

Jorge Egas Peña
Director

Derecho Societario

Revista No. 11

¿HACIA DÓNDE VA EL DERECHO SOCIETARIO?

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL ECUADOR

*LIBERTAD DE EMPRESA EN EL ECUADOR A TRAVÉS DE LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES
DEL 2018*

LOS PACTOS DE SOCIOS, SU VALIDEZ Y ENFORCEMENT EN EL DERECHO ECUATORIANO

EL DERECHO A NEGOCIAR LIBREMENTE LAS ACCIONES Y LOS PACTOS ENTRE ACCIONISTAS

*¿PUEDE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS ORDENAR LA CANCELACIÓN DE LA
INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL NOMBRAMIENTO DEL REPRESENTANTE
LEGAL DE LA COMPAÑÍA?*

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE LIQUIDACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS

EL DEVELAMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES

*SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA LEY DE COMPAÑÍAS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y
SU ÍNTIMA RELACIÓN CON LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*

LA SUPRESIÓN DE LAS DOCTRINAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS





EDITORIAL Y LIBRERÍA

Malecón 904 y Junín

Piso 1. Telefax: 2314471

Teléfonos: 2301975

Guayaquil – Ecuador

SITIO WEB:

www.editorialedino.com.ec

info@editorialedino.com.ec

Emilio Romero Parducci
Fundador

Derecho Societario

Revista No. 11

Jorge Egas Peña
Director

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



1950

Asociación

Revisión No. 11

Jorge Luis Pardo
Director

1950

DE LA ASOCIACIÓN ECUATORIANA
DE LA ENSEÑANZA

1950

1950

1950





MIEMBROS DEL DIRECTORIO

ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

PRESIDENTE	DR. CÉSAR IRWIN CORONEL JONES
VICEPRESIDENTE	DR. ANTONIO EMILIO ROMERO PARDUCCI
TESORERA	ABG. ALEXANDRA MARÍA IZA DE DÍAZ
SECRETARIO	ABG. MIGUEL REINALDO MARTÍNEZ DÁVALOS
PROCURADOR	DR. LUÍS ALBERTO CABEZAS PARRALES
VOCAL 1 PRINCIPAL	DR. JUAN ALFREDO TRUJILLO BUSTAMANTE
VOCAL 2 PRINCIPAL	DR. GERARDO CARLOS PEÑA MATHEUS
VOCAL 1 SUPLENTE	ABG. RAFAEL AMÉRICO BRIGANTE GUERRA
VOCAL 2 SUPLENTE	DR. ANDRÉS EMILIO ORTÍZ HERBENER



ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

MIEMBROS

Ab. Luis Esteban Amador Rendón	Ab. Alexandra María Iza de Díaz
Dr. Xavier Antonio Amador Rendón	Ab. Miguel Reinaldo Martínez Dávalos
Dr. Fernando Alfredo Aspiazu Seminario	Dr. Gustavo Xavier Ortega Trujillo
Dr. Rafael Américo Brigante Guerra	Dr. Andrés Emilio Ortiz Herbener
Dr. Luis Alberto Cabezas Parrales	Dr. Nicolás Vicente Parducci Sciacaluga
Ab. Roberto Abad Caizahuano Villacrés	Dr. Gerardo Carlos Peña Matheus
Ab. José Eduardo Carmigniani Valencia	Dr. Aquiles Mario Rigail Santistevan
Dr. César Irwin Coronel Jones	Dr. Antonio Emilio Romero Parducci
Ab. César Ignacio Drouet Candel	Dr. Luis Eduardo Salazar Bécker
Dr. Jorge Augusto Egas Peña	Dr. Roberto Salgado Valdez
Dr. Juan Eduardo Falconí Puig	Dr. Juan Alfredo Trujillo Bustamante
Dr. Rómulo Alejandro Gallegos Vallejo	Dr. Ignacio Vidal Maspons
Dr. Galo Enrique García Feraud	Dr. Ricardo Juan Noboa Bejarano
Dr. René Jorge García Llaguno	Ab. Fabricio Stéfano Dávila Lazo
Dr. Roberto Gabriel González Torre	Ab. Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos

PRESENTACIÓN

Con gratitud y agrado me complace presentar al foro ecuatoriano este nuevo número de la Revista de Derecho Societario que viene publicando la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario desde sus inicios.

Son ya más de 20 años desde que en 1992 apareció el primer número de esta publicación, en la cual se han comentado los asuntos de mayor interés para el derecho societario de nuestro país, por parte no solo de los miembros de nuestra institución sino también de distinguidos juristas invitados, que han enriquecido esta publicación con sus ensayos y reflexiones jurídicas.

En un medio como el nuestro, en que se publica poco en materia jurídica, y se acostumbra a utilizar fuentes doctrinarias extranjeras, es muy relevante que se pueda contar con el aporte de los juristas ecuatorianos que cultivan el derecho societario para mantener latente el análisis objetivo y práctico de la normativa societaria, las corrientes doctrinarias que la informan y la aplicación que de ellas realizan los distintos operadores jurídicos, sean estos tribunales, autoridades de control o miembros del foro.

La Revista de Derecho Societario ha venido cumpliendo ese importante rol en el país, por más de dos décadas, convirtiéndose así en la vía, quizás más eficaz, por la cual la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario ha concretado su objetivo de contribuir al estudio y desarrollo del derecho societario en el Ecuador.

El mérito de haber logrado concretar este empeño, corresponde principalmente a su director fundador, el Dr. Emilio Romero Parducci,

distinguido jurista, profesor de la materia y cultor acendrado del derecho societario, quien asumió con fervor y perseverancia la tarea de dirigirla.

Durante la última década pérdida, la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, publicó en tres tomos el análisis sistemático de la Ley de Compañías respecto de la compañía anónima, la de responsabilidad limitada y las otras especies de compañías. Asimismo, en el año 2016 publicó bajo la coordinación del Dr. Jorge Egas Peña, la obra "Temas de Derecho Societario", en la cual varios autores analizaron la grave afectación que sufrió el derecho societario ecuatoriano, cuando sobre la base de la mal llamada Ley Orgánica de Defensa de los Derechos Laborales, promulgada en el año 2012, y hoy felizmente derogada, se desvirtuó el principio de limitación de la responsabilidad de los socios y accionistas, y de separación patrimonial entre la sociedad y sus socios.

A inicios del año pasado, 2017, la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario me honró con el encargo de presidirla y ello coincidió con el advenimiento de un nuevo gobierno, en el cual se percibe un saludable ambiente de respeto a las libertades y al diálogo. En esta nueva etapa, la academia ha encontrado el momento propicio para una renovación de sus afanes académicos: recibió como nuevos miembros a los jóvenes juristas Fabricio Dávila Lazo y Oswaldo Santos Dávalos, cuyos trabajos de investigación para ser admitidos se publican en este nuevo número de la revista, y se organizó la "I Jornada Internacional de Derecho Societario" que se llevó a cabo el 17 de enero de 2018 en Guayaquil, con el coauspicio del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas y tuvo como invitados a los distinguidos juristas: Guillermo Cabanellas de Argentina; Javier García de Enterría y Aurelio Gurrea, de España; y, José Miguel Mendoza, de Colombia. En la página web de la

academia estará publicándose una síntesis de las ponencias presentadas durante la referida jornada.

Resulta pues muy oportuno que este nuevo número de la Revista vea la luz durante este mismo año 2018, y muy grato para mi presentarlo. Los trabajos que aquí se publican son una buena muestra de la diversidad y amplitud de la labor académica. En efecto, junto con ensayos en que se analiza la normativa vigente y su evolución histórica, se encuentran trabajos en los que se plantean preguntas fundamentales sobre la razón de ser, el sentido y finalidad del derecho societario en el Ecuador, como se observa en el trabajo de Oswaldo Santos titulado “Hacia dónde va el Derecho Societario”.

Creemos que la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario existe precisamente para promover el análisis de este tipo de cuestiones. Así, junto con la importante labor descriptiva y crítica de la legislación vigente resulta indispensable que se planteen las cuestiones relativas a la razón de ser de esta disciplina, y la forma y medios con que ella puede aportar al desarrollo económico y social del país.

Este es el espíritu con que realiza su labor la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, y esta publicación es una muestra de ello. Esperamos que este esfuerzo tenga una favorable acogida en el público y renovamos nuestra invitación a los juristas interesados en la materia a unir sus esfuerzos a los de la institución para propender a la modernización y desarrollo del Derecho Societario en nuestro país.

Guayaquil, Octubre de 2018

César Coronel Jones
Presidente de la AEDS

MI COMPROMISO

Al asumir la dirección de la revista de Derecho Societario, por encargo del Directorio de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, no puede menos que agradecer a sus integrantes por la honrosa designación, a la par que ofrecer mis mejores esfuerzos para mantener tan exitosa publicación, órgano oficial de la misma.

Tampoco puedo omitir el reconocimiento de que esta publicación nació por iniciativa y esfuerzo del Dr. Emilio Romero Parducci, el mismo que ha mantenido con éxito su dirección por más de veinte años, con el concurso abierto de distinguidos societaristas ecuatorianos por cuya razón hoy la Academia le reconoce y agradece públicamente su calidad de Director Fundador de la misma, tras su retiro voluntario de tan entusiasta dirección.

