2000, 970 y ss.; Ibáñez Jiménez, "El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas", RDM núm. 249, 2003, 1029.

En primer lugar, se prevé que en estos casos debe garantizarse la identidad del accionista. No obstante, no se indica cuáles son los procedimientos aceptables por que acreditan suficientemente la identidad del accionista. La Ley adopta una posición neutral, lo que podría interpretarse como una obligación para que podría la sociedad fuera neutral y admitiera cualquier medio de prueba de la identidad del accionista (desde la firma electrónica simple, el uso de un PIN o cualquier otro tipo de clave, sea más o menos rigurosa o merezca una fiabilidad escasa). Pero igualmente podría entenderse que la norma lo que hace es remitir a la sociedad para que ésta determine las exigencias de acreditación de la identidad de los accionistas. La primera opción favorecería más la participación de los accionistas, al no limitarse los requisitos formales cuyo cumplimiento condiciona el ejercicio a distancia de los derechos. Sin embargo, la segunda interpretación parece más razonable y es, además la que han seguido de manera generalizada la mayor parte de las sociedades cotizadas españolas. Otra cosa es que las exigencias establecidas a veces son tan rigurosas que han terminado por restringir excesivamente los instrumentos admitidos para acreditar la identidad de los accionistas y, con ello, la misma posibilidad de utilizar esta nueva forma de hacer valer su voluntad. En efecto, para los accionistas que no residen en España, la obtención de algunos de los instrumentos de prueba de la identidad que suelen exigirse puede resultar complicada y costosa². Un ejemplo de esta actitud restrictiva es la que resulta de la exigencia en

² Illescas, "El ejercicio electrónico de los derechos del socio de la sociedad anónima", Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 805.

algunos casos de una firma electrónica reconocida de conformidad con la legislación española³ e, incluso se ha llegado a requerir que la firma electrónica se base en certificados expedidos por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre⁴.

La segunda previsión que establece la Ley es la de que los accionistas que emitan sus votos a distancia sean tenidos en cuenta como presentes a los efectos de la constitución de la junta (art. 105.5 LSA). Esta declaración debe entenderse en sus términos estrictos. En efecto, el accionista sólo se le debe tener como presente cuando se trata de determinar si se cumplen los quórums que la Ley o los estatutos exigen para la válida constitución de la junta, pero no fuera de ese ámbito. En particular, la asimilación a la asistencia personal en la junta no es aplicable en relación con las exigencias formales que la Ley y los tribunales imponen a los accionistas presentes que pretenden impugnar los acuerdos de la junta general (art. 117 LSA) (manifestación expresa en acta de su oposición al acuerdo), ni a otros efectos. "Asistir" a la junta supone una participación en los debates que permite reaccionar a las intervenciones de otros accionistas, para conformarse la voluntad individual de los accionistas en virtud del contraste con las opiniones de los demás. Pero el que emite un voto por correo o por

³ De todas formas, los mecanismos de acreditación conocidos, incluidos los más rigurosos, no son capaces de probar con una seguridad absoluta la identidad del firmante (Alcover, RDM, núm. 254, 370).

⁴ Referencias en Recalde, "Incidencia de las Tecnología de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas", Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 1079 nt. 71.

otros medios de comunicación a distancia en un sentido estricto no “asiste” a una reunión en la que sus opiniones se contrapongan a las de los demás asistentes.

Pero sobretodo, el contenido de la norma refleja una importantísima habilitación para que los estatutos regulen esta forma de ejercitar o delegar el voto. La habilitación se extiende tanto a la posibilidad de establecer o no estas modalidades de voto, como al régimen y procedimiento que les sería aplicable. Aunque algún autor, sobre la base de una interpretación apegada al tenor literal de la ley, consideraba que desde 2003 las sociedades anónimas españolas estarían obligadas a instaurar sistemas de votación a distancia, esta tesis no ha llegado a prosperar⁵. Difícilmente podía hacerlo, dado el ámbito tan general con el que la norma delimita su ámbito de aplicación (desde anónima bursátil con su accionario disperso en bolsa). La previsión obligatoria de ese tipo de mecanismos en todas las sociedades anónimas, incluidas la que tienen un escaso número de accionistas, sería inviable, entre otras razones por los importantes costes que comportan, e, incluso entraría en contradicción con los objetivos de la norma.

La consecuencia es clara: los estatutos de cada sociedad anónima deben indicar tanto si admiten la

⁵ Esta interpretación en Alcover, RDM núm. 254, 2004, 1363 y ss.; contra, defendiendo que la introducción del voto electrónico es potestativa y depende de una específica previsión estatutaria Muñoz Paredes, *Nuevas Tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración*, 72 y 137 y ss.; Recalde, “Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas”, *Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde*, 1078.

posibilidad de un ejercicio o delegación del voto a distancia, como los procedimientos aplicables o las garantías de la identidad del accionista. Otra cosa es que la previsión estatutaria deba ser muy detallada o que sea suficiente, como parece razonable, una indicación vaga y genérica que se acompañe de la remisión al desarrollo que la sociedad realice a través de su normativa interna.

En la práctica española los estatutos normalmente se limitan a incluir una escueta previsión sobre los sistemas de votación a distancia, mientras que procedimientos y garantías se fijan en el reglamento interno de la junta general o, más habitualmente, los han determinado los administradores y directivos de las sociedades anónimas en relación con su ejercicio en cada junta. A esta solución probablemente no es ajena la Ley 19/2005, que incluyó (disp. Final 1º.3) un nuevo apartado 5 en el artículo 97 LSA, en el que se señala que, en relación a la asistencia “asistencia a la junta por medios telemáticos”, la convocatoria debe mencionar “los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta”. En definitiva, la determinación de los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas, corresponde a los administradores.

En alguna ocasión se ha entendido⁶ “que esta última norma constituiría una especie de “tercera pata”

⁶ Illescas, “El ejercicio electrónico de los derechos del socio de la sociedad anónima”, Estudios en homenaje a García Villaverde, 803 y ss. Sin embargo, señala luego este autor (est. Cit. 812) que “la regla de 2003 (el art. 105.4) vive embutida en o asimilada a la de 2005 (art. 97.5)” y que las previsiones del segundo precepto se aplican al primero.

en el ejercicio de los derechos de los accionistas a través de la electrónica y de otros instrumentos de comunicación a distancia el derecho de voto y de representación (arts. 105.4 y 106 LSA), desde la reforma de 2005 también se habría facilitado la "asistencia" a través de medios electrónicos (art.97.5 LSA). Esta tesis parece encontrar apoyo en el contraste de la letra del primer precepto, que incluye una expresa referencia al ejercicio del derecho de voto o a la delegación por medios de comunicación a distancia, y la sola mención en el segundo de la asistencia telemática a la junta. Pero si el artículo 97.5 LSA estuviera regulando la asistencia a la junta de los accionistas no "asiste". Por otro lado, en el primer caso el voto o la delegación podrían remitirse por cualquier medio de comunicación a distancia, mientras que las previsiones sobre el derecho de asistencia sólo regirían un ejercicio telemático.

La utilización de diferentes términos en ambos preceptos con toda probabilidad se debe a una inadecuada coordinación de las dos reformas (la de 2003 y la de 2005). A nuestros entender el artículo 97 LSA no regula el derecho de asistencia de los accionistas por medios telemáticos como un supuesto diferente del voto y de la representación a distancia. Lo que aquel precepto establece, son los extremos que debe contener la convocatoria de la junta general en relación con el "ejercicio de los derechos de los accionistas". Pero no hay en él un régimen diferente para la asistencia telemática a la junta y para el voto o la delegación a distancia por ese o por otros medios de comunicación. De hecho, existe una apreciable coincidencia entre el contenido del artículo 97.5 LSA y el del artículo 105.4 LSA, sin que haya motivo para pensar que ambos preceptos estuvieran

tratando supuestos diferentes (en el primero el derecho de asistencia y en el segundo el de voto y delegación). Las dos normas coinciden en la exigencia de una previsión estatutaria. También en ambos se reitera la necesidad de que se garantice la identidad del "sujeto" (como lo califican tanto el art. 97.5 como el art. 104.5 LSA). Esa repetición sería, en realidad, superflua, porque si para votar por medios de comunicación a distancia (incluida la comunicación telemática) se exige que se garantice la identidad del sujeto accionista, el cumplimiento de este requisito opera, también, cuando se "asiste" a distancia (antes de la junta o mientras ésta se celebra), la garantía se cumple también para asistir. Por otro lado, la consecuencia de que un accionista asista por procedimientos telemáticos a la junta debidamente acreditado es que podrá votar en ella (salvo que sea titular de acciones sin voto).

Pero la norma tiene un contenido propio que es el que debería reclamar la atención del intérprete. Éste consiste, estrictamente, en la imposición de un deber de información anterior a la celebración de la junta. En concreto, el anuncio de la convocatoria de la junta debe mencionar "los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas". Es decir, se requiere que, a través de la convocatoria, se de a conocer a los accionistas las vías que la sociedad les abre para el ejercicio de sus derechos por medios distintos de los tradicionales. Este deber de informar no solo se aplica en relación con el derecho de asistir a la junta a través de medios telemáticos. Tal como se ha venido entendiendo en la práctica de las sociedades anónimas españolas, rige también el ejercicio de los derechos de voto o de delegación por cualquier medio de comunicación a

distancia (correo postal o electrónico, acceso con clave a la página web de la sociedad, o la comunicación por cualquier vía al representante que asiste personalmente o a la persona que la sociedad designe par recibir las instrucciones de los accionistas).

Lo mismo debe decirse respecto de la segunda previsión que establece la norma, referida a la posibilidad de que en la convocatoria pueda “en particular determinarse por los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Las contestaciones a aquellos de estos accionistas que ejerciten su derecho a la información durante la junta se producirán, por escrito, durante los siete días siguientes a la junta” (art. 97.5 segundo inciso LSA). La norma reconoce a los administradores la competencia no sólo para establecer la antelación o las modalidades de ejercicio del derecho o formular propuestas en caso de “asistencia” por medios telemáticos, sino también en relación con el voto por correo o por otros medios de comunicación a distancia. En efecto, las prescripciones generales que recoge el artículo 97.2 LSA se aplican a cualquier modalidad de ejercicio a distancia del derecho a presentar propuestas, cuando ello supone introducir nuevos puntos (asuntos) en el orden del día de la Junta general. Más discutible es que esas prescripciones puedan extenderse a la presentación de propuestas alternativas a las ya formuladas por los administradores (p. ej. Votar en sentido negativo o en sentido distinto a la propuesta del consejo). En este caso, una interpretación restrictiva del régimen hasta ahora vigente, tal como

empieza a extenderse en la práctica, tendría poco sentido (críticamente infra 4).

La conclusión que debe extraerse es que el artículo 97.5 LSA constituye una norma que complementa el régimen del art. 105.4 LSA. En ella se impone el contenido del anuncio de la convocatoria en relación con cualquier modalidad de ejercicio de los derechos de asistencia, delegación a voto a distancia, así como al ejercicio por esta vía del derecho a incluir asuntos en el orden del día a formular nuevas propuestas.

B) Posibilidades de ejercicio “a distancia” de los derechos de los accionistas

Partiendo de la necesidad de interpretar conjuntamente el artículo 105.4 (y el 106.2), por un lado, y el artículo 97.5, todos ellos de la LSA, por otro lado, conviene hacer una referencia básica las diferentes posibilidades abiertas en relación con el desenvolvimiento de las juntas generales y con el ejercicio en ellas de los derechos políticos de los accionistas. Como se ha indicado, la más significativa característica del nuevo régimen en materia de ejercicio de los derechos políticos (y, particularmente, del derecho de voto) es su parquedad (recuérdese que en los últimos tiempos la “desregulación” constituyó uno de los leit motiv de la política jurídica en cualquier ámbito de la economía). Atribuye un campo de juego muy amplio a la autonomía estatutaria (art. 105.4 y 97.5 LSA), a la normativa interna de organización –que se reflejará, en particular en el reglamento de la junta

general (art. 113 LMV)⁷), así como a las facultades del órgano de administración para fijar plazos y procedimientos sobre los que debe informar a la convocatoria (art. 97.5 LSA). Por lo demás, se abre un abanico muy amplio de posibilidades⁸.

La habilitación para el uso de los medios de comunicación a distancia para votar, para delegar el voto o, incluso, para asistir a la junta es, en definitiva, amplísima. Desde el punto de vista del instrumento que se utilice para comunicar la voluntad del accionista se comprendería la correspondencia postal o la electrónica, pero también el teléfono, la comunicación de mensajes de datos con firma electrónica, la videoconferencia, o como dice la ley "cualquier otro medio de comunicación a distancia"⁹.

No se van a analizar aquí los problemas técnicos que plantea cada una de las modalidades de comunicación

⁷ Al respecto, EMPARANZA, "El reglamento de la Junta de accionistas tras la nueva Ley 26/2003, de 17 de julio, de Transparencia de las sociedades cotizadas". RdS, núm. 21, 2003, 140 y ss.; Rodríguez Artigas, "El Reglamento de sociedades anónimas cotizadas, I, Madrid, 2006, 289; GARCÍA DE ENTERRÍA, "El reglamento de la junta general en la Ley de Transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (art.113 LMV)". RDBB núm. 93, 2004, 55, 917 y ss.

⁸ MUÑOZ PAREDES, Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales, 162 y ss., RECLADE, "Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas", en Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 1073 y ss.

⁹ SÁNCHEZ CALERO, La junta general, 740.

que abren las nuevas tecnologías ni si, en particular, alguno de ellas puede considerarse inadecuada para probar la identidad del accionista¹⁰. Nos limitaremos a realizar un breve referencia a los efectos del uso de los medios de comunicación a distancias sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas y sobre el desarrollo de la juntas.

En el nuevo régimen encuentran acomodo, en primer lugar, los sistemas en los que los accionistas comunican su voto antes de que se celebre la junta y con respecto de las propuestas de acuerdo que previamente se dieron a conocer. En este caso resulta irrelevante que la comunicación sobre el sentido en que se vota se efectúe a través del correo postal tradicional (certificado), por medios electrónicos o por cualquier otro camino. El accionista no participa en la reunión de la junta, ni en los debates, ni, por tanto puede comunicar verbalmente su opinión a los demás accionistas; como tampoco puede conocer otras opiniones expresadas en la junta. Hay solo una manifestación del accionista, que se expresa en relación con una propuesta cerrada, declaración de voluntad que la sociedad recibe contabiliza a los efectos de acreditar la posición del conjunto del accionario. Esta forma de establecer la voluntad social plantea múltiples

¹⁰ A estos efectos el correo electrónico ha merecido especiales objeciones (ILLESCAS, "El ejercicio electrónico de los derechos del socio de la sociedad anónima", Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 812). Pero éste y otros mensajes (p. ej. Telefónicos o por fax) pueden constituir "documentos" imputables a un accionista, aunque si identidad no se acredite suficientemente. Ellos deja en manos de la sociedad su aceptación (MUÑOZ PAREDES, Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales....., 76 y ss.).

cuestiones y problemas; desde la necesidad de determinar un plazo para recibir los votos, las personas encargada de su recepción y las garantías de su imparcialidad, la posibilidad de que las propuestas iniciales sean posteriormente modificadas (sobre todo por los administradores), la revocación de la "voluntad" comunicada mediante la asistencia personal (o telemática o por representante) a la junta¹¹, etc. La ausencia de cualquier indicación al respecto en la legislación española remite al posterior desarrollo en la normativa interna.

La Ley tampoco impide supuestos más complejos de ejercicio a distancia de derechos políticos que puedan hacerse valer durante la misma celebración de la junta. Son los casos que a veces se ha calificado como de asistencia a la junta "en tiempo real". Se trataría de una reunión de accionistas que se celebra abriéndose la posibilidad de que los accionistas "asistan" por procedimientos electrónicos, p. ej. por internet accediendo a la reunión a través de la página de web de la sociedad o por otro medio tecnológico de transmisión. Mientras es fácil un acceso unidireccional (la junta se transmite y el accionista puede conocer todo lo que en ella sucede), resulta más complicada una comunicación bidireccional en la que el accionista puede "intervenir" en el debate –o, al menos, comunicar el sentido de su voto mientras la junta está desarrollándose– en consideración a los términos en los que se van confrontando las distintas opciones. Ello exige un estadio tecnológico superior al que requiere la transmisión del voto antes de la junta. Para la "participación coetánea" en otros países se ha previsto

¹¹ A este último respecto vid. El estudio de Boquera en esta misma obra.

que el accionista(o un grupo de ellos) designe(n) un representante con el que está(n) conectado(s) y al que da(n) instrucciones sobre su voto, mientras va(n) conociendo el desarrollo de los debates. Pero el proxy encargado de recibir las instrucciones pudo haber sido designado por la misma sociedad, en cuyo caso sería conveniente asegurar si independencia e imparcialidad respecto de los administradores y garantías de que efectivamente vota en el sentido indicado por los representados.

El supuesto más avanzado sería el de la junta general enteramente virtual, en la que la junta se celebraría en un momento determinado pero en un “espacio” virtual¹². No habría un espacio físico al que concurren los accionistas para la celebración de la junta, sino una mera conexión electrónica de todos los accionistas con un lugar “virtual” (p. ej. la página web de la sociedad). A través de este espacio cibernético se produciría la confrontación de las opiniones de los accionistas en un foro multilateral. Este supuesto plantea en la actualidad numerosos problemas de orden técnico, sobre todo para sociedades con un número amplio de accionistas. Pero, además, se trata de un modelo que probablemente requeriría reformar el régimen vigente de la junta general, dada su difícil compatibilidad con la exigencia de que la junta general de la sociedad anónima se celebre en el domicilio social (art. 109.1 LSA).

¹² Desde 2000 el estado de Delaware admite la junta de accionistas enteramente electrónica, a la que los accionistas asisten a través de la website sin que ésta se celebre en un lugar concreto (MERKT/GÖTHEL, US, *amerikanisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl. Frankfurt 2006, 353).

No es necesario entrar en un detalle mayor en relación con las vías que se han abierto para el ejercicio del derecho de voto y otros derechos políticos en las juntas. Ahora procede referirse a los objetivos que se pretendían alcanzar con la previsión que permite aplicar las nuevas tecnologías de la información y la comunicación al ejercicio por los accionistas de los derechos políticos.

III.- LA PREVISIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS ACCIONISTAS EN LAS JUNTAS EN EL MARCO DEL DEBATE SOBRE "BUEN GOBIERNO CORPORATIVO"

La aprobación en el Derecho español de reformas legales que permiten establecer sistemas encaminados a facilitar la participación y el ejercicio de los derechos de los accionistas a distancia se enmarca en el debate sobre la reforma de la organización y el gobierno de las grandes corporaciones. Subyace un problema estructural que afecta a aquellas sociedades en las que la mayor parte del capital está en poder de un accionario disperso y cuya capacidad de influir en las decisiones de la sociedad es muy reducida, pero que se caracteriza además porque carece de cualquier espíritu empresarial. La pasividad del pequeño accionariado conduce a que los gestores dispongan de un enorme poder de decisión que no es objeto de controles efectivos. Si la concentración del poder siempre es negativa, más grave lo es cuando el poder es muy grande (como sucede con las grandes corporaciones económicas) y se ejerce sin supervisión o cortapisas. El resultado es que la gestión puede proyectarse en conductas abusivas o desleales, y, en

definitiva, que se ejerza en interés de los administradores en lugar de en defensa del interés de la sociedad o de los socios¹³. Se comprende, por ello, que preocupe crear eficaces instrumentos de control sobre los directivos de las compañías.

En un momento inicial, como los problemas se identificaban en el Consejo de administración y hacían referencia a los directivos, también las soluciones se situaban exclusivamente en aquel órgano. Pero en los últimos años se constata cierto surgimiento del papel que

¹³ La literatura sobre los problemas en torno a la organización y la distribución del poder de decisión en las sociedades anónimas es ingente, incluso en nuestro país, pero no toda debe considerarse de igual calidad. Recientemente se ha publicado un trabajo importante por la visión histórica y general que ofrece de un problema que demasiadas veces se ha considerado como una cuestión coyuntural, que pretendía resolverse con criterios extrajurídicos (GONDRA, "El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones. La historia de un problema recurrente en una pieza esencial del sistema económico", RDM, núm. 269 2008, 841 y ss.; en nuestro país se incluye estudios pormenorizados de una buena parte de los temas objeto de esta discusión en ESTEBAN VELASCO COORD. La reforma de la administración de las sociedades cotizadas, Madrid 1999, *passim*; GARRIDO, La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales, Bolonia 2002, *passim*; y, a pesar del tiempo pasado, para la discusión sobre la distribución del poder de decisión en las grandes sociedades anónimas, preferentemente a la luz de la polémica en la Alemania de los años 70 sobre la estructura constitucional de estas empresas (y, por cierto, con una altura intelectual que luego no alcanzaron planteamientos más recientes) ESTEBAN VELASCO, El poder de decisión en las sociedades anónimas, Madrid 1982, *passim*. De la evolución del debate en nuestro país nos hemos ocupado en RECALDE, "Del "código Olivencia" a la aplicación de la Ley de Transparencia (Un balance provisional -y decepcionante- sobre la reforma del "gobierno corporativo" en las sociedades cotizadas españolas), RCDI, núm. 692, 2005, 1861 y ss.

en el modelo histórico correspondía a la Junta, en su condición de órgano en el que los accionistas manifiestan su voluntad y a través del cual supervisan y controlan a los directivos. Se puede apreciar ya un reflejo de este cambio en el llamado "informe Aldama" (2003), donde se indicaba que uno de los "objetivos del gobierno corporativo es la potenciación del papel de la Junta General de accionistas" y que se refería a la "efectividad de la junta general de las sociedades cotizadas como instrumento de control y decisión" como el "órgano de decisión y control para la vida de la sociedad y la tutela de los intereses de los accionistas".

Precisamente, para intensificar este proceso se propugna la implantación de los "sistemas necesarios para el cómputo de electrónico del quórum, así como para la delegación y el voto por correo o por medios electrónicos". En efecto, el interés en la potenciación de los instrumentos de control sobre los directivos ha atribuido un importante papel al ejercicio de los derechos de socio en la junta, y en particular, al derecho de voto. A estos efectos, se ha indicado que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación podrían llegar a constituir una herramienta importante en la tarea de revitalizar la junta y promover el activismo accionarial¹⁴. Algunas opiniones resultan especialmente

¹⁴ PONDS KOBLER, "Shareholder Voting Over the Internet: A proposal for Increasing Shareholder Participation in Corporate governance", www.law.ua.edu/law; WYMEERSCH, "The Use of ITC and Company Law Matters", en Ferrarini-Hopt-Wymeersch eds., *Capital Markets in the Age of the Euro*, The Hague-London-New York, 2002, 483; TURELLI, "Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie", *Riv. Soc.* 2004, 116, 126; FERNANDEZ DEL POZO/VICENT CHULIÀ, RDM

optimistas en la manifestación de esa confianza en la “creciente insurgencia electoral de (...) grupos accionariales”, cuando se afirma que “el activismo político de tales opositores insurgentes vendrá intensamente facilitado por el alivio de constes y el incremento de la transparencia que Internet y otros sistemas de comunicación electrónica proporcionarán a los accionistas”¹⁵.

Este tipo de preocupaciones son las que laten en la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio, relativa al ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, que, al menos en el ámbito de las proclamas, decía buscar la supresión de los obstáculos al ejercicio del derecho de voto y de otros derechos de los accionistas. No obstante, el avance que la Directiva ha representado es muy corto, al menos si se lo compara con las propuestas originarias. En particular, ya no obliga a los estados miembros a suprimir los obstáculos al voto electrónico, limitándose a exigir que las sociedades faciliten a los accionistas varias formas de participación a distancia. Tampoco cabe presumir que la Directiva vaya a demandar reformas significativas en la ley

núm. 237, 2000, 970 y ss.; TAPIA HERMIDA, “La junta general de accionistas de la sociedad cotizada”, en *Derecho de sociedades*. Libro homenaje al Prof. Sánchez Calero, Madrid 2002, 2917, 2950; MORALES SÁNCHEZ, “La junta general. El reglamento de la junta General”, en VIVES/PÉREZ-ARDA, *La sociedad cotizada*, Madrid 2006, 217. 246.

¹⁵ IBÁÑEZ JIMENEZ, RMD núm. 249, 2003, 1094; VEIGA, est. Cit.; GARCIMARTIN, RdS núm. 26, 2006, 205.

española¹⁶, aunque sí podrían plantear dudas algunas extendidas prácticas de las sociedades anónimas cotizadas en relación con el recuento de los votos expresados en las juntas. En efecto, la necesidad de que los resultados de las votaciones de determinen “utilizando métodos que reflejen la intención de voto manifestada por los accionistas” (art. 14 Directiva) puede constituir un freno importante a reglas bastante generalizadas en estatutos y reglamentos internos de las sociedades anónimas cotizadas españolas que se refieren a los procedimientos aplicables al recuento de los votos¹⁷.

¹⁶ RECALDE, “Directiva Europea sobre ejercicio de los derechos de los accionistas”, *Expansión* 1-8-2007, 38. Un estudio más exhaustivo en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La Directiva sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas” en la junta generales de las sociedades cotizadas, y su impacto sobre el Derecho español”, *RdS*, núm. 29, 2007, 39 y ss. Para la propuesta de directiva. YANE, “El voto transfronterizo. Problemas y orientaciones político-legislativas en la Unión Europea”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS et al, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*. I. Madrid 2006, 468 y ss.; GARCIMARTÍN, “La propuesta de Directiva sobre el ejercicio transfronterizo de los derechos de voto”, *RdS* núm. 26, 2006, 203 y ss.; VEIGA, “El voto transfronterizo en las sociedades anónimas: revitalización de las juntas. A propósito de la Propuesta de Directiva de 5 de enero de 2006”, *La Ley*, 27-4-2006; RECALDE, “La Propuesta de Directiva europea sobre ejercicio de los derechos de los accionistas”, en EMBID-VITTOLO, *El derecho de sociedad en un marco supranacional*, Granda 2007, 319 y ss.; cuñat/boquera, “El ejercicio transfronterizo del derecho de representación”, en *Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde*, Madrid 2007, 341 y ss.

¹⁷ Estas objeciones se refieren al recuento con “deducción positiva” y “deducción negativa” que han adoptado numerosas sociedades anónimas cotizadas al amparo de los reglamentos de funcionamientos interno de la junta, y que vienen a atribuir un valor variable al “silencio” de los accionistas contabilizados en la lista de asistentes: en efecto el silencio se considera un voto negativo cuando las propuestas

Volviendo a la incidencia de las nueva tecnologías de la comunicación en la renovación del papel de la Junta general, debe reconocerse que éstas convierten efectivamente en despreciables los costes de la comunicación. Indiscutiblemente ellos puede facilitar la participación de aquellos accionistas que se encuentran en lugares alejados del domicilio de la sociedad, Se evitarían, así, unos costes de desplazamiento que según decían algunos, constituían una de las razones que explicaría el absentismo accionarial. Este es el sentido en el que la informática y otros instrumentos de comunicación a distancia puede contribuir a superar o, al menos, a reducir la pasividad de los inversores individuales. En este marco debe situarse la reforma de la LSA con ocasión de la Ley 26/2003.

Otra cosa será que los argumentos que se invocaban estén siempre fundados. En una línea menos favorable a la ilimitada ampliación de los derechos de los accionistas, desde una perspectiva funcional s advierten en ocasiones

provenían del consejo de administración; mientras que se transforma en voto negativo con relación a las propuestas cuyo origen no está en este órgano. Ya advertíamos que estas “fórmulas” de recuento eran incompatibles con la Propuesta de Directiva en RECALDE, “La Propuesta de Directiva europea sobre ejercicio de los derechos de los accionistas”, en EMBID-VITTOLO, *El derecho de sociedades en un marco supranacional*, 337. En todo caso, la doctrina se ha manifestado muy crítica con estos sistemas de recuento de votos (EMPARANZA, *RdS*, núm. 21, 2003, 159; RECALDE, *RCDI* núm. 692, 2005, 1884 nts. 54 y 55; id., “Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales”, en *Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde*, 1083 nt. 89; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “El Reglamento de la Junta General”, 314; Sánchez Calero, *La junta general*, 747 y ss.; recientemente MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *RdS*, núm. 29, 2007, 70).

la conveniencia de asegurar la organización corporativa y el buen funcionamiento de los órganos sociales. En este sentido se señala que el problema real de las grandes sociedades anónimas, es más bien, el de la necesidad de establecer obstáculos a un ejercicio abusivo de los derechos de los accionistas (en particular del derecho al uso de la palabra y a plantear preguntas) cuando ello pueda conducir al entorpecimiento del desarrollo eficiente de las juntas¹⁸.

En todo caso, no parece que ante el dilema entre la activación ilimitada de los derechos de los accionistas o su condicionamiento, la solución debe venir a través de las facultades de "autorregulación" que se reconoce a las sociedades. Es cuestionable, en particular, que el

¹⁸ Sin dejar de destacar que las nuevas tecnologías pueden contribuir a superar problemas derivados de la pasividad de los pequeños accionistas, se ha advertido, también, de los riesgos de abusos que pueden traer consigo: intervenciones perturbadoras en juntas, ejercicio irracional del voto, constitución de coaliciones causales o basadas en motivos populistas (SCHMIDT, "La junta general en la Ley Alemana de sociedades anónimas y en la reforma del Derecho de sociedades anónimas", en RODRÍGUEZ ARTIGAS et al., *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, Madrid 2006, I, 27, 34; 6 NOACK, "Hauptversammlung und Neue Medien", BB 1998, 2535; en Italia LIBONATI, "Assemblea e patti parasociati", Riv. Dir. Comm. 2002, I, 463; Martínez Martínez, "El reglamento de la junta general y la información de los accionistas en las sociedades cotizadas: La insuficiencia del enfoque autorregulador", *Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde*, 925). Este planteamiento más restrictivo es el que late en alguna reforma legislativa reciente como la que supone la Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) (al respecto Juan y Mateu, "La reforma de la Aktiengesetz alemana, por la UMAG de 2005", RdS núm. 25, 2005, 187).

reconocimiento en los reglamentos internos de la Junta de amplias facultades a su Presidente con relación al desarrollo y dirección de los debates pueda ser la vía para restringir los derechos individuales o de minoría de los accionistas¹⁹.

También debería mostrarse cautela respecto a la eficacia del instrumento creado y de su adecuación a los objetivos que se pretendían. En efecto, el problema del absentismo o de la pasividad accionarial no se vincula sólo, ni tan siquiera de forma preferente, a los costes que tienen que asumir los accionistas para desplazarse y que pudieran limitar su acceso a la junta cuando su lugar de residencia está lejano al domicilio social. Y estos son los únicos costes que aminorarían los sistemas de participación (asistencia y voto) a distancia. Muchos más relevantes que estos costes y con mayor capacidad para explicar el absentismo del pequeño accionariado, son los relacionados con la acogida de la información o con la comprensión y depuración.