Me corresponde a mí asumir el difícil reto de mantener el prestigio de tan importante publicación, con la altura, profundidad y actualidad de sus anteriores ediciones, lo cual ofrezco con mi mejor predisposición.

Dr. Jorge Egas Peña
Director

ÍNDICE

Derecho Societario Ecuatoriano, ¿ <i>Quo vadis</i> ? ¿Hacia dónde va el Derecho Societario? Osvaldo Santos Dávalos.....	1
La Sociedad Anónima en el Ecuador Jorge Egas Peña.....	43
Libertad de empresa en el Ecuador a través de los cambios constitucionales del 2008 Ignacio Vidal Maspons	59
Los pactos de socios, su validez y <i>enforcement</i> en el derecho ecuatoriano Fabricio Dávila Lazo	83
El derecho a negociar libremente las acciones y los pactos entre accionistas Bolívar Vergara Solís.....	129
¿Puede la Superintendencia de Compañías ordenar la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del representante legal de la compañía? Emilio Romero Parducci	145
El procedimiento abreviado de liquidación de las compañías César Drouet Candel.....	191
El develamiento de la personalidad jurídica de las sociedades Roberto Salgado Valdez.....	201
Síntesis de la evolución de la Ley de Compañías en la Legislación Nacional y su íntima relación con la Superintendencia de Compañías Miguel Martínez Dávalos	235

SECCIÓN ALEGATOS

Juicios coactivos del IESS contra accionistas de compañías

Juan Falconí Puig.....}

LA SUPRESIÓN DE LAS DOCTRINAS SOCIETARIAS

Supresión de las doctrinas jurídicas de la

Superintendencia de Compañías.....}

Resolución.....}

Derogatoria.....}

PERLAS JURÍDICAS.....}

**LA RESPONSABILIDAD POR LAS OPINIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS
ESTA REVISTA SON DE LA EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES**

Dr. Osvaldo Santos Dávalos

DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO,
¿QUO VADIS?
¿Hacia dónde va el Derecho societario
ecuatoriano?*

Contenido:

- I. Introducción*
- II. ¿Para qué sirve el Derecho societario?*
- III. Aproximación a las compañías*
- IV. Unificación de la regulación societaria*
- V. Responsabilidad limitada y limitaciones al levantamiento del velo societario*
- VI. Régimen de restructuración y terminación de las compañías*
- VII. Resumen y conclusiones*

* Trabajo de incorporación del autor a la AESD. (2018)



[The text in this section is extremely faint and illegible. It appears to be a list or index of items, possibly names of people or places, arranged in several columns.]

**DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO,
¿QUO VADIS?
(¿Hacia dónde va el Derecho societario
ecuatoriano?)**

Dr. Osvaldo Santos Dávalos

I. INTRODUCCIÓN

En este ensayo abordaremos a algunos temas que se debe considerar al momento de determinar el rumbo que vaya a tomar el Derecho societario ecuatoriano. En la sección II explicaremos cuál es el fundamento de la normativa que regula a las compañías y por qué partes del Derecho societario ecuatoriano no justifican su existencia. En la sección III expondremos por qué resulta necesario que el legislador y las autoridades de control cambien el paradigma con el que se aproximan a las compañías. En la sección IV veremos por qué es menester unificar el tratamiento legislativo de las personas jurídicas privadas con finalidad lucrativa, eliminando la distinción entre sociedades civiles y compañías mercantiles. En la sección V abordaremos por qué resulta tan imperioso que el Derecho societario defienda el principio de responsabilidad limitada y limite la aplicación del levantamiento del velo societario. En la sección VI explicaremos qué falencias presenta el régimen para la terminación de las compañías mercantiles y por qué se lo debería reformular. Finalmente, en la sección VII expondremos nuestras conclusiones.

II. ¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO SOCIETARIO?

Para determinar cuáles son los objetivos de la normativa societaria es necesario comprender los problemas que le dan origen. Además, con el fin de evaluar el desempeño del Derecho societario, se debe establecer en qué medida ha podido cumplir los objetivos que se haya trazado.

En esta sección explicaremos (II.1.) cuáles parecen ser los fines del Derecho societario ecuatoriano y (II.2) cuáles deberían ser los objetivos de la normativa societaria, en general. También (II.3.) haremos una crítica a la manera en que se aplica el Derecho societario en nuestro país y expondremos por qué, en nuestro sentir, la existencia de una parte importante de la normativa societaria ecuatoriana no está justificada.

II.1 ¿Qué busca el Derecho societario ecuatoriano?

Nuestro ordenamiento da pocas luces sobre qué hace necesario el Derecho societario o qué fines persigue. La respuesta a esas interrogantes debería encontrarse en la Ley de Compañías, el cuerpo normativo más importante en materia societaria. Esa ley establece el régimen de las compañías mercantiles y también norma cuáles son las atribuciones de la entidad encargada de vigilarlas y controlarlas, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ("**SCVS**"). No obstante, una lectura de su articulado, y de la normativa societaria, en general, no permite establecer con claridad *para qué* existe el Derecho societario en Ecuador.

La SCVS tampoco arroja muchas luces sobre qué justifica la existencia de la normativa societaria. Su "Plan

estratégico institucional plurianual” para los años 2013-2017 establece que uno de los objetivos estratégicos de esa entidad es “Fortalecer el control societario [...] que garantice el buen funcionamiento del sistema empresarial”. Dentro de ese objetivo institucional, una de las políticas consiste en “Fortalecer la acción de control, seguimiento y vigilancia de las compañías [...] a través de mecanismos ágiles de gestión Institucional (sic)”. Otra política busca “Contribuir a la consolidación del sector societario con mecanismos modernos y eficientes de control y comunicación”¹.

No obstante, está notablemente ausente la explicación de por qué un mayor control societario “garantiza” el buen funcionamiento del sistema empresarial, qué se entiende por “sistema empresarial” y qué se entiende por un “buen funcionamiento” de ese sistema.

Parece ser que la autoridad parte de la premisa de que un mayor control a las compañías mercantiles es siempre deseable. Pero es imposible comprender por qué, según la autoridad, ese control es necesario o qué objetivos se persigue con él.

II.2 ¿Qué debería preocupar al Derecho societario ecuatoriano?

El Derecho societario debe perseguir dos objetivos: primero, debe establecer la estructura legal de las compañías

1 Plan estratégico institucional plurianual 2013-2017 de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, p. 18. Disponible en: <http://181.198.3.74/wps/wcm/connect/ad2ae15b-d600-4678-bf82-d4c5068b14c9/Plan+Estrategico+Institucional+2013-2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ad2ae15b-d600-4678-bf82-d4c5068b14c9> (acceso: 9 de diciembre de 2017).

y las reglas auxiliares necesarias para su funcionamiento. Segundo, debe controlar ciertos conflictos de interés de distintos grupos que se ven afectados por las actividades de la compañía². La realización de las actividades de una compañía puede dar lugar a tres fuentes de conflicto: (i) entre sus propietarios y los administradores, (ii) entre accionistas mayoritarios y accionistas minoritarios, y (iii) entre la firma y terceros.

El Derecho societario tradicionalmente se ocupa de las primeras dos fuentes de oportunismo, es decir los problemas que surgen (i) por la separación entre propiedad y control que caracteriza a las compañías mercantiles y (ii) por el hecho de que los intereses entre los accionistas minoritarios y los accionistas minoritarios están en conflicto. También contiene algunas normas que buscan regular (iii) las relaciones entre la compañía y terceros.

II.2.1 Problemas por la separación entre la propiedad y el control. En las compañías mercantiles hay una separación total o parcial entre la propiedad y el control de la compañía³. Eso da lugar a dos categorías de problemas: los costos de agencia y los costos del principal. Los explicaremos a continuación.

Costos de agencia. Hay una relación de agencia cuando una parte, llamada el principal, depende de la actuación de otra parte, llamada agente. El administrador de una firma

2 J. Armour et al. *The Anatomy of Corporate Law*, 3ra ed., Oxford University Press, 2016, p. 29.

3 Si bien hay compañías que deben ser administradas por un socio, en los dos tipos de compañías más populares, la compañía anónima y la compañía de responsabilidad limitada, la administración puede ser encomendada a un tercero.

es contratado para realizar actuaciones que repercutan en beneficio de la firma y sus propietarios. Como explica Goshen, "*Investors hire managers who can run a business more competently than they can, thereby increasing firm value*"⁴. Por lo tanto, las relaciones entre los propietarios de la firma y los administradores dan lugar a un problema de agencia⁵.

Los costos de agencia obedecen a dos motivos. Primero, el administrador conoce más que el principal sobre ciertos hechos relevantes: cuánto esfuerzo ha realizado y cómo ha manejado los recursos de la firma. Segundo, los incentivos del principal no están alineados con los incentivos del agente. El principal depende del esfuerzo del agente. Sin embargo, el esfuerzo representa un costo para el agente. Por eso, la cantidad de esfuerzo que maximice la utilidad del principal no será la misma que maximice la utilidad del agente.

Los problemas de agencia dan lugar a tres categorías de costos. Primero, el principal debe destinar recursos a monitorear el comportamiento del agente. Segundo, el agente deberá incurrir en costos para demostrar que su trabajo es de calidad (los llamados "costos de afianzamiento" o "*bonding costs*"). Finalmente, como explicamos antes, el agente distraerá recursos de la firma en su beneficio y realizará un esfuerzo menor al que maximizaría la utilidad del principal (lo que se conoce como el "costo residual"). Como explica Armour, "*the agent has an*

4 Goshen, Zohar y Richard Squire, *Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance*. Columbia Law Review, Vol. 117, p. 785.

5 J. Armour et al. *The Anatomy of Corporate Law*, 3ra ed., Oxford University Press, 2016, p. 29.

incentive to act opportunistically, skimping on the quality of his performance, or even diverting to himself of what was promised to the principal"⁶.

La normativa societaria, con miras a lidiar con esos problemas de agencia, regula, por ejemplo, cómo debe actuar el administrador de una compañía, en qué casos es posible removerlo y a quién corresponde designarlo. Así, la Ley de Compañías establece que los administradores de ciertas compañías deben realizar su gestión con la diligencia que exige una "administración mercantil ordinaria y prudente"⁷. Además, los administradores de las compañías anónimas son "mandatarios amovibles"⁸. En todos los casos, los administradores son designados por los socios o accionistas⁹. La ley también contiene normas que lidian con los conflictos de interés, cuando, por ejemplo, se prohíbe al agente contratar con la compañía que administra¹⁰.

Costos del principal. Puede haber costos que deriven del ejercicio de control por parte de los principales¹¹. Por ejemplo, el principal puede generar costos por su incompetencia, derivada de su falta de conocimiento o

6 *Ibidem.*

7 Ley de Compañías, artículos 125,162.

8 *Ibidem*, artículo 144.

9 En las compañías en nombre colectivo, esa posibilidad está prevista en el artículo 55 de la Ley de Compañías; en las compañías en comandita, en el artículo 65; en las compañías anónimas, en el artículo 257; etc.

10 Ley de Compañías, artículo 261.

11 Goshen, Zohar y Richard Squire. *Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance*. Columbia Law Review, Vol. 117, p. 785.

experiencia¹². También puede haber costos de conflicto del principal (*principal conflict costs*)¹³ que ocurren, por ejemplo, cuando una firma tiene varios principales y uno de ellos tiene intereses cortoplacistas que comprometen la habilidad de la firma para maximizar su valor presente neto.

La normativa societaria ecuatoriana no lidia con los costos del principal. Nuestra ley considera que los accionistas tienen derecho a elegir y a remover administradores. Aunque la posibilidad de remover a los administradores puede ser limitada, esas limitaciones no parecen relacionarse con los costos del principal.

II.2.2. Problemas entre accionistas mayoritarios y minoritarios. La normativa societaria también establece mecanismos para proteger a los accionistas minoritarios frente a las actuaciones de los mayoritarios. Un accionista mayoritario puede usar su control para expropiar la inversión de los minoritarios. Si los minoritarios no están debidamente protegidos, tendrán menos incentivos para invertir. Eso incidirá en la concentración del capital de las firmas, su prima de control y su costo de capital. Como explica La Porta, “*The empirical link between ownership concentration and investor protection thus seems broadly consistent with theoretical predictions*”; la evidencia demuestra que una menor protección a los minoritarios está correlacionada con una mayor concentración del capital¹⁴. En palabras de la Superintendencia de

12 Goshen, Zohar y Richard Squire. *Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance*. Columbia Law Review, Vol.117, p.786.

13 *Ibidem*, p. 791.

14 La Porta, Rafael *et al.* Law and Finance after a Decade of Research, Handbook of the Economics of Finance, 2013, vol. 2, p. 442.

Sociedades de Colombia, "de no existir medios efectivos de protección [para los accionistas minoritarios], las personas que pretendieran adquirir participaciones minoritarias en el capital de una compañía simplemente se abstendrían de hacerlo o intentarían descontar del precio de compra las pérdidas futuras derivadas de la apropiación de recursos sociales por parte del mayoritario"¹⁵.

El Derecho societario contiene normas que buscan proteger a los accionistas minoritarios. Por ejemplo, la Ley de Compañías no permite a la compañía reinvertir la totalidad de las utilidades generadas durante un ejercicio salvo que se cuente con el consentimiento unánime de los socios¹⁶. Los accionistas minoritarios también tienen derecho a separarse de la compañía en caso de no estar de acuerdo con ciertas decisiones tomadas por la mayoría¹⁷. El derecho de preferencia busca dar a los minoritarios la oportunidad de que su participación se vea diluida como consecuencia de un aumento de capital. Los minoritarios cuentan con la posibilidad de impugnar las decisiones de la mayoría en ciertos casos¹⁸. Además, la normativa sobre la convocatoria a juntas busca asegurar que los minoritarios cuenten con el tiempo y la información suficiente para asistir a dichas juntas con el fin de ejercer sus derechos, etc.

Como veremos más adelante, uno de los problemas del Derecho societario ecuatoriano es que parece no darse

15 Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia dentro del proceso 014-801-50.

16 Ley de Compañías, artículo 297.

17 *Ibidem*, artículo 333.

18 *Ibidem*, artículo 181.

la importancia suficiente a la protección a los socios minoritarios.

II.2.3. Problemas entre la compañía y terceros.

Puede también haber conflictos entre la firma y terceros. La dificultad en esos casos yace en asegurarse de que la compañía no se comporte de manera oportunista frente a esos terceros, aprovechándose de sus acreedores, explotando a sus trabajadores o engañando a sus consumidores¹⁹. Gran parte de la discusión del Derecho societario durante el siglo XX consistió en determinar qué importancia debía darse a esos terceros al determinar los objetivos que debía perseguir la firma²⁰.

Las relaciones entre la compañía y terceros usualmente están encomendadas a otras ramas del Derecho. Así, por ejemplo, las relaciones entre la firma y sus trabajadores están normadas por el Derecho laboral, que fundamentalmente establece (i) quiénes están sujetos a la protección de la normativa laboral, y (ii) los derechos y obligaciones que los patronos tienen frente a sus empleados. El Derecho laboral esencialmente busca alcanzar el pleno empleo y que los trabajadores cuenten con un trabajo que les permita vivir con dignidad. Las relaciones entre la firma y los consumidores están reguladas por el Derecho del consumo. El Derecho del consumo busca evitar que las firmas se aprovechen de la vulnerabilidad del consumidor

19 J. Armour et al. *The Anatomy of Corporate Law*, 3ra ed., Oxford University Press, 2016, p. 30.

20 Como explica Kraakman, "Throughout most of the twentieth century there has been debate over these issues, and experimentation with alternative approaches to them". Hansmann, Henry y Reinier Kraakman. *The End of History for Corporate Law*. Yale Law School Working Paper No. 235; NYU Working Paper No. 013; Harvard Law School Discussion Paper No. 280; Yale SOM Working Paper No. ICF - 00-09, p. 1.

o de las asimetrías informacionales que son inherentes a las relaciones entre proveedores de bienes y servicios y sus usuarios finales, etc.

El Derecho societario contempla algunas normas que resultan muy importantes para las relaciones entre la compañía y terceros. Por ejemplo, una constante en todas las compañías mercantiles es que comienzan a existir una vez que se inscribe en el Registro Mercantil la resolución que aprueba la creación de la compañía²¹. No se puede subestimar la importancia de una norma de ese tipo. Como las compañías son entes incorpóreos, en ausencia de un criterio uniforme para determinar cuándo comienzan a existir, la constatación de su existencia resultaría costosa. Si no hubiera una fuente centralizada de información sobre cuándo fue creada una compañía mercantil, los terceros enfrentarían una gran incertidumbre. La incertidumbre podría llevar a que terceros se abstengan de contratar con una firma si es que no conocieran a ciencia cierta si la compañía existe como una entidad independiente.

Además, la normativa contempla una lista exhaustiva de tipos societarios²². Los terceros, entonces, pueden saber cuáles son las características del régimen de cada compañía con solo conocer cuál es el tipo societario al que corresponde. Por ejemplo, dependiendo de cuál sea el tipo social, los terceros pueden conocer si los socios responden por las obligaciones de la firma o qué limitaciones enfrentan los socios para desvincularse de la compañía.

Otro ejemplo es el régimen de liquidación de compañías. La liquidación busca asegurarse de que la compañía,

21 Ley de Compañías, artículos 38, 96, 136 y 146.

22 Ley de Compañías, artículo 2.

previo a terminar su existencia, utilice sus activos para pagar sus acreencias en lugar de que los accionistas puedan distribuírselos en perjuicio de sus acreedores. Sin un régimen de liquidación, los accionistas podrían actuar de manera oportunista en contra de los intereses los acreedores de la firma.

II.3. ¿Se justifica la existencia del Derecho societario ecuatoriano?

Por todo lo expuesto, no hay duda de que la existencia del Derecho societario está justificada. La normativa societaria debe encontrar una forma de equilibrar los intereses en conflicto de accionistas, administradores y terceros, con miras a permitir que las firmas cumplan su objetivo de maximizar el bienestar social.