Por mucho que se abarate el acceso de los accionistas a las juntas, dada las escasísimas influencias que los pequeños accionistas tienen en las decisiones societarias, no es previsible una implicación de éstos en

¹⁹ Martínez Martínez, "EL reglamento de la Junta general y la información de los accionistas en las sociedades cotizadas: la insuficiencia del enfoque autorregulador", Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 925 y ss., con referencias a los mismos términos al debate en la doctrina alemana y la función atribuida al reglamento de la junta general. Sobre el presidente de la junta Emparanza, "El presidente de la junta general de accionistas: designación, funciones y responsabilidad", RDM, núm. 266, 2007, 941 y ss.

la vida de la sociedad. Obviamente, ese recelo sería menor, si, a pesar de su reducida capacidad de decisión, la Ley reconociera a los accionistas facultades de intervención más intensas (p. ej. Reduciendo los umbrales para el ejercicio de los derechos de minoría o reforzando los derechos individuales).

En todo caso, parece razonable adoptar una actitud de prudente escepticismo con respecto a la eficacia de los sistemas de voto o asistencia a distancia a su capacidad para estimular el activismo accionarial²⁰.

IV. VALORACIÓN DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL VOTO Y LA DELEGACIÓN A DISTANCIA A LA LUZ DE LOS OBJETIVOS DE POLÍTICA JURÍDICA PERSEGUIDOS

Es conveniente contrastar la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación en relación con el ejercicio de los derechos políticos de los accionistas en la práctica empresarial española a la luz de los objetivos buscados. Las reformas legislativas se legitimaban en la intención política-jurídica de promover el activismo accionarial y del establecimiento de controles más intensos sobre los administradores. Pero el proceso se ha proyectado preferentemente en una ampliación del ámbito de la libertad estatutaria, en el incremento de la capacidad de autorregulación societaria a través de los

²⁰ ALCOVER GARAU, RDM, núm. 254, 2004, 1341; RECALDE, "Incidencia de las Tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas", en Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 1087.

reglamentos de organización interna de los órganos sociales y en la atribución de competencias al órgano de administración para implantar el nuevo sistema para el ejercicio de los derechos políticos.

Raramente, el uso que se ha hecho de esas facultades de autorregulación ha ido en línea con lo que se decía pretender. Más bien, la dirección que se ha seguido ha sido, derechamente, la contraria a los fines proclamados. En efecto, la libertad de autorregulación no ha supuesto la mejora de la posición jurídica de los accionistas o el reforzamiento de sus derechos individuales o de minoría. La tendencia más extendida ha sido la de una restricción significativa de los derechos de los accionistas o, como se ha dicho certeramente, se ha utilizado a autorregulación para reforzar a los directivos cuando estos pretenden “defenderse del accionista”²¹. Ello se opone a los objetivos que la Ley proclamaba, cuando su resultado no ha sido, incluso, una interpretación de la ley vigente más restrictiva.

²¹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, “El reglamento de la junta general”, cit., 296; EMPARANZA, RdS, núm. 21, 2003, 158; YANES, “El voto transfronterizo”, 492; RONCERO, “La capacitación del voto a través de la solicitud pública de representación; transparencia, igualdad de oportunidades y conflictos de interés”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS et al., *Derecho de Sociedades anónimas cotizadas I*, Madrid 2006, 349, 446 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El reglamento de la junta general...” Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 920 y ss.; RECALDE, “Incidencia de las tecnologías” Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 1087; también en la literatura económica se aprecia el escepticismo respecto a la autorregulación en este ámbito. SEGURA, “Competencia, disciplina de mercado y regulación en presencia de conflictos de interés en las empresas”, HPA, 2004, 169, 135 y ss.; “abundante evidencia de los fracasos palmarios de la autorregulación”.

La valoración negativa que necesariamente han merecido algunas reformas legislativas en materia de buen gobierno encuentra un refrendo claro en la dirigida a aplicar las nuevas tecnologías al ejercicio de los derechos de asistencia, voto y representación²². Basta con detenerse en tres presupuestos que se han mencionado en las páginas anteriores con respecto a la implementación de los sistemas de "participación" de los accionistas en la vida de la sociedad.

Aunque, como se ha visto, la Ley permite, utilizar diferentes vías para el ejercicio a distancia de los derechos políticos, no todas tienen significación ni representan de similar manera la posibilidad de que los accionistas intervengan en la vida societaria, ni, en algunos casos, suponen en absoluto una intensificación de los controles sobre los administradores. Los procesos que representan un estímulo más intenso en el activismo accionarial son aquellos en los que los accionistas realmente "asisten" a la junta a distancia, conociendo el desarrollo de la reunión y los términos del debate, y en los que pueden tomar sus decisiones en consecuencia: asisten desde un lugar distante, pero coetánea a la celebración de la reunión. Pero en la práctica española las "juntas" con asistencia electrónicas son excepcionales. La experiencia muestra que las sociedades anónimas españolas se han inclinado, de forma más habitual, por la fórmula en la que los accionistas ejercitan sus derechos y

²² Sin embargo, entre quienes se mostraban más escépticos respecto del fenómeno de la autorregulación se consideraba que había ámbitos en los que el juicio debía ser más favorable, y se citaba aquí el empleo de las nuevas tecnologías en el voto y celebración de las juntas (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, est. Él. Cit., 920).

comunican a la sociedad antes de la celebración de la junta. Esto podría explicarse en razones tecnológicas, dada la mayor complejidad -y, con ella, también inseguridad jurídica- que plantea las juntas con asistencia telemática. Pero otros advierten que preferentemente son motivaciones "de política corporativa las determinantes de tal apreciable tendencias práctica"²³.

La transmisión del voto a través de los medios de comunicación a distancia con recepción antes de la celebración de la junta plantea multitud de problemas que probablemente se deberían de haber resuelto por el cauce legal o través de las normas reglamentarias, tal como sucedió en otros países²⁴. En otro caso, puede constituir un instrumento que llegue a facilitar, en contra de lo que se decía pretender, el control por los administradores de los votos emitidos por los accionistas. En efecto, cuando los administradores de la sociedad (o personal que depende de ellos) reciben los votos antes de que la junta se constituya o se celebre la reunión, pueden adoptar estrategias de -defensa- si constatan que los votos emitidos eran contrarios a los intereses del equipo directivo. A estos efectos cabría citar desde medidas sencillas de simple modificación de las propuestas iniciales (lo que invalidaría los votos ya emitidos por los

²³ ILLESCAS, "El ejercicio electrónicos de los derechos del socio de la sociedad anónima", Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 807, nt. 9.

²⁴ Como es el caso italiano o francés (referencia en RECALDE, "Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas", en Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, nts. 81, 84, 87).

accionistas), hasta los casos extremos de ocultamiento de los votos recibidos.

Problemas de orden similar pueden apreciarse en otros ámbitos. La previsión en los estatutos o en los reglamentos de la junta de los requisitos aplicables a la hora de determinar la identidad de los accionistas puede conducir a una utilización restrictiva de los instrumentos de acreditación²⁵. La extendida práctica de exigir una firma electrónica reconocida o la aún más rigurosa restricción de las entidades prácticas certificados de firma electrónica se consideran aptos para identificar el accionista, reflejan esa tendencia. La objeción es mayor cuando las exigencias formales no provienen de una previsión estatutaria sino que son los administradores (al amparo de lo previsto en el art. 97.5 LSA) quienes establecen requisitos más o menos rigurosos. Ello podría conducir a situaciones extremas en que las posibilidades de acceso a las juntas a través de los medios de comunicación a distancia se establecerían cada caso en función del interés de los administradores.

Como se ha dicho, también el derecho de los accionistas a incluir nuevos puntos en el orden del día, es decir, a proponer asuntos distintos para ser objeto de discusión en la junta general ha sido recientemente objeto de reforma legal (art. 97.7 LSA, según disp. final

²⁵ No obstante, valora positivamente el reconocimiento de la competencia de los administradores a estos efectos MUNOZ PAREDES, Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales..., 210.

primera.2 de Ley 29/2005)²⁶. Ésta podría facilitar el ejercicio del derecho de los accionistas a presentar “propuestas” cuyo reconocimiento a los accionistas venía defendiéndose que constituiría un útil instrumento para una revitalización de la junta²⁷, aunque ello sea objeto de discusión²⁸.

²⁶ La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, reconoce a los accionistas titulares, al menos del 5% del capital, el derecho a incluir nuevos asuntos en el orden del día (art. 97.3 LSA y, al respecto, RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Convocatoria de la Junta General y ampliación del orden del día por la minoría”, RdS núm. 26, 2006, 19, 26; RONCERO, “Ampliación del orden del día y solicitud pública de representación”, Rds núm. 26, 2006, 65). Otra cosa es que la reforma sea tan importante, pues los accionistas titulares de aquella cuota del capital podían solicitar la convocatoria de una junta general con el orden del día que estimaran oportuno (art. 100.2 LSA).

²⁷ Podría entenderse, en efecto, que la reforma recogería lo que habría venido a constituir una habitual recomendación en los textos sobre buen gobierno (y, entre nosotros, en el “informe Aldama”) que las sociedades anónimas reconocieran a través de su Reglamento de la junta el derecho de los accionistas a formular propuestas: La recomendación nunca llegó a encontrar una acogida voluntaria entre las sociedades cotizadas españolas, tal como algunos ya predecían o constataban (FERNÁNDEZ DEL POZO, RDBB, núm. 93, 2004, 82 y ss.).

²⁸ El art. 6 de la Directiva sobre ejercicio de los derechos de socio expresamente prevé tanto el derecho a incluir puntos en el orden del día de la junta, como el de presentar proyectos de resolución sobre puntos ya incluido o que deban incluirse en el orden del día de la junta general. Probablemente ello explique que se haya entendido (RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Junta General y derechos del socio en las recomendaciones del código unificado a las sociedades cotizadas”, Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, 1089, 1106) que el art. 97.3 no cubre las exigencias de la Directiva. Sin embargo, cualquier asunto que se vaya a tratar en el orden del día de una sesión debe poder conducir a una resolución o acuerdo.

La nueva regulación, trata de armonizar, por un lado, el reconocimiento de aquel derecho a los accionistas y, por otro, el establecimiento de garantías que permitan un eficiente funcionamiento de la Junta. De ahí que se condicionase el ejercicio del derecho a la comunicación previa de la sociedad, sometiendo tal comunicación a requisitos de forma. Estas exigencias eran razonables a pues se destinaban a dotar de la necesaria publicidad a los nuevos asuntos y propuestas, ya que la publicidad no debería limitarse a las propuestas que provienen de los administradores sino a todas las que van a ser debatidas en la junta²⁹.

Sin embargo, en la práctica la comunicación formal y con antelación ha acabado exigiéndose incluso al respecto a la presentación de propuestas alternativas a las de los administradores, cuando aquí nunca se cuestionó la existencia de un derecho ilimitado e individual a promover en la junta el voto en un sentido contrario o distinto a la propuesta original (p. ej. Si la propuesta es aumentar el capital de una determinada cantidad, no era objeto de discusión que el acuerdo que se adoptara podía ser negativo o de aumento por una cantidad relativamente diferente). A esa interpretación contribuye la redacción del nuevo artículo 97.5 LSA que induce a confusión. Como se vio, la norma exige que convocatoria de la junta no sólo incluyera la descripción de los "plazos, formas y modas de ejercicio de los derechos de los accionistas" en caso de que se hubiera previsto una asistencia telemática, sino también permitía

²⁹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, "Junta general y derechos del socio en las recomendaciones del código unificado", Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 1089, 1105.

a los administradores que determinarán “(e)n particular... las intervenciones y propuestas de acuerdos que... tienen intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos”, exigiéndoles, a estos efectos, que remitieran sus intervenciones “con anterioridad al momento de la celebración de la junta”. Pero no cabe duda de que “intervenciones y propuestas de acuerdos” no constituyen supuestos de ejercicios del derecho de asistencia y voto. Una distinta interpretación iría directamente en contra de lo que había venido considerándose siempre como un estricto derecho individual del accionista. En efecto, los accionistas asistentes, directamente o por vía telemática, pueden intervenir en los debates (en el marco establecido por el poder de dirección que corresponde al presidente) o pueden presentar propuestas durante la reunión, sin que sea admisible la comunicación previa u otros condicionamientos al ejercicio de estos derechos³⁰. Admitir que ese derecho pueda restringirse cuando la convocatoria indique las restricciones a las “intervenciones y propuestas de acuerdos” parece seriamente cuestionable desde los fines de política jurídica buscados. Es manifiestamente contrario a éstos que puedan establecer requisitos de antelación y comunicación formal (que serían lógicamente exigibles para formular propuestas de nuevos asuntos a integrar el orden del día) cuando se trata de intervenir en la junta o de presentar propuestas alternativas a las del consejo en relación con los puntos que ya constaban en la convocatoria. Si los estatutos o la normativa interna de la sociedad reconocen la facultad de “asistir” a distancia,

³⁰ ILLESCAS, “El ejercicio electrónico de los derechos del socio de la sociedad anónima”, Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde, 808.

resulta seriamente cuestionable la posibilidad de restringir el derecho (de participar en los debates o presentar propuestas alternativas a las del consejo), a través de la convocatoria redactada por el consejo.

V. CONCLUSIONES

Sin necesidad de entrar en un juicio de intenciones o de profundizar en las motivaciones (técnicas o de estricto control) que han llevado a este tipo de actitudes, lo que no puede ignorarse es que la aplicación práctica de las previsiones legales sobre el ejercicio a distancia del derecho de voto ha ido demasiadas veces contra "la voluntad política del legislador". La introducción de nuevas vías para el ejercicio a distancia (a través de la comunicación electrónica o por otros medios) pretende fortalecer el activismo accionarial y revitalizar las juntas como instrumento de control de los directivos. Sin embargo, las numerosas lagunas legales existentes reclaman un desarrollo a través de los estatutos sociales, de las normas de reglamentación interna de la junta, o incluso, a través de las decisiones de los mismos administradores. Hay numerosas muestras de que ello ha conducido a una interpretación restrictiva no sólo de los nuevos instrumentos de ejercicio de los derechos políticos, sino también de los que ya se conocían. La capacidad del "mercado" y de la "competencia" para crear estímulos en aras de un reforzamiento de los controles de

los administradores³¹ parece encontrar pocas evidencias.

Cuando estos riesgos se proyectan sobre la actividad de los administradores conviene ser cautelosos. Debe recordarse que en ocasiones la implementación de las nuevas técnicas que regulan el ejercicio de derechos accionariales se incluyen en documentos sujetos a inscripción registral³² y, por tanto, a calificación y control de legalidad (art. 18.2 CCom), debiendo presumirse la validez de lo inscrito (art. 20.1 CCom). En estos casos el calificador debería valorar en su conjunto el contenido de estos documentos y determinar si se adecuan al Derecho vigente, a cuyos efectos no debe dejar de considerarse cuál era la expresa voluntas legislatoris y la objetiva “voluntad” de la Ley a la que respondían los procedimientos de ejercicio del derecho de voto y de otros derechos políticos.

³¹ Esta tesis la defendió sobre todo PAZ-ARES, “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, RDM núm. 251, 2004, 7 y ss.; la experiencia española parece contradecirla y refleja, más bien, que la competencia promueve una “race to the bottom”; a la luz de la experiencia estadounidense, la misma valoración en MERK/GÖTHLE, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, 68; SPINDLER/HÜTHER, *RIW* 2000, 329; igualmente en Italia se manifestaron reticencias a la ampliación de la autonomía estatutaria en la reforma legislativa de 2003 (ROSSI, “Visrtù del mercato e scutticismo delle regole: appunti a margine della refirma del diritto societario”, *Riv. Soc.*, 2003, 1, 23).

³² Recuérdesse que tanto los estatutos sociales como el Reglamento de la junta, ex art. 113.2 LMV, deben inscribirse en el Registro mercantil. FERNÁNDEZ DEL POZO, *RDBB*, núm. 93, 2004, 109 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “El reglamento de la junta general y los derechos del accionista”, 299; EMPARANZA, *RdS* núm. 21, 2003, 154; SÁNCHEZ CALERO, *La junta general en las sociedades de capital*, 653.

Contenido

I.- La consulta.

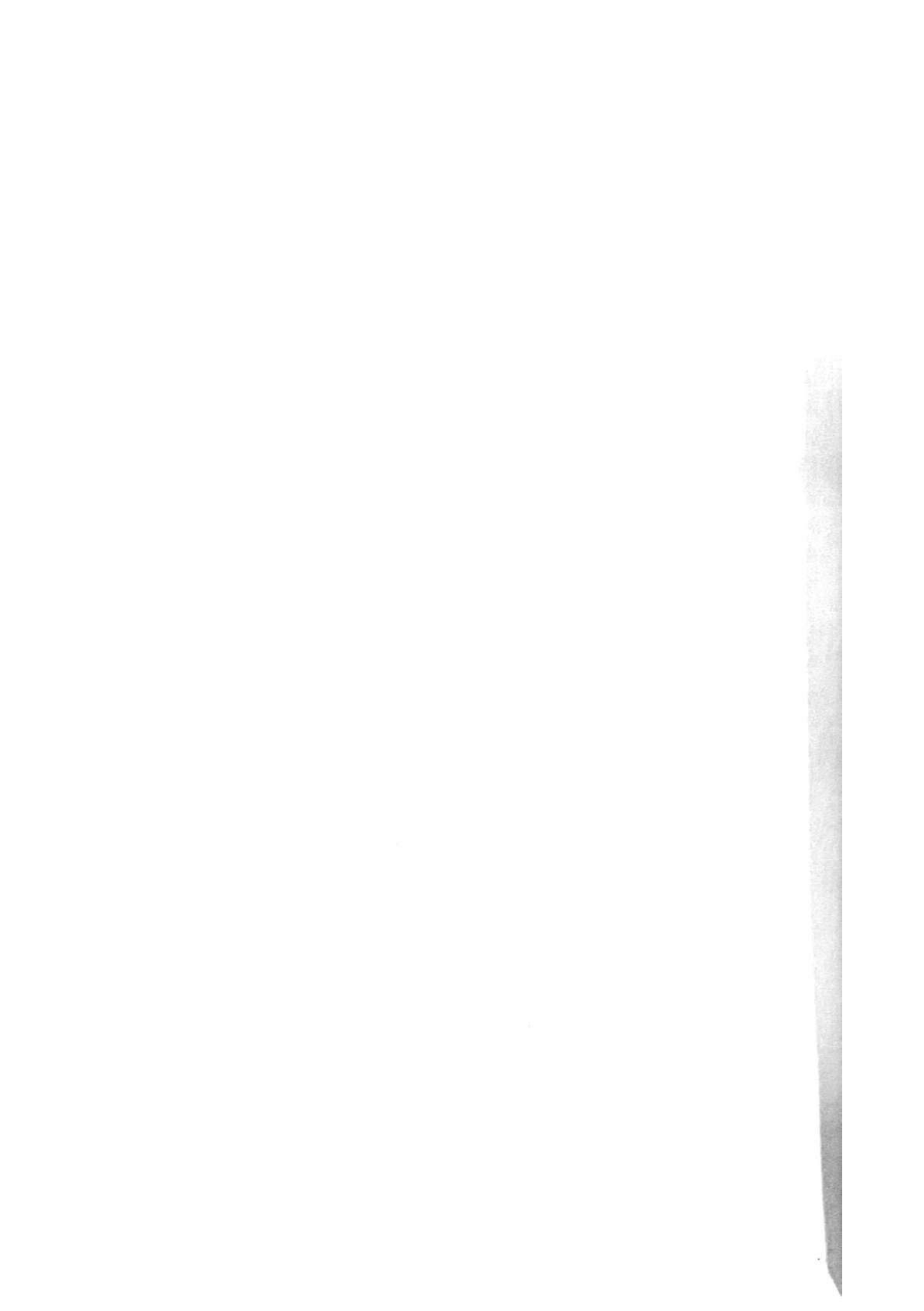
II.- Absolución de la consulta.

II.1 Consideraciones preliminares.

II.2 La consulta y el problema del "Derecho de información".

II.3 Ejercicio del derecho de diferimiento de la junta.

III.- Sobre el caso práctico de la consulta.



Guayaquil, 1 de abril de 2010

Señor doctor
JORGE EGAS PEÑA
PRESIDENTE
ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO
Ciudad.-

Señor Presidente:

Dirijo a usted la presente en relación a su atenta carta fechada al 27 de enero del presente año, mediante la cual me honra solicitando mi opinión respecto a la consulta que fuera efectuada a la Academia por los señores abogados Felipe Durini Andrade y Juan Francisco Guerrero, de la ciudad de Quito en torno a diversas cuestiones relacionadas con el sentido y alcance del Art. 248 de la Ley de Compañías.

Para dar contestación a su atenta misiva, señor Presidente, nos permitimos consignar lo siguiente:

I.- LA CONSULTA

A) El “caso práctico” que relatan los consultantes en su consulta, se habría producido en el seno de una compañía *de responsabilidad limitada*: instalada una sesión de la Junta General de Socios en el día y hora señalados, y hallándose presentes, siempre según los consultantes, el 100% del capital pagado, uno de los socios mocionó que se difiera la reunión por no hallarse

suficientemente informado respecto del primer punto del orden del día (de un total de siete puntos), esto es sobre la contratación de un auditor independiente para que lleve a cabo una auditoría de ciertos ejercicios anteriores. Al tomarse votación, dicha moción habría obtenido el voto favorable de dos socios, que juntos representaban el 29.82% del capital pagado, por lo cual, el los términos del Art. 248 de la Ley de Compañías, alcanzaron el porcentaje minoritario requerido para que se dé lugar al diferimiento.

El texto del Art. 248 de la Ley de Compañías es el siguiente:

Art. 248.- *Todo accionista tiene derecho a obtener de la junta general los informes relacionados con los puntos en discusión. Si alguno de los accionistas declarare que no está suficientemente instruido podrá pedir que la reunión se difiera por tres días. Si la proposición fuere apoyada por un número de accionistas que represente la cuarta parte del capital pagado por los concurrentes a la junta, ésta quedará diferida.*

Si se pidiere término más largo, decidirá la mayoría que represente por lo menos la mitad del capital pagado por los concurrentes.

Este derecho no puede ejercerse sino una vez sobre el mismo objeto.

No se diferirá la reunión cuando hubiere sido convocada por los comisarios con el carácter de urgente”.

Según se relata en la consulta, se produjo efectivamente la suspensión de la sesión de Junta General, pero una vez reinstalada, y una vez conocidos y resueltos los cinco primeros puntos del orden del día, y correspondiendo conocer el sexto punto del orden del día, sobre la designación de nuevos administradores de la compañía, el mismo socio nuevamente mocionó el diferimiento por considerar que no se encontraba suficientemente informado para resolver sobre tal punto.

Relata la consulta que, a pesar de haberse votado favorablemente la moción por los mismos dos socios representativos del 29.82% del capital, los restantes socios *“generaron un documento de Acta de todos los puntos que se habían tratado desde el primer diferimiento y no aceptaron dicho diferimiento y resolvieron los puntos sexto y séptimo de la Junta convocada”*.

B) Luego de exponer el “caso práctico” antes referido, los consultantes concretan la materia de su consulta en los siguientes términos:

“CONSULTA

De acuerdo al artículo 248 de la Ley de Compañías que señala que el derecho al diferimiento solamente podrá ejercerse una vez sobre el mismo objeto, ¿existe la posibilidad de que se realice un diferimiento por cada uno de los puntos del orden del día que se encuentren dentro de una convocatoria, cuando las mociones de diferimiento, en cada ocasión, se han circunscrito únicamente a uno de los puntos del orden del día, distinto a aquellos puntos respecto de los cuales ya se ha diferido la junta?”

Cabe aclarar que tanto el texto de dicha consulta, así como una copia de la opinión vertida por el señor Superintendente de Compañías en atención al mismo tema (Oficio N° SC.IJ.DJCPTE.07.169.19004 dirigido a la compañía SERRANO PUIG & ASOCIADOS CIA. LTDA.), nos han sido proporcionadas a efectos de llevar a cabo este análisis. En cambio, no se nos ha proporcionado copia del acta o actas de las sesiones de junta general que se mencionan en dicha consulta, por lo que no se cuenta con una fuente directa que permita examinar en que términos fueron redactadas las mociones y decisiones adoptadas por los asistentes.

Asimismo, cabe advertir que los consultantes han expresado cuál es su criterio frente a la consulta formulada, que transcribimos a continuación:

“III. NUESTRO CRITERIO:

Nuestra opinión es que sí cabe que se realicen diferimientos sobre cada uno de los puntos del orden del día, siempre y cuando las mociones de diferimiento en cada oportunidad hayan sido circunscritas únicamente a un punto del orden del día distinto de los cuales ya se ha diferido la junta (Las negrillas pertenecen al original). Es decir, cabe un diferimiento por cada punto del orden día [sic], siempre y cuando dicha moción sea aceptada en cada reinstalación, al menos por un número de accionistas que representen al menos el 25% del capital pagado concurrente a la Junta General, de acuerdo al mismo artículo 248 de la Ley de Compañías.

Nos parece también que es muy claro, incluso por práctica parlamentaria, que en el evento de que el diferimiento solamente se lo haya mocionado por uno de los puntos del orden del día, se puede continuar tratando los puntos respecto de los cuales no se ha resuelto su diferimiento, de tal manera que en la reinstalación solamente se trate aquel punto respecto del cual se ha solicitado y resuelto el diferimiento.

Por otro lado, consideramos que para evitar que en una junta general se realice más de un diferimiento, se puede presentar una moción de diferimiento por todos los puntos constantes en el orden del día, de tal manera que en virtud de la prohibición establecida en el inciso tercero del artículo 248 de la Ley de Compañías, no quepa solicitar un nuevo diferimiento sobre un punto del orden del día que ya ha sido objeto de él.

En el caso de que se presente una moción de diferimiento **solamente por uno de los puntos del orden del día** (Las negrillas y el subrayado pertenecen al original), se tiene la opción de presentar una moción reformatoria en el sentido de que previo a tomar votación se amplíe la moción por todos los puntos del orden del día, o caso contrario se tiene la alternativa, perfectamente válida a nuestro criterio, de continuar tratando el resto de los puntos de la convocatoria que no han sido objeto de diferimiento.

Consideramos que no es una interpretación correcta del inciso tercero del artículo 248 de la Ley de Compañías el considerar que cada junta general solamente se puede diferir por una sola vez, puesto que de ser aquel el espíritu de la mencionada disposición, simplemente se

hubiera establecido claramente que las juntas generales no pueden ser diferidas sino por una sola vez, y no que *“este derecho no puede ejercerse sino una sola vez sobre el mismo objeto”* (Las cursivas pertenecen al original). Al respecto recordemos la primera regla de interpretación del Art. 18 del Código Civil que preceptúa que *“Cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”* (Las cursivas pertenecen al original).”

II.- ABSOLUCIÓN DE LA CONSULTA

II.1 Consideraciones preliminares

Para dar absolución a lo consultado, hemos querido, primeramente, efectuar algunas reflexiones acerca de la disposición a la que se ha aludido en la consulta y su sentido “general” (abstraído del caso práctico consultado) para solo al final referirnos a la hipótesis que se plantea en la consulta (el caso concreto) y las peculiaridades que el suscrito observa.

II.2 La consulta y el problema del “derecho de información”

Con el nombre de “Derecho de Información”, suele referirse el derecho comparado y la doctrina a la facultad que la condición de socio o accionista le confiere a los integrantes de la sociedad para informarse suficientemente y con un margen razonable de antelación respecto de los asuntos que van a ser sometidos al conocimiento de la asamblea de socios, o junta general como es denominada por nuestra legislación societaria.

En distintos fallos, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado sobre este derecho, al que califica como *“un derecho consustancial e irrevocable del accionista, que se traduce para los administradores en la obligación inexcusable de informar y de rendir cuentas, y que sólo puede tener como límite un perjuicio grave para la sociedad. También hay que decir que el derecho a la información está concebido para evitar atropellos, pero no para obstaculizar la marcha social”*¹.

Como puede observarse, el Tribunal Supremo de España hace una referencia expresa a “limitaciones” que no aparecen explícitamente mencionadas en nuestra legislación, pero que el derecho comparado asocia generalmente con la *necesidad de proteger determinadas informaciones sensibles o confidenciales que no pueden ser reveladas sin riesgo para las actividades de la compañía*². Así, por ejemplo, el Art. 130 de la Ley General de Sociedades del Perú (de 1997), establece que en tal caso el directorio de la compañía podrá denegar el petitorio de información.

Se trata, sin duda, de un derecho de gran importancia y que resulta consustancial a la calidad de accionista, derecho que, a juicio de HALPERIN debe ser

¹ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sala de lo Civil, Recurso de Casación 2009/1996, fallo del 19 de julio de 2001 y Recurso de Casación N° 1967/1997, fallo del 26 de septiembre de 2001.

² Cfr. EGAS PEÑA, Jorge, “El status de accionista” en “La compañía anónima. Análisis sistemático de su normativa”. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2006, página 110.

ejercido en forma amplia, debiendo los dignatarios de la compañía proporcionar "todos los datos que les requieran los accionistas atinentes a la cuestión en deliberación"³; pero sujeto a las importantes limitaciones anotadas por la doctrina y jurisprudencia extranjeras, en el sentido de que no servirá como una herramienta para la *obstaculización de la marcha social*. Es cierto que se trata de un derecho consustancial e importante, pero no constituye un derecho cuyo ejercicio pueda ser ilimitado, ni a juicio del suscrito, cabe su invocación *arbitraria*, como antecedente de un abuso del derecho.

Se destaca también que el derecho comparado demuestra que el ejercicio de este derecho en algunas legislaciones se logra por una "doble vía", pues el accionista puede solicitar antes de la asamblea o en el transcurso de aquella que se le proporcionen los informes o datos que requiera, o bien puede solicitar a la administración que le confiera copias o se le permita examinar los documentos, informes (y en algunos casos las mociones) que se vayan a conocer y resolver, y que deben quedar disponibles para su examen y análisis con la debida antelación. Este esquema se aprecia en la legislación societaria española comentada por el profesor Manuel BROSETA PONT, y en otras legislaciones como la ya mencionada del Perú⁴.

³ Citado por GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario, en "Manual de derecho comercial", 2da edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, página 411.

⁴ BROSETA PONT, Manuel, "Manual de derecho mercantil", 10ª edición, Editorial TECNOS S. A., Madrid, 1994, página 269. MONTROYA MANFREDI, Ulises, "Derecho comercial", 10ª edición, Editorial GRIJLEY, Lima, 1999, Tomo I, páginas 504 y siguientes.

Hemos hecho estas puntualizaciones porque aparece de forma bastante clara que la posibilidad de solicitar el aplazamiento o diferimiento de la junta de accionistas o de socios, se encuentra íntimamente relacionada con el ejercicio de este derecho de información. Refiere MONTOYA MANFREDI, refiriéndose a la legislación del Perú, que es precisamente la *falta de información* la que puede motivar el aplazamiento de la sesión⁵, que en el caso de ese país se rige por lo dispuesto en el Art. 131 de su Ley General de Sociedades.

Podríamos añadir que el alcance del derecho de información de los accionistas es inseparable de su *finalidad*: tal derecho está concebido “con el fin de que los accionistas puedan emitir convenientemente su voto sobre los asuntos mencionados en la convocatoria de la Junta General⁶”. El derecho de información existe como antecedente del voto que puede consignar el accionista, y en el eventual ejercicio de ese derecho de voto encuentra su última razón de ser.

Estimamos que estos criterios son valederos para nuestra legislación: el motivo que justifica la posibilidad de acordar el diferimiento de la junta general, en el caso concreto previsto por el Art. 248 de la Ley de Compañías, es indudablemente el particular de haber manifestado alguno de los accionistas que no se encuentra “suficientemente instruido”; sin dejar de destacar que en el caso del Ecuador, esta posibilidad se encuentra tratada

⁵ MONTOYA MANFREDI, obra citada, Tomo I, página 505.

⁶ BROSETA PONT, Manuel, Obra citada, página 269.

en la misma disposición legal que consagra el derecho de todo accionista a recibir de la junta general los "informes relacionados con los puntos en discusión", como lo expresa la parte inicial del mismo artículo.

Sin embargo, vale la pena destacar dos aspectos que pueden aparecer dudosos:

* Como puede observarse, en el caso del Art. 248 de la ley ecuatoriana, el texto legal se refiere al derecho que tiene todo accionista a obtener "de la junta general" los informes relacionados con los puntos en discusión. Parecería que el tenor literal de esta disposición no entraña deber alguno de los administradores de suministrar estos informes, sino solo "de la junta"; lo cual en la práctica puede acarrear no pocas dificultades, sobre todo si es que en la sesión no se encuentran presentes los funcionarios que posean los datos que requiere el accionista, ora porque no son socios, ora porque no han asistido con voz informativa. Creemos que si los funcionarios pertinentes se encuentran en la sesión, sería factible que este deber "de la junta" sea cumplido por ellos.

* Adicionalmente, sin perjuicio de lo anterior, parecería que puede sostenerse que en la legislación ecuatoriana, aunque con imperfecciones, sí funcionaría el mecanismo alternativo de solicitar los documentos a los administradores: decimos esto porque el Art. 15 de la Ley de Compañías, establece que entre la limitada información que tienen derecho a recibir los accionistas de las sociedades anónimas, en comandita por acciones o de economía mixta, se encuentran los *informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse* en las juntas generales

de accionistas. La norma, sin embargo, no asocia el ejercicio de este derecho al particular de la convocatoria, ni establece un parámetro mínimo de antelación, la cual sólo aparece explícitamente exigida en el caso puntual previsto por el Art. 292 de la Ley de Compañías, para aquellos casos en que la junta general va a conocer el balance general, el estado de pérdidas y ganancias, sus anexos, la memoria del administrador y los informes de los comisarios, caso en el cual, además, la ley especifica la antelación con que dichos documentos deberán estar a disposición de los accionistas.

II.3 Ejercicio del derecho de diferimiento de la junta

Del tenor literal del Art. 248 de la Ley de Compañías, se desprende un primer presupuesto necesario para que la sesión pueda ser diferida: explica la disposición aquí mencionada que *“Si alguno de los accionistas declarare que no está suficientemente instruido podrá pedir que la reunión se difiera por tres días. Si la proposición fuere apoyada por un número de accionistas que represente la cuarta parte del capital pagado por los concurrentes a la junta, ésta quedará diferida”*, de tal manera que el diferimiento implica la moción de por lo menos un accionista que exprese que no está suficientemente instruido, sucedida por el apoyo de un número de accionistas que represente la cuarta parte del capital pagado por los concurrentes a la junta.

El propio artículo añade que en este caso, la junta se difiere por tres días, y si se pidiese término más largo se lo podrá conceder si en tal caso lo aprueba el cincuenta por ciento del capital pagado.

Comencemos expresando que no debe jamás entenderse, por un malentendido literalismo, que esta disposición demanda o requiere la participación de *dos o más personas*, por ello de que la moción es declarada por un accionista y “apoyada” por “accionistas” que representen la cuarta parte del capital pagado: nada obsta para que sea un mismo accionista el que declare no estar suficientemente instruido, y si su participación en el capital se abastece para reunir el porcentaje de minoría que requiere esta disposición, la misma se vuelve plenamente aplicable, aun ante el silencio de los restantes accionistas o su desaprobación de la propuesta de diferimiento.

Pasando al análisis de las cuestiones centrales de la consulta, consideramos que el sentido y alcance que debe darse al ejercicio del derecho a solicitar el diferimiento de la junta, puede variar significativamente, dependiendo de las siguientes consideraciones:

1.- El carácter “subjetivo” u “objetivo” del derecho a pedir el diferimiento;

2.- El objeto y finalidad del diferimiento; y sus repercusiones en la reunión asamblearia.

Trataremos de explicar a continuación qué cuestiones se entienden comprendidas en estas consideraciones:

1.- Carácter del derecho a pedir el diferimiento

Hemos venido exponiendo las razones que ponen en evidencia la íntima relación que existe entre el derecho a solicitar el diferimiento de la junta general, y el derecho a

la información previa al voto que el legislador intenta preservar por esta vía. Teniendo en mente todas las consideraciones que ya se han efectuado sobre tal derecho y su finalidad, cabe preguntarse qué alcance tiene la expresión, contenida en la ley, respecto al hecho de que bastaría que un socio declare que no se encuentra suficientemente instruido para solicitar el diferimiento: ¿es esta una facultad que podemos considerar *discrecional*, y en tal calidad dejada por la ley al sólo arbitrio *subjetivo* del socio o accionista? ¿Es este, usando la feliz expresión acuñada por nuestro Código Civil, un acto *meramente potestativo* del socio o accionista; o podríamos sostener que *debe fundamentarse en parámetros objetivos*?

La respuesta a esta interrogante no es sencilla: por un lado, hemos visto como la doctrina defiende la necesaria amplitud del derecho del accionista a estar debidamente informado, pero consideramos que la propia doctrina nos da elementos para concluir que este ejercicio no es ilimitado; y nos permitimos añadir que no puede ser arbitrario.

Recuérdese, en primer lugar, que se supone que este es un derecho que se encuentra íntimamente vinculado al ejercicio del *voto*. Por lo tanto, no nos queda sino concluir que *no puede ser ejercido por un accionista que no goza de voto, sea porque la calidad de sus acciones no le confiere ese derecho, o sea porque la cuestión sobre la que no se encuentra informado, es de aquellas en las que no puede consignarlo*. Ya a finales del siglo XIX, opinaba en tal respecto el maestro italiano VIVANTE que “la deliberación en que los accionistas acuerdan la prórroga a petición de la minoría (art. 162) debe considerarse referente al mismo

objeto que la deliberación, en la cual los accionistas entienden informarse más a fondo, y por esto, los Administradores, que no pueden votar sobre su propia responsabilidad y sobre el balance, no pueden votar para facilitar el aplazamiento con su propio voto, ya que si tuviesen estas armas en las manos, se arreglarían según los humores de la Asamblea para hacerla tomar acuerdos o para aplazarla⁷.

Tomamos como punto de partida este comentario de VIVANTE para reiterar, como lo indica la doctrina del Tribunal Supremo español, que el ejercicio del derecho a la información no está concebido por el legislador como un mecanismo para obstaculizar la marcha de la sociedad: es innegable que dejar al sólo capricho de los accionistas la declaración de no hallarse informados de un tema, se prestará para prácticas reñidas con la buena fe, principio rector de las relaciones de derecho privado; y que por lo tanto la declaración del accionista o socio en tal sentido debe ser seria y veraz, y no un mero pretexto. Por esta línea parecen ir los criterios vertidos en su momento en la Doctrina Jurídico Societaria N° 41 de la Superintendencia de Compañías, la cual es citada en el Oficio N° SC.IJ.DJCPT.07.169.19004 suscrito por el señor Superintendente de Compañías en referencia a esta misma consulta, cuando hace referencia al contenido de, en tanto y en cuanto expresa tal doctrina que "la suspensión y posterior continuación de una junta general

⁷ VIVANTE, Cesare, "Tratado de derecho mercantil". 1ª edición de la traducción española por Ricardo ESPEJO DE HINOJOSA de la 5ª edición italiana de 1923, Editorial REUS S. A., Madrid, Vol. II, página 253.

solo se pueden justificar por razones lógicas o legales, como el mero receso para redactar el acta, o el caso fortuito o la fuerza mayor, o el diferimiento por tres días que establece el artículo 290 (actual 284)". Nosotros llevamos más allá lo expresado en tal oficio, pues entendemos que la referencia a "razones lógicas y legales" nos indica precisamente el parámetro, objetivo, y no fruto del capricho, en que se debe enmarcar el derecho al diferimiento de la junta general de accionistas.

2.- El objeto y finalidad del diferimiento y sus repercusiones en la reunión asamblearia

¿Qué se difiere? ¿En qué momento debería ser mocionado el diferimiento? Estos son aspectos que consideramos cruciales para poder efectuar un pronunciamiento sobre las materias consultadas.

Hemos tomado nota que el criterio, a ese respecto, que ha vertido la Superintendencia de Compañías (Oficio N° SC.IJ.DJCPTE.07.169.19004), es que "existe un vacío legal, pues no se determina un texto expreso en virtud del cual se concluya que el diferimiento se refiere a la junta general y no a cada punto en discusión" y que en tal virtud, "corresponde solo al legislador la interpretación de esta disposición legal". Con el respeto que nos merece la opinión institucional antes referida, y sin desconocer la posibilidad de una eventual interpretación *auténtica* que pudiese emanar de la legislatura, consideramos que existen elementos en las fuentes históricas, en el derecho comparado y en la doctrina para emprender un análisis del sentido que debe darse al Art. 248 de nuestra Ley de Compañías en estos delicados puntos.

En todo caso, tomando como punto de referencia las dos posibilidades que se mencionan en el ya referido Oficio de la Superintendencia de Compañías, parecería que puede entenderse la disposición en uno de los dos siguientes sentidos: a) El diferimiento debe entenderse que es *de la junta* de accionistas; o, b) Se difiere la discusión y votación del punto o puntos que requieren que el socio o accionista se informe.

Bajo la primera de estas dos interpretaciones, tendría que llegarse a la conclusión de que propuesto y votado el diferimiento, ya nada puede seguirse haciendo hasta que la sesión vuelva a instalarse en el momento correspondiente, de tal manera que la junta general, como reunión, quedaría "en pausa" o "en suspenso" de manera absoluta: si los accionistas, incluyendo los que votaron a favor del diferimiento, estuviesen de acuerdo en conocer y votar otros puntos de la convocatoria, estarían incapacitados de hacerlo. La otra interpretación, en cambio, daría lugar a una eventual discusión de los puntos no diferidos, en términos bastante cercanos a los que se aprecian en ciertos pasajes del criterio de los consultantes arriba transcrito.

Pero el análisis de este aspecto, a nuestro criterio, amerita abordar una cuestión adicional, y que igualmente se relaciona con los aspectos consultados. Nos referimos a la repercusión que eventualmente podría tener en la aplicación del Art. 248 el orden del día de la reunión y los puntos a tratarse: nótese que la consulta hace referencia al hecho de haberse convocado a distintos puntos, numerados en la convocatoria como suele hacerse en la práctica, por estimar que como usualmente ocurre, esa enumeración de los puntos a tratarse fija también la

secuencia en que las deliberaciones y votaciones van a darse. La relación de este problema con el que hemos abordado en el párrafo precedente es innegable. La asignación de una secuencia ordenada e inmutable a los puntos a tratarse coadyuva a que la junta general de accionistas quede de hecho paralizada, si se interpreta que, por ejemplo, diferido el tratamiento del “segundo” punto del orden del día, no se podría conocer del “tercero”, porque no podría “pasarse a conocerlo”.

El análisis que nos proponemos hacer de la naturaleza del “orden del día” se vuelve además pertinente para el tema consultado, por lo manifestado (aunque no categóricamente) en el Oficio de la Superintendencia de Compañías, en base al tenor literal del Art. 236 de la Ley de Compañías, en el sentido de que el término “objeto” (de la reunión) “podría interpretarse en el sentido de que se refiere al temario constante en la convocatoria y no a un punto específico de la misma”.

Creemos que esta posible interpretación (y ya hemos visto que la Superintendencia de Compañías no la suscribe en forma categórica), encierra el problema de que reviste de un carácter excesivamente rígido, casi “inmutable” al orden del día, que queda sacralizado de tal manera que es el convocante quien tiene poder absoluto sobre lo que se aprobará o improbará en la sesión. Hacemos nuestras las siguientes reflexiones de VIVANTE:

“El orden del día tiene una función positiva: debe informar a los socios de las materias sobre las que deberán deliberar, a fin de que puedan tomar parte en la Asamblea con maduro consejo, y tiene una función negativa: debe impedir que se sorprenda la buena fe de

los ausentes deliberando sobre temas respecto de los cuales creían con razón que no se habría tratado. A este doble fin responde el orden del día cuando indica las materias que se deben tratar.

Las *materias* por tratar (vid. arts. 155 y 159) constituyen el contenido *legal* del orden del día, no las soluciones concretas que los Administradores proponen. Cuando los Administradores acompañen al orden del día con particulares de la proposición, suplantando las funciones de la Asamblea, y por tanto, las indicaciones específicas añadidas al tema propuesto se deberán considerar como meros consejos que la Asamblea penetrada del problema puede seguir o no, modificando, ampliando o restringiendo la proposición, porque el art. 155 no dice que la Asamblea deba *aprobar o rechazar* el orden del día propuesto, como diría si se hallase obligado a ello⁸, sino que dice que la Asamblea debe deliberar en torno de aquél. El pensamiento del legislador fue, pues, el de dar al orden del día el valor de una nota de las materias por discutir, no el de un texto de los acuerdos que hayan de tomarse por la Asamblea. Así ha interpretado a la ley la jurisprudencia considerando que de esta manera se concedía a la Asamblea libertad de iniciativas y libertad de críticas a la actuación de los Administradores que tan frecuentemente abusan de órdenes del día de antemano preparados para hacerlos votar con pies juntados. La jurisprudencia estima que la

⁸ Los Arts. 234 y 235 de la Ley de Compañías tampoco imponen que se “aprobará o rechazará” las propuestas del orden del día. Estos artículos, que se refieren a las juntas generales ordinarias y extraordinarias, respectivamente se refieren a que los accionistas deben “considerar” (Art. 234) y “tratar” (Art. 235) tales puntos.

Asamblea puede deliberar también sobre materia no consignada en el orden del día cuando constituya una necesaria consecuencia; que puede ampliar el orden del día cuando estime que esto sea el mejor modo para alcanzar su fin; que, por ejemplo, puede votar el aumento de capital a ocho millones cuando el aviso proponía que fuera a seis, y que puede prorrogar la Sociedad por veinte años, cuando la prórroga se proponía para diez. Se trata obviamente de apreciaciones de hecho, pero deben ser dominados por aquel criterio jurídico⁹ (Todas las cursivas pertenecen al original).

El suscrito considera que todas y cada una de las reflexiones efectuadas por VIVANTE son de recibo en nuestra legislación. No puede considerarse al orden del día de una reunión de junta general como un listado pétreo, inmutable, inflexible, y que por lo tanto los accionistas se reúnen para absolver posiciones que les formulen los convocantes en forma afirmativa o negativa. Tan cierto es aquello, que si por ejemplo el orden del día menciona que se conocerá una posible solución a un problema o situación, y los presentes consideran la posibilidad de analizar, e incluso votar, una solución distinta para abordar el mismo problema, lo podrán hacer sin que se considere que está violentándose las funciones positiva y negativa del orden del día.

Ahora bien. Nótese como un caso como el de nuestro ejemplo anterior, podría configurar un escenario en que justamente un accionista considera que necesita más

⁹ VIVANTE, Cesare, Obra citada, Vol. II, páginas 242 y 243.

información. Si se le da al término "objeto" la calidad de sinónimo de "orden del día" o de "temario de la convocatoria", llegaríamos a la absurda conclusión de que en ese caso no cabe diferir la reunión, porque no se trata de una cuestión que califique como "objeto".

Estas consideraciones nos conducen a una conclusión que es igualmente consistente con las explicaciones del autor citado: no creemos que los pedidos de diferimiento se refieran concretamente al "orden del día" como un todo, pero tampoco se refieren a los "puntos del orden del día" propiamente dichos, sino a las deliberaciones que se suscitan con motivo de ser tales puntos sometidos a la asamblea, o "puntos en discusión", como los denomina el Art. 284 de la Ley de Compañías. En palabras, ya citadas, de VIVANTE, "la deliberación en que los accionistas acuerdan la prórroga a petición de la minoría (art. 162) debe considerarse referente *al mismo objeto que la deliberación*¹⁰..." (Las cursivas son mías).

Sin embargo, queda aun pendiente dilucidar si la petición, secundada por la minoría calificada que impone la ley, implica una auténtica paralización de la sesión, esto es, si literalmente lo que va a ocurrir es que *no habrá junta* hasta que se vuelva a instalar la reunión, o si cabe que se prosigan conociendo los puntos no diferidos. Al respecto, hacemos las siguientes consideraciones:

1.- Creemos que, a este punto, queda suficientemente claro *para qué se da el diferimiento*: hay ciertos puntos en discusión sobre los que determinado socio dice

¹⁰ VIVANTE, Cesare, Obra citada, Vol. II, página 253.

no estar informado, y la prórroga sirva *para que se informe de ese punto*, pero respecto de los otros, no sirve ningún propósito. No se ve por qué, y más bien parece consecuente con la buena marcha social, no puede seguirse la junta, incluso si ello implica “reordenar” el orden del día (que no se cambia) para *seguir conociendo lo que sí se puede discutir*, y si se llega a otro punto sobre el que se diga no haber conocimiento suficiente, se lo podrá incluir en el diferimiento mediante un alcance a la moción previamente votada.

Este es el sentido que aparentemente se le da al diferimiento en ordenamientos jurídicos extranjeros: el Art. 131, primer inciso, de la Ley General de Sociedades del Perú, establece que “A solicitud de accionistas que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto la junta general se aplazará por una sola vez, por no menos de tres ni más de cinco días y sin necesidad de nueva convocatoria, para deliberar y votar los asuntos sobre los que no se consideren suficientemente informados”. El artículo citado añade que, aun en este caso, cualquiera que sea el número de reuniones, la junta será considerada como una sola, y se levantará la correspondiente acta. Consideramos que en el caso ecuatoriano, debe acogerse la misma solución: se trata de una sola junta, que se continúa en una fecha distinta pero que no por ello deja de ser una sola.

2.- ¿Qué sentido debe dársele al inciso tercero? Ya hemos visto que la legislación comentada por el profesor italiano VIVANTE contiene una disposición sumamente similar al Art. 248 de nuestra Ley de Compañías. Dicho autor, al examinar el alcance de la limitación que impide

ejercer el diferimiento más de una vez, señala lo siguiente: “Cuando el Código quiere reunir a los socios disidentes en un solo cuerpo, aunque sea en una colectividad en minoría, atribuyéndole el derecho de representación para todos los disidentes, lo dice: y así como en el art. 162 [...] establece que una vez ejercitado por la minoría de los socios el derecho de aplazamiento, éste no puede ejercerse una segunda vez. Es evidente que, en este caso, la minoría que reclame el aplazamiento asume la representación de todos aquellos que no quieran la discusión inmediata y que actuando por ellos determina la duración y el contenido del aplazamiento y priva a quienquiera del derecho a pedir un segundo aplazamiento¹¹”. Lo explicado por VIVANTE tiene pleno sentido: si la reunión es suspendida porque el accionista A considera que no se encuentra informado, sería un despropósito que reinstalada la sesión, pretenda el accionista B que es él quien ahora no está informado sobre lo mismo. Cabe preguntarse si esto sigue siendo valedero cuando el súbito descubrimiento de otro accionista acerca de su desinformación se refiere a un tema diferente, pero en tal caso, el citado tratadista explica que el sentido que se le dio a esta norma (importante referente histórico para comprender la nuestra) fue que en tal caso la moción de diferimiento delimitaba “el contenido del aplazamiento”, de tal manera que en dicho esquema había precluido la oportunidad de motivar el aplazamiento en un nuevo aspecto.

3.- Tanto antecedentes históricos normativos, criterios doctrinales de la mayor autoridad como el

¹¹ VIVANTE, Cesare, Obra citada, Vol. II, página 282.

derecho comparado, demuestran que el derecho de diferimiento de la junta general de accionistas –o de socios- se ejerce en una forma restringida, que coadyuve a que el necesario e importante derecho que tienen los eventuales votantes de empaparse sobre las cuestiones que se van a votar no entorpezca la marcha social, y ello ocurre porque el diferimiento debe entenderse que operará por una sola vez, y restringido a la materia o materias que se hayan reservado para ser discutidas después. El derecho comparado y las anotaciones doctrinales ya comentadas, de una disposición que en su esencia es similar a la nuestra, demostrarían que una vez delimitado lo que va a ser objeto del diferimiento, la ley aspira a que lo demás sí sea tratado y votado en la sesión; en la medida de lo posible. Si los socios no lo hacen, proseguirán con dichos aspectos al reanudarse la sesión, sin que quepa una nueva postergación bajo el mismo argumento de que no se tiene informaciones suficientes. No está demás decir que hasta el propio sentido común apunta a que un accionista genuinamente preocupado por la buena marcha social, aprovechará el intervalo para informarse sobre los demás aspectos que se van a tratar, no siendo razonable, ni consecuente con la buena fe, que recién al reanudarse la sesión se ponga a meditar sobre los temas de la convocatoria los cuales, a ese momento, conoce en forma más que suficiente cuáles son.

4.- ¿Qué significado debemos darle a la declaración del legislador ecuatoriano, de que este derecho sólo se ejercerá una vez sobre el mismo objeto? En la consulta se hacen una serie de consideraciones que apuntan a justificar que puede, en forma *sucesiva* pedirse un diferimiento tras otro, de tal manera que la evacuación de la junta general, especialmente si el orden del día es

extenso y complejo, se podrá convertir en una tarea casi imposible, pues habría diferimientos cada vez que, vueltos a reunir los accionistas o socios, alguno de ellos, suficientemente respaldado, pase a sostener que sobre los puntos que siguen tampoco está informado. La necesidad de la buena marcha social nos inclina a pensar que ese no es, ni puede ser, el sentido de la disposición, sin perjuicio de reconocer que su redacción aparece como imprecisa. A nuestro modo de ver las cosas, la referencia al "mismo objeto" alude a la ya mencionada preclusión del derecho de minoría, pues una vez que un porcentaje suficiente de accionistas aprobó que se difiera la reunión, no cabría que en la misma reunión, o en otra, se pretenda ejercer el mismo derecho. En tal sentido, el "mismo objeto", parece más bien referirse a la condición o situación de "desinformado" que afronta el socio o accionista. Insistimos en que se trata de una redacción legal problemática, pero creemos que lo aquí apuntado guarda coherencia con las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales a las que nos hemos venido refiriendo.

III.- SOBRE EL CASO PRÁCTICO DE LA CONSULTA

Ya se ha referido que, en realidad, al momento de efectuar el presente análisis, no se ha contado con los documentos relativos a la sesión: no se cuenta, principalmente, con las sesiones de las reuniones de los socios, y por lo tanto:

III.1 El suscrito no está en condición de opinar si quien mocionó el diferimiento de la sesión, o bien si el

socio que apoyó la moción, se encontraban legítimamente habilitados para proponer el diferimiento: concretamente, no hay cómo establecer si se trataba, por ejemplo, de administradores actuales o anteriores, en conflicto de intereses con el asunto materia del primer punto del orden del día; y sobre el cual se habrían tenido que abstener de votar. Nótese que en tal caso, si se trataba de un tema sobre el cual no podían emitir el voto, mal hubiese cabido que pidiesen el diferimiento de la junta para informarse de un tema sobre el cual no podían emitir voto alguno.

III.2 Al no contarse con las actas referidas, se hace imposible corroborar si las mociones se dieron en el sentido y en los términos que se describen en la consulta. Si efectivamente los hechos se suscitaron en la forma que se relata en la consulta, parecería que los solicitantes del primer diferimiento, en todo caso habrían tratado de invocar la posibilidad de un segundo diferimiento sobre la base de haberse guardado silencio en la moción aprobada sobre la suerte que correría el resto de los puntos en discusión, sumado al hecho de que al parecer los asistentes dieron por sentado que la moción de diferimiento, una vez aprobada, había surtido el efecto de paralizar totalmente la sesión hasta el momento en que la misma quedase reinstalada.

III.3 Finalmente, no deja de llamar al suscrito la atención el hecho de que, tal como se relata en la propia consulta, la moción para diferir la junta por segunda ocasión se produjo respecto del punto sexto del orden del día, que consistía en la “designación de nuevos administradores de la compañía”.

Sobre este punto, el suscrito no deja de anotar que, al menos en el caso de las sociedades anónimas, la sustitución de los administradores constituye una *atribución discrecional de la junta*, que *no requiere motivación* y que se puede conocer en junta general *incluso sin haber sido materia de convocatoria*, como se desprende de la disposiciones contenidas, entre otros, en los artículos 144 inciso primero y 270 de la Ley de Compañías. Resulta sumamente discutible que en tales circunstancias se pueda invocar un “derecho de información” que justifique el diferimiento, sin perjuicio de que ya se ha mencionado que, en tal caso, si el administrador es accionista, su voto no podrá ser considerado para conformar la minoría exigida por el Art. 248 de la Ley de Compañías.

Esta apreciación, en cambio, no aparece como absoluta en el caso de las compañías de responsabilidad limitada (como lo es, aparentemente, la compañía a que se refiere el “caso práctico”), pues el texto del Art. 133 de la Ley de Compañías denota que la remoción de administradores de esas compañías es una decisión que debe ampararse en las causas estipuladas en el contrato social o por el incumplimiento de ciertas obligaciones legales. En tales casos, no es imposible que alguno de los socios sienta que necesita informarse mejor acerca de los hechos, antes de votar a favor o en contra de tal remoción.

Agradeciendo de antemano la atención brindada a la presente, me suscribo.

Atentamente,

Dr. Rafael Brigante Guerra
C. C. Archivo

Contenido

Introducción.

- I. Noción general de la sociedad mercantil y la anónima en particular.*
- II. El arbitraje como método alternativo de solución de controversias.*
- III. Justificación de la vía arbitraje para la solución de conflictos societarios en la compañía anónima y su convenio.*
- IV. Sobre la vinculación de futuros accionistas al arbitraje como vía alterna para la solución de conflictos societarios, como resultado de una cesión de acciones.*
- V. Propuesta para la instrumentación del convenio arbitral para la solución de conflictos societarios en la sociedad anónima.*
- VI. Los conflictos societarios sometidos a solución por la vía arbitral.*
 - VI.1. En las relaciones entre la sociedad y los socios.*
 - VI.2. Entre los administradores y la sociedad.*
 - VI.3. Entre la sociedad y sus fiscalizadores y auditores.*
 - VI.4. Entre los socios y los órganos de dirección y gobierno de la sociedad.*
- VII. Conclusiones finales.*

LA VÍA ARBITRAL COMO ALTERNATIVA PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS EN LA COMPAÑÍA ANÓNIMA

Felipe Durini Andrade

RESUMEN

En el mundo de las sociedades de comercio y particularmente en el de la sociedad anónima, por cuanto es la más común en constituirse de aquellas especies que prevé nuestra legislación, con relativa frecuencia suelen presentarse diversos y de los más variados conflictos entre la sociedad y los socios, entre los administradores y la sociedad, entre la sociedad y sus fiscalizadores y auditores, y entre los socios y los órganos de dirección y gobierno de la sociedad, que bien pueden someterse para su conocimiento y solución a tribunales arbitrales.

El presente trabajo tiene como propósito justamente contribuir en la instrumentación del arbitraje en materia societaria, para lo cual empiezo incluyendo al tratamiento de la sociedad mercantil en general y la anónima en particular y del arbitraje como método alterno de solución controversias, para más adelante referirme a su justificación, implementación y vinculación con futuros accionistas, y finalmente plantear la casuística con algunos ejemplos en donde puede tener aplicación y vigencia.

INTRODUCCIÓN

La vía arbitral como alternativa para la solución de conflictos societarios, en mi opinión constituye una posibilidad a elección de los asociados para ventilar eventuales discrepancias que puedan acontecer en las complejas relaciones que se desarrollen en torno al mundo de las sociedades y los vínculos que de éstas sobrevienen, particularmente de las relaciones entre la sociedad y los socios, entre los administradores y la sociedad y entre la sociedad y sus fiscalizadores y auditores.

Al ser la compañía anónima la más común en constituirse entre aquellas que nuestra legislación mercantil establece, he considerado propicio abordar esta temática que estimo de valiosa utilidad en torno a dicha especie, a fin de formular una alternativa de solución para aquellas disputas que de este negocio jurídico complejo devienen regularmente.

Es propósito de este trabajo también precisar las notas generales de la sociedad y particularmente de la anónima, tanto en la concepción que la doctrina nos trae al respecto, así como nuestro derecho positivo. En cuanto al arbitraje, de igual forma, con el propósito de ubicar la temática que abordaremos, también he considerado identificar las definiciones que los autores nos proporcionan al respecto, y por supuesto su tratamiento legislativo en el derecho ecuatoriano.

Respecto al arbitraje en materia societaria, en lo que respecta a la sociedad anónima, justificaré su conveniencia e instrumentación, así como su vinculación y resultados frente a futuros accionistas que pasen a conformar su nómina; para luego formular una propuesta para su debida instrumentación, todo ello en función a las particularidades que esta alternativa reviste, y por supuesto, a la necesidad de su expresa anuencia para que surta plenos efectos y evitar así posibles incertidumbres en cuanto a su eficacia.

Finalmente, partiendo de la premisa de que efectivamente es factible la vía arbitral para la solución de los conflictos societarios, ensayaré un marco casuístico que permita identificar su aplicación práctica; y, procederé a ejemplificar algunos casos que pueden presentarse para finalmente exponer mis conclusiones finales.