El problema con la normativa societaria ecuatoriana es doble. Primero, muchas de sus normas no se justifican. Segundo, no hace todo lo que debería hacer. Trataremos ambos puntos a continuación.

II.3.1. Lo que la SCVS no debería hacer. La autoridad societaria ecuatoriana considera que el control a las compañías resulta fundamental para obtener objetivos deseables. Sin embargo, no establece cuáles son esos objetivos y qué tipo de controles resultan necesarios para ese fin. Quizás eso explique que una parte importante de la normativa societaria carezca de una justificación siquiera aparente. No es aventurado afirmar, con base en la experiencia, que la autoridad ecuatoriana concibe al control societario como un fin en sí mismo.

Son varios los ejemplos de reglas societarias que no tienen una utilidad clara. No parecen ayudar a lidiar con los problemas identificados en la sección anterior. Además, esas reglas pueden resultar contraproducentes. Nos referiremos a algunas de ellas a continuación.

Obligación de remitir información. Todas las compañías sujetas a la vigilancia y al control de la SCVS están obligadas a remitirle cierta información periódicamente, independientemente de que tengan acreedores o de que se encuentren en actividad²³. La inobservancia de esa obligación acarrea una multa (que, vale acotar, las autoridades parecen aplicar con entusiasmo)²⁴.

La divulgación de información busca reducir asimetrías informacionales. Sin embargo, cuando se exige de manera discriminada, puede ser inútil e incluso causar problemas. La información perfecta no necesariamente es compatible con la eficiencia económica. Por ejemplo, al aumentar la transparencia se puede facilitar la coordinación entre operadores económicos. Eso puede presentar problemas muy serios para la competencia.

Por ejemplo, la SCVS cuenta con un portal de información que refleja el balance general y el estado de resultados de las compañías sujetas a su control. La información del estado de resultados puede permitir a las firmas coordinar su comportamiento, especialmente si realizan sus actividades en mercados estables, homogéneos y maduros. Si un competidor conoce a cuánto ascienden

23 *Ibídem*, artículo 20.

24 Entrevista a la Superintendente de Compañías, Suad Manssur, disponible en el siguiente enlace: http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818761098

los ingresos de una firma rival, podrá inferir cuál es el precio que ha cobrado por sus productos. Lo mismo ocurre con el mercado de factores. Si una firma conoce el estado de resultados de sus competidores, inferirá cuánto pagaron por los insumos que adquirieron. Eso puede traer como consecuencia que se produzca un paralelismo entre ellas sin que deban coordinar su comportamiento.

En conclusión, la obligación de remitir información no siempre es ventajosa. La autoridad debería sopesar las ventajas de reducir las asimetrías de información con los costos que representa, por ejemplo, el transmitir al mercado información sensible que puede facilitar la colusión. Además, debería tomar en cuenta que, en ocasiones, la disminución de esas asimetrías informacionales no ofrece ventaja aparente alguna, como sucede cuando la firma no tiene acreedores.

Capital mínimo. Las compañías sujetas a control y regulación de la SVCS deben constituirse con un capital mínimo que puede ser de USD 80, 400 u 800 dólares, dependiendo del tipo de compañía. El capital mínimo debería depender del riesgo que la firma sea capaz de externalizar a terceros. Sin embargo, si el monto mínimo requerido es menor que el riesgo que se puede externalizar, será inútil. Además, mientras mayor sea el monto mínimo de capital requerido, en mayor medida de desincentivará la entrada de nuevas firmas al mercado²⁵, perjudicando así la competencia.

Es virtualmente imposible que un capital mínimo de 800 dólares pueda proteger a terceros frente a los riesgos

25 Davies, Paul y Sarah Worthington. *Principles of Modern Company Law*. Sweet & Maxwell, p. 265.

que la firma externaliza. En consecuencia, exigir un capital mínimo de ese monto tiene como principal efecto desincentivar la entrada de compañías al mercado y no consigue un beneficio apreciable.

Grabación de las juntas. La SCVS exige que las juntas de accionistas sean ser grabadas en medio magnetofónico. La finalidad aparente de esa regla es cerciorarse de que los accionistas que suscriben un acta en efecto comparecieron a la junta y tomaron las decisiones reflejadas en ella. Muchas veces los socios toman sus decisiones informalmente y las reflejan *ex post* en un acta, sin haber llevado a cabo la junta, como establece la ley. La regla de grabar las juntas se justificaría si las actas no se correspondieran con la realidad, es decir, si los mayoritarios falsifican información para engañar a la autoridad sobre la comparecencia y las decisiones de los minoritarios. Sin embargo, eso no es lo que ocurre. No hay razones para pensar que suela haber discusión sobre si, en efecto, los socios tomaron las decisiones plasmadas en el acta. Si los socios deliberadamente obvian la junta, que es una institución creada para velar por sus intereses, es difícil encontrar una justificación para una regla así. Si no se discute que las decisiones reflejadas en el acta se corresponden con la realidad, la exigencia de grabar las juntas no ofrece beneficio alguno.

Acuerdos parasociales y transferibilidad de las acciones. La Ley de Compañías establece que todo pacto social que se mantenga en reserva es nulo²⁶. Eso es sintomático de que el legislador y la autoridad miran con suspicacia a los socios de una compañía. Además, según nuestra ley, el

26 Ley de Compañías, artículos 136 y 146.

derecho a negociar libremente la transferencia de acciones no admite limitación alguna²⁷. Sin embargo, los acuerdos entre accionistas, conocidos como acuerdos parasociales, son instrumentos frecuentemente utilizados y de gran utilidad, incluso cuando tienen por objeto limitar la posibilidad de transferir acciones. Esos acuerdos permiten a los accionistas coordinar sus actuaciones dentro de la firma. Como explica Armour, hay razones que justifican las restricciones estatutarias a las ventas de acciones. Si la venta de acciones no admite limitación alguna, puede ser difícil llegar a acuerdos para compartir el control de la firma o para participar en su administración. Por eso, según el mismo autor, todas las jurisdicciones establecen mecanismos para restringir la transferibilidad de las acciones, por ejemplo, a través de acuerdos parasociales²⁸. Nuestro país es la excepción.

La compañía como contrato. Uno de los dogmas del Derecho societario ecuatoriano es que la compañía *debe ser* un contrato. Como tal, la compañía requiere de dos o más socios²⁹. Si el número de socios llega ser menor a dos, la compañía puede verificar una causal de disolución que puede terminar con su existencia³⁰. Esa regla tampoco tiene justificación alguna. La autoridad y la legislación no dan luces sobre por qué es ventajoso que la compañía tenga más de un accionista. La experiencia del Derecho comparado no deja dudas sobre cuán absurda resulta esa limitación. Las sociedades anónimas simplificadas ("**SAS**") son tipos societarios que pueden constituirse por un solo

27 *Ibidem*, artículos 192.

28 J. Armour et al. *The Anatomy of Corporate Law*, 3ra ed., Oxford University Press, 2016, p. 10.

29 Ley de Compañías, artículo 147.

30 *Ibidem*, artículo 361.

accionista. Su éxito en otros países ha sido notable. En Colombia, por ejemplo, las SAS son el tipo societario más usado³¹. Nuestro país no cuenta con un tipo societario semejante³².

II.3.2. Lo que la SCVS debería hacer. Además, la falta de cuestionamiento sobre las funciones de la SCVS ha traído como consecuencia que el Derecho societario deje de hacer parte de lo que, en teoría, debería hacer. El ejemplo más claro tiene que ver con la insuficiente protección a los accionistas minoritarios. Aunque no conocemos de estudios que analicen cuál es la concentración de capital de las compañías ecuatorianas, la experiencia demuestra ese capital suele no estar diversificado. Los empresarios suelen mostrar una reticencia a perder el control sobre las compañías que son de su propiedad. Eso se correlaciona con la falta de protección a los accionistas que no tienen control de la compañía.

No existe información sobre las medidas que la Superintendencia ha tomado en pos de proteger los intereses de accionistas minoritarios frente a las actuaciones de los mayoritarios. En general, la posibilidad de impugnar las decisiones de la mayoría parece ser un recurso teórico sin mayor utilidad práctica. La experiencia también demuestra que la autoridad se escuda en formalismos con el fin de no dar trámite a las solicitudes de intervención planteadas por los minoritarios.

31 "Sas es el tipo de sociedad más usado en Colombia", Dinero, artículo de 10 de febrero de 2009, disponible en: <http://www.dinero.com/negocios/articulo/sas-tipo-sociedad-usado-colombia/84554>.

32 Las empresas unipersonales de responsabilidad limitada tienen características parecidas a las SAS. Sin embargo, no tuvieron éxito. En nuestra opinión, su escasa difusión obedeció a la dificultad para constituir las.

En consecuencia, estimamos necesario que la SCVS dé mayor prioridad a la protección a los accionistas minoritarios. Los resultados de la entidad de control en ese respecto parecen no ser satisfactorios. Si lo hiciera, seguramente el capital de las firmas ecuatorianas se desconcentraría. Esa desconcentración vendría acompañada de una serie de efectos deseables.

III. APROXIMACIÓN A LAS COMPAÑÍAS

En esta sección explicaremos por qué es necesario que la autoridad y el legislador cambien el enfoque con el que se aproximan a las compañías. Primero (III.1.) explicaremos por qué, desde un punto de vista económico, la importancia de las compañías es incuestionable. Más adelante (III.2.) expondremos cuál es la manera en que el ordenamiento jurídico concibe a las compañías y por qué esa visión trae como consecuencias indeseables. Finalmente, (III.3.) veremos cuál es el paradigma bajo el que la autoridad debería concebir a las compañías.

III.1. ¿Por qué son importantes las compañías?

III.1.1 El problema económico fundamental. Para comprender la importancia de las compañías es necesario recordar cuál es el problema económico fundamental. La economía se explica por el problema de la escasez. Dado que los recursos resultan insuficientes para satisfacer todas nuestras necesidades, todo sistema económico debe determinar cómo producir, con qué y para quién. Uno de los logros intelectuales más importantes de todo

el pensamiento económico es el Primer Teorema del Bienestar. Según ese Teorema, el equilibrio competitivo es eficiente en el sentido de Pareto. Si los agentes económicos son libres de decidir cómo, qué y para quién producir, en caso de cumplirse ciertas condiciones, se alcanzará una situación en la que no será posible mejorar el bienestar de un individuo sin perjudicar a otro.

Los logros económicos que ha obtenido la humanidad en los últimos años difícilmente pueden subestimarse. Como explica Riley, la mayor parte de la humanidad está mejor alimentada, mejor abrigada, mejor entretenida y mejor protegida en contra de las enfermedades que nunca antes en nuestra historia³³. En palabras de Harari, en las últimas décadas la humanidad ha conseguido controlar las plagas, las hambrunas y los conflictos armados en gran medida:

Modern medicine has been so successful in its war against epidemics that today, for the first time in history, most humans live long enough to succumb to cancer, heart attacks and old age rather than dying young from infection. Even more remarkably, in 2016 famine has caused far fewer deaths than obesity. Indeed, natural famine —resulting from an objective lack of food— has almost completely disappeared. [...] As for war, despite horrendous conflicts in a number of hotspots, mortality from human violence is comparatively lower than in any previous time in history, with fewer people dying from war and crime combined than from suicide or from car accidents³⁴.

33 Ridley, Matt. *The Rational Optimist*, Harper-Collings, p. 11.

34 "At last, liberals are waking from a long dream", artículo de opinión de Yuval Noah Harari publicado en el Financial Times el 6 de enero de 2017.

A pesar de que la economía nunca podrá librarse del problema de la escasez, sería insensato negar los avances que se ha tenido al lidiar con ella.

III.1.2. Las compañías como instrumentos de colaboración. ¿Qué rol juegan las compañías en ese escenario? El papel de las compañías en los logros económicos que hemos alcanzado es mucho más trascendente de lo que aparenta. Debemos a las compañías (siendo más precisos, a nuestra capacidad para imaginar compañías) muchos de los avances que hemos obtenido.

¿Por qué? Nuestro predominio sobre cualquier otra especie en el planeta deriva de nuestra habilidad para cooperar. La cooperación nos ha permitido alcanzar estándares materiales de vida que resultarían insospechados si no tuviéramos la habilidad y la predisposición para coordinar nuestro comportamiento con otros seres humanos. Si bien es cierto que hay otros animales que pueden cooperar en grandes números, nuestra habilidad para coordinar nuestra conducta es distinta. Es mucho más flexible y permite coordinar el comportamiento de un sinnúmero de seres humanos a la vez.

¿A qué obedece nuestra habilidad para cooperar? Una explicación muy celebrada es que podemos coordinar nuestro comportamiento casi sin limitaciones debido a nuestra capacidad para inventar realidades ficticias e intersubjetivas que catalizan la coordinación.

Una de las realidades que hemos creado son las personas jurídicas. Las personas jurídicas son entes ficticios que tienen personalidad jurídica y, como tales, pueden

adquirir derechos y contraer obligaciones. A pesar de que no tienen una realidad tangible, las personas jurídicas ofrecen algunas ventajas importantes para facilitar la cooperación y para realizar actividades económicas. Nos referiremos a esas ventajas más adelante³⁵.

III.1.3. Las compañías como mecanismo para evitar los costos de transacción y crear valor. Las compañías están muy relacionadas con las firmas. Las firmas son conjuntos de activos sujetos a un control común. Son focos de planificación centralizada en las que las decisiones de producción y de consumo vienen dadas por el empresario. Dado que el sistema de mercado tiene costos (los llamados "costos de transacción"), la utilización de firmas puede resultar más ventajosa para organizar la producción de bienes y servicios que el sistema de mercado. En ausencia de costos de transacción, cada agente económico se especializaría en la producción del bien o servicio en el que resulta más eficiente. Si no hubiera costos de transacción, no habría firmas. Sin embargo, por la existencia de costos de transacción, hasta cierto punto resulta más conveniente organizar la actividad productiva dentro de las firmas y no valerse del sistema de mercado³⁶.

Las compañías son vehículos legales muy útiles para la instrumentación de firmas. Las compañías otorgan ventajas únicas para la realización de actividades productivas. El modelo de compañía que más éxito ha tenido tiene cinco características que se presentan con una uniformidad notable en los distintos ordenamientos

35 Yuval Noah Harari, *Sapiens: A Brief History of Humankind*, Harper-Collins, p. 25 y ss.

36 Ver, en general: Coase, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405.

jurídicos³⁷. En nuestro ordenamiento, esas características se corresponden con la compañía anónima y son las siguientes: (i) la compañía es una persona jurídica distinta a sus socios, (ii) la responsabilidad de los socios se limita al monto de su aporte, (iii) las acciones son libremente transferibles, (iv) la administración de la compañía es delegada a un directorio y (v) la propiedad de la compañía corresponde a sus accionistas. Nos referiremos a las primeras tres características:

Personalidad jurídica. La compañía es una persona distinta a sus socios. La personalidad jurídica de la compañía ofrece dos ventajas importantes. Primero, como sujeto de derechos, la compañía cuenta con un patrimonio propio. Eso impide que los acreedores de los socios puedan perseguir sus créditos en el patrimonio de la compañía. La compañía, entonces, es un mecanismo que permite separar un patrimonio a fin de realizar una determinada actividad económica. Segundo, la compañía sirve como nexo de contratos. Como sujeto, la compañía es un centro de imputación de relaciones jurídicas. Cuando celebra negocios jurídicos no requiere de la comparecencia de todos sus socios o accionistas. Al contratar, la compañía puede intervenir por sí misma (a través de su personero, por tratarse de un incapaz relativo). Eso facilita enormemente la realización de actividades económicas.

Responsabilidad limitada. La responsabilidad limitada de la compañía significa que los socios no responden sino hasta por el monto de su aportación. Como explicamos

37 Hansmann, Henry y Reinier Kraakman. *The End of History for Corporate Law*. Yale Law School Working Paper No. 235; NYU Working Paper No. 013; Harvard Law School Discussion Paper No. 280; Yale SOM Working Paper No. ICF - 00-09, p. 1.

en la sección siguiente, la responsabilidad limitada ofrece algunas ventajas muy importantes y resultan fundamentales para que un determinado tipo societario tenga acogida. Eso explica que los dos modelos de compañía que en efecto se utilizan en nuestro país tengan como característica común el consagrar la responsabilidad limitada de sus socios o accionistas.

Acciones libremente transferibles. La libre transferibilidad de las acciones es uno de los aspectos más importantes de las compañías anónimas³⁸. Permite que la firma continúe con sus operaciones ininterrumpidamente independientemente de lo que ocurra con sus accionistas. Además, permite a los accionistas mantener un portafolio de inversiones diversificado³⁹.

En consecuencia, las compañías ofrecen ciertas ventajas que las hacen vehículos inigualables para la realización de actividades productivas.

III.2. ¿Cuál es la aproximación del legislador ecuatoriano hacia las compañías?

Hay razones para pensar que nuestro legislador y la autoridad miran a las compañías con recelo⁴⁰. Parece concebírselas como una prerrogativa que la ley concede a los particulares; como un estatuto privilegiado y

38 Aunque es una característica también presente en las compañías en comandita por acciones.

39 J. Armour et al. *The Anatomy of Corporate Law*, 3ra ed., Oxford University Press, 2016, p. 10.

40 Véase la entrevista a la Superintendente de Compañías, Suad Manssur, disponible en el siguiente enlace: http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818761098

potencialmente nocivo que es necesario mantener bajo control. Son algunos los ejemplos que nos hacen llegar a esa conclusión:

Plazo de duración. Todo contrato de compañía debe establecer su plazo de duración. Si el plazo vence, la compañía verifica una causal de disolución de pleno derecho. En consecuencia, los administradores responden solidariamente por las actuaciones sociales y la compañía debe iniciar el trámite de liquidación. Una disposición así da a entender que el legislador busca limitar la vida de las compañías en la medida de lo posible. Sin embargo, es difícil entender quién puede verse beneficiado por una regla de este tipo.