I. NOCIÓN GENERAL DE LA SOCIEDAD MERCANTIL Y LA ANÓNIMA EN PARTICULAR

La novísima Constitución de la República del Ecuador¹, en su capítulo sexto, relativo a los *derechos de libertad*, en su artículo 66 reconoce y garantiza a las personas en su numeral 13: “El **derecho a asociarse**, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria” (el resaltado es mío); y, el numeral 16: “El derecho a la **libre contratación**” (el resaltado es mío). En función a lo anotado, y teniendo como premisa fundamental contenida

¹ Publicada en el Registro Oficial No. 449 del lunes 20 de octubre de 2008.

en los artículos 424 y 425 de la norma suprema, tenemos que el texto constitucional prevalece sobre cualquier otro, por lo que podemos aseverar que la asociación como tal, y en su amplia concepción, tiene plena vigencia en nuestro sistema, conforme por supuesto con el respeto y observancia de las demás disposiciones que sobre la materia se establecen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Ahora bien, luego de la referencia constitucional que antecede, como punto de partida, resulta de utilidad observar a la definición que nos trae el profesor COUTURE, quien en su Vocabulario Jurídico expone en un sentido lato el concepto de sociedad como la “organización voluntaria, civil o comercial, en la cual dos o más personas, físicas o jurídicas, denominadas socios, ponen en común sus capitales, su trabajo o ambos a la vez, con el propósito de dividir sus eventuales utilidades”². Por su parte, los profesores de la Universidad Nacional de Córdoba, RICHARD y MUIÑO, al identificar a la *compañía mercantil en sentido estricto* señalan que ésta

se caracteriza por la actividad común exteriorizada, con la finalidad u objeto autónomo (o sea distinto al de los socios) con participación en las pérdidas y las utilidades que se derivan del patrimonio social (y no del gestor de los bienes en condominio), donde éstos tienen ingerencia en las resoluciones que se adoptan. No bastará una mera participa-

² COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, tercera edición actualizada y ampliada, editorial D de F Montevideo-Buenos Aires, 2006, página 679.

ción o la finalidad común, que sólo caracteriza un negocio participativo o parciario, distinto a configurar una sociedad-persona. **Es la negociación común, exteriorizada a nombre colectivo, la que permite identificar la existencia de una sociedad en sentido estricto.**³ (El resaltado es mío).

Por motivos que destacaré más adelante, específicamente en lo que tiene relación con el consentimiento y la aplicación del arbitraje como vía alternativa para la solución de conflictos societarios, considero importante mencionar la clasificación de las sociedades desde el punto de vista jurídico económico, puesto que de aquí convienen ciertas reflexiones importantes que tienen relación directa, tanto con la situación particular del socio, individualmente considerado, como con el capital objeto de aportación. En ese sentido GARRIGUEZ señala, al analizar el criterio de clasificación jurídico -económico, que a ésta

se corresponde la de **sociedades de personas** (sociedad colectiva y sociedad comanditaria) y de **capitales** (sociedad anónima). En las primeras la causa económica determinante de la asociación es la persona del socio (lo que el socio tiene). **El paralelismo entre ambas clasificaciones se comprende pensando que la existencia de un derecho propio del socio a la gestión presupone el mutuo conocimiento de las cualidades de trabajo de cada socio.**

³ RICHARD, Efraín Hugo y MUNIÑO, Orlando Manuel. *Derecho Societario*, Tomo I, Buenos Aires, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2007, páginas 9 - 10.

El aspecto propiamente jurídico de la distinción no se encuentra en el predominio de uno de los factores económicos de la empresa (capital, actividad), sino en las consecuencias jurídicas de esa apreciación económica, o sea en la transmisibilidad de la cualidad del socio, negada en las sociedades de tipo personalista... y admitida en las de tipo capitalista... **La transmisibilidad y la intransmisibilidad son, respectivamente las consecuencias jurídicas de factores económicos diversos: en las sociedades de personas, la capacidad de trabajo que cada socio representa para los demás; en las sociedades capitales, la aportaciones pecuniaria del socios (o la aportación de bienes valorables en dinero)⁴.** (El resaltado es mío).

Concomitante con lo señalado por los referidos autores, el colombiano PINZÓN al referirse a los **elementos esenciales del concepto de sociedad** establece lo siguiente:

- a) La intención de asociarse o animus societatis, sin el cual no pueden surgir relaciones de socios entre las personas interesadas en la existencia de la sociedad. **Este elemento sicológico, que se traduce o manifiesta a través de una convención o acuerdo de voluntades, es el que distingue a la sociedad de la simple comunidad;** y el

⁴ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, México, séptima edición, Tomo I, Editorial Porrúa, 1977, página 321.

consensus de que hablan los juristas romanos, para determinar el nacimiento y la duración de la sociedad, no es sino la manifestación positiva o afirmativa del animus societatis.

b) La manifestación del animus societatis en forma de contrato o acuerdo de voluntades de los asociados. Desde el derecho romano –en el cual se trata de un contrato simplemente consensual– hasta los códigos modernos –en los cuales la sociedad comercial es generalmente solemne–, **ha sido constante la idea de que esa colaboración de los asociados constituye objeto de un contrato que, al mismo tiempo que crea o expresa las relaciones a que da origen la sociedad**, regula o puede regular los diversos extremos o aspectos de esas relaciones.

c) El suministro por parte de todos los asociados de elementos económicamente utilizables en el desarrollo de ese espíritu o propósito de colaboración... Esa contribución de todos los asociados a la formación de un fondo social destinado a la empresa o actividad de que se espera un beneficio económico repartible constituye un elemento esencial en el concepto de sociedad... El animus societatis lleva **así implícita siempre la obligación de aportar algo a la empresa social y ese aporte constituye, a un mismo tiempo, la causa y la medida de la participación del asociado en la utilidad obtenida con la utilización del fondo social**.

d) La persecución de un beneficio económico repartible entre todos los asociados, porque se trata de una colaboración económica, en la que **la obtención de un lucro o utilidad constituye el móvil eficiente del animus societatis**⁵. (El resaltado es mío).

Ahora bien, en la doctrina clásica VIVANTE al referirse a la noción de *sociedad anónima* puntualmente manifiesta que es

una persona jurídica que ejerce el comercio sin más patrimonio que el formado por las cuotas contributivas de los socios. Constituye su carácter esencial y distintivo de las anteriores formas de compañías mercantiles, el hecho de que ninguno de los socios está obligado personalmente a responder por los débitos sociales: la sociedad no ofrece en garantía el patrimonio de los socios o de algunos de éstos, sino el capital social propio de ella. Precisamente por eso se dice que es una sociedad de capitales, como antítesis de la compañía mercantil colectiva, que se llama una sociedad de personas. La sociedad conserva la misma naturaleza, tanto si su capital está dividido en fracciones iguales, denominadas acciones, como si lo está en cuotas de diversa cuantía. La división del capital social en acciones facilita el reparto de los beneficios entre los accionistas y, en general, toda la gestión administrativa de la sociedad; también hace que

⁵ PINZÓN, Gabino. *Sociedades Comerciales*, Bogotá, Editorial TEMIS, 1968, página 11 -13.

los títulos entregados a los socios en representación de sus aportaciones se coticen en la Bolsa de Valores y lleguen a ser objeto de una fácil y rápida circulación, aumentado el crédito y la clientela de la empresa⁶. (El resaltado es mío).

Nuestra Ley de Compañías en su artículo 1 define al contrato de compañía como aquél “por el cual dos o más personas unen sus capital o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”.

En consideración a lo indicado, tanto por su contenido doctrinario como por lo recogido en la norma mencionada, la sociedad o compañía constituye típicamente un contrato por el cual dos o más personas efectúan un aporte, consistente en dinero, especie o trabajo, con el propósito de instaurar un fondo común para efecto de desarrollar una actividad económica cuyo fruto –expuesto en sus respectivas utilidades realizadas– sea distribuido a prorrata entre las mismas en función a su aportación. Dicho contrato traerá, por mandato de la Ley y previo el cumplimiento de los presupuesto necesarios, la constitución de una persona jurídica distinta de sus asociados, la cual es apta para actuar por intermedio de sus mandatarios y representantes para la realización de su objeto social.

Ahora bien, procurando circunscribirnos en el ámbito de la sociedad anónima, a propósito del tema central de esta monografía, es preciso identificar que la misma

⁶ VIVANTE, César. *Derecho Mercantil*, Buenos Aires, primera edición, Editorial Valletta, 2005, página 65.

está definida como una de las especies taxativamente enumeradas en el artículo 2 de la Ley de Compañías, y su definición legal se encuentra en el artículo 143 de esa misma norma, el mismo que prescribe que la “compañía anónima es una sociedad cuyo capital, se encuentra dividido por acciones negociables, está formada por la aportación de los accionistas que responde únicamente por el monto de sus acciones”.

En la doctrina local, bien cabe citar lo expuesto por el autor DÁVILA TORRES, quien nos trae una definición descriptiva en los siguientes términos:

la compañía anónima es persona jurídica del sector privado (excepcionalmente con socios del sector público), cuya representación legal la ejercen determinados administradores temporales y amovibles; con capital dividido en acciones; con socios que responden por los resultados de las operaciones sociales hasta el monto del valor suscrito y tienen derecho a intervenir en la dirección o gobierno social a través de juntas generales, donde toman decisiones por mayoría o encargan, durante períodos prefijados, la gestión de los negocios, la administración y la fiscalización a órganos especializados⁷.

Por lo indicado, y puesto que se trata de una vinculación jurídica que comprende una serie de

⁷ DÁVILA TORRES, César. *Derecho Societario*, Volumen Segundo: Sobre la Compañía Anónima y de economía mixta, Quito, primera edición, Corporación de Estudio y Publicaciones, 2008, páginas 21- 22.

relaciones en torno a los socios con la sociedad, sus administradores, fiscalizadores, auditores, etc., resulta evidente la posibilidad de que ocurran conflictos de distinta naturaleza, razón que admite la opción de encontrar formas o vías de solución como la arbitral, a la cual nos referiremos y plantearemos como opción a lo largo de este trabajo.

II. EL ARBITRAJE COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Nuestra Constitución en su artículo 190 puntualmente prevé que “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” Al respecto y desarrollando el precepto constitucional anotado, el reciente promulgado Código Orgánico de la Función Judicial⁸ en su artículo 17, que se refiere al principio de **servicio a la comunidad**, en el segundo inciso determina que “El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público...” En función a lo citado, no queda duda que el arbitraje, como fórmula alternativa de solución de controversias tiene pleno asidero en nuestro régimen jurídico, más aún cuando el nuevo marco constitucional así lo cataloga y lo desarrolla en la legislación.

⁸ Publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 544 del lunes 9 de marzo de 2009.

El autor argentino CAIVANO al referirse a algunas definiciones del arbitraje, cita al chileno AYLWIN AZÓCAR quien lo precisa

como el juicio al que las partes concurren de común acuerdo o por voluntad del legislador, y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones⁹.

El referido autor, también destaca la definición de la American Arbitration Association, que "lo define como la remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria"¹⁰. Exposición que en términos sencillos nos permite identificar claramente, que el arbitraje no es otra cosa que el acuerdo de las partes por someter determinadas controversias, presentes o futuras, para conocimiento de terceras personas independientes, denominados árbitros, que tienen la potestad de dictaminar una resolución definitiva y vinculante para dicho caso al momento de emitir su laudo, luego de la sustanciación por supuesto del proceso respectivo.

Dentro de la doctrina local, cabe mencionar lo expuesto por SALCEDO, que cita a Gladis Stella Álvarez, quien al conceptuar al arbitraje, señala que

⁹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*, Buenos Aires, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial ad-hoc Villela, 2000, página 49.

¹⁰ Ibid, páginas 49 – 50.

A través de este mecanismo las partes recurren voluntariamente a la solución de sus conflictos, pero es de carácter adversarial. El tercero o terceros neutrales, llamados árbitros, **deciden la controversia emitiendo un laudo que es obligatorio para las partes;** funciona generalmente en forma paralela a la jurisdicción ordinaria a la que recurre en diferentes oportunidades, para efectos de interposición de las acciones de nulidad o de ejecución de medidas cautelares y del fallo. Las partes tienen poder de decisión sobre algunos aspectos del procedimiento que es menos formal que el procedimiento judicial¹¹. (El resaltado es mío).

Por otra parte y al menos en lo que ahora nos compete, la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 1 enmarca que

El sistema arbitral es un mecanismo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

De la norma citada, claramente se desprende que nuestro derecho, tal como lo encuadra la doctrina, califica

¹¹ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. *El Arbitraje La Justicia Alternativa*, Guayaquil, segunda edición actualizada, Editorial Distrilib, 2007, página 17.

al arbitraje como un método alternativo al cual las partes pueden someter sus controversias para que éstas sean resueltas por un tercero, en tanto la materia sobre la cual tratará el arbitraje sea susceptible de transacción, lo cual implica que el objeto del litigio contenga derechos disponibles por las partes.

Lo indicado resulta de enorme importancia, puesto que será en función de ello que podrá ser factible que la controversia sea sometida a arbitraje. El presupuesto fundamental para que éste opere, es que verse sobre materias de libre disposición; por lo que, en el tema central de este trabajo monográfico, será preciso identificar algunos casos en que efectivamente sea factible este método alternativo, sustrayendo así la controversia societaria del conocimiento y resolución de justicia ordinaria.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA VÍA ARBITRAJE PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS EN LA COMPAÑÍA ANÓNIMA Y SU CONVENIO

El profesor Guzmán al analizar lo pertinente al sometimiento de conflictos societarios al arbitraje, advierte que son

Diversas organizaciones vinculadas con la actividad societaria, entre ellas la Bolsa de Valores de Quito, han sugerido que en la escritura de constitución o en la (sic) Estatutos de ella se haga constar una cláusula en cuya virtud los socios o accionistas pactarían, en la escritura pública correspondiente, someter a árbitros o Tribunales

de Conciliación y Arbitraje de las Cámaras de la Producción, **los conflictos que surgieren entre ellos, o entre ellos y la administración de la compañía respectiva.**

Han puesto de relieve que **ello agilizaría la solución de esos conflictos y propiciaría el acierto que puede tener una persona o grupo de personas especializadas en la materia**, para esa solución¹². (El resaltado es mío).

Por otra parte, resulta importante anotar que entorno al ámbito societario, se encuentran hoy en día en plena difusión algunas normas que incorporan los principios del buen gobierno corporativo. En relación con los métodos de solución de controversias, el Proyecto de Código de Buen Gobierno Corporativo de la Corporación Andina de Fomento, prevé lo siguiente:

Los Estatutos incluirán una cláusula compromisoria que establezca que cualquier disputa, salvo aquellas reservadas legalmente a la justicia ordinaria, entre acciones relativa a la sociedad, entre acciones y el Directorio, la impugnación de acuerdos de la Asamblea y el Directorio, y la exigencia de responsabilidad de los Directores deberán someterse a un arbitraje ante una institución local independiente¹³.

¹² GUZMÁN, Marco Antonio. *La Constitución de Compañías Mercantiles en el Ecuador*, tomo II, Quito, primera edición, 2004, página 239.

¹³ www.caf.com.

También los autores PALMITER y REYES VILLAMIZAR se han manifestado expresamente a favor del arbitraje societario, puntualmente en sociedades cerradas, ya que su desarrollo se justifica en función "a las ventajas que los particulares perciben en un proceso resuelto por árbitros relativamente expertos en la materia, en comparación con un litigio ante la justicia ordinaria fallada por jueces relativamente inexpertos"¹⁴

Sin duda, lo apuntado coadyuva en beneficio de la compañía, más aún cuando dicho método, debidamente estructurado para una correcta aplicación resulta muy conveniente, no sólo por la sobre carga que aqueja al despacho de las causas en el sistema judicial, sino por la especialidad que suele encontrar en los árbitros para el tratamiento de este tipo de casos, que sin duda presentan situaciones muchas veces muy peculiares.

Es conveniente anotar que dentro del giro habitual de cualquier sociedad, ocurren situaciones o eventualidades de diverso contenido que pueden producir divergencias o diferencias entre la sociedad y los socios, entre los administradores y la sociedad, entre la sociedad y sus fiscalizadores y auditores, y entre los socios y los órganos de dirección y gobierno de la sociedad, que no pueden ser resueltas mediante mecanismos de autocomposición, como son la negociación directa o la mediación asistida por un tercero que actúa como amigable componedor. Ello trae consigo la conveniencia

¹⁴ PALMITER, Alan R. y REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Arbitraje Comercial y otros mecanismos de resolución de conflictos societarios en Estados Unidos*, primera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá Colombia 2001, página 22.

de establecer mecanismos especializados, ágiles, sumarios y sencillos que coadyuven para el alivio de discrepancias que en muchas ocasiones, por razones de tiempo, falta de confidencialidad y otros motivos, su conocimiento y sustanciación en la justicia ordinaria resulta poco conveniente para el bienestar y perdurabilidad de la compañía.

La doctrina hoy en día ha reconocido la posibilidad de que aquellas controversias susceptibles de transacción, es decir de libre disposición, puedan ventilarse mediante arbitraje, debiendo en consecuencia instrumentarse adecuadamente su convenio para que así surta los plenos y suficientes efectos. Al respecto María José Carazo Liébana señala que

El convenio arbitral societario puede incluirse como cláusula estatutaria o extraestatutaria. En el primer supuesto, su ámbito de aplicación se extiende, en principio a todos los socios, sean o no fundadores, hayan o no intervenido en su constitución, así como a todos los órganos de la sociedad. Por el contrario, si se configura como acuerdo extrasocietario, su eficacia se limitará a los firmantes del mismo.

En todo caso, se exteriorice de una u otra forma, y con independencia de sus efectos, el convenio deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones litigiosas societarias a la decisión de uno o más árbitros¹⁵.

¹⁵ CARAZO LIÉBANA, María José, *El Arbitraje Societario*, Madrid, primera edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, página 50.

Por lo indicado, considero que resultaría conveniente, por las ventajas que ello traería consigo, que el convenio arbitral se contenga dentro del estatuto social de la compañía, de tal suerte que su aplicación incluya a todos aquellos involucrados en la sociedad, a propósito de que en el evento de existir una controversia, ésta se ventile y resuelva por la vía arbitral.

En cuanto al convenio arbitral es preciso tomar en consideración lo señalado por la Ley de Arbitraje y Mediación, que en su artículo 5 lo define como “El acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a determinada relación jurídica, contractual o no contractual”; y el inciso segundo de dicho artículo determina que el mismo “deberá constar por escrito, y si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que expresa el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocia al que se refiere...”

Consideramos que sería adecuado incluir en el estatuto social un convenio arbitral debidamente redactado a propósito de someter a arbitraje toda controversia o diferencia, sin excepción ni salvedad alguna de ninguna especie o naturaleza, que por supuesto sea disponible, derivada del contrato de compañía, así como por cualquier motivo o circunstancia inherente a su aplicación, efectos, obligaciones y a las responsabilidades que se susciten entre la compañía y cualquiera de sus accionistas; entre los administradores de la sociedad y ésta; entre la sociedad y sus fiscalizadores y auditores; y, entre los socios y los órganos

de dirección y gobierno de la sociedad a arbitraje. En dicho convenio habrá necesariamente que determinar, en caso de ser arbitraje administrado cual será el centro de arbitraje, y en cualquier caso cual será el método de designación de los árbitros, la posibilidad de dictaminar medidas cautelares, el número de árbitros, si se trata de un proceso confidencial o en derecho, el lugar del arbitraje y el plazo para la expedición del laudo.

IV. SOBRE LA VINCULACIÓN DE FUTUROS ACCIONISTAS AL ARBITRAJE COMO VÍA ALTERNA PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS, COMO RESULTADO DE UNA CESIÓN DE ACCIONES

Al ser el arbitraje un método que para este tipo de materias requiere en función a nuestra legislación el consentimiento previo de las partes, tal y como ha quedado establecido, el convenio arbitral debería ser efectuado a través de su incorporación en el propio estatuto social de la compañía, de tal suerte que su aplicación incluya a todos los accionistas constituyentes desde un inicio. No obstante, en este punto nace una inquietud importante, puesto que al dividir el capital de las compañías anónimas en acciones libremente negociables, tal y como lo regula nuestra legislación, bien puede suceder, que las acciones sean cedidas a terceros que pasan a conformar la nómina de accionistas, para quienes la pregunta medular es si el arbitraje les será o no vinculante.

En este punto, nos resulta conveniente señalar que las acciones concretamente son valores libremente negociables, pero que por los derechos que éstas

contienen y su vinculación con el negocio jurídico del que devienen y al que pertenecen, que no es otro que el contrato de compañía, entran en la clasificación de los títulos causales; los cuales conforme lo explica Santiago Andrade Ubidia

Dice que el título es causal

Cuando juntamente con la promesa de una prestación se enuncia la relación que le sirve de base o relación fundamental a cuya suerte y desenvolvimiento viene a estar ligado y subordinado el cumplimiento de la promesa (prestación de carácter unilateral).

El negocio fundamental es relevante también para el tercer poseedor del título¹⁶.

En consideración a la cita que antecede, podemos deducir que al momento de producirse una cesión de acciones, el cesionario, por tratarse de un título causal que liga el motivo de su existencia con el negocio jurídico original, aquello trae consigo una vinculación con el contrato de compañía, lo cual alcanza al convenio arbitral y su aplicabilidad.

En otro criterio de la doctrina, para clarificar esta inquietud, podemos encontrar como solución lo expuesto

¹⁶ ANDRADE UBIDIA, Santiago. *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*, Quito, primera edición, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2002, página 62.

por Carazo Liébana, quien sobre este punto adopta el siguiente criterio

En definitiva, los contratos producen efectos entre las partes, y el concepto de parte hemos de considerar no sólo a los que fueron protagonistas del acto inicial, sino a quienes les hayan sucedido. Es decir, a sus causahabientes. De esta forma en un contrato de sociedad, la cesión de la cualidad de socio comporta, para el cesionario, la adquisición de la situación jurídica que tenía el socio cedente. De manera que si los socios fundadores estipularon un convenio arbitral que se articuló en los estatutos, los nuevos socios suceden a los primeros también en esta relación arbitral. **La voluntad del nuevo socio, cuando adquiere la acción o participación social, implica un consentimiento de adhesión a todas las cláusulas de los estatutos**¹⁷. (El resaltado es mío).

En nuestro derecho positivo, resulta conveniente tomar en consideración la forma en que procede la cesión de las acciones, puesto que de conformidad con el artículo 188 de la Ley de Compañías

La propiedad de las acciones se transfiere mediante nota de cesión firmada por quien la transfiere o la persona o casa de valores que lo represente. La cesión deberá hacerse constar en el título correspondiente o en una hoja adherida al mismo; sin embargo, para los títulos que estuvieren entregados en custodia en un depósito

¹⁷ CARAZO LIÉBANA, María José. ob.cit., página 222.

centralizado de compensación y liquidación, la cesión podrá hacerse de conformidad con los mecanismos que se establezcan para tales depósitos centralizados.

Sobre la base de lo señalado, es admisible que la transferencia de la o las acciones conlleva un nexo que lleva implícita la vinculación de los cesionarios con el contrato original en su integridad, y por ello se aplica frente a ellos el convenio arbitral previsto en el estatuto social. Si consideramos que la adquisición de las acciones entraña la adhesión a las cláusulas estatutarias, es posible también admitir que el convenio arbitral tiene vigencia para los cesionarios.

V. PROPUESTA PARA LA INSTRUMENTACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

No obstante las explicaciones que anteceden en cuanto al procedimiento que la doctrina ha sugerido para la celebración del convenio arbitral en materia societaria y su efecto frente a futuros accionistas, subsiste la duda sobre si éste no debería ser aceptado por los cesionarios de forma expresa, puesto que si bien la calidad de socio es transmisible en este tipo de sociedades de capital, ello no comporta la aceptación plena y explícita que el arbitraje requiere. La duda indicada se funda en que el arbitraje exige conforme a nuestra legislación un acuerdo dado por escrito, por lo que a fin de conseguir certeza en este punto propongo un planteamiento que aclare y alivie posibles dudas al respecto.

Por lo dicho, a manera de propuesta de solución y para evitar futuros inconvenientes que puedan devenir, habría que encontrar una alternativa que deje constancia de la aceptación por escrito del convenio. Así sugiero una redacción para la cláusula arbitral estatutaria que contiene su formalización incorporando tanto en el respectivo título de acción como en sus talonarios el respectivo convenio arbitral, de tal suerte que al momento de cederse las acciones, o de canjearse o fraccionarse los títulos, al ser éstos suscritos, ello conlleve inequívocamente la anuencia y aceptación expresa del arbitraje, con el alcance y efectos en los términos que han quedado indicados.

ART...- CONVENIO ARBITRAL.- Toda controversia o diferencia, sin excepción ni salvedad de ninguna especie o naturaleza, derivada de este contrato de compañía, así como de cualquier motivo o circunstancia inherente a su aplicación y a los efectos, obligaciones y responsabilidades que se susciten entre: **a)** la compañía y cualquiera de sus accionistas, y viceversa; **b)** entre los administradores de la sociedad y ésta, y viceversa; **c)** entre la sociedad y sus fiscalizadores y auditores, y viceversa; y, **d)** entre los socios y los órganos de dirección y gobierno de la sociedad, se someterá a la resolución de un Tribunal de Arbitraje de la , que se sujetará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de, y a las siguientes normas:

Los árbitros serán seleccionados conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y se obligan a acatar el laudo que expida el Tribunal Arbitral y se comprometen a no interponer ningún tipo de recurso en contra del laudo arbitral.

Para la ejecución de las medidas cautelares el Tribunal Arbitral está facultado para solicitar de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, su cumplimiento, sin que sea necesario recurrir a juez ordinario alguno.

El Tribunal Arbitral estará integrado por tres árbitros.

El procedimiento arbitral será confidencial y en derecho.

El plazo previsto para que el tribunal arbitral dicte la resolución será de 30 días a partir de la audiencia de sustanciación, prorrogables por una sola vez por 30 días adicionales.

El lugar del arbitraje será las instalaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de

ART.- INSTRUMENTACIÓN.- Para efecto de instrumentar y formalizar en debida forma el convenio arbitral establecido en el artículo precedente, se procederá a incorporar en el talonario del título de acción el correspondiente convenio arbitral, para efecto de que al retiro, canje, fraccionamiento o cualquier otro evento o acto que implique el reemplazo de dichos documentos, según corresponda para cada caso, al ser los talonarios debidamente suscritos por los accionistas o sus

representantes autorizados, ello conlleve su anuencia y aceptación expresa del correspondiente del convenio arbitral, con el alcance y efectos en los términos que han quedado indicados.

Los títulos de acción a emitirse deberán incluir en su reverso, a continuación de la correspondiente nota de cesión, la expresa aceptación por parte de los cesionarios de las acciones del convenio arbitral que se contiene en este estatuto social, de tal manera que por dicho documento se deje expresa constancia de la anuencia y consentimiento por parte de los futuros accionistas del convenio arbitral antes indicado.

En los nombramientos que corresponda emitir con ocasión de la designación de los administradores y comisarios de la compañía, se deberá incluir la aceptación, por las personas designadas, del respectivo convenio arbitral.

Finalmente, en el contrato de auditoria externa que suscriba la compañía con el auditor designado por la junta general, deberá incorporarse necesariamente el convenio arbitral que prevé este estatuto social.

VI. LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS SOMETIDOS A SOLUCIÓN POR LA VÍA ARBITRAL

VI.1. En las relaciones entre la sociedad y los socios

Una de las relaciones derivadas de la compañía anónima donde puede aplicarse el arbitraje es la que se

da entre la sociedad y los socios, puesto que puede ocurrir por ejemplo que el estatuto social prevea que el accionista no puede realizar actividades que constituyan competencia directa con la compañía en atención a su objeto social. En este caso se admitiría que la sociedad interponga, en el caso de que se produzca dicho evento, una demanda arbitral por competencia desleal para resarcirse de los daños y perjuicios que dicho socio pudo haberle provocado, como resultado de dicho incumplimiento.

Otro ejemplo que resulta interesante y bastante más usual en las relaciones societarias, es que el socio suscriptor de un aumento de capital, no cumpla con el pago oportuno de los aportes comprometidos. Ello también podía dar lugar para que la compañía interponga una demanda arbitral para hacer efectivo el saldo insoluto o no solucionado, tal como lo prevé el numeral 1 del artículo 219 de la Ley de Compañías. Evidentemente en este caso, de estar pactado el arbitraje, éste se aplicaría en lugar de la verbal sumaria prevista en la ley, para dicho propósito.

Éstos y otro conflictos que pueden devenir de la relación contractual que se supone en la compañía anónima, en tanto constituyan materia susceptible de transacción y exista el acuerdo de las partes, pueden ser ventiladas por vía arbitral.

VI.2. Entre los administradores y la sociedad

En cuanto a la administración de la sociedad anónima, el primer inciso del **artículo 144** de la Ley de

Compañías, prevé que ésta “Se administra por mandatarios amovibles, socios o no”

En función a lo mencionado, la administración de la sociedad anónima está a cargo del o los mandatarios designados por el órgano estatutario autorizado para hacerlo, estableciéndose así una vinculación contractual entre ambos, que concretamente es un mandato que genera las obligaciones y responsabilidades que la Ley de Compañías y el derecho común determinan.

En consecuencia, bien pueden presentarse, como de hecho así ha sucedido, que existan conflictos entre la sociedad y sus mandatarios, los mismos que pueden ventilarse por la vía arbitral, y pueden dar lugar a la interposición de acciones de responsabilidad por la indebida o incluso dolosa actuación del mandatario administrador en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, dicha acción de responsabilidad se encuentra expresa y señaladamente contemplada en el **artículo 272** de la Ley de Compañías.

Adicionalmente, no queda duda de la posibilidad de que este tipo de conflictos puedan ventilarse en la vía arbitral, más aún cuando de conformidad con el inciso segundo del **artículo 272** de la Ley de Compañías establece lo siguiente: “En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello accionistas que representen la décima parte del capital pagado, por lo menos.”

En consideración a la disposición legal citada, efectivamente cabe indicar que la acción de responsabilidad

es perfectamente susceptible de transacción, claro **está**, siempre que así lo resuelva la junta general en función **al** presupuesto respectivo.

Por otra parte, y en el evento de que sea el administrador quien tenga que demandar a la compañía, puede suceder, a manera de ejemplo, que la compañía **no** haya solucionado el pago pleno y oportuno establecido de la retribución que le corresponde al mandatario administrador de la sociedad, lo cual traería consigo que éste interponga una demanda arbitral en contra de la compañía para el pago de lo que en derecho le corresponde, más las indemnizaciones por daños y perjuicios que se generen.

VI.3. Entre la sociedad y sus fiscalizadores y auditores

Este acápite es preciso dividirlo para efecto de individualizar en debida forma la relaciones entre la sociedad, tanto con sus fiscalizadores y como con sus auditores.

VII.3.1 entre la sociedad y sus fiscalizadores

La Ley de Compañías determina la obligación de contar imperativamente, con el respectivo órgano de fiscalización en la sociedad anónima, la misma que estará a cargo del o los comisarios según así corresponda, cuya designación es competencia de la Junta General de la sociedad.

Está previsto que el Comisario observe una serie de obligaciones para el cumplimiento de sus deberes, entre las que se encuentran las previstas en el **artículo 279** de

la Ley de Compañías, por lo que resulta lógico que la trasgresión de sus obligaciones, puede no sólo provocar su remoción por parte de la Junta General o del Superintendente de Compañías, sino también el inicio de las acciones de responsabilidad por los perjuicios que le hubiese ocasionado a la compañía o a sus accionistas su malhadada fiscalización, al tenor del artículo 285 de la Ley de Compañías y del artículo 272 del mismo cuerpo normativo.

Por otra parte, cabe destacar la posibilidad de transigir tal y como es en el caso de que ésta sea resuelta en contra de los administradores, para lo cual me remito a lo señalado en el numeral VI.2. de este acápite, situación que admite con mayor razón que sea arbitrable.

Por lo señalado, estas acciones de responsabilidad pueden ventilarse por la vía arbitral.

Puede también suceder que sea la compañía la responsable de que el comisario no cumpla con su deber de fiscalizar la sociedad, por ejemplo en el evento de que a éste no le permitan ejercer a plenitud todas las atribuciones. En este caso el comisario podrá proponer en contra de la compañía una acción arbitral por los perjuicios y daños que le pudiesen haber ocasionado, a fin de evitar caer en el presupuesto previsto en el **artículo 281** de la Ley de Compañías.

Por lo indicado, no queda la menor duda que la responsabilidad que acarrea para quien funge como comisario de una sociedad es muy importante, por lo que como contrapartida bien puede quedar razonada su posibilidad para accionar y hacer valer sus derechos por los riegos y daños que pueda eventualmente soportar.

VI.3.2. entre la sociedad y sus auditores externos

Sobre la auditoria externa, el **artículo 318** de la Ley de Compañías prevé:

Las compañías nacionales y las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, y las asociaciones que éstas formen cuyos activos excedan del monto que fije por Resolución la Superintendencia de Compañías monto que no podrá ser inferior a cien millones de sucres, deberán contar con informe anual de auditoría externa sobre sus estados financieros. Tales estados financieros auditados se presentarán obligatoriamente para solicitar créditos a las instituciones que forman parte del sistema financiero ecuatoriano, negociar sus acciones y obligaciones en Bolsa, solicitar los beneficios de las Leyes de Fomento, intervenir en Concursos Públicos de Precios, de Ofertas y de Licitaciones, suscripción de contratos con el Estado y declaración del impuesto a la renta.

Las personas naturales o jurídicas que ejerzan la auditoría, para fines de esta Ley, deberán ser calificadas por la Superintendencia de Compañías y constar en el Registro correspondiente que llevará la Superintendencia, de conformidad con la Resolución que expida.

El Superintendente de Compañías podrá disponer excepcionalmente que una compañía con activos inferiores a los establecidos en el inciso primero, pero superiores a los cuarenta millones de sucres,

someta sus estados financieros a auditoría externa, cuando existan dudas fundadas sobre su realidad financiera, a base de un informe previo de inspección que justifique tal auditoría o a solicitud de los comisarios de la compañía.”

Sobre el contenido de los informes de auditoría externa, el **artículo 319** de la Ley de Compañías establece:

La función de la auditoría externa será la de emitir dictamen sobre los estados financieros de las compañías a que se refiere esta Ley, sin perjuicio de la fiscalización que realicen los comisarios u otros órganos de fiscalización y del control que mantiene la Superintendencia de Compañías.

En atención a la antedicha disposición legal, efectivamente el Superintendente de Compañías mediante resolución No. 02.Q.ICI.008, dictó el Reglamento sobre los Requisitos mínimos que deben contener los informes de auditoría externa.

En cuanto a la contratación del auditor externo, el **artículo 321** de la Ley de Compañías, determina:

La contratación de los auditores externos se efectuará hasta noventa días antes de la fecha de cierre del ejercicio económico, debiendo la compañía informar a la Superintendencia de Compañías, en el plazo de treinta días contados desde la fecha de contratación, el nombre, la razón social o denominación de la persona natural o jurídica contratada.

Por lo indicado, bien puede suceder que la auditora o la compañía no cumplan con sus deberes y obligaciones contractuales y que por lo tanto, independientemente de las atribuciones de control que tiene la Superintendencia de Compañías, se justifique el inicio de una acción arbitral por incumplimiento y daños y perjuicios, más aún cuando la compañía tiene la obligación de presentar a sus accionistas, a la Superintendencia de Compañías, y a las entidades financieras, entre otras, los respectivo estados financieros auditados.

De igual manera, puede suceder que sea la compañía quien incumpla con sus obligaciones contractuales o no preste la colaboración necesaria para que el auditor realice su trabajo, situación que admitiría la posibilidad de que sea éste quien formule una demanda arbitral.

VI.4. Entre los socios y los órganos de dirección y gobierno de la sociedad

La Ley de Compañías contempla en su **artículo 215** la posibilidad para que:

Los accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social podrán impugnar, según las normas de esta Ley y dentro de los plazos que establece, los acuerdos de las juntas generales o de los organismos de administración que no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o el estatuto social, o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía. Se

ejercitará este derecho conforme a lo dispuesto en el Art. 249.

La Ley de Compañías confiere competencia a la jueza o juez de lo civil del distrito de la compañía demandada según la reciente reforma contenida en el Código Orgánico de la Función judicial, para conocer y resolver las acciones que se ejerciten a propósito de impugnar las resoluciones adoptadas por la junta general y demás órganos de gobierno, cuando se suscitan los presupuestos que han quedado indicados, y conforme a la propia ley; por lo que éstas controversias bien podrían ventilarse por la vía arbitral, de existir acuerdo para ello.

Por citar algunos de los variadísimos casos que pueden existir, puede presentarse que una junta general adopte resoluciones que atenten contra los derechos fundamentales de los accionistas contemplados el artículo 207 de la Ley de Compañías, como por ejemplo, su derecho a participar de las utilidades en igualdad de condiciones que el resto de socios (numeral 2), restringir por resolución de junta general la libre negociación de las acciones (numeral 10), violentar el derecho a voto en las juntas generales cuando sus acciones se lo concedan (numeral 3), transgredir el derecho de preferencia para las suscripción de acciones en el caso de aumento de capital (numeral 6), entre otros.

La vía arbitral sería procedente también en aquellos actos que traigan consigo violaciones sancionadas con nulidad, en los términos previstos por el **artículo 247** de la Ley de Compañías.

Además de los variadísimos casos que pueden presentarse, podemos mencionar el supuesto de que un grupo de accionistas, violentando las normas estatutarias sobre el quórum reforzado para determinada resolución que debe adoptar la junta general, pretendan tomarla inobservando la mayoría necesaria, lo cual sin duda acarrearía la nulidad. También podemos mencionar el hecho de que se pretenda que la compañía realice una actividad ajena a su objeto social, lo cual traería consigo que ésta carecería de capacidad para adoptarla.

VII. CONCLUSIONES FINALES

La variedad de acontecimientos que hoy en día se suscitan en torno al impulso de las actividades mercantiles, de forma recurrente trae consigo un incremento de conflictos, por lo que es adecuado que los abogados, cuando el arreglo extrajudicial no es viable, encontremos alternativas que coadyuven en la posibilidad de solventar estas diferencias, a fin de que exista un procedimiento ágil y expedito que facilite su solución. Ello resulta de enorme importancia, puesto que en lo que respecta al ámbito societario, cuando existen disputas como las expuestas a lo largo de este trabajo monográfico ponen en riesgo el bienestar de la sociedad, su desarrollo habitual y su perdurabilidad en el tiempo.

En consideración a lo indicado, encuentro de utilidad la introducción del arbitraje como fórmula alternativa para la solución de aquellos casos susceptibles de transacción, puesto que constituye un mecanismo que la legislación contempla con cierta flexibilidad, por lo que bien cabe su diseño en la medida

que resulta útil y dinámico para su implementación y buenos resultados.

Por otra parte, en lo que respecta a su instrumentación, si bien en el mundo del comercio se procura la simplificación de todo requerimiento y requisitos adicionales, con el único propósito de encaminar una fórmula certera que evite en general incertidumbre sobre la anuencia que la ley de la materia requiere para el convenio arbitral, considero que la alternativa sugerida, traerá consigo la seguridad que se demanda. Lo que en definitiva, estaría estipulado dentro del estatuto social y con las debidas seguridades que así corresponden.

Finalmente y en función a mi experiencia, no me queda duda sobre las ventajas que traería consigo la ventilación de los conflictos societarios en la sociedad anónima a través del arbitraje, puesto que lamentablemente, la justicia ordinaria al momento se encuentra abarrotada de causas, lo cual complica su despacho y el análisis prolijo y de fondo que este tipo de materias necesita al momento de resolver la controversia.

BIBLIOGRAFÍA

- ROQUE, J. CAIVANO, *Arbitraje*, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial adhoc Villela, Buenos Aires Argentina, 2000.
- ERNESTO SALCEDO VERDUGA *El arbitraje la justicia alternativa*, segunda edición actualizada, Editorial Distrilib, Guayaquil Ecuador, 2007.
- CÉSAR VIVANTE, *Derecho Mercantil*, primera edición, Editorial Valletta, Buenos Aires Argentina, 2005.
- JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, séptima edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México.
- EFRAÍN HUGO RICHARD Y ORLANDO MANUEL MUNIÑO, *Derecho Societario*, Tomo I y II, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 2007.
- ALAN R. PALMITER Y FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Arbitraje Comercial y otros mecanismos de resolución de conflictos societarios en Estados Unidos*, primera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá Colombia 2001.
- CÉSAR DÁVILA TORRES, *Derecho Societario*, Volumen Segundo: Sobre la Compañía Anónima y de economía mixta, primera edición, Corporación de Estudio y Publicaciones, Quito Ecuador, 2008.
- MARÍA JOSÉ CARAZO LIÉBANA, *El Arbitraje Societario*, primera edición, Marcial Pons, Madrid España, 2005.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley de Compañías.

Santiago Andrade Ubidia

Contenido

Introducción.

I.- Concepto y características.

II.- Fraude a la ley y abuso del derecho.

III.- El levantamiento del velo.

IV.- El levantamiento del velo en el arbitraje.

V.- El levantamiento del velo en Ecuador.

Conclusiones.

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

Santiago Andrade Ubidia

RESUMEN

La persona jurídica es un centro de imputación diferenciado, en el cual se limita la responsabilidad patrimonial de quienes se asocian. Sin embargo, a veces esta figura puede ser mal utilizada para alcanzar metas prohibidas por la ley o para perjudicar a terceros. La legislación ha previsto mecanismos para evitar esta utilización indebida de la persona jurídica, pero excepcionalmente, se dan casos en que la solución legislativa no es suficiente, por lo que, partiendo de los principios generales del derecho de la buena fe, la lealtad y la equidad, la jurisprudencia ha desestimado la personalidad jurídica y ha llegado hasta quienes, amparándose en la figura societaria, han pretendido burlar la ley o abusar del derecho. Se ha desarrollado la teoría del *regard of legal entity*, que recibe muchos nombres en español (se ha preferido el de *levantamiento del velo*) que permite al juez, excepcionalmente, levantar el velo que separa al espectador de la realidad, a fin de imponer a los responsables del fraude o el abuso, la responsabilidad que les corresponda. En primer lugar se hace una breve exposición de la teoría, reseñando los que han dicho los autores, para continuar examinando la situación ecuatoriana, las disposiciones legales aplicables y las sentencias en las cuales los jueces se han referido a esta teoría, y concluir señalando la naturaleza procesal de la figura, la inconveniencia de dictar una ley que la incorpore al ordenamiento jurídico y el riesgo de una utilización masiva e indiscriminada.

INTRODUCCIÓN

Nadie duda que el reconocimiento de la personalidad jurídica a entes asociativos distintos de los seres humanos ha sido trascendental para el desarrollo de la economía y del derecho y para que, en la actualidad, pueda funcionar una economía de libre mercado.¹

No obstante las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de estos entes asociativos, aun las que les niegan la calidad de “personas”, les reconocen su capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones *per se ipsum*, no para los que se asocian a fin de darla nacimiento, lo que en definitiva constituye la esencia de la personalidad en el ámbito del derecho.²

¹ Estos entes pueden adoptar múltiples formas, según el ámbito de su actuación; así, en el campo mercantil, se reconocen distintas formas de compañías; en el civil, si no persiguen finalidades de lucro, pueden constituirse fundaciones y corporaciones; y si pretenden alcanzar beneficios de orden económico sin dedicarse a la actividad mercantil, se reconocen distintas formas de sociedades; si actúan en el campo laboral, hay sindicatos, comités de empresa, asociaciones y otras figuras; en el campo de la economía solidaria, se encuentran cooperativas y mutualistas; así, se podría seguir realizando la enumeración de las diversas formas asociativas que reconoce cada ordenamiento jurídico.

² CAPUTO, Leandro Javier, en su obra *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Astrea, 2006, hace una amplia presentación de las diversas teorías que explican la naturaleza de la persona jurídica (pp. 6 a 20); afirma que “la consideración de la persona jurídica como un medio instrumental no ha tenido una aceptación pacífica en la doctrina, si bien entendemos que es la postura actual que mejores y más autorizadas adhesiones recoge en el campo del derecho societario” (p. 20) y cita a Fargosi quien señala que

Además, hay coincidencia en que el gran desarrollo del capitalismo y de los mercados ha sido posible desde que se reconoció la posibilidad de limitar la responsabilidad al monto de la aportación en la formación del capital societario.

Como señala JUNYENT BAS, la persona jurídica permite establecer una “organización autónoma, con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial”.³

Por lo tanto, concurren copulativamente dos elementos para que funcione el sistema: primero, que la persona jurídica sea un centro de imputación

a partir de Kelsen y Ascarelli se orienta un replanteo que conduce a una desmitificación de la idea abstracta y generalizada de persona jurídica elaborada en el siglo XIX para abrir nuevas sendas que van por el camino del análisis del lenguaje y del encuadramiento político-funcional del fenómeno (p. 9, nota 19). CAPUTO in extenso las críticas a la tesis del carácter instrumental de la personalidad jurídica (pp. 20-31), pero también de los argumentos a favor, inclusive con un análisis de la evolución histórica del instituto (pp. 60-86). Por cierto que lo anterior se aplica a la persona jurídica privada, ya que el debate respecto de la persona jurídica pública sigue otros derroteros.

³ JUNYENT BAS, Francisco, “Reflexiones sobre el abuso de la personalidad societaria” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, 2005-A, año 38, Buenos Aires, Depalma, p. 255-274. Este autor, (p. 264) señala que “la personalidad jurídica constituye un medio técnico de simplificación de relaciones, al cual el derecho le atribuye capacidad e impermeabilidad patrimonial para limitar la responsabilidad de sus integrantes mediante la creación de un centro de imputación diferenciado”.

diferenciado de los socios; y segundo, que éstos limiten su responsabilidad frente a terceros por las operaciones societarias únicamente al monto del aporte comprometido.⁴

Si se suprime cualquiera de estos dos pilares básicos, se vendría abajo todo el sistema económico vigente que, no obstante la mayor intervención del Estado que se advierte en los últimos tiempos, sigue funcionando sobre la base de las libertades de empresa y de mercado.

Sin embargo, nadie puede negar que el ser humano, persiguiendo alcanzar determinadas ventajas, con la mayor brevedad y el menor esfuerzo, busca siempre el camino más corto y fácil. Así es como, con una frecuencia cada vez mayor, utiliza las instituciones existentes no en la forma para la cual fueron creadas, sino de manera indirecta u oblicua, como un paraguas para llegar a metas que no le están autorizadas o para obtener beneficios mucho mayores, aunque despoje a terceros de lo suyo. En definitiva, el fraude a la ley o el abuso del

⁴ Se discute si reconocimiento de personalidad y limitación de la responsabilidad son elementos concurrentes o no. Autores como Juan M. DOBSON, sostienen que "la atribución de personalidad no importa limitación de responsabilidad" (*El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 61), hay otros como CAPUTO (op.cit., p. 44) que afirman que "la limitación de la responsabilidad resulta del solo hecho, aunque a veces no se repare en ello, de la existencia misma de la sociedad" y prosigue más adelante "Esa existencia de la sociedad implica, no ya una limitación de la responsabilidad, sino una exclusión de esas responsabilidad en cuanto a la persona de los socios; éstos no responden por las deudas de la sociedad" (ibídem).

derecho se ha ido convirtiendo en una práctica frecuente en nuestras sociedades⁵. Guillermo Julio BORDA⁶, señala frontalmente que “Hemos aprendido desde siempre que el derecho tiene un fundamento moral, pero se ha desarrollado una suerte de positivismo pragmático que ha oscurecido lo ético a un grado sorprendente.” Más adelante, añade: “Este pragmatismo, tan en boga en el mundo actual lleva al hombre a la obnubilación de hacer primar sobre la verdad sustancial la formal, relajando nuestras costumbres, de modo tal que las líneas divisorias de lo lícito e ilícito, de lo moral o inmoral se tornan muy difusas.” Y concluye lapidariamente señalando que “Así, nuestra sociedad ha ido aceptando como «normal y moral lo que debió ser excepcional e ilícito». Es hora de poner coto a tales excesos.”

⁵ Sin embargo, debe anotarse que no se dispone de datos estadísticos que permitan conocer a ciencia cierta la frecuencia con que se presentan estas anomalías, sino que se afirma por percepciones, que bien pueden no corresponder a la realidad de los hechos sino que, por la gran publicidad que algunos casos reciben (a veces por la “necesidad” de crear noticias), se ha generado la sensación de que son muy frecuentes; lo grave sería que se llegue a actuar y tomar medidas subjetivas en base a esas percepciones, con el peligro de que se perjudique injustamente a quienes sean imputados de haberlas realizado a más de la inseguridad jurídica que se genera cuando no se tiene reglas ciertas para actuar.

⁶ BORDA, Guillermo Julio, *El abuso de la persona jurídica en el contrato de sociedad*, en ALTERINI, Atilio Aníbal, DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto (directores), *Contratación contemporánea, Contratos modernos, derecho del consumidor*, Instituciones de Derecho Privado, bajo la dirección de, T. 2, Palestra-Editorial Temis, Bogotá, 2001, p. 269.

La utilización desviada de las figuras legales no era nueva, pero la sensación de que se había generalizado su empleo⁷ hasta constituirse en una práctica frecuente, causó la preocupación de los académicos que las denunciaron, de los jueces que buscaron en el ordenamiento legal los posibles remedios y finalmente de los legisladores que, en determinados casos promulgaron normas encaminadas a poner fin a este estado de cosas⁸. No podía ser de otra manera, ya que conductas como las señaladas atentan directamente contra la paz social porque siembran la desconfianza y socava las bases de la convivencia civilizada.

Se debe advertir que la utilización indebida de las instituciones jurídicas no es exclusiva del campo societario; también en el caso de otras formas asociativas como sindicatos, cooperativas, fundaciones y corporaciones privadas que pueden manipularse, e inclusive los fideicomisos se prestan para estos

⁷ Esta sensación se profundiza particularmente en épocas de guerra, de crisis económica o de conflictos sociales, como la actual. Un caso paradigmático es el llamado CASO MADOFF. Ver <http://www.finanzzas.com/%C2%BFquien-es-y-que-hizo-bernard-madoff> (Fecha de consulta 17 de junio de 2010).

⁸ Una completa relación de esas necesidades, así como los antecedentes que motivaron a los tribunales a introducir el estudio de la doctrina, se puede encontrar en HURTADO COBLES, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Barcelona, Atelier Editorial, S.L., 2000, pp. 27-38 (en el caso anglosajón) y 39-60 (en el derecho continental).

manejos⁹, pero precisamente en el campo societario se acusó que, con frecuencia cada vez mayor, se venía utilizando a la compañía como un mero recurso técnico, para alcanzar proditorios fines, ya que en ocasiones la constitución misma de la sociedad está viciada porque no se persigue la causa-fin propia de ésta sino que se persigue ocultar la verdad o perjudicar a terceros o, inclusive, a los mismos socios; obviamente que en estos casos el remedio se lo puede alcanzar acudiendo a la justicia ordinaria ya que se tratará de una situación prevista en la normativa general aplicable a los negocios jurídicos, ya que se estaría ante un contrato que adolecería de causa ilícita u objeto ilícito, según el caso¹⁰; también puede ocurrir que la compañía regularmente

⁹ Precisamente para precautelar esta posibilidad, la Ley de Mercado de Valores (LMV) en su artículo 123 dispone: **"Acciones por contratos fraudulentos:** El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar." Si bien es cierto que el artículo 109 inciso 4º. de la LMV dice que *el patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil) no es ni podrá ser considerada como una sociedad civil o mercantil sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato, y en el inciso 3º ibidem señala que cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil) está dotado de personalidad jurídica*, es decir, que es un centro de imputación diferenciado del constituyente, fiduciario y beneficiario, tiene todas las características de una persona jurídica, en la que se limita la responsabilidad de los participantes y encaja en la definición que de la persona jurídica da el Código Civil en su artículo 564.

¹⁰ Ver el artículo 35 de la Ley de Compañías.

constituida se desvía por completo de su fin social y se constituye en instrumento para la comisión de delitos¹¹, Los ordenamientos jurídicos en general han previsto soluciones que generalmente consisten en la posibilidad de que un juez (excepcionalmente un órgano estatal de control) declare disuelta la compañía; finalmente, puede ocurrir que se adopten decisiones societarias encaminadas a perjudicar a determinado grupo de socios o accionistas; ellos podrán acudir a la justicia ordinaria impugnando estos acuerdos societarios¹². Finalmente, si en perjuicio de terceros se han cometido fraudes, abusos o vías de hecho, son responsables quienes los han ejecutado u ordenado, o se han beneficiado de ello así como los tenedores de los bienes, a efectos de la restitución, ya que constituyen delitos o cuasidelitos civiles, aunque no estén tipificados como delitos en la ley penal.¹³

Debe advertirse que ninguno de los casos expuestos en el párrafo anterior presenta problemas de interpretación o aplicación, ni son casos de desestimación de la personalidad jurídica, lo mismo ocurre con la

¹¹ Según el art. 361 N° 11 de la Ley de Compañías, a más de la responsabilidad personal y solidaria prevista en el artículo 30 inciso 3° *ibidem*.

¹² Los artículos 114 literal h), 249 y 250 de la Ley de Compañías han previsto el derecho de los socios y accionistas a acudir ante la justicia ordinaria impugnando los acuerdos societarios que fueren contrarios a la ley o al estatuto.

¹³ Así lo dice el artículo 17 de la Ley de Compañías.

responsabilidad solidaria de empleadores y sus representantes en el ámbito del derecho laboral.¹⁴

Pero hay ocasiones en que ninguno de los remedios previstos en el ordenamiento legal sean aplicables, por las circunstancias en las que se desenvuelven los hechos. Ejemplo clásico ha sido el caso de que un país o un

¹⁴ Hay que resistirse a la tentación de incluir en la figura del descorrimiento del velo a situaciones previstas en el ordenamiento legal desde siempre, que tienen su razón de ser y su explicación clarísimas. En todo caso, ha de advertirse que hay autores que propugnan que debe utilizarse en varios supuestos que son, los más, de carácter casuístico, ante la insuficiencia de las previsiones legales. Así, por ejemplo, se ha aplicado esta doctrina en los tribunales españoles en diversos casos, por ejemplo, para tratar de ubicar al "verdadero" empresario y obtener una condena de la entidad o persona física que figura como titular de los bienes que deberían pertenecer a la empresa responsable. Con la aplicación de la figura del levantamiento del velo, se trata de buscar el patrimonio empresarial para que pueda responder ante los trabajadores. Desde luego, la aplicación de la doctrina en el ámbito de lo social ha motivado muchas dudas respecto a la competencia de los tribunales: ¿se trata de un caso que debe ser conocido por la jurisdicción laboral o por la jurisdicción mercantil? No existen conclusiones definitivas; pero se aprecia una tendencia a aplicar la figura, *en forma restrictiva ciertamente*, cuando se dificulta llegar al real responsable, para no dejar desprotegidos a los trabajadores. El problema latente, sin embargo, es que la aplicación de esta doctrina por parte de los tribunales de apelación, ha generado más de una confusión en el Tribunal Supremo español al momento de determinar la competencia. En detalle, puede consultarse a GARCÍA VICENTE, Jaume, *Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social*, Barcelona, J.M Bosch Editor, 2003, pp. 43 y ss. En todo caso, la aplicación de la doctrina se justifica en cualquier orden cuando sea necesario proteger a quienes puedan verse perjudicados por el abuso de la persona jurídica (Cfr. HURTADO COBLES, José, op. cit., pp. 80-81.

organismo internacional (como la ONU), ha dispuesto prohibiciones de comerciar con otro país, al que se le considera merecedor de esa medida, y que para burlar tal prohibición se constituyan compañías en países neutrales y con nacionalidad igualmente neutral, a fin de utilizarlas como paraguas para llevar adelante el comercio prohibido.¹⁵

Se han buscado soluciones para estos casos, que realmente son de excepción, y se ha acudido a una figura del derecho anglosajón, conocida como el *descorrimento del velo societario*.¹⁶

Debe advertirse que el tema es muy complejo, pues “ha generado contradicciones entre la seguridad jurídica y la justicia”.¹⁷

¹⁵ Durante la primera guerra mundial se dieron varios casos de los señalados, pero actualmente ha recobrado actualidad el ejemplo por la prohibición de realizar transacciones financieras con determinados países que se les considera aliados del terrorismo internacional, y se acusa a determinados bancos de que son controlados por intereses vinculados con esos países.

¹⁶ Como señala SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)” en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, UNMSM, Vol 64, (Nº 1- Nº 2), Lima, 2007, p. 399), la figura ha recibido muchas denominaciones, entre las que se pueden citar: *Disregard of the legal entity*; *lifting the corporate veil*; *piercing the corporate veil*; inoponibilidad de la persona jurídica (doctrina europea); desestimación de la persona jurídica; teoría del allanamiento; redhibición de la persona jurídica; descorrer o levantamiento de la persona jurídica; rasgar el velo corporativo; corrimiento y penetración del velo; prescindencia de la persona jurídica.

¹⁷ SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, op.cit., p. 399.

I.- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

DOBSON conceptúa a lo que él denomina *desestimación de la personalidad jurídica, allanamiento o redhibición de la personalidad jurídica*, de la siguiente manera: “Se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular.”¹⁸

El concepto antes transcrito tiene un elemento que merece destacarse: no limita la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica a las sociedades, sino que la extiende a otras formas asociativas.¹⁹

SEIJAS RENGIFO, por su parte, señala que “el levantamiento del velo es el acto por el cual se traspasa la forma externa de la personalidad jurídica de cualquier tipo de sociedad donde intervengan los socios con responsabilidad limitada, para investigar la realidad que existe en su interior, con el fin de evitar el fraude y la utilización de la personalidad con el fin de obtener resultados antijurídicos en perjuicio de intereses públicos

¹⁸ DOBSON, Juan M., op. cit., p. 11.

¹⁹ En este trabajo, en general cuando se habla de figuras societarias, se incluye también las otras formas asociativas, como fundaciones y corporaciones, sindicatos etc. e, inclusive, a los fideicomisos porque, como se ha señalado antes, el empleo indebido de la persona jurídica puede darse en cualquiera de estas figuras.

o privados.” Añade que el prescindir de la persona jurídica implica desconocer el principio de división patrimonial entre sociedad y socios y “resulta pertinente su aplicación cuando la persona jurídica es utilizada en contra de los intereses superiores de la sociedad o por motivo de conflictos externos o internos”.²⁰

Otros autores explican que esta doctrina tiene, en el derecho anglosajón, una clara influencia en la aplicación de los principios y procedimientos de equidad.²¹

Al descorrimiento del velo se lo puede describir como el instrumento procesal que permite al juez dentro de un proceso, en situaciones excepcionales y frente a una conducta que sin lugar a dudas manifieste la voluntad de cometer un fraude a la ley o un abuso del derecho,

²⁰ SEIJAS RENGIFO, María Teresa, op. cit., p. 398.

²¹ Es importante la aclaración que formula BOLDÓ RODA, Carmen, respecto de la procedencia de la aplicación del principio de la *equity*: como régimen de carácter supletorio, integra el del common law; así, un tribunal de equidad sólo puede asumir su competencia cuando, de no hacerlo, se produciría un daño irreparable porque el tribunal de derecho no concede protección, o la tutela resulta inadecuada o injusta; surge entonces la necesidad de instar un procedimiento y jurisdicción únicos, para conocer estos casos. A pesar de que tanto los tribunales de derecho como los de equidad han tenido oportunidad para pronunciarse sobre la aplicación de la teoría del *disregard*, parece apoyar la tesis de que incumbe a la segunda jurisdicción el hecho de que los tribunales de quiebras norteamericanos son, en lo fundamental, tribunales de equidad (*Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, cuarta edición, 2006, pp. 85-89. DOBSON, Juan M. Igualmente, en una prolija exposición, hace hincapié en la aplicación del concepto de equidad en el derecho norteamericano (op. cit., pp. 97-136).

mediante la utilización desviada de una forma asociativa, desestimar la personalidad jurídica de la forma societaria empleada y penetrando en la interioridad para descubrir la real naturaleza de los intereses individuales que se ocultan tras la forma desestimada.²²

Debemos precisar algunos elementos: es una figura exclusivamente procesal²³, no pertenece al derecho

²² Capilla Roncero, citado por DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, cuarta edición, 1997, p. 61.

²³ En apoyo de esta tesis, se manifiesta ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Madrid, Colex, 1997, pp. 18-22, quien parte de la necesidad de que el juez supere la personalidad social, constate el abuso de personificación y, como "juez investigador", despoje de su máscara a los verdaderos autores del abuso. Así, "el levantamiento del velo es algo distinto del desenmascaramiento, porque lo primero es una operación puramente cognoscitiva, de la que podemos decir que es jurídicamente neutra, en el sentido de que no supone una calificación o valoración, ni positiva ni de reproche normativo, hacia persona alguna. En tanto que el desenmascaramiento es ya una respuesta del Derecho a una conducta que ataca valores fundamentales del orden jurídico.". Por lo tanto, el desenmascaramiento (descubrir al verdadero responsable) presupone la necesidad de levantar el velo, "cuando se denuncia por una parte activamente legitimada un abuso de personificación, y la prueba practicada conduce efectivamente al sujeto de Derecho o al patrimonio escondidos o confundidos en la niebla de la apariencia creada." (op. cit., p. 20). La tesis de su utilización como *técnica judicial* (y proceso intelectual a ser utilizado por el juez) se sujetaría a la verificación de los siguientes supuestos: "I) Constatación de un acto jurídico por los medios de prueba ordinarios previstos en el ordenamiento procesal. II) Constatación de la existencia de un abuso de personificación, integrado en o conexo con aquel acto jurídico... III) Constatación de la divergencia entre la realidad interna oculta por el velo y la apariencia o envoltura exterior. IV) Supresión de los atributos de la personalidad

material; constituye un instrumento que le permitirá al juez llegar a establecer la verdad real cuando la verdad formal encubre un fraude a la ley o un abuso del derecho²⁴; es un remedio extraordinario, que lo aplicará el juez excepcionalmente ante la evidencia de que está ante una conducta abiertamente ilegítima²⁵, que busca mediante el empleo desviado de la forma asociativa, cometer un fraude a la ley o abusar del derecho, no habrá una vía directa para remediar la situación por lo que la

conexos con el abuso de personificación apreciado, o exteriorización o puesta de manifiesto de los que se hubiese ocultado; lo que llamamos desenmascaramiento. Y V) Hallazgo y proyección de la norma o disciplina jurídica aplicable a la realidad interna, una vez desvelada (op. cit., p. 141).