Objeto único. La Ley de Compañías exige que el objeto social de la compañía debe comprender una sola actividad empresarial. ¿Por qué? La explicación de esa regla parece ser que se busca limitar la posibilidad de que la compañía realice actividades. Quizás se considera que, mientras más amplio sea el objeto social de la compañía, mayor será la esfera de actividades que podrá cubrir y mayor será el daño que potencialmente podrá generar.

Disolución por pérdidas. Las compañías se disuelven por “pérdidas del cincuenta por ciento o más del capital social o, cuando se trate de compañías de responsabilidad limitada, anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, por pérdida del total de las reservas y de la mitad o más del capital”⁴¹. Esa norma parece no tomar en cuenta que el valor intrínseco de una firma depende de sus flujos netos descontados, traídos a valor presente.

41 Ley de Compañías, artículo 361, numeral 6.

Una firma puede estar en insolvencia contable (*balance sheet insolvency*) y tener un valor presente positivo. Todo depende de sus oportunidades de crecimiento. Una aplicación irrestricta de esta regla podría terminar con compañías viables⁴².

III.3. ¿Cómo se debería aproximar el Derecho societario ecuatoriano a las compañías?

Resulta necesario cambiar el paradigma bajo el que se concibe a la función de la compañía. En lugar de mirarla como un privilegio que el legislador da a los particulares que resulta necesario controlar, se debería verlas como un instrumento para la generación de valor, pero cuyo quehacer puede dar lugar a conflictos que es preferible atenuar.

Ese cambio de enfoque debería traducirse en lo que se espera y se exige de las compañías. En lugar de controlar y vigilar irreflexivamente, se eliminaría exigencias innecesarias y costos de transacción para que así las firmas puedan destinar sus recursos a la producción de bienes y servicios que contribuyan a aumentar el bienestar social.

IV. UNIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN SOCIETARIA

En esta sección explicaremos por qué resulta necesario que todas las personas jurídicas privadas con finalidad lucrativa estén sujetas a la misma normativa. Explicaremos, como antecedentes, (IV.1) qué es lo que distingue a la normativa civil de la normativa mercantil,

⁴² Está en trámite un proyecto de ley que reformaría la norma que se refiere a esta causal. En virtud de esta reforma, esta causal de disolución no aplicaría a las compañías de reciente creación.

(IV.2.) cuáles son las diferencias entre las sociedades civiles y las compañías mercantiles y por qué (IV.3.) la distinción entre ambas categorías de personas jurídicas no reporta beneficio alguno y genera costos innecesarios.

IV.1. Distinción entre la normativa civil y la normativa mercantil

Los ordenamientos romano continentales distinguen claramente entre la normativa civil y la normativa mercantil. El criterio para determinar qué está sujeto a la normativa mercantil es la institución del acto de comercio. Mientras que los actos de comercio están sujetos a un estatuto especial, los restantes negocios jurídicos suelen estar normados por otras ramas del Derecho privado. En los países que se rigen por el Derecho común, en cambio, la distinción entre la normativa comercial y la normativa civil no es tan clara⁴³.

Como nuestro país sigue la tradición romano continental, la delimitación de la normativa comercial viene dada por los actos de comercio. Los actos de comercio están regulados principalmente por el Código de Comercio. Los restantes negocios jurídicos privados están regulados generalmente por el Código Civil.

La diferencia entre la normativa mercantil y el restante Derecho privado tiene como uno de sus hitos más importantes al Código de Comercio napoleónico de 1807⁴⁴. Ese Código creó la categoría de los actos de comercio con

43 Cfr. Goode, Roy *et al.* *Transnational Commercial Law: Texts, Cases and Materials*. Oxford University Press, 2008, p. 8.

44 Berdugo Garavito, José María y Sebastián Builes Vargas. *Derecho mercantil*. Universidad de Medellín, Medellín, p. 145, nota al pie 2.

un fin claramente determinado. Los actos de comercio son una categoría de negocios jurídicos⁴⁵. Quienes los realizan se encuentran sujetos a la normativa mercantil. ¿Qué se buscaba con esa figura? Lo que se pretendía era evitar que los comerciantes estén sujetos a un estatuto privilegiado. Permitir a los comerciantes contar con una normativa especial contrariaba al principio de igualdad, uno de los postulados de la Revolución Francesa. Al crear la categoría de los actos de comercio, cualquier persona que realizara esos negocios jurídicos se veía sometida a la normativa mercantil, independientemente de su calidad personal. Si la distinción entre la normativa mercantil y la normativa civil no atendía a la calidad subjetiva del agente, entonces que la normativa mercantil no contrariaba el postulado de igualdad.

En la actualidad, los actos de comercio son de tres categorías: objetivos, subjetivos y mixtos. Los actos de comercio objetivos son tales independientemente de la calidad de los intervinientes, como ocurre con la compraventa mercantil; los subjetivos son aquellos en los que son tales por la calidad de sus intervinientes, independientemente de la naturaleza del acto; y, finalmente, los mixtos son los que se celebran entre un comerciante y un no comerciante. Se discute cuál es la normativa que debe aplicar a los actos de comercio mixtos.

Es necesario replantearse la necesidad de mantener al acto de comercio como el criterio que demarca el ámbito de la normativa mercantil. En nuestro criterio, es

45 Aunque es cierto que el artículo 3 del Código de Comercio, que contiene la lista de actos de comercio, no se refiere únicamente a negocios jurídicos. Eso trae como consecuencia que la definición de acto de comercio resulte compleja.

una institución anacrónica cuya existencia dejó de estar justificada.

IV.2. Distinción entre las sociedades civiles y las compañías mercantiles

La teoría del acto de comercio trascendió al ámbito societario. Las personas jurídicas de derecho privado con finalidad lucrativa se clasifican en dos categorías: las sociedades civiles y las compañías mercantiles. Las sociedades civiles están reguladas por el Código Civil. Las compañías mercantiles, en cambio, están reguladas en la Ley de Compañías. La diferencia esencial entre las sociedades y las compañías en un principio estuvo en que las compañías se dedicaban a actividades mercantiles. Además, a diferencia de las sociedades civiles, las compañías tienen la calidad de comerciantes⁴⁶. Las sociedades civiles son personas jurídicas de derecho privado con finalidad lucrativa que, en principio, realizan actividades no comerciales.

Hoy en día, sin embargo, los actos de comercio ya no explican las diferencias entre las compañías mercantiles y las sociedades civiles. La Ley de Compañías reconoce que las compañías mercantiles pueden realizar actividades no comerciales⁴⁷. Además, las sociedades civiles podrían

46 Eso se infiere de la definición de compañía. Según el artículo 1 de la Ley de Compañías, "Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, **para emprender en operaciones mercantiles** y participar de sus utilidades" (el énfasis nos pertenece).

47 Por ejemplo, según el artículo 94 de la Ley de Compañías, "La compañía de responsabilidad limitada podrá tener como finalidad la realización de toda clase de actos civiles o de comercio y operaciones mercantiles permitidos por la Ley, excepción hecha de operaciones de banco, seguros, capitalización y ahorro".

realizar ciertos actos de comercio, como ocurre con los contratos de compraventa mercantil.

Las diferencias en el régimen jurídico de sociedades y en el régimen de las compañías son inmensas. Por ejemplo, el contrato de sociedad es un contrato consensual⁴⁸. El contrato de compañía, en cambio, es un contrato solemne. La sociedad civil nace como consecuencia de la celebración del contrato que le sirve de causa eficiente. Por su parte, las compañías mercantiles nacen con la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución que aprueba su constitución. En general, el régimen de las compañías mercantiles es mucho más detallado y completo que la normativa que regula a las compañías civiles.

IV.3. ¿Se justifica someter a las compañías a un tratamiento distinto al de las sociedades civiles?

Actualmente, es difícil justificar que las compañías y las sociedades estén sujetas a estatutos diferentes. La necesidad de la distinción entre ambas categorías de personas jurídicas está correlacionada con la importancia del acto de comercio como criterio diferenciador entre la normativa mercantil y la normativa civil. Dado que la teoría del acto de comercio es anacrónica y, además, dejó de ser el criterio que define a las compañías mercantiles, entonces tampoco tiene sentido clasificar a las personas jurídicas privadas con fin lucrativo con base en esa consideración.

48 Como ha dicho la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, "la sociedad civil es persona jurídica desde el momento mismo de su constitución, si ésta se ha realizado de acuerdo a las normas del Título XXVI del Libro Cuarto del Código Civil". Sentencia de 4 de marzo de 2004 publicada en el Registro Oficial 414 de 6 de septiembre del mismo año.

A más de no traer beneficios apreciables, la distinción entre compañías mercantiles y sociedades civiles presenta algunas desventajas muy serias. En nuestra opinión, esa distinción genera una enorme incertidumbre y no trae beneficios.