²⁴ DOBSON, Juan M., op. cit., p. 94 señala que “un criterio de verdad es el que aparece de la doctrina de la “*penetración*” o de la desestimación de la personalidad jurídica, en cuanto señala que existiendo una contradicción entre el ente ideal “sociedad” y el objeto real “empresa”, debe desestimarse el primero y observarse atentamente a la realidad, o sea, al segundo. El planteo ontológico sitúa a la empresa como un objeto real: la forma de conocer tal objeto tiene como origen el empirismo y con un criterio de verdad del conocimiento adquirido sobre este objeto al realismo. Esa es, por otra parte, la tarea que han realizado los jueces hasta el presente. A partir de ese dato de la realidad, la elaboración jurídica retoma su curso, aplicando a esa realidad los remedios e institutos que se estima deseables.”

²⁵ Bien enseña HURTADO COBLES que ha de tenerse cuidado en ceder ante la tentación de utilizar la figura con ligereza, a pretexto de desterrar formalismos legales “que puedan parecer, a primera vista, innecesarios. Recordemos las palabras a modo de advertencia que realizaba POLO en su prólogo a la obra de SERICK señalando que «el daño que resulta de no respetar aquéllas [instituciones legales], salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga.» (op. cit., p. 66).

medida tiene carácter subsidiario; se funda en los principios generales del derecho y básicamente en el principio de la buena fe; por regla general no produce la nulidad de la figura societaria sino únicamente su inoponibilidad y, en el campo patrimonial, deja de tener eficacia el principio de la limitación de la responsabilidad, la que se extiende a las personas que se encuentran atrás de velo societario, quienes serán personal y solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a terceros.

Por lo tanto, en aquellas formas societarias en que no hay limitación de la responsabilidad de los socios, como en las compañías colectivas o comanditas, no opera esta figura.

Tampoco será aplicable si existe una vía directa para sancionar, enmendar o corregir el abuso o el daño, como sería el demandar la declaratoria de nulidad del contrato societario por objeto ilícito o causa ilícita, o la disolución y liquidación por haberse producido el desvío de la finalidad societaria o la declaratoria de nulidad de los acuerdo societarios ilegales o perjudiciales para unos socios y beneficiosos para otro; los terceros podrán demandar las indemnizaciones y reparaciones a que hubiere lugar en caso de fraudes, abusos o vías de hecho, a quienes ejecutaron, ordenaron o se beneficiaron.

La autoridad administrativa no la puede aplicar, ya que se trata de dejar sin efecto la ficción legal de la persona jurídica y el privilegio de la limitación de la responsabilidad, o sea, de privar de un derecho por considerarse que se lo ha mal empleado en burla de la ley

o en abuso del derecho, materia que pertenece al ámbito exclusivo y excluyente del poder judicial.²⁶

Siendo un remedio procesal extraordinario, el juez deberá estar seguro de la necesidad de aplicarlo, es decir, la prueba del dolo o mala fe con que ha procedido quien pretende beneficiarse indebidamente de la figura societaria debe ser concluyente. Posiblemente no exista prueba directa que le permita al juez llegar a esta conclusión, le será legítimo aplicar una presunción judicial siempre que los indicios en los que se base sean graves, precisos y concordantes, que le conduzcan unívocamente a esta conclusión.²⁷

GULMINELLI señala, respecto de la aplicación de las reglas correspondientes al instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica, que “es imprescindible que existan jueces idóneos capaces de abarcar conceptualmente la amplitud, complejidad e interés de esta problemática. Es necesario, asimismo, que los magistrados tengan en

²⁶ Véase *infra*, nota 23, lo manifestado por ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, quien pone en evidencia que en ningún caso se debe atribuir a las autoridades administrativas, ni siquiera las de control, la atribución de aplicar esta teoría, porque se estaría violando las garantías del debido proceso y atropellando el derecho de los involucrados, quienes únicamente en virtud de una resolución judicial pueden ser privados de sus derechos y condenados a realizar una prestación más allá de su privilegio de exclusión de responsabilidad.

²⁷ El artículo 121 del Código de Procedimiento Civil no incluye a la presunción judicial entre los medios probatorios, pero el Código Civil en el artículo 1729 sí lo hace y en el inciso tercero señala las características de los indicios para que el juez pueda deducir la presunción judicial.

cuenta que el concepto de persona jurídica ha evolucionado notablemente y que las figuras que se implican en él presentan, en la actualidad, facetas recientemente elaboradas.”²⁸

Esteban Francisco BUENO, entre las características del descorrimiento del velo, señala que en su virtud “se levanta o prescinde de los privilegios societarios”²⁹; por su parte SEIJAS RENGIFO dice:

“Desde el origen de esta doctrina los autores trataron de determinar el criterio base a tener en cuenta a fin de decidir penetrar en la personalidad jurídica, prescindiendo de su estructura para llegar hasta sus miembros o socios. Esta necesidad de desestimar la personalidad jurídica, surge de la falta de garantías al momento de su conformación o en la realización de un acto económico o contractual. Por lo que el levantamiento del velo constituye un mero instrumento o mecanismo para evitar el fraude, pudiendo aplicarse en diversos ámbitos legales como el laboral, mercantil o tributario... Esta doctrina del levantamiento del velo societario parecería estar basada en la equidad, conveniencia y excepcionalidad, es decir, en el análisis de cada caso en particular, lo que nos lleva a suponer que el problema

²⁸ GULMINELI, Ricardo Ludovico, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, *Revista de Derecho Comercial*, 1993-Año 26, Buenos Aires, Depalma, p. 121 – 167.

²⁹ BUENO, Esteban Francisco, *Acercamiento a la doctrina del disregard o levantamiento del velo societario*, *Revista Ruptura*, N° 49, Asociación de Estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, Quito, 2005, p. 200

no se centra en definir la esencia de la personalidad jurídica, sino en las condiciones de uso del concepto "personalidad jurídica". Desde el punto de vista económico, el levantamiento del velo societario como práctica rutinaria presenta la desventaja de vérsela como un riesgo que desalienta las formaciones económicas consistentes. Cuando se produce el abuso de la personalidad jurídica, bajo el amparo de la responsabilidad limitada de los socios, es menester identificar a los reales causantes del daño y conocer sus verdaderas intenciones para extender su responsabilidad ilimitada y personal. Porque al desconocer la personalidad jurídica de la sociedad infractora, lo que se busca es el resarcimiento ante la ley y la sociedad civil que le confirieron ventajas y que luego abusaron de ellas."³⁰

II.- FRAUDE A LA LEY Y ABUSO DEL DERECHO

En realidad, se pueden dar dos clases de anomalías: o que se utilice la figura societaria en fraude a la ley, para alcanzar una meta prohibida por el ordenamiento legal, o que se la emplee abusando del derecho.

Si se constituye una compañía en fraude a la ley, como vía para alcanzar una meta que está vedada por el ordenamiento legal, y si éste fue el motivo para constituirla, habrá causa ilícita y adolecerá de nulidad absoluta. Es el caso tan frecuente de las compañías "de paja" destinadas a facilitar el lavado de dinero mal habido.

³⁰ SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, op. cit., p. 398.

Si una compañía preexistente comienza a ser utilizada con un fin ilícito, habrá un problema de desviación del objeto social, que constituye causal de disolución y determinará que el organismo de control intervenga declarándola disuelta y disponiendo su liquidación.

Si una compañía se constituye para abusar del derecho de terceros, por ejemplo como medio de privar a los herederos forzosos de sus legítimas hereditarias, o si una compañía ya constituida se utiliza para ello, se estará ante una simulación, que de suyo no es ilegal ni ilegítima, aunque anda por el filo del cuchillo, ya que si llega a constituir un abuso del derecho, aunque no constituya un caso de ilegalidad que provoque su nulidad, como en el supuesto de las compañías que se utilizan en fraude a la ley, pero tampoco el ordenamiento jurídico puede permanecer impasible y debe poner freno a tal abuso.

En realidad, el ordenamiento legal no tenía una respuesta para estas situaciones, aunque la doctrina reclamaba una solución.

Fue la jurisprudencia la que vino, en Estados Unidos de América, Alemania y otros países de Europa y Latino América, a dar la solución que posteriormente se ha consagrado en la legislación de algunos países.³¹

³¹ Tal el caso de Argentina en donde, en virtud de la ley 22.903 de 1983, se reformó la Ley de sociedades comerciales, y el párrafo 3° del artículo 54 "plasmó por primera vez en el derecho comparado una norma relativa a la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades" según señala Rafael Mariano MANÓVIL en su prólogo a la obra de Leandro Javier CAPUTO (op. cit., p. VII).

III.- EL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Esta figura es propia del derecho del *common law*, habiéndose desarrollado en los Estados Unidos de América y en Inglaterra.

Se afirma que el célebre juez Marshall, en 1809 (*Bank of the United States vs. Deveaux*) ya aplicó la doctrina denominada del *disregard of legal entity*, y posteriormente fueron los tribunales de los Estados Unidos los que en determinadas circunstancias admitieron la posibilidad de levantar el velo de la persona jurídica en aquellos casos en que se abusara de la personalidad jurídica para fines contrarios o ajenos a la vida de la sociedad³². Con ocasión de la primera guerra mundial, por los problemas de nacionalidad de las compañías y de su mal uso por los beligerantes, se echó mano a la figura y, entre otros casos en el de *Raimier Co. vs. Continental Tire & Ruber Co.* se desestimó la personalidad jurídica para juzgar de acuerdo a la realidad. Posteriormente, su aplicación se extendió a los intentos de defraudar a los acreedores, evadir impuestos, actuar en fraude a la ley, lograr un monopolio o proteger delitos. “De esta forma —señala SEIJAS REGIFO— quedaron

³² Cfr. MARZORATTI, Osvaldo (h), “La teoría del *disregard of legal entity* a través de la jurisprudencia norteamericana”, en *Revista de derecho comercial y de las obligaciones (RDCO)*, 1968, año 1, p. 717-724. A partir de este fallo, los tribunales norteamericanos analizaron, con mayor frecuencia, los casos en los que se pretendía anteponer a la forma corporativa para cometer fraude a la ley o abuso del derecho. En su mayoría, los tribunales invocaron principios de equidad para superar la barrera de la corporación (Cfr. BOLDÓ RODA, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, pp. 125-127.)

sentadas las bases de esta doctrina, tendiente a mirar la sustancia y despreciar la forma, prosperando la idea de que la persona jurídica estaba sujeta a límites, más allá de que el uso de esta figura pudiera ser considerada abusiva”.³³

DE ANGEL YÁGÜEZ³⁴ señala que “siempre se cita como antecedente de esta doctrina un caso de la jurisprudencia inglesa, el conocido como *Salomon v. Salomon and Company Limited*. Y lo curioso es que en este juicio no prosperó el levantamiento del velo que pretendió el liquidador de la sociedad” porque si bien el Juez Williams y el Tribunal de Apelación aceptaron la tesis del liquidador de desestimar la personalidad jurídica, la Cámara de los Lores, en sentencia de 1897, revocó por unanimidad los fallos del Juez Williams y del Tribunal de Apelación e inadmitió la pretensión del liquidador de que se desestimara la personalidad jurídica de *Salomon and Company Limited*. El mismo autor añade que “ha sido la jurisprudencia norteamericana la que sobre todo ha dado auge al levantamiento del velo”.³⁵

DOBSON³⁶ señala que ayudó mucho al desarrollo de la teoría del descorrimiento del velo la figura procesal del *estoppel*, que “tiene por finalidad impedir la inclusión de

³³ SEIJAS Rengifo, Ma. Teresa, op. cit., p. 399.

³⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, op. cit., p. 62.

³⁵ *Ibídem*, p. 63.

³⁶ DOBSON, Juan M., op. cit., pp. 265-271.

pruebas en un proceso que vengan a sostener la afirmación o negación de un hecho determinado. Se trata, así, de una regla procesal negativa, mediante la cual una persona se verá impedida ("estopped") de negar o afirmar un hecho".³⁷ Aclarando el punto, el autor señala que "en la doctrina inglesa contemporánea se admite que el estoppel implica que un hecho que resulta relevante a los fines de la decisión final del juicio se convierta en prueba inadmisible en el proceso en función de un hecho precedente, emanado de la parte que pretende su producción", y mediante ejemplos ilustra la explicación.³⁸ Se citará uno de ellos: una sociedad que emitió una certificación en la cual constaba que una persona determinada era titular de partes sociales de esa misma sociedad, posteriormente se vería impedida de probar que el beneficiario de esa afirmación no era titular de tales partes sociales frente a un tercero.³⁹ DOBSON añade que existen varios tipos de *estoppel*, todos los cuales se han aplicado en varios casos de *disregard*, pero de ellos el que resulta más interesante es el llamado "estoppel by conduct", "estoppel in pais", "estoppel in fact" o "estoppel de equidad" que "genera la prohibición de alegar o negar ciertos hechos en razón de una anterior conducta que resulta contradictoria con la actual afirmación."⁴⁰ Ciertamente que esta institución del sistema probatorio

³⁷ DOBSON, Juan M., op. cit., p.265.

³⁸ Ibidem, p. 266.

³⁹ Ibidem, p. 267.

⁴⁰ DOBSON, Juan M., op. cit., p. 268.

anglo-americano ayuda mucho para que el juez pueda llegar a la verdad real ya que los terceros quedan protegidos con la apariencia resultante del proceder de quien no podrá impugnar sus propios actos.

En los países de tradición romanística, una figura que se aproxima, sin llegar a la riqueza y variedad del *estopped*, es la teoría de los actos propios, en virtud de la cual nadie puede alegar en su beneficio su propia torpeza o fraude, que se resume en el aforismo latino "*nemo auditur propriam turpidinem allegans*".

Pero, como es de conocimiento general, en el sistema anglo americano no existe una elaboración doctrinal sistemática en la forma como ocurre en el sistema continental, sino que se va estructurando la teoría en base a las diversas situaciones que se presentan en la práctica. MARZORATTI, comentando el caso *Berkey*, resuelto por la Corte de Nueva York, señala:

"Aparentemente, el anterior es un caso importante y casi decisivo sobre el punto en análisis, atento al conocido principio del *stare decisis* que lo hace aplicable y obligatorio para un sinnúmero de tribunales inferiores actuando en casos similares. No obstante lo expuesto, la doctrina de *Berkey* no ha sido uniformemente seguida; porque los tribunales de varios Estados incluyendo los del Estado de New York, se las ingeniaron -atento a la peculiar creación normativa del *common law*- en distinguir los hechos de casos aparentemente similares de modo de llegar a una solución diferente..."⁴¹

⁴¹ MARZORATTI, Osvaldo J., op. cit., p. 720.

En el sistema continental, la teoría se desarrolló por los autores y fue recogida por la jurisprudencia. Quizá el autor que más contribuyó a la difusión de la misma fue el alemán Rolf SERICK,⁴² cuya obra *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles* se tradujo al español y se publicó por la Editorial Ariel de Madrid, en el año 1959, que impactó en forma gravitante en el pensamiento jurídico español y de allí se difundió por Latinoamérica, aunque antes, según señala DE ÁNGEL YAGÜES⁴³, en 1949, el profesor DE CASTRO dio la primera clarinada con su trabajo intitulado *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, publicado en el Anuario de Derecho civil, pp. 1397 y ss., que fue seguido de otros estudios en 1950, 1961, 1964, 1972 y 1981.

La doctrina y la jurisprudencia continental se han ocupado del tema y, en general, puede decirse que la tendencia es a reconocer la posibilidad de su aplicación restrictivamente, cuando sea necesario llegar al verdadero responsable, en caso de que no existan otros mecanismos para subsanar un grave daño a terceros, a trabajadores, etc., si, de no aplicarse, se dejara en indefensión a esas personas.

Una presentación sistemática de la producción jurisprudencial en España lo constituye la obra ya citada

⁴² BOLDÓ RODA, Carmen, "La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho privado español", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1997, año 30, Depalma, Buenos Aires, p. 2.

⁴³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, op. cit., p. 43.

de Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜES, *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia*, en la cual estudia un total de 157 sentencias dictadas tanto por el Tribunal Supremo español como por las audiencias provinciales, en algunas de ellas nombrando explícitamente la doctrina⁴⁴, en otros aplicándola sin nombrarla,⁴⁵ y que tratan sobre las siguientes materias:

- Levantamiento del velo y responsabilidad civil.
- Levantamiento del velo como medio para llevar a cabo la "comunicación" de la responsabilidad –u otra consecuencia de Derecho- entre una persona jurídica y sus miembros, o entre dos personas jurídicas en razón de la "identidad" de los intereses en juego.
- La valoración ética de las conductas como objetivo de la penetración en el sustrato de la persona jurídica.
- El levantamiento del velo en casos en que la persona jurídica se tiene presente como objeto, no como sujeto de la relación controvertida.

⁴⁴ Por ejemplo, en la sentencia "histórica" de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28.05.1984, en que expresamente se "levanta el velo jurídico": DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, op. cit., p. 84.

⁴⁵ Por ejemplo, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 07.02.1898: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, op. cit., p. 195.

- El levantamiento del velo en la sociedad de un solo socio o, en general, en la persona jurídica de un único miembro.
- Levantamiento del velo y tercería de dominio. Otras manifestaciones procesales.
- Levantamiento del velo y actos fiduciarios.
- El levantamiento del velo en problemas relacionados con el disfrute de bienes.
- El levantamiento del velo y confusión entre las denominaciones de personas jurídicas o empresas distintas.
- El levantamiento del velo en el orden laboral: el principio de “unidad de empresa”.
- Levantamiento del velo en el orden contencioso-administrativo.⁴⁶
- El levantamiento del velo en el Derecho penal.

Por su parte, HURTADO COBLES agrupa los supuestos de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a: 1) casos en los que se aprecia evasión de una obligación contractual utilizándose a la persona jurídica como instrumento; 2) casos en los que se utiliza

⁴⁶ Se debe recordar que en España no existe (como en la gran mayoría de países) una jurisdicción contencioso-tributaria, sino que esta materia forma parte de lo contencioso administrativo.

indebidamente a la persona jurídica para evadir obligaciones provenientes de la ley; y 3) supuestos en los que debe levantarse el velo para responder por acciones u omisiones culposas o negligentes, aprovechándose de la figura social.⁴⁷

Como se puede apreciar, el ámbito de aplicación de la figura es muy amplio⁴⁸, aunque algunos autores consideran que es la sentencia de 28 de mayo de 1984 del Tribunal Supremo español la que marcó la pauta, al condensar y exponer con fuerza la utilidad de la figura⁴⁹.

⁴⁷ HURTADO COBLES, José, op. cit., pp. 97-143.

⁴⁸ Pero los casos no concluyen allí. MEDINA DE RIVERA, Graciela tiene publicado un interesante estudio con el título “*Modalidades societarias como forma de defraudar la legítima. Análisis jurisprudencial privado*” en Contratación Contemporánea, Contratos Modernos, Derechos del Consumidor, 2, Palestra-Editorial Temis, Lima, Bogotá, 2001, pp. 249-262, en donde registra 6 formas societarias destinadas a defraudar al legitimario.

⁴⁹ Por ejemplo, ORTIZ VAAMONDE, Santiago, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo: régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, Getafe (Madrid), La Ley, 2004, p. 23. En especial, el considerando cuarto de dicha sentencia señala: “Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos 1.1. y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el ‘substratum’ personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar

La gran variedad de casos nos permite advertir un problema en la aplicación de la figura, porque “los supuestos de hecho en los cuales el instituto puede jugar un rol no pueden ser a priori abarcados acabadamente”⁵⁰ por lo que “la literatura en Alemania ha sistematizado, entre otros, los siguientes grupos:

- a) confusión de patrimonio y de esfera.
- b) insuficiencia de capital.
- c) conducción externa.
- d) abuso de derecho”⁵¹

Como señala Carmen BOLDÓ RODA, el autor alemán Rolf SERICK, quien es el divulgador en el continente de la teoría del disregard, sostuvo que “la decisión de desestimar o no la forma de la persona jurídica dependerá de que con ayuda de ella se trate de

(‘levantar el velo jurídico’) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de ‘los derechos de los demás’ (artículo 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de la personalidad, de un ‘ejercicio antisocial’ de su derecho...”Se puede acceder al texto completo de la sentencia en [http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database match= TS&referen ce=4408154&links=&optimize=19960113](http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database_match=TS&referen ce=4408154&links=&optimize=19960113) (fecha de la consulta: 17 de junio de 2010).

⁵⁰ MOEREMANS, Daniel E., Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del “disregard of legal entity”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, Buenos Aires, Depalma, 1989, año 22, p. 714-723.

⁵¹ Ibidem, p. 720.

burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de un “abuso “ de dicha figura”⁵²; La misma tratadista añade que el punto más débil de este planteamiento doctrinal “lo constituye, sin duda la imposibilidad de hallar un criterio rector que permita averiguar los casos en los cuales el juez pueda prescindir de la forma de la persona jurídica, lo que dará lugar a una grave situación de inseguridad jurídica”.⁵³

IV.- EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN EL ARBITRAJE

El jurista peruano Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, en un interesante artículo intitulado “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”⁵⁴, señala que

“Tanto en el ámbito internacional como en el nacional pueden encontrarse situaciones tales como que un grupo económico extranjero obtiene la buena

⁵² BOLDÓ RODA, Carmen, “La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho privado español”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)* , 1997, año 30, Depalma, Buenos Aires p. 2.

⁵³ Ibidem, p. 2. En su obra *La doctrina del levantamiento del velo en el derecho español*, cit., pp. 252-255, resume las posiciones contrarias a la adopción de la doctrina del levantamiento del velo.

⁵⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, septiembre de 2004, en:
<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm> (fecha de acceso: 17 de junio de 2010), pp. 17.

pro para desarrollar una obra dentro de las fronteras de un determinado Estado y, para este efecto, utiliza una u otra de las compañías que integran el grupo, según criterios de especialización o de oportunidad: y sucede que el dueño de la obra puede intentar reclamar por defectos en ella contra no necesariamente aquella empresa que la ejecutó directamente y que tiene un patrimonio reducido sino sobre la más importante de las compañías de ese grupo empresarial aunque no haya participado o haya tenido una participación sólo incidental en la obra. Las relaciones financieras asumen también en algunos casos formas muy complejas en las que intervienen muchas personas jurídicas de una y otra parte; y puede suceder que los accionistas de una sociedad invoquen el convenio arbitral estatutario para demandar a otras compañías del grupo mayoritario y reclamar sobre el patrimonio social que, a través de una red de subsidiarias, pretenden que les habría sido escamoteado”.⁵⁵

Como se advierte, el autor trata de dos casos de reclamos, de parte de terceros el primero, originado en los propios accionistas que se sienten perjudicados en el segundo.

El autor añade que en estas circunstancias, “los juristas, los jueces y los árbitros se preguntan si es posible responsabilizar a todas las compañías de un grupo económico por los actos de una de ellas o, inversamente, si una cualquiera de las compañías del

⁵⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, op. cit., p. 1.

grupo tiene derecho a exigir a la contraparte contractual aunque no sea ella quien firmó el contrato”.⁵⁶

Como respuesta a esta pregunta surge la teoría de que es posible “rasgar el velo societario”, así es como “desde hace algún tiempo, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países y tribunales arbitrales internacionales ha tentado, cautelosa pero valerosamente, el camino espinoso de ir más allá de las formas jurídicas para resolver los conflictos de manera más conforme con la realidad.”⁵⁷

El autor señala que en virtud de que el juez ejerce constitucionalmente una función jurisdiccional, cualquiera puede ser demandado ante el Poder Judicial, mientras que en el árbitro ejerce una jurisdicción delegada por las partes que así lo convinieron, por lo que “puede pensarse que no podría (el árbitro) rasgar el velo societario para incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral”⁵⁸ ya que por su origen y por su naturaleza el convenio arbitral es un contrato y rige el principio de la eficacia relativa de los contratos, que se consagra en el aforismo latino *res inter alios acta aliis praeiudicare non potest* (aquello acordado no puede perjudicar a quienes son ajenos al acuerdo); pero, agrega el autor citado, en la actualidad los tratadistas en materia de Derecho arbitral consideran muy formalista

⁵⁶ Ibidem, p. 1.

⁵⁷ Ibidem, p. 1.

⁵⁸ Ibidem, p. 6.

esa manera de pensar y a posibilitar el que se llame al proceso a terceros; así, señala que la doctrina y la jurisprudencia francesa, siguiendo al Prof. Fouchard, “se orientaron en el sentido de que un no-signatario del convenio arbitral podría ser involucrado en el proceso arbitral y obligado a aceptar sus resultados, cuando había intervenido en la formación del acuerdo (conclusión), ejecución o terminación del contrato subyacente”.⁵⁹ Trae jurisprudencia de la International Chamber of Commerce (ICC) y agrega que “Hay una fuerte tendencia entre los árbitros que actúan bajo los auspicios de ICC a reconocer que un convenio arbitral firmado por una sociedad que pertenece a un grupo de sociedades, obliga y otorga título a otras compañías miembros de tal grupo, siempre que se cumplan ciertas condiciones mínimas.”⁶⁰

V.- EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN ECUADOR

En nuestro derecho positivo, la figura procede básicamente al amparo de lo que disponen los artículos 1562 del Código Civil y 17 de la Ley de Compañías; actualmente el acceso al conocimiento de quienes son titulares de las acciones, participaciones y más derechos en las sociedades se ha facilitando enormemente gracias a lo que dispone la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos⁶¹, particularmente en el artículo 6

⁵⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, op. cit., p. 7.

⁶⁰ Ibidem, p. 8.

⁶¹ Registro Oficial suplemento al 162 de 31.03.2010.

inciso 5°, disposición general segunda y las disposiciones reformativas segunda que derogó el artículo 444 de la Ley de Compañías y sustituyó el 443, y tercera que reformó los artículos 45 y 65 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero codificada.

En la Ley para reprimir el lavado de activos⁶² se pone énfasis en el deber de las entidades del sistema financiero de registrar y reportar las operaciones por montos superiores a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, así como en el de reportar periódica y sistemáticamente acerca de la existencia o no de operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas, de las que tengan conocimiento, art. 3 c), d) y e), bajo responsabilidad “personal e institucional”, pero a la “unidad de inteligencia financiera” se le confieren atribuciones limitadas, en el art. 10 b): “Solicitar de los sujetos obligados a informar, de conformidad con lo previsto en esta Ley, la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones, con la finalidad de procesarla, analizarla y custodiarla; y, de ser el caso, respecto de la información que le haya sido entregada, solicitar aclaraciones o ampliaciones”. En el art. 14 se tipifica el delito de lavado de activos, y se señala que se lo puede cometer “en forma directa o indirecta”. En el art. 17 inc., 2° se dispone: “Asimismo, de ser el caso, la condena por delito de lavado de activos dará lugar a la extinción de la persona jurídica creada para el efecto.” En la disposición general cuarta se dispone que “En ningún caso, los sujetos obligados a informar, podrán invocar el sigilo o

⁶² Ley 12-2005, Registro Oficial 127 de 18.10.2005.

reserva bancaria, ni el secreto profesional o fiscal, para negar el acceso o demorar la entrega de la información solicitada, especialmente cuando lo requieran las autoridades judiciales.” Esta ley, por ser de naturaleza penal, se la debe interpretar estrictamente, recordando el principio de legalidad que rige en forma absoluta en el campo penal, por lo que se le ha considerado insuficiente y la Procuraduría General del Estado ha presentado a la Asamblea Nacional un proyecto de reformas a la misma.⁶³

Pero, por sobre estas disposiciones legales, están las normas y principios constitucionales que constan de la Constitución de Montecristi: artículo 3 N° 4, que garantiza la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico; artículo 11 N°5 que constituye a los jueces en garantes de la vigencia de los derechos y garantías constitucionales; artículo 75 que consagra el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso quede en la indefensión; artículo 83 que establece los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos y ecuatorianas; artículo 172 que señala los deberes y

⁶³ Oficio N° 14512 de 03.06.2010 dirigido por el Procurador General del Estado al Presidente de la Asamblea Nacional. Posiblemente la consideración de que la ley vigente no brinda los mecanismos suficientes para un adecuado control del lavado de dinero mal habido fue la causa por la cual las autoridades ecuatorianas no pudieron cumplir con las recomendaciones del GAFI y se impusieron sanciones al sistema financiero del país por esta razón.

(Ver FATF-GAFI FATF Public Statement <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/34/29/44636171.pdf> Fecha de consulta 17 de junio de 2010).

responsabilidades de los jueces y juezas, en virtud del cual son garantes de la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

La jurisprudencia ecuatoriana sobre el tema es realmente escasa. La posición clásica de nuestros juristas, fruto de positivismo extremo que se profesó en el país, hizo que se considerara que la moral nada tiene que ver con el derecho⁶⁴ y, precisamente, son los valores éticos los que inspiran al instituto, por ello no se hizo sino esfuerzos esporádicos para remediar la situación.

En el campo laboral, se señala como antecedente remoto⁶⁵ la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia de 22 de mayo de 1944,⁶⁶ dictada dentro del juicio seguido por José Leonardo López contra

⁶⁴ En la Gaceta Judicial serie XIII N° 5, p. 1114, dentro del voto salvado al fallo de 14 de marzo de 1979, dictado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio de cumplimiento de promesa de venta que siguió el Coronel Pedro Bolívar Salazar contra Carmela Flores Rodríguez, se lee lo que ha constituido el pensamiento general de los juristas ecuatorianos: "Se dirá, tal vez que un fallo no puede legalizar un procedimiento incorrecto, pero este asunto atañe al orden moral y no al legal y al respecto cabe recordar la doctrina sostenida por el Dr. Víctor Manuel Peñaherrera el mismo que planteaba la posible oposición en que puede colocarse un juez entre lo no ético y lo legal y concluye que el juez debe atenerse al cumplimiento de la ley.

⁶⁵ Así la califica MONTALVO, María de los Ángeles, en *La teoría de la desestimación de la personalidad y el contrato de trabajo* (monografía para la obtención del título de Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2002, p. 25.

⁶⁶ Gaceta Judicial serie VI N° 14, pp. 897-898.

la señora Dolores M. Cortés, propietaria de la fábrica de jabones "El Progreso", la que era una compañía en nombre colectivo. La sentencia condenó a la demandada a indemnizar al actor por despido intempestivo. En ningún momento se invocó, la teoría del descorrimiento del velo, sino que, más bien se aplicó la solidaridad que en el campo labora tienen los empleadores, sus representantes, socios, consocios o copartícipes o interesados en la empresa.

Posteriormente, la Quinta Sala de la Corte Suprema de Justicia dictó el 11 de abril de 1985 sentencia⁶⁷, dentro del juicio seguido por Raúl Vinicio Garzón Rodas contra Mitchell Cots S.A. El actor en los fundamentos de su demanda señala que trabajó durante un período de tiempo para luego pasar a prestar sus servicios a la Compañía Ecuatoriana de Té C.A. "dependiente de la misma compañía", y que posteriormente se le ordenó que regresara a la empresa demandada, alega despido intempestivo y pide que se le indemnice según la tabla de tiempo resultante de su trabajo en las dos empresas y no con la correspondiente al período últimamente trabajado para la demandada. El fallo, aunque no se pronuncia expresamente pero aceptó esta pretensión y ordenó que se le indemnice según la tabla correspondiente al tiempo total trabajado para la empresa principal y la dependiente.