Uno de los inconvenientes prácticos más grandes que deriva de esta distinción es la incertidumbre sobre si ciertas figuras tienen personalidad jurídica. Los problemas derivan de la falsa, aunque muy arraigada, premisa de que el contrato de sociedad civil es solemne. Dado que el contrato de sociedad civil es consensual, basta con que dos o más partes pongan algo en común y acuerden repartirse los beneficios para que nazca una persona jurídica distinta a los socios. En consecuencia, ocurre con mucha frecuencia que los particulares celebran contratos que, a veces inadvertidamente, dan lugar al nacimiento de una persona jurídica. Esos problemas se presentan, en particular, con negocios jurídicos a los que se intitula “consorcios”, “asociaciones ‘de’ cuentas en participación”, “sociedades civiles y comerciales” y “sociedades de hecho”. Nos referiremos a los primeros dos ejemplos.

Consorcios. Existe la discusión sobre si los consorcios tienen personalidad jurídica. En nuestra opinión, todo contrato que verifique los elementos esenciales del contrato de sociedad dará lugar al nacimiento de una persona distinta a los contratantes. Los consorcios verifican los elementos esenciales del contrato de sociedad. Por eso dan lugar al nacimiento de una persona jurídica. No obstante, hay quienes estiman que los consorcios carecen de *affectio societatis* y que por eso no pueden dar lugar al nacimiento de una persona jurídica. Discrepamos con ese criterio.

La *affectio societatis* viene dada por el deseo de participar en las ganancias en proporción a la aportación. Ese es el criterio fundamental para distinguir a un *socio* de un *acreedor*. Las dudas sobre la personalidad jurídica del consorcio se disiparían si la ley exigiera en todos los casos la inscripción en el Registro Mercantil como requisito para que una persona jurídica con finalidad lucrativa comience su existencia.

“Asociaciones ‘de’ cuentas en participación”. La Ley de Compañías establece que la asociación en participación es aquella “en la que un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio”. Esas asociaciones no son personas jurídicas. Lo que sucede en la práctica es que suele celebrarse contratos que reúnen los elementos de la esencia del contrato de sociedad pero que se intitulan “asociación de (sic) cuentas en participación” con la creencia de que esa figura no dará lugar al nacimiento de una persona jurídica. Ese parecer es equivocado. El nombre que se dé a un contrato resulta irrelevante; lo que importa es cuáles sean sus elementos esenciales. Los contratos que llevan esa denominación usualmente sí verifican los elementos de la esencia del contrato de sociedad y sí dan lugar al nacimiento de una persona jurídica, aunque las partes no estén conscientes de ello. Ese problema se evitaría, nuevamente, si la ley estableciera que toda sociedad comienza a existir con la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución que aprueba su existencia.

En general, se cree que el contrato de sociedad es solemne por los inconvenientes que supondría tratarlo

como un contrato consensual. Es indiscutible que resulta inconveniente que el contrato de sociedad sea consensual. Sin embargo, es bien conocida la regla de interpretación de que lo favorable u odioso de una disposición no puede servir para ampliar o restringir su alcance. No puede inferirse cómo es el Derecho con base en cómo *debería ser*. El Código Civil no exige solemnidad alguna para el contrato de sociedad. En consecuencia, el de sociedad es un contrato que se perfecciona con el mero consentimiento. Sin embargo, para efectos de evitar los problemas que hemos identificado, convendría que todas las personas jurídicas de derecho privado estén sujetas al mismo régimen. En consecuencia, las sociedades, independientemente de su naturaleza, *deberían* nacer una vez inscrita en el Registro Mercantil la resolución que aprueba su existencia.

V. RESPONSABILIDAD LIMITADA Y LIMITACIONES AL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

V.1. La importancia de la responsabilidad limitada

Las compañías son una de las mejores contribuciones del Derecho para la generación de valor. A pesar de que el camino para encontrar el modelo de firma más ventajoso no ha estado libre de obstáculos, es difícil rebatir cuán grande es la importancia de la responsabilidad limitada. Por algo se la ha calificado como “el descubrimiento más grande de los tiempos modernos”⁴⁹. La responsabilidad limitada es una de las características que necesariamente debe estar

49 Cita atribuida a Nicholas Butler, entonces Presidente de la Universidad de Columbia.

presente para que una compañía tenga acogida⁵⁰. Como explica *The Economist*⁵¹,

Before limited liability, shareholders risked going bust, even into a debtors' prison maybe, if their company did. Few would buy shares in a firm unless they knew its managers well and could monitor their activities, especially their borrowing, closely. Now, quite passive investors could afford to risk capital—but only what they chose—with entrepreneurs. This unlocked vast sums previously put in safe investments; it also freed new companies from the burden of fixed-interest debt. The way was open to finance the mounting capital needs of the new railways and factories that were to transform the world.

Algunas de las ventajas que ofrece la responsabilidad limitada son las siguientes:

Primero, permite la diversificación de las inversiones. Si los accionistas responden ilimitadamente, deberán monitorear con cuidado cada una de las compañías en las que invierten, porque cada nueva inversión significa un nuevo frente por el que el accionista expone su patrimonio personal. Si la responsabilidad es limitada, el monto de pérdidas del accionista será siempre el monto de su

50 De los cinco tipos de compañías que contempla nuestra legislación, las únicas dos que se usan en la práctica son la compañía de responsabilidad limitada y la compañía anónima. En ambas, la responsabilidad de los socios y de los accionistas, respectivamente, es limitada. Sin embargo, la responsabilidad limitada parece no ser una condición suficiente para que una figura tenga éxito, como lo demuestra la escasa utilización de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada.

51 "The key to industrial capitalism: limited liability", *The Economist*, artículo publicado en la edición de 23 de diciembre de 1999.

aporte. De ese modo, el accionista podrá diversificar su portafolio y eliminar el riesgo idiosincrático de cada una de sus inversiones.

Segundo, permite que las acciones tengan un precio homogéneo. Si la responsabilidad de los socios es ilimitada, el precio de una acción dependerá del patrimonio del accionista. Mientras mayor sea el patrimonio del accionista, mayor será el riesgo al que se expondrá y menor será, entonces, el valor que tendrá la acción para él. Si la responsabilidad es limitada, en cambio, el patrimonio del accionista no incide en el precio de la acción. El precio de la acción dependerá de su valor presente neto, y ese valor será el mismo para todos los accionistas.

Tercero, facilita la toma de decisiones que generan valor. Si la responsabilidad es ilimitada, los accionistas tomarán en consideración su riesgo idiosincrático al momento de decidir si la compañía debe invertir en un proyecto determinado. En cambio, si su responsabilidad está limitada, los accionistas tolerarán un mayor nivel de riesgo y tendrán mayores incentivos para invertir en proyectos que maximicen el valor de la firma.

V.II. El levantamiento del velo societario

En ciertos casos, los socios de una compañía responden directamente por las deudas de la firma. Eso constituye una excepción al principio de la responsabilidad limitada que se conoce como el levantamiento del velo societario.

La Ley de Compañías esencialmente establece que la personalidad jurídica de la compañía puede declararse inoponible cuando la compañía ha sido constituida para

defraudar o cuando ha realizado actividades ajenas a su objeto, siempre que se haya perjudicado a terceros⁵². El Código Orgánico Monetario y Financiero dispone que los accionistas de las entidades financieras responden por las deudas de la compañía en ciertos casos. Finalmente, la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales reza que los accionistas o socios responden por las deudas de la compañía frente a sus trabajadores o al Estado en casos de fraude⁵³.

En la práctica, el levantamiento de velo ocurre en cualquier caso en que se tenga acreencias con el Estado, incluso si el socio o accionista no tuvo una participación activa en la compañía. Las autoridades parecen no analizar con seriedad si los accionistas han cometido fraude con el fin de determinar si el levantamiento del velo está justificado⁵⁴. Hay evidencia anecdótica de que las

52 Artículo 17 de la Ley de Compañías.

53 Según el artículo 1 de esa ley, "Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. Se exceptúa de lo previsto en este inciso a los accionistas que posean menos del 6% del capital accionario de las sociedades anónimas inscritas en el Catastro Público del Mercado de Valores, siempre que hubieren adquirido estas acciones a través de las Bolsas de Valores, o a través de herencias, donaciones o legados, y siempre y cuando no hubieren participado en la administración de la sociedad anónima".

54 Véase la "providencia" de 12 de septiembre de 2016 dictada por el Inspector del Trabajo de Pichincha dentro del trámite No. 179285-2014-ACH, en el que el Inspector decidió levantar el velo en contra de todos los accionistas de Editores e Impresores S.A. -EDIMPRES-, compañía que solía editar el Diario Hoy.

autoridades han levantado el velo incluso en el caso de compañías que cotizan en bolsa.

La responsabilidad limitada es una prerrogativa especial que el Estado concede a los accionistas. Sin embargo, supone un dilema. El legislador debe sopesar las ventajas de la responsabilidad limitada, que se traducen en mayor inversión, con las desventajas, que esencialmente consisten en la mayor probabilidad de que acreedores de la firma queden impagos. En otras palabras, el lado negativo de la responsabilidad limitada es que permite a la firma externalizar ciertos riesgos. Como explica Bainbridge, "*Limited liability entails negative externalities—it allows shareholders to externalize part of the costs of their investment onto other corporate constituencies and, in a sense, to society at large*"⁵⁵. Eso no siempre resulta deseable.