María de los Ángeles MONTALVO sostiene que, a su juicio, en ninguno de los casos señalados se aplicó la teoría del descorrimiento del velo, sino el "principio de la

⁶⁷ Gaceta Judicial serie XIV N° 8, pp. 1891-1893.

realidad, principio rector del derecho del trabajo” que permite “soslayar la persona jurídica e imputar la responsabilidad en forma solidaria a los conductores, socios o copartícipes cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa”; en definitiva. Se aplica el principio tuitivo del derecho laboral, que nada tiene que ver con el uso desviado de la personalidad societaria ni con su utilización como instrumento para fines puramente individuales.⁶⁸ En efecto, en el campo laboral y atento el estado de nuestra legislación, no es necesario acudir a la figura del levantamiento del velo ya que la normatividad laboral y el principio tuitivo del derecho del trabajo ofrecen suficientes mecanismos para el resguardo de los derechos de los trabajadores.

En el campo civil y mercantil, el primer caso en que se hizo expresa referencia a la doctrina del levantamiento del velo lo constituye la sentencia N° 393-99 de 08.07.1999⁶⁹ (Rubén Morán Buenaño vs. Ricardo Antonio Onofre González y Leopoldo Morán Intriago) dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, y que si bien no se descorrió el velo, no pudo dictarse una sentencia de mérito por no haberse integrado la litis consorcio pasiva necesaria ya que no se contó con el Sindicato General de Choferes del Guayas, por lo que si se hubiera dictado sentencia contra esta entidad, no habría podido ejecutarse por no alcanzarla. Este fallo es interesante,

⁶⁸ MONTALVO, María de los Ángeles, op.cit., p. 27.

⁶⁹ Registro Oficial 273 de 09.09.1999.

además, porque la persona jurídica involucrada no era una sociedad sino un sindicato.

Los primeros fallos en que se aplicó la teoría del descorrimiento del velo lo constituyen las sentencias N° 120-2001, de 21.03.2001,⁷⁰ (Diners Club del Ecuador vs. Mariscos de Chupadores CHUPAMAR S.A.), y N° 20-03, de 28.01.2003⁷¹, (Ángel Puma vs. Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda.), ambas dictadas por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil.

En la sentencia N°120-2001 la Sala dijo:

“En la actuación de las personas jurídicas, se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros. Pierde por completo su razón de ser y su justificación económica y social; ya no es más una persona ideal o moral y se convierte en una mera figura formal, un recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines. Como señala la doctrina, “la reducción de ella (la persona jurídica) a una mera figura formal, a un mero recurso técnico, va a permitir su utilización para otros fines, privativos de las personas que los integran y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura. Esta situación desemboca en el llamado «abuso» de la

⁷⁰ Registro Oficial 350 de 19-06-2001 y Gaceta Judicial serie XVII N° 5.

⁷¹ Registro Oficial 58 de 09.04.2003 y Gaceta Judicial serie XVII N° 12.

persona jurídica, que se manifiesta, principalmente, en el ámbito de las sociedades de capital.” (Carmen Boldó Roda, “La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español”, R.D.C.O., año 30, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1 y ss.). Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico, llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos. Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria”.

En la sentencia N° 20-03, la Sala dijo:

Sobre la teoría del “levantamiento del velo” o del “disregard” de la sociedad o compañía también se ha dicho: “Si consideramos a la sociedad como un instrumento técnico que el derecho provee a los seres humanos, atribuyéndole determinadas cualidades que permiten diferenciar totalmente la sociedad de los socios que la integran, resulta fácil establecer en qué casos es posible prescindir de esa personalidad. Cada vez que los individuos que recurren a la forma jurídica

corporativa lo hacen apartándose de los fines que tuvo presentes el legislador, la imputación de los derechos, obligaciones y responsabilidades no se debe hacer a la sociedad, sino directamente a los socios, prescindiendo o pasando por alto la personalidad jurídica atribuida.”, señala Carlos Alberto Villegas en su obra *Tratado de las Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª. edición, 1995, p. 48. El mismo autor continúa: “En tales supuestos el juez puede «romper el velo» de esa personalidad jurídica y «penetrar» en la realidad, atribuyendo a los individuos que están detrás del velo societario (ocultos o escondidos detrás de él), directamente, la consecuencia de los actos o conductas antijurídicos.” (ibídem, p. 48). De igual forma opina R. Serick, citado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas (*Derecho Societario*, parte general, *La personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 73), quien expone: “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera «abusiva», el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe «abuso» cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar una ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros”.

En realidad se trató de dos casos de abuso del proceso en los que se pretendió evadir el pago de obligaciones pendientes, mediante el cambio de representante legal en el primer caso y de tipo societario en el segundo. La teoría del descorrimiento del velo se utilizó como recurso técnico para penetrar hasta el real obligado, el dueño del 99.5 por ciento de las participaciones en el primer caso, y del ciento por ciento en el segundo.

Actualmente, no se precisaría invocar la teoría del descorrimiento del velo en razón de la reforma constitucional y legal que se expone más adelante.

Estos dos fallos fueron precedidos por la sentencia N° 133-1999, de 26.02.1999, (Amparo Páez Taco vs. Edgar Llovani Sotomayor)⁷², en que la Sala dijo:

“El artículo 1589 del Código Civil dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”. Esta norma legal, aunque se refiere a los negocios jurídicos bilaterales, sin embargo es aplicable a toda obligación sea cual sea la fuente de la que dimanen ya que contiene un axioma básico de todo el ordenamiento jurídico patrimonial, esto es, que las obligaciones han de cumplirse de buena fe, ya que es una proposición tan clara y evidente que ni siquiera precisa de demostración y constituye postulado fundamental que sirve de base para la justificación de la potestad de la que se halla asistido todo acreedor para acudir ante el Estado a solicitarle y alcanzar de éste que ponga todo el imperio del cual se halla dotado al servicio de su interés privado a fin de que coercitivamente se ejecute la prestación a la cual está constreñido el deudor y que sirve para satisfacer el interés privado de tal acreedor; ausente la buena fe en el comportamiento de las partes

⁷² Registro Oficial 162 de 05.04-1999.

unidas por una relación obligatoria, cambia por completo el panorama; en efecto, si desaparece este elemento vital en la parte deudora, no solamente que el Estado le impondrá compulsivamente el cumplimiento de su deber jurídico, sino que además será responsable de todo daño y perjuicio que sufra la parte acreedora y, en ciertos casos en que este comportamiento injurídico afecta al interés de la sociedad toda, causando alarma y provocando sentimiento de inquietud que incide en el bienestar colectivo, vulnerando así un bien social, inclusive llega a tipificarlo como delito penal; pero de la misma manera, si la parte acreedora no actúa de buena fe y pretende alcanzar beneficios exorbitantes, más allá de aquellos que se hallan justificados por la causa de la relación creditoria, o trata de imponer al deudor su voluntad abusiva, pretendiendo rebasar los límites que le señalan no solamente la declaración de voluntad que ha originado la relación obligatoria (cuando ésta nace de un negocio jurídico) sino también la ley, la costumbre y la propia naturaleza de la obligación, el Estado no puede acudir en auxilio de este acreedor que no pide se le ampare en el ejercicio de su derecho sino que pretende abusar de él. El comportamiento de las dos partes, acreedora y deudora, ha de ser, pues, equilibrado, enmarcado dentro de los límites señalados y caracterizado por la buena fe. Esta piedra angular y regla fundamental del derecho de las obligaciones es, básicamente, una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva, "una regla objetiva de honradez del comercio jurídico" (Von Thur, citado por Camacho Evangelista en "La

buena fe en el cumplimiento de las obligaciones", Granada, 1962, pág. 32), Como lo viene sosteniendo la doctrina francesa contemporánea, la buena fe descansa en un deber moral que se transforma en obligación jurídica de lealtad entre las partes. Georges Ripert, en su célebre obra "La regle morale dans les obligations civiles", 4^a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pág. 6, No. 3) así lo entiende y por ello dice que "la regla moral puede ser estudiada, en primer lugar, en su función normativa, cuando viene a impedir el abuso de la forma jurídica que se querría utilizar para fines que la moral reprueba. Frente al principio de la autonomía de la voluntad, se eleva la necesidad para las partes de respetar la ley moral, la protección necesaria debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte, ella enseña que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad en las prestaciones puede ser reveladora de la explotación de los débiles; ella arroja la duda sobre los acuerdos que son la expresión de una voluntad muy poderosa doblegando una voluntad debilitada". Camacho Evangelista (op. cit., pág. 20) señala que la buena fe obligacional "exige que se realice no sólo lo que se debe en razón de la obligación, sino que se cumpla con la moral y con las reglas sociales que suponen un proceder honesto". Enneccerus (en Enneccerus-Kipp-Wolff: Tratado de Derecho Civil, T. II, "Derecho de Obligaciones", vol. 1, Bosch, Barcelona, 7^a. ed., 1954, págs. 19-20), en relación al qué y al cómo de la prestación, dice: "la doctrina dominante y, en particular, la jurisprudencia han deducido como principio supremo y absoluto que domina todo el

derecho de las obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, pero teniendo presente que el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales esta voluntad es indiferente:

- 1.- La buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes, que choquen contra el derecho y la equidad. Pero el (derecho) viene también a favorecer al acreedor protegiéndole contra la conducta del deudor que viole la buena fe, por ejemplo, contra las prestaciones a destiempo...
- 2.- En determinadas circunstancias, de la buena fe puede resultar también que el deber de prestación sea más amplio que el contenido fijado en el contrato o por la ley.
- 3.- En virtud de la buena fe también puede resultar por otro lado que se atenúe el deber de prestación, e incluso brotar un derecho del deudor a ser liberado de aquel deber o un derecho a que se transforme la relación contractual.
- 4.- La jurisprudencia ha fundado también sobre (el principio de la buena fe) la llamada revalorización de las prestaciones afectadas por la devalorización sufrida por el dinero a consecuencia de la guerra y de la inflación”.

Este fallo es de gran importancia, puede calificarse como la exposición de la posición doctrinaria de quienes integraban en esa época la Sala y ayuda a comprender el porqué de la aplicación de la doctrina en estudio ante dos

evidentes casos de abuso del proceso, en una época en que todavía no existía en el derecho positivo norma alguna que proclamara el principio de la buena fe y la lealtad procesal como fundamento de la actividad judicial.⁷³ En este fallo se puso de relieve la importancia de la buena fe como “piedra angular y regla fundamental del derecho de obligaciones” que es, básicamente “una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva «una regla objetiva de honradez del comercio jurídico»”. Actualmente la moral ha reingresado en el campo del derecho, del que estuvo por tanto tiempo desterrada, la Constitución de la República, a más de lo que dispone en el artículo 3 N° 4, antes citado, en el artículo 174 inciso segundo dice que “la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley”; y en el Código Orgánico de la

⁷³ El artículo 207 inciso 3ª de la Constitución Política codificada en 1998 disponía que “la persona que litigue temerariamente pagará a quien haya ganado el juicio las tasas que éste haya satisfecho, sin que en este caso se admita exención alguna”: esta norma, sin duda alguna fundada en el deber de buena fe y lealtad procesal, era lo única consagración constitucional de este principio. En el Código de Procedimiento Civil el artículo 283 dispone la condena en costas a quien litigue temerariamente o proceda con mala fe, el 284 agrega que si hay condena en costas también se mandará a pagar los honorarios de la defensa de la otra parte, y el 285 añade que en ningún caso será condenado en costas el Estado pero que se condenará al pago de ellas al procurador o al fiscal que haya sostenido el pleito de mala fe o con temeridad notoria. Pero nada más. Ello ha ocasionado un sinnúmero de abusos que son de conocimiento público, lo que obligó a incorporar a la propia Constitución el principio de la buena fe y la lealtad procesal.

Función Judicial, artículos 21, 26, 131, 132, 335 N° 9 entre otros, se establecen los deberes de jueces y juezas de velar por la buena fe y la lealtad procesal y de impedir todo tipo de maniobras fraudulentas y las sanciones a las partes y a los abogados por estas conductas que, fundamentalmente, son contrarias a la ética.

Posteriormente, se dictaron dos fallos, N° 135-2003 de 14.05.2003⁷⁴ (José Miguel Massuh Buraye vs. Roberto Massuh Dumani y la Compañía de Desarrollo Industrial del Ecuador DIDEA S.A.), en que se declaró que no concurrían los elementos para rasgar el velo societario; y N° 172-2004 de 23.07.2004⁷⁵ (Miguel Ángel Encalada Mora vs. Jorge Encalada Mora, Alicia Villacís de Encalada, Compañía Garijasa, Ganadera Agrícola Río Jagua S.A., José Encalada Mora) en que tampoco se aplicó la doctrina en aplicación del principio "*nemo auditur propiam turpidinem allegans*".

Ortiz García estima que existen fallos de triple reiteración que, de conformidad con el artículo 19 de la Ley de casación, constituirían precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para los tribunales de instancia aunque no para la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional).⁷⁶ Eduardo Carmigniani Valencia igualmente afirma que "En el Ecuador existe jurisprudencia

⁷⁴ Registro Oficial 128 de 18.07.2003.

⁷⁵ Registro Oficial 553 de 29.03.2005.

⁷⁶ ORTIZ GARCIA, Pablo, "Desestimación de la persona jurídica", en *Ruptura*, N° 46, Asociación Escuela De Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito 2003, p. 580.

obligatoria de casación que acepta la aplicabilidad de la Teoría de la Desestimación”.⁷⁷

En materia tributaria, el 03.04.2009, se dictó una sentencia por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia (IMPORGAN S.A. vs. SRI), en la que se descalifican las facturas emitidas por una compañía por aceptar la afirmación de la administración tributaria de que se trata de una “empresa de papel”, pero no se invoca la teoría del descorrimiento del velo sino que se aplica el principio de la búsqueda de la voluntad económica de las partes y la prevalencia de la *intentio factis* sobre la *intentio juris* al amparo de lo que dispone el artículo 17 del Código Tributario. La autoridad tributaria ha venido insistiendo en que debe descorrerse el velo para evitar la evasión tributaria y alegando que el artículo 17 del Código Tributario permite a los jueces ir más allá, hasta el descorrimiento del velo societario.⁷⁸ Es a todas luces innecesario en este campo acudir a la teoría del levantamiento del velo habida cuenta lo que dispone el

⁷⁷ CARMIGNIANI VALENCIA, Eduardo, “Responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad”, en *Derecho Societario Memorias de las Primeras Jornadas Nacionales Octubre 22 y 23 de 2003*, Edino, Guayaquil 2004, p. 109.

⁷⁸ Así lo hizo en el proceso dentro del cual se dictó el fallo antes referido. El artículo 17 del Código Tributario dice: “**Calificación del hecho generador:** Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados. Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen”.

artículo 17 del Código Tributario y La ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y sus reformas a la Ley de Compañías y a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, citadas en líneas anteriores, en cuanto permiten divulgar la información sobre los accionistas, socios o propietarios, lo cual indudablemente facilitará establecer procesalmente la voluntad económica de las partes y que prevalezca la *intentio factis* sobre la *intentio juris* para que no se utilice la figura societaria como un simple recurso técnico para inflar gastos o licuar utilidades.

Sin embargo, la falta de normas expresas considero que no es óbice. Con las últimas reformas a la Ley de Compañías y a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y con las disposiciones de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, más las facultades concedidas por el Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces y tribunales tienen las herramientas necesarias para desarrollar esta institución, a más de los principios de derecho universal señalados de la honestidad y la buena fe, una vez que la ética se ha reincorporado al mundo jurídico, pero hace falta que los abogados con ingenio y preparación la planteen ante los tribunales y que los jueces que los integren, con una mirada moderna y con conciencia social, la recojan en sus fallos. Esperemos que esto ocurra.

CONCLUSIONES

1.- La teoría del descubrimiento del velo no constituye una panacea que solucione todos los casos de utilización fraudulenta o abusiva de la persona jurídica.

2.- Es útil en casos extremos, cuando la actuación de los agentes es manifiestamente contraria a derecho o abusiva. Pero de allí no pasa.

3.- Si es mal utilizada, los daños que podría causar serían infinitamente mayores que los posibles beneficios, ya que no habría seguridad jurídica y los inversionistas simplemente no invertirían, con la consiguiente paralización del mercado, el crecimiento del desempleo y el mayor empobrecimiento de la sociedad ecuatoriana.

Lo delicado del tema ya fue puesto de manifiesto en los fallos que dictó la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en los que se señaló que la figura se aplica en situaciones extremas, “que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria”, razón por la cual los abogados no la han de invocarla con ligereza y los jueces han resistir la tentación de echar mano de la misma como fácil medio para salir del paso.

4.- La doctrina del levantamiento del velo es una institución fundamentalmente de naturaleza procesal, excepcionalmente afecta a la personalidad jurídica o al principio de limitación de la responsabilidad patrimonial,

en los casos en que el juez, en guarda de la ley y de la moral y para evitar el abuso del derecho, se ve en la necesidad ocasional de traspasar el velo y extender la responsabilidad patrimonial a los socios o a los terceros que se estarían beneficiando indebidamente.

5.- El levantamiento del velo es un principio general del derecho. No existen precedentes jurisprudenciales que la reconozcan ni precisa de ley ni de precedente jurisprudencial obligatorio para regir, ya que los principios generales del derecho están allí desde siempre y para siempre, y a ellos han de acudir los jueces cada vez que sea menester. Los jueces están obligados a administrar justicia, sin que puedan excusarse alegando falta u obscuridad de la ley, de no cumplir con su obligación estarán negando el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, que es un derecho consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, por lo que, de cumplirse los presupuestos para que opere, deberán aplicar esta doctrina ante la falta de ley.

6.- Abogados y jueces han de tener en cuenta que la figura del descorrimiento del velo no reemplaza a las consagradas en el derecho positivo, como la de nulidad por objeto o causa ilícita, la de disolución y liquidación cuando se ha abandonado en forma permanente la causa fin de la sociedad configurándose el vicio conocido como de *ultra vires*, la reparatoria de daños y perjuicios a favor de los socios cuando hayan impugnado los acuerdos societarios lesivos, o la acción indemnizatoria de daños y perjuicios por los terceros perjudicados, de conformidad con las normas atinentes a los delitos y cuasidelitos, por los fraudes, abusos y vías de hecho cometidas por los administradores o socios.

7.- Es muy difícil elaborar una doctrina unitaria y tampoco puede decirse que los casos que ha resuelto la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia constituyan precedentes jurisprudenciales obligatorios ya que cada caso es único, hay⁷⁹ una multitud de circunstancias y de hechos propios de los casos singulares, que no resulta fácil poder establecer reglas de carácter general. Es preferible confiar en la prudencia, sabiduría y coraje de los jueces que han de aplicar o no la figura según las circunstancias de cada caso concreto.

8.- Sería un desacierto dictar una ley que pretenda incorporar la figura al ordenamiento legal, ya que la dinámica de las situaciones en que pueden presentarse los fraudes a la ley o el abuso de terceros hace que vayan cambiando con tal rapidez, que la ley al final quedaría sin aplicación.⁸⁰ Este es un tema de política legislativa. El

⁷⁹ Se dictan muchas leyes que, después, no tienen aplicación: tal el caso de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada que, por la enorme carga burocrática que impone, ha impedido el establecimiento de empresas de esta clase. Algo igual ocurre con la Ley de Concurso Preventivo, hasta el punto que se propone derogarla.

⁸⁰ Se me facilitó por la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario un proyecto de "Ley para combatir los abusos de la personalidad jurídica", que deberá ser analizado a profundidad y discutido lo más ampliamente, ya que pretende, en 57 artículos más una disposición derogatoria, modificar los Códigos Civil, de Comercio, de Procedimiento Civil, las leyes de Compañías, General de Instituciones del Sistema Financiero, de Mercado de Valores, Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada. Temas como el relativo a la persona jurídica, a la formación del consentimiento en los negocios jurídicos, al cumplimiento de las obligaciones etc. deben ser muy meditados, la

país necesita atender prioritariamente aquellos campos en que se presentan mayores deficiencias. En el campo procesal, ante todo debe darse la estructura definitiva al Consejo de la Judicatura, a la Fiscalía y a los tribunales y juzgados; han de modernizarse los procesos civiles con un nuevo código procesal incorporando el proceso oral, materia en que el legislador se halla en mora desde 1998, hay que igualmente organizar la justicia de paz, hay que solucionar el gravísimo conflicto producido con la justicia indígena por la falta de una ley de compatibilización, etc. No existen datos ciertos de la frecuencia del uso abusivo de la personalidad jurídica, pero seguramente son mínimos frente a la masa de problemas que aquejan a los más pobres, y no pueden merecer atención prioritaria, tanto más cuanto que la solución a los abusos y los fraudes no se dan por vía de crear más leyes sino de que haya jueces honestos, conocedores y con mística, que apliquen las leyes y, cuando éstas falten, los principios generales del derecho.

reformas procesales deben encuadrarse dentro de la reforma general del proceso, no es conveniente seguir haciendo las reformas "parche" que en lugar de solucionar, complican más el panorama, baste citar como ejemplo el problema de la reforma del artículo 407 del CPC que, por no haberse aceptado la propuesta de reformar también el 480, como se hizo constar en el proyecto de Código Orgánico de la Función Judicial, el juicio ejecutivo de ínfima cuantía se quedó en 20 dólares y muy pocos demandan hasta 5.000 dólares en juicio ordinario de ínfima cuantía, por lo que esta reforma prácticamente ha quedado como letra muerta.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Madrid, Colex, 1997.
- BOLDÓ RODA, Carmen, "La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho privado español" en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1997, año 30, Buenos Aires, Depalma, p. 1-60.
- BOLDÓ RODA, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, cuarta edición, 2006.
- BORDA, Guillermo Julio, El abuso de la persona jurídica en el contrato de sociedad, en *Contratación contemporánea, Contratos modernos, derecho del consumidor, Instituciones de Derecho Privado*, bajo la dirección de Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, T. 2, Bogotá, 2001, Palestra – Editorial Temis, pp. 263-292.
- BUENO, Esteban Francisco, *Acercamiento a la doctrina del disregard o levantamiento del velo societario* en *Revista Ruptura*, N° 49, Asociación Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2005, pp. 196-204.
- CARMIGNIANI VALENCIA, Eduardo, "Responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad", en *Derecho Societario Memorias de las Primeras Jornadas Nacionales Octubre 22 y 23 de 2003*, Guayaquil 2004, Edino, pp. 109-127.

- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje", septiembre de 2004, en:
<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm>.
- DOBSON, Juan M., El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado), Buenos Aires, 1985, Desalma.
- GARCÍA VICENTE, Jaume, *Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social*, Barcelona, J.M Bosch Editor, 2003.
- GULMINELI, Ricardo Ludovico, "Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1993-A año 26, Buenos Aires, Depalma, p. 121-167.
- HURTADO COBLES, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Barcelona, Atelier Editorial, S.L., 2000.
- JUNYENT BAS, Francisco, "Reflexiones sobre el abuso de la personalidad societaria" en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2005-A, año 38, Depalma, Buenos Aires p. 255 - 274.
- MARZORATTI, Osvaldo (h), "La teoría del disregard of legal entity a través de la jurisprudencia norteamericana", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1968, año 1, Buenos Aires, Depalma, p. 717-724.
- MEDINA DE RIVERA, Graciela Modalidades societarias como forma de defraudar la legítima. Análisis jurisprudencial privado en *Contratación Contemporánea, Contratos Modernos, Derechos del Consumidor*, 2,

Palestra-Editorial Temis, Lima, Bogotá, 2001, pp. 249-262.

- MONTALVO, María de los Ángeles, *La teoría de la desestimación de la personalidad y el contrato de trabajo*, monografía para la obtención de Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2002.
- MOEREMANS, Daniel E., Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del “disregard of legal entity”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1989, año 22, p. 714-723.
- ORTÍZ GARCÍA, Pablo, “Desestimación de la persona jurídica”, *Ruptura*, N° 46, Asociación Escuela De Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito 2003, p. 571 – 581.
- ORTÍZ VAAMONDE, Santiago, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo: régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, Getafe (Madrid), 2004, La Ley, p. 23.
- SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)” en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, UNMSM, Vol 64, (N° 1- N° 2), Lima, 2007, pp. 397-426.

Fernando Egas Cedeño

Contenido

- *Índice de los nueve primeros números de la Revista de Derecho Societario, Órgano oficial de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario.*
- *Índice por autor de los nueve primeros números de la Revista de Derecho Societario, Órgano oficial de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario.*
- *Índice por temas de los nueve primeros números de la Revista de Derecho Societario, Órgano oficial de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario.*

— 11 —

Contents

- 1. Introduction to the study of the history of the world, from the beginning of the world to the present time, as recorded in the Bible and in the writings of the ancient and modern historians.
- 2. The history of the world, from the beginning of the world to the present time, as recorded in the Bible and in the writings of the ancient and modern historians.
- 3. The history of the world, from the beginning of the world to the present time, as recorded in the Bible and in the writings of the ancient and modern historians.

**ÍNDICES DE LOS NUEVE PRIMEROS NÚMEROS
DE LA REVISTA DE DERECHO SOCIETARIO,
ÓRGANO OFICIAL DE LA ACADEMIA
ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO**

Fernando Egas Cedeño

ÍNDICE DE LA REVISTA No. 1, DEL AÑO 1992

- Sinopsis histórica de la Ley de Compañías, pág. 9, por Dr. Marcelo Icaza Ponce.
- La reforma a la Ley de Compañías contenidas en la Ley No. 31 de 1989, por Dr. Oswaldo Villamar R.
- Las Compañías Irregulares., pág. 32, por Dr. Roberto Salgado Valdez.
- La Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada, pág. 46, por Dr. Jorge Egas Peña.
- Algunos aspectos relacionados con la reactivación de las Compañías de Responsabilidad Limitada, pág. 60, por Dr. César Coronel Jones.
- Nuevo régimen de tratamiento a los capitales y tecnología extranjeros, pág. 69, por Dr. Oswaldo Noboa León.

- Requisitos particulares para la constitución y funcionamiento de ciertas compañías especiales según su objeto y para determinados tipos de aportaciones al capital social, pág. 81, por Lcdo. Luis Esteban Gómez Amador.
- Proyecto de reformas a la Ley de Compañías y leyes conexas y de creación de la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada, pág. 97, por Dr. Emilio Romero Parducci.

ÍNDICE DE LA REVISTA No. 2, DEL AÑO 1994

- Mayoría para reactivar una Compañía de Responsabilidad Limitada disuelta por vencimiento de su plazo, pág. 11, por Dr. Luis Cabezas Parrales.
- Breves comentarios sobre algunas funciones del liquidador, de acuerdo con la Ley 31 de 29 de junio de 1989, pág.18, por Dr. Roberto Caizahuano Villacrés.
- Las Bolsas de Comercio, pág.36, por Dr. Jorge Egas Peña.
- Del Mandato de las Compañías, pág. 55, por Dr. René García Llaguno.
- Generalidades sobre las garantías de las obligaciones, pág. 73, por Dr. Miguel Hernández.
- La nueva estructura jurídica de las Compañías Anónimas, de Economía Mixta y de Responsabilidad

Limitada después de las reformas introducidas por la Ley de Mercado de Valores, pág. 82, por Dra. Katia Murrieta.

- La Administración en las Compañías Anónimas y de Responsabilidad Limitada, pág.120, por Dr. Luis Salazar Becker.
- Comentarios a la Ley de Mercado de Valores, pág. 137, por Dr. Roberto Salgado Valdez.
- Fallos contradictorios del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pág. 194, por Dr. Oswaldo Villamar.
- Los destinos de las utilidades anuales de una Compañía Anónima y las posibles intervenciones de las minorías antes, en y después de la correspondiente Junta General Ordinaria de Accionistas, pág. 200, por Dr. Emilio Romero Parducci.

ÍNDICE DE LA REVISTA No. 3, DEL AÑO 1997

- Nuevas Doctrinas de la Superintendencia de Compañías, pág. 9.
- Junta Universal de Accionistas (con referencia a la reciente modificación a la Doctrina 129 de la Superintendencia de Compañías), pág. 21, por Dr. Jorge Egas Peña.
- Intervención judicial de curador dativo de una compañía extranjera e intervención de pretensos procuradores judiciales, pág. 27, por Dr. Roberto Salgado Valdez.

- La quiebra de la Compañía como causa de disolución, pág. 73, por Dr. Oswaldo Villamar R.
- Requisitos para la transformación de una Compañía según el actual Art. 376 de la Ley de Compañías, pág. 77, por Ab. Roberto Caizahuano Villacrés.
- La prima de emisión en los aumentos del capital social de las Compañías Anónimas, pág. 91, por Dr. Juan Carlos Tarré Intriago.
- Efectos de la falta de una firma en el acta de Junta General Universal de Socios (con referencia a la reciente modificación a la Doctrina No. 129 de la Superintendencia de Compañías), pág.137, por Dr. Luis Cabezas Parrales.
- El quórum decisorio en las Juntas Generales de Socios de las Compañías de Responsabilidad Limitada (con referencia a la Doctrina No. 143 de la Superintendencia de Compañías), pág. 145, por Dr. Emilio Romero Parducci.

ÍNDICE DE LA REVISTA No. 4, DEL AÑO 1999

- Pronunciamiento de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario sobre la reserva societaria, pág. 11.
- La Titularización de Activos en la legislación ecuatoriana, pág. 21, por Dr. Roberto González Torre.

- Doctrina 145 de la Superintendencia de Compañías y análisis de la Ley Interpretativa a la Ley de Compañías, pág. 39, por Dr. Marcelo Icaza Ponce.
- La nueva Ley de Arbitraje y Mediación, pág. 49, por Dr. Juan Falcón Puig.
- Lo Reglado y lo discrecional, pág. 61, por Dr. Oswaldo Villamar R.
- Panorama de la Ley de Concurso Preventivo, pág. 65, por Dr. César Coronel Jones.
- Breves comentarios sobre la Ley de Concurso Preventivo y normas de procedimiento para su aplicación, pág. 91, por Ab. Roberto Caizahuano Villacrés.
- Desestimación de la Personalidad Jurídica por Abuso, pág.107, por Ab. Eduardo Carmigniani Valencia.
- Nuevas normas de regulación de las acciones preferidas, pág.115, por Ab. Rafael Brigante Guerra.

ÍNDICE DE LA REVISTA No. 5, DEL AÑO 2000

- Absolución a consulta de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario sobre transferencias de acciones inscritas en bolsa, absuelta por la Procuraduría General del Estado, pág. 9.

- La Titularización de Activos a la luz de la Ley de Mercado de Valores, pág. 17, por Dr. Roberto González Torre.
- Incorporación del Acta de Junta General a la escritura que contiene el acto societario, pág. 45, por Dr. Luis Cabezas Parrales.
- Las acciones adquiridas por la propia Compañía ¿deben ser tomadas en cuenta para completar el quórum de instalación?, pág. 51, por Dr. Oswaldo Villamar R.
- Orden Público y Derecho Societario, pág. 55, por Ab. Rafael Brigante Guerra.
- Las empresas multinacionales andinas (EMAS), pág. 95, por Dr. Roberto Salgado Valdez.
- Alegato sobre el derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción, pág. 113, por Dr. Roberto Illingworth Cabanilla.
- Derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción, pág. 139, por Dr. Emilio Romero Parducci.
- El representante legal de una sociedad: ¿Trabajador o mandatario?, pág. 165, por Dr. Alexis Mera Giler.
- La capacidad para contratar Compañía Mercantil, pág. 181, por Dr. Gonzalo Merlo Pérez.

- La Ley de Concurso Preventivo: una lamentable frustración, pág. 203, por Ab. Roberto Caizahuano V.

ÍNDICE DE LA REVISTA No. 6, DEL AÑO 2001

- Actos relativos a la inauguración de la galería de ex Intendentes de Compañías de Guayaquil, pág. 7.
- Agradecimiento en la ceremonia de inauguración de la galería de retratos de los ex Intendentes de Compañías de Guayaquil en el Auditorio del Organismo y de imposición del nombre "Dr. Ramón Vela Cobos" a dicho auditorio, pág. 13.
- Acuerdos varios de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, pág. 21.
- Incorporación del Acta de Junta General a la escritura que contiene el acto societario, pág. 27, por Dr. Luis Cabezas Parrales.
- La Compañía Anónima con participación del Estado, pág. 33, por Dr. Oswaldo Villamar R.
- El balance final para los casos de transformación de sociedades, no debería ser siempre requerido, pág. 37, por Ab. Santiago Romero Jouvin.
- Intervención Administrativa a las compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, pág. 43, por Dr. Roberto Caizahuano Villacrés.

El aporte de marcas al capital de las sociedades mercantiles y su avalúo, pág. 77, por Ab. Rafael Brigante Guerra.

Una Ley para las Pymes: La Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, pág. 123, por Dr. Emilio Romero Parducci.

ÍNDICE DE LA REVISTA No. 7, DEL AÑO 2004

- “Proyecto de Ley reformatoria del Código de Procedimiento Civil y de la Ley para el juzgamiento de la colusión, para asegurar la recaudación de créditos de la Agencia de Garantías de Depósitos”, presentado a mediados del año 2003, pág. 9, por Dr. Armando Bermeo Castillo, entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y opinión que sobre dicho proyecto tuvo la Comisión Especializada Permanente de lo Civil y Penal del Congreso Nacional, pág. 9.
- Apuntes sobre la suspensión de derechos de accionistas de entidades financieras en saneamiento, pág. 17, por Ab. Eduardo Carmigniani Valencia.
- Apuntes societarios respecto de los aumentos de los capitales sociales de los bancos, pág. 25, por Dr. Emilio Romero Parducci.
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una evolución necesaria para el derecho punitivo, pág. 51, por Ab. Carlos Cortaza Vinueza.

- En la Junta General Universal la falta de las firmas de todos los asistentes ¿es motivo de nulidad del acta o también de la Junta y sus resoluciones?, pág. 69, por Ab. Oswaldo Villamar R.
- Las "Entidades de Certificación de información" en la normativa ecuatoriana sobre comercio electrónico. Desempeño de esta actividad por sociedades mercantiles, pág. 73, por Ab. Rafael Brigante Guerra.
- Las ventajas del arbitraje internacional: una perspectiva ecuatoriana, pág. 125, por Dr. Xavier Andrade Cadena.
- ¿Tiene el heredero del accionista derecho a obtener informaciones y certificaciones de la Superintendencia de Compañías?, pág. 151, por Ab. Miguel Martínez Dávalos.
- La Doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades, pág. 163, por Rafael Guasch Martorell.
- El Voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima, pág. 187, por Ab. César Drouet Candel.
- ¿Un nuevo modo de adquirir dominio en las cosas?, pág. 209, por Dr. Emilio Romero Parducci.

ÍNDICE DE LA REVISTA No. 8, DEL AÑO 2006

- Preocupación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario por las publicaciones hechas en periódicos de Guayaquil de convocatorias a Juntas Generales y Extractos de actos societarios de Compañías domiciliadas principalmente en Quito. (Correspondencia mantenida entre la Academia y la Superintendencia de Compañías), pág. 11.
- Proyecto de reformas a la Ley de Compañías presentado al Congreso Nacional por iniciativa del Superintendente de Compañías, señor economista Fabián Albuja Cháves, el 23 de febrero de 2005, que se tramita con el número 26-593 en la Comisión Especializada Permanente de lo Económico, Agrario, Industrial y Comercial, pág. 23.
- Preguntas formuladas a mediados de julio de 2005 por el Presidente de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario a algunos de los miembros de la misma con relación a ciertos temas contenidos en el Proyecto de Reformas a la Ley de Compañías presentado al Congreso Nacional, por iniciativa del Superintendente de Compañías, el 23 de febrero de 2005, que se tramita con el número 26-593 en la Comisión Especializada Permanente de lo Económico, Agrario, Industrial y Comercial, cuyo texto consta en las páginas anteriores, pág. 47.
- Resumen preparado por el doctor Jorge Egas Peña de las respuestas dadas por algunos miembros de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario a la encuesta que la misma hiciera -al tenor de las

preguntas que anteceden- con respecto al Proyecto de Reformas a la Ley de Compañías presentado al Congreso Nacional, por iniciativa del Superintendente de Compañías, el 23 de febrero de 2005, que se tramita con el número 26-593 en la Comisión Especializada Permanente de lo Económico, Agrario, Industrial y Comercial, pág. 53.

- Comentarios sobre la propuesta de sustituir la inscripción de los actos societarios que según la Ley se hacen actualmente en el Registro Mercantil por su inscripción en un Registro de Sociedades a cargo de la Superintendencia de Compañías, según el Proyecto de Reformas a la Ley de Compañías antes mencionado, pág. 65, por Dr. Jorge Egas Peña.
- Nueva Doctrina de la Superintendencia de Compañías relativa a las negociaciones en bolsa de acciones inscritas en el Mercado de Valores, pág. 71.
- Crisis Recurrentes y Práctica Societaria, pág. 83, por Dr. Galo García Feraud.
- El Consorcio, pág. 103, por Dr. Jorge Egas Peña.
- El Fideicomiso Mercantil como solución a las Compañías sometidas al Concurso Preventivo, pág. 115, por Dr. Roberto Salgado Valdez.
- La Aplicación del Código de Buen Gobierno en las sociedades mercantiles, pág. 131, por Ab. Mauricio Arosemena Romero.

- ¿Están los Consorcios sujetos al control de la Superintendencia de Compañías?, pág. 157, por Dr. Emilio Romero Parducci.

ÍNDICE DE LA REVISTA No. 9, DEL AÑO 2008

- Sinopsis Histórica de la Ley de Compañías y de Normas Conexas, pág. 11, por Dr. Marcelo Icaza Ponce y Ab. Santiago Romero Jouvin
- Resolución de la Superintendencia de Compañías que declaró insubsistentes dos aumentos de capital de la Compañía El Telégrafo C.A., publicada en el Registro Oficial No. 84 del 15 de mayo de 2007 (Aumentos del *capital social* dentro de los límites del capital autorizado), pág. 44.
- Resolución de la Superintendencia de Compañías relacionada con las propiedades que no fueron consideradas en las liquidaciones de Compañías cuya cancelación en el Registro Mercantil fue ordenada de oficio por dicha Institución, pág. 77.
- Comentarios a la Resolución del Superintendente de Compañías # 07SC.Q.IJ-004 del 19 de julio de 2007, con relación a las propiedades que no fueron consideradas en las liquidaciones de las compañías cuya cancelación en el Registro Mercantil fue ordenada de oficio por la Superintendencia de Compañías, de conformidad con el Art. 495 de la Ley de Compañías, pág. 83, por Dr. Jorge Egas Peña.

- La aplicación de los principios registrales al Libro de Acciones y Accionistas (trabajo del doctor Pedro Alvear Icaza para ingresar a la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario), pág. 91, por Dr. Pedro Alvear Icaza.
- Sociedades Mercantiles con participación del Estado (trabajo del doctor Roberto Salgado Valdez para ingresar a la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario), pág. 119, Dr. Roberto Salgado Valdez.
- La Transformación, pág. 145, por Dr. Emilio Romero Parducci.

**ÍNDICES POR AUTOR
DE LOS NUEVE PRIMEROS NÚMEROS DE LA REVISTA
DE DERECHO SOCIETARIO,
ÓRGANO OFICIAL DE LA ACADEMIA ECUATORIANA
DE DERECHO SOCIETARIO**

ALVEAR ICAZA, Pedro

- La aplicación de los Principios Registrales al Libro de Acciones y Accionistas. Rev. No. 8 pág. 91.

ALVARADO, Xavier

- Las ventajas del arbitraje Internacional: una perspectiva ecuatoriana. Rev. No. 7 pág. 125.

AROSEMENA ROMERO, Mauricio

- La Aplicación del Código del Buen Gobierno en las sociedades mercantiles. Rev. No. 8 pág. b131.

BRIGANTE GUERRA, Rafael

- Nuevas normas de regulación de las acciones preferidas. Rev. No. 4 pág. 115.
- Orden Público y Societario Rev. No. 5 pág. 55.
- El aporte de marcas al capital de las sociedades mercantiles y su avalúo. Rev. No. 6 pág. 77.

- Las "Entidades de Certificación de información" en la normativa ecuatoriana sobre comercio electrónico. Desempeño de esta actividad por sociedades mercantiles. Rev. No. 7 pág.73.

CABEZAS PARRALES, Luis

- Mayoría para reactivar una compañía de responsabilidad limitada disuelta por su plazo. Rev. No. 2 pág. 11.
- Efectos de la falta de una firma en el acta de una Junta General Universal de socios. Rev. No. 3 pág. 137.
- Incorporación del Acta de la Junta general a la escritura que contiene el Acto societario. Rev. No. 5 pág. 45.

CARMIGNIANI VALENCIA, Eduardo

- Desestimación de la Personalidad Jurídica por Abuso. Rev. No. 4 pág.107.
- Apuntes sobre la suspensión de los derechos de accionistas en entidades financieras en Saneamiento. Rev. No. 7pág. 17.

CAIZAHUANO VILLACRES, Roberto

- Breves comentarios sobre algunas funciones del liquidador de acuerdo con la Ley 31 del 29 de junio de 1989. Rev. No. 2 pág. 18.

- Breves comentarios sobre la Ley de Concurso Preventivo y normas de procedimiento para su aplicación. Rev. No. 4 pág. 91.
- Requisitos para la Transformación de una compañía según el Art. 376 de la Ley de Compañías. Rev. No. 5 pág. 203.
- La ley de concurso preventivo: Una lamentable frustración. Rev. No. 6 pág. 27.
- Intervención Administrativa de las compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías. Rev. No. 5 pág. 43.

CORONEL JONES, César

- Algunos aspectos relacionados con la Reactivación de compañías de responsabilidad limitada. Rev. No. 1 pág. 60.
- Panorama de la Ley de Concurso Preventivo. Rev. No. 4 pág. 65.

CORTAZA VINUEZA, Carlos

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Una evolución necesaria para el derecho punitivo. Rev. No. 7 pág. 51.

DROUET CANDEL, César

- El Voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima. Rev. No. 7 pág. 187.

EGAS PEÑA, Jorge

- La empresa unipersonal de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 1 pág. 46.
- Las Bolsas de Comercio. Rev. No. 2 pág. 36.
- Junta Universal de Accionistas. Rev. No. 3 pág. 21.
- Comentario sobre la propuesta de sustituir la inscripción de los actos societarios que según la Ley se hacen actualmente en el Registro Mercantil por su inscripción en un Registro de Sociedades a cargo de la Superintendencia de Compañías. Rev. No. 5 pág. 55.
- El Consorcio. Rev. No. 8 pág. 103.
- Comentarios a la resolución del Superintendente de Compañías No. 07SC.Q.IJ-04 del 19 de julio de 2007 con relación a las propiedades que no fueron consideradas en las liquidaciones de las compañías cuya cancelación en el Registro Mercantil fue ordenada de oficio por la Superintendencia de Compañías, de conformidad con al art. 495 de la Ley de Compañías. Rev. No. 9 pág. 83.

FALCONÍ PUIG, Juan

- La nueva Ley de Arbitraje y Mediación. Rev. No. 4 pág. 49.

GARCÍA FERAUD, Galo.

- Crisis recurrentes y práctica societaria. Rev. No. 8 pág. 83.

GARCIA LLAGUNO, René

- Del Mandato de las Compañías. Rev. No. 2 pág. 55.

GAUSCH MARTORELL, Rafael

- La Doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades. Rev. No. 7 pág. 163.

GÓMEZ AMADOR, Luis

- Requisitos particulares para la constitución y funcionamiento de ciertas compañías según su objeto y para determinados tipos de aportaciones al capital social. Rev. No. 1 pág. 81.

GONZÁLEZ TORRE, Roberto

- La Titularización de Activos a la luz de la legislación ecuatoriana. Rev. No. 4 pág. 11.
- La Titularización de Activos en la Ley de Mercados de Valores. Rev. No. 5 pág. 17.

HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel

- Generalidades sobre las garantías de las obligaciones. Rev. No. 2 pág. 73.

ICAZA PONCE, Marcelo

- Sinopsis histórica de la Ley de compañías, Rev. No. 1 pág. 9.
- Doctrina 145 de la Superintendencia de compañías y análisis de la Ley interpretativa a la Ley de Compañías. Rev. No. 4 pág. 39.
- Sinopsis Histórica de la Ley de Compañías y de normas conexas, (en colaboración con el Ab. Santiago Romero Jouvin). Rev. 9 pág. 11.

ILLINGWORTH, Roberto

- Alegato sobre el derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág. 113.

MARTÍNEZ DÁVALOS, Miguel

- ¿Tiene el heredero del accionista derecho a obtener información y certificados de la Superintendencia de compañías. Rev. No. 7 pág. 151.

MERA, Alexis

- El representante legal ¿Trabajador o mandatario? Rev. No. 5 pág. 165.

MERLO, Gonzalo

- La capacidad para contratar Compañía Mercantil. Rev. No. 5 pág. 181.

MURRIETA, Katia

- La nueva Estructura jurídica de las compañías anónimas cíc Economía mixta y de responsabilidad limitada después de las reformas introducidas por la Ley de mercados de valores. Rev. No. 2 pág. 82.

NOBOA LEÓN, Oswaldo

- Nuevo Régimen de tratamiento a los capitales y tecnologías extranjeros. Rev. No. 1 pág. 69.

ROMERO JOUVIN, Santiago

- El balance final, para los casos de Transformación de sociedades, no debería ser siempre querido. Rev. No. 5 pág. 37.

ROMERO PARDUCCI, Emilio

- Proyecto de reformas a la Ley de compañías y leyes conexas y de creación de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada. Rev. No. 1 pág. 97.
- Los destinos de las utilidades anuales de una compañía anónima y las posibles intervenciones de las minorías antes, en y después de

la correspondiente Junta General ordinaria de accionistas. Rev. No.2 pág. 200.

- El quórum decisorio en la Junta General de socios de las Compañía de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 3 pág. 145.
- Derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág.139.
- Una Ley para las Pymes: La ley de empresas unipersonales de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 5 pág. 123.
- Apuntes societarios respecto de los aumentos de capitales sociales en los bancos. Rev. No.7 pág. 25.
- ¿Un nuevo modo de adquirir dominio en las cosas? Rev. No. 7 pág. 209.
- ¿Están los consorcios sometidos al control de la Superintendencia de Compañías? Rev. No. 5 pág. 157.
- La Transformación. Rev. 9 pág. 145.

SALAZAR BECKER, Luis

- La Administración de las Compañías Anónima y de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 2 pág.120.

SALGADO VALDEZ, Roberto

- Las compañías Irregulares. Rev. No. 1 pág. 32.
- Comentario a la Ley de Mercado de Valores. Rev. No. 2 pág. 137.
- Intervención judicial dativa de una compañía extranjera e intervención de pretensos procuradores Judiciales. Rev. No. 3 pág. 27.
- Las empresas multinacionales andinas (EMAS). Rev. No. 5 pág. 95.
- El fideicomiso mercantil como solución a las compañías sometidas al concurso preventivo. Rev. No. 5 pág. 115.
- Sociedades Mercantiles con participación del Estado Rev. No. 9 pág. 119.

TARRÉ INTRIAGO, Juan Carlos

- La prima de emisión en los aumentos de capital social de la Compañía Anónima. Rev. No. 3 pág. 91.

VILLAMAR R., Oswaldo

- Reformas a la ley de compañías contenidas en la ley 31 de 1989. Rev. No. 1 pág. 25.
- Fallos contradictorios del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Rev. No. 2 pág. 194.

- Lo Reglado y lo discrecional. Rev. No. 4 pág. 61.
- La quiebra de una compañía como causa de disolución. Rev. No. 3 pág. 73.
- Las acciones adquiridas por la propia compañía, ¿deben ser tomadas en cuenta para completar el quórum de instalación? Rev. No. 5 pág. 51.
- La compañía Anónima con participación del Estado. Rev. No. 6 pág. 33.
- En la Junta General la falta de firmas de todos los asistentes ¿es motivo de nulidad del acta o también de la Junta y sus resoluciones? Rev. No. 7 pág. 69.

**ÍNDICES POR TEMAS
DE LOS NUEVE PRIMEROS NUMEROS DE LA REVISTA
DE DERECHO SOCIETARIO,
ÓRGANO OFICIAL DE LA ACADEMIA ECUATORIANA
DE DERECHO SOCIETARIO**

Acciones

- 1.- Nuevas normas de regulación de las acciones preferidas. Rev. No. 4 pág.115.
- 2.- Las acciones adquiridas por la propia compañía, ¿deben ser tornadas en cuenta para completar el quórum de instalación? Rev. No. 5 pág. 51.

Accionista-Derechos y Obligaciones

- 1.- Apuntes sobre la suspensión de los derechos de accionistas en entidades financieras en Saneamiento. Rev. No. 7 pág.17.

Accionista-Derecho de información

1. ¿Tiene el heredero del accionista derecho a obtener información y certificados de la Superintendencia de compañías. Rev. No. 7 pág. 151.

Accionista-Derecho de Separación.

- 1.- Alegato sobre el derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág.113.

- 2.- Derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág.139.

Administración

- 1.- La Aplicación del Código del Buen Gobierno en las sociedades mercantiles. Rev. No. 8 pág.131.
- 2.- La Administración de las Compañías Anónima y de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 2 pág. 120.
- 3.- El representante legal, ¿Trabajador o mandatario? Rev. No. 5 pág.165.

Arbitraje

- 1.- Las ventajas del arbitraje Internacional: una perspectiva ecuatoriana. Rev. No. 7 pág. 125.
- 2.- La nueva Ley de Arbitraje y Mediación. Rev. No. 4 pág. 49.

Asociación

- 1.- El Consorcio. Rev. No. 8 pág. 103.
- 2.- ¿Están los consorcios sometidos al control de la Superintendencia de Compañías? Rev. No. 8 pág. 157.

Capital

- 1.- La Doctrina de la Infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades. Rev. No. pág.
- 2.- Nuevo Régimen de tratamiento a los capitales y tecnologías extranjeras. Rev. No. 1 pág. 69.
- 3.- Apuntes societarios respecto de los aumentos de capitales sociales en los bancos. Rev. No. 7 pág. 25.
- 4.- La prima de emisión en los aumentos de capital social de la Compañía Anónima. Rev. No. 3 pág. 91.
- 5.- El aporte de marcas al capital de las sociedades mercantiles y su avalúo. Rev. No. 6 pág. 77.

Compañía Anónima

- 1.- Efectos de la falta de una firma en el acta de una Junta General Universal de socios. Rev. No. 3 pág. 137.
- 2.- Incorporación del Acta de la Junta general a la escritura que contiene el Acto societario. Rev. No. 5 pág. 45.
- 3.- Apuntes sobre la suspensión de los derechos de accionistas en entidades financieras en Saneamiento. Rev. No. 7 pág. 17.

- 4.- El Voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima. Rev. No. 7 pág. 187.
- 5.- Junta Universal de Accionistas. Rev. No. 3 pág. 21.
- 6.- Alegato sobre el derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág. 113.
- 7.- ¿Tiene el heredero del accionista derecho a obtener información y certificados de la Superintendencia de compañías. Rev. No. 7 pág. 151.
- 8.- Los destinos de las utilidades anuales de una compañía anónima y las posibles intervenciones de las minorías antes, en y después de la correspondiente Junta General ordinaria de accionistas. Rev. No. 2 pág. 200.
- 9.- Las empresas multinacionales andinas JEMAS}. Rev. No. 5 pág. 95.
- 10.- La prima de emisión en los aumentos de capital social de la Compañía Anónima. Rev. No. 3 pág. 91.
- 11.- Las acciones adquiridas por la propia compañía, ¿deben ser tomadas en cuenta para completar el quórum de instalación? Rev. No. 5 pág. 51.

- 12.- La compañía Anónima con participación del Estado. Rev. No. 6 pág. 33.
- 13.- La capacidad para contratar Compañía Mercantil. Rev. No. 5 pág. 181.
- 14.- Sociedades Mercantiles con participación del Estado. Rev. No. 9 pág. 119.

Compañía de Responsabilidad Limitada

- 1.- Mayoría para reactivar una compañía de responsabilidad limitada disuelta por su plazo, Rev. No. 2 pág. 11.
- 2.- Algunos aspectos relacionados con la Reactivación de compañías de responsabilidad limitada. Rev. No. 1 pág. 60.
- 3.- Las compañías irregulares. Rev. No. 1 pág. 32.
- 4.- El quórum decisorio en la Junta General de socios de las Compañía de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 3 pág. 145.
- 5.- Una Ley para los Pymes: La ley de empresas unipersonales de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 6 pág. 123.

Concordato-Quiebra

- 1.- La ley de concurso preventivo: Una lamentable frustración. Rev. No. 6 pág. 27.

- 2.- Panorama de la Ley de Concurso Preventivo.
Rev. No. 4 pág. 65.
- 3.- La quiebra de una compañía como causa de
disolución. Rev. No. 3 pág. 73.

Disolución

- 1.- Mayoría para reactivar una compañía de
responsabilidad limitada disuelta por su plazo.
Rev. No. 2 pág. 139.
- 2.- La quiebra de una compañía como causa de
disolución. Rev. No. 3 pág. 73.

Empresa

- 1.- La compañía Anónima con participación del
Estado. Rev. No. 6 pág. 33.
- 2.- Las empresas multinacionales andinas (EMAS).
Rev. No. 5 pág. 95.
- 3.- Una Ley para las Pymes: La ley de empresas
unipersonales de Responsabilidad Limitada.
Rev. No. 6 pág. 123.
- 4.- La nueva Estructura jurídica de las compañías
anónimas de Economía mixta y de responsa-
bilidad limitada después de las reformas
introducidas por la Ley de mercados de Valores.
Rev. No. 2 pág. 82.
- 5.- Proyecto de reformas a la Ley de Compañías y
leyes conexas y de creación de la empresa

unipersonal de responsabilidad limitada. Rev. No. 1 pág. 97.

- 6.- La empresa unipersonal de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 1 pág. 46.
- 7.- Sociedades Mercantiles con participación del Estado. Rev. No. 9 pág. 119.

Fusión

- 1.- Derecho de Separación del Accionista en los casos de fusión por Absorción, Rev. No. 5 pág. 139.
- 2.- ¿Un nuevo modo de adquirir dominio en las cosas? Rev. No.7 pág. 209.

Intervención

- 1.- Fallos contradictorios del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Rev. No. 2 pág. 194.

Irregulares

- 1.- Las Compañías Irregulares. Rev. No. 1 pág. 32.

Junta General-Acta

- 1.- Efectos de la falta de una firma en el acta de una Junta General Universal de socios. Rev. No. 3 pág. 137.

- 2.- Incorporación del Acta de la Junta General a la escritura que contiene el Acto societario. Rev. No. 5 pág. 45.

Junta General-Voto en Junta General

- 1.- El Voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima. Rev. No. 7 pág.137.
- 2.- Junta Universal de Accionistas. Rev. No. 3 pág. 21.
- 3.- El quórum decisorio en la Junta General de socios de las Compañía de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 3 pág. 145.
- 4.- Las acciones adquiridas por la propia compañía, ¿deben ser tomadas en cuenta para completar el quórum de instalación? Rev. No. 5 pág. 51.

Ley de Compañías

- 1.- Sinopsis histórica de la Ley de Compañías. Rev. No. 1 pág. 9.
- 2.- Doctrina 145 de la Superintendencia de Compañías y análisis de la Ley interpretativa a la Ley de Compañías. Rev. No. 4 pág. 39.
- 3.- Reformas a la ley de compañías contenidas en la ley 31 de 1989. Rev. No. 1 pág. 25.

- 4.- Proyecto de reformas a la Ley de Compañías y leyes conexas y de creación de la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada. Rev. No. 1 pág. 97.
- 5.- Sinopsis Histórica de la Ley de Compañías y de normas conexas. Rev. 9 pág. 11.

Liquidación

- 1.- Breves comentarios sobre algunas funciones del liquidador de acuerdo con la Ley 31 del 29 de junio de 1989. Rev. No. 2 pág.18.
- 2.- Comentarios a la resolución del Superintendente de Compañías No. 07SC.Q.IJ-004 del 19 de julio de 2007 con relación a las propiedades que no fueron consideradas en las liquidaciones de las compañías cuya cancelación en el Registro Mercantil fue ordenada de oficio por la Superintendencia de Compañías, de conformidad con al art. 495 de la Ley de Compañías. Rev. No. 9 pág. 83.

Mercado de Valores

- 1.- Las Bolsas de Comercio. Rev. No. 2 pág. 36.
- 2.- La Titularización de Activos en la Ley de Mercados de Valores. Rev. No. 5 pág.17.
- 3.- La nueva Estructura jurídica de las compañías anónimas de Economía mixta y de responsabilidad limitada después de las reformas

introducidas por la Ley de mercados de Valores.
Rev. No. 2 pág. 82.

- 4.- Comentario a la ley de Mercado de Valores. Rev.
No. 2 pág. 137.
- 5.- La Titularización de Activos a la luz de la
legislación ecuatoriana. Rev. No. 4 pág. 11.

Objeto Social

- 1.- Requisitos particulares para la constitución y
funcionamiento de ciertas compañías según su
objeto y para determinados tipos de aporta-
ciones al capital social. Rev. No. 1 pág. 81.
- 2.- Las "Entidades de Certificación de Información"
en la normativa ecuatoriana sobre comercio
electrónico. Desempeño de esta actividad por
sociedades mercantiles. Rev. No. 7 pág. 73.

Obligaciones

- 1.- Generalidades sobre las garantías de las
obligaciones. Rev. No. 2 pág. 73.

Personalidad Jurídica

- 1.- La responsabilidad penal de las personas
jurídicas: Una evolución necesaria para el
derecho punitivo. Rev. No. 7 pág. 51.
- 2.- Desestimación de la Personalidad jurídica por
Abuso. Rev. No. 4 pág. 107.

Procesal Societario

- 1.- Requisitos para la Transformación de una compañía según el Art. 376 de la Ley de Compañías. Rev. No. 5 pág. 203.
- 2.- Comentario sobre la propuesta de sustituir la inscripción de los actos societarios que según la Ley se hacen actualmente en el Registro Mercantil por su inscripción en un Registro de Sociedades a cargo de la Superintendencia de Compañías. Rev. No. 8 pág. 65.
- 3.- Del Mandato de las Compañías. Rev. No. 2 pág. 55.
- 4.- Derecho de separación del accionista en los casos de fusión por absorción. Rev. No. 5 pág. 139.
- 5.- Intervención judicial dativa de una compañía extranjera e intervención de pretensos procuradores judiciales. Rev. No. 3 pág. 27.
- 6.- Lo Reglado y lo Discrecional. Rev. No. 4 pág. 61.
- 7.- Fallos contradictorios del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Rev. No. 2 pág. 194.

Propiedad Intelectual

- 1.- El aporte de marcas al capital de las sociedades mercantiles y su avalúo. Rev. 6 pág. 77.

Reactivación

- 1.- Algunos aspectos relacionados con la Reactivación de compañías de responsabilidad limitada. Rev. No. 1 pág. 60.

Registro Social

- 1.- Comentario sobre la propuesta de sustituir la inscripción de los actos societarios que según la Ley se hacen actualmente en el Registro Mercantil por su inscripción en un Registro de Sociedades a cargo de la Superintendencia de Compañías. Rev. No. 8 pág. 65.
- 2.- La aplicación de los Principios Registrales al Libro de Acciones y Accionistas. Rev. 9 pág. 91.

Transformación

- 1.- Requisitos para la Transformación de una compañía según el Art. 376 de la Ley de Compañías. Rev. No. 5 pág. 203.
- 2.- El balance final, para los casos de Transformación de sociedades, no debería ser siempre requerido. Rev. No 6 pág. 37.
- 3.- La Transformación. Rev. 9 pág.145.

Utilidades-Sociedades Anónimas

- 1.- Los destinos de las utilidades anuales de una compañía anónima y las posibles interven-

ciones de las minorías antes, en y después de la correspondiente junta General ordinaria de accionistas. Rev. No. 2 pág. 200.

Superintendencia

- 1.- Resolución de la Superintendencia de Compañías que declaró insubsistentes dos aumentos de capital de la Compañía El Telégrafo C.A., publicada en el Registro Oficial No. 84 del 15 de mayo de 2007. Rev. 9 pág. 44.
- 2.- Resolución de la Superintendencia de Compañías relacionadas con las propiedades que no fueron consideradas en las liquidaciones de compañías, cuya cancelación en el Registro Mercantil fue ordenada de oficio por dicha institución. Rev. 9 pág. 77.

MIEMBROS DEL DIRECTORIO

ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

PRESIDENTE	DR. JORGE EGAS PEÑA
VICEPRESIDENTE	DR. EMILIO ROMERO PARDUCCI
TESORERA	ABG. ALEXANDRA IZA DE DÍAZ
SECRETARIO	ABG. MIGUEL MARTÍNEZ DÁVALOS
PROCURADOR SÍNDICO	DR. LUIS CABEZAS PARRALES
VOCAL 1	DR. GERARDO PEÑA MATHEUS
VOCAL 2	DR. JUAN TRUJILLO BUSTAMANTE
VOCAL 3	ABG. RAFAEL BRIGANTE GUERRA
VOCAL 4	DR. ANDRÉS ORTÍZ HERBENER



EDITORIAL:

Malecón 904 y Junín
Primer Piso
Telefax: 2314471
Guayaquil, Ecuador

LIBRERÍA:

9 de Octubre y Av. Quito
Edificio Palacio de Justicia.
Séptimo piso. Telf. 2328585
Guayaquil, Ecuador

SITIO WEB:

www.editorialedino.com

ISBN: 978-9978-21-063-5



9 789978 210635