Al momento de levantar el velo, el legislador debe tomar en cuenta una serie de factores. Resulta más nocivo levantar el velo en compañías que cotizan en bolsa que en compañías que no lo hacen; levantar el velo en contra de personas naturales tiene mayores costos sociales que hacerlo en contra de accionistas personas jurídicas; es más difícil justificar el levantamiento del velo frente a acreedores protegidos por contrato que frente a acreedores que no están protegidos por contrato; no es lo mismo levantar el velo frente a una firma que estaba debidamente capitalizada que hacerlo frente a una compañía que fue infracapitalizada por sus accionistas con el fin de defraudar a sus acreedores; etc.⁵⁶

55 Bainbridge, Stephen M., *Abolishing Veil Piercing*. Journal of Corporation "Law, Vol. 26, No. 3, p. 488.

Se ha esgrimido algunas tesis para defender el levantamiento del velo en casos puntuales. Por ejemplo, en *Adamas v. Cape Industries Plc.*, se aplicó la teoría de la "entidad económica única". Bajo esa teoría, todas las compañías que han operado como una sola entidad para efectos de sus actividades económicas deben ser consideradas como una sola entidad⁵⁷. También se ha aceptado la teoría de la "fachada" (*façade*), por la que es posible levantar el velo cuando la compañía no es sino una maquinación para encubrir la realidad y perjudicar a terceros⁵⁸.

Sin embargo, nuestras autoridades parecen no tomar en consideración esos parámetros. La regla general parece ser que los accionistas deben responder por las acreencias de la compañía frente a entidades del sector público o trabajadores, independientemente de cualquier otra consideración. Es indiscutible que esa aproximación al levantamiento del velo seguramente traerá consigo consecuencias funestas que reverberarán en el tiempo. Por lo tanto, el Derecho societario ecuatoriano debería preocuparse por resguardar el respeto al principio de la responsabilidad limitada y defenderlo en contra de los embates de autoridades que insisten en desconocer ese principio sin, al parecer, comprender a cabalidad las consecuencias de sus actos.

56 *Ibidem*, pp. 514 y ss.

57 Davies, Paul y Sarah Worthington. *Principles of Modern Company Law*. Sweet & Maxwell, p. 203.

58 *Ibidem*, p. 204.

VI. RÉGIMEN DE RESTRUCTURACIÓN Y TERMINACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS

El trámite para poner fin a una compañía mercantil en Ecuador es largo y complejo. Después de verificar una causal de disolución, la compañía debe iniciar el proceso de liquidación. La liquidación, como su nombre indica, busca liquidar el activo para satisfacer las acreencias que la firma tenga pendientes. Una vez liquidado el activo, hay dos alternativas. Si el monto liquidado supera el monto de las acreencias de la firma, habrá un remanente que tiene que ser repartido entre los accionistas. Si la liquidación de los activos no permite cubrir todas las acreencias, los acreedores son pagados dependiendo a la prelación de su crédito y los accionistas no reciben remanente alguno.

En nuestra opinión, el régimen de terminación de las compañías enfrenta dos problemas. El primer problema es que el trámite puede resultar ineficiente y mucho más oneroso de lo que debería. Nuestra hipótesis es que nuestra aversión al riesgo es inusualmente grande. La autoridad de control, en consecuencia, muestra una enorme reticencia a permitir la liquidación de firmas que no han cubierto todos sus pasivos. Esa reticencia puede no estar justificada. La concesión de cualquier tipo de crédito supone la posibilidad de que no haya un repago⁵⁹. El riesgo de no pago es inherente al crédito y a la actividad empresarial. Por lo tanto, es necesario que la autoridad replantee su posición paternalista. Por regla general, la autoridad no debería obstaculizar el que se ponga fin a

59 Armour, John. *The Law and Economics of Corporate Insolvency: A review*, ESCR Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 197.p. 1.

una firma que carece de activos suficientes para cubrir sus pasivos.

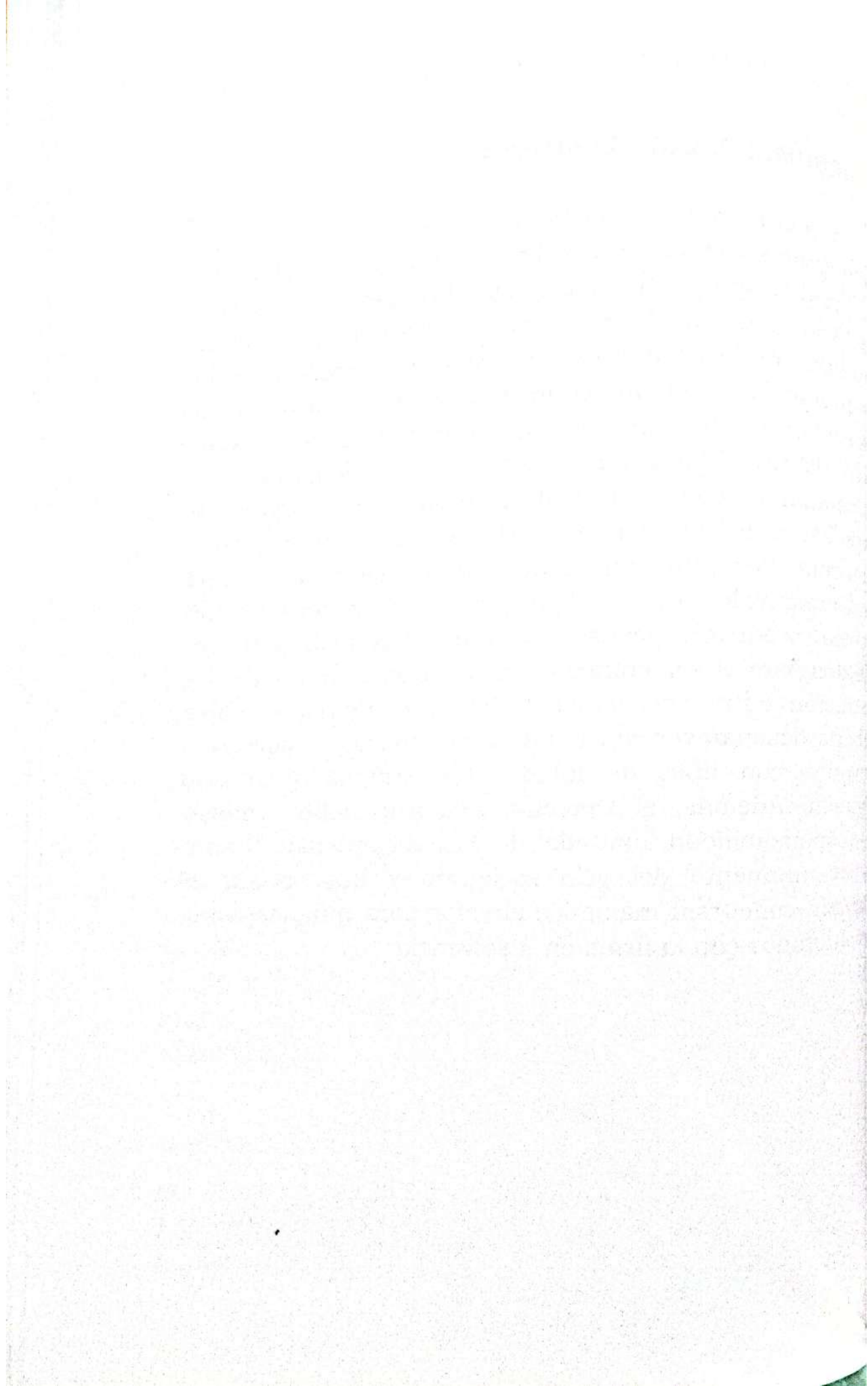
El segundo problema se relaciona con el estigma social que rodea al fracaso empresarial. En nuestra opinión, las autoridades consideran que una firma insolvente es una amenaza. La solución consiste en disolverla y liquidarla para que no cause más daños a terceros. No hay razón alguna para pensar que la preservación de la firma es un objetivo. Es por eso que las normas sobre concurso preventivo han tenido una difusión tan escasa y virtualmente no se las aplica. Ese parece ser un problema que aflige a toda la normativa concursal iberoamericana. Como explica Gurrea, "la doctrina y las legislaciones iberoamericanas han atribuido una función sancionadora al Derecho concursal, y han sancionado severamente a los deudores en concurso"⁶⁰.

El sistema de terminación de las compañías debería buscar la solución que resulte más eficiente una vez que la firma está en insolvencia. En ocasiones, la salida más eficiente consistirá en reorganizarla y mantenerla con vida. Otras veces resultará más conveniente liquidarla, asegurándose de precautelar los intereses de los acreedores frente a las conductas oportunistas de los administradores y de los accionistas. Sin embargo, parece indudable que el actual enfoque que se da al régimen concursal es inadecuado.

60 Gurrea-Martínez, Aurelio, Hacia un nuevo paradigma en el estudio y el diseño del Derecho concursal en Iberoamérica. Septiembre de 2016. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF). Working Paper Series 7/2016.

VII. RESUMEN Y CONCLUSIONES

En resumen, estimamos que el Derecho societario ecuatoriano se beneficiaría enormemente de cuestionar la necesidad de su existencia. En lugar de concebir al control societario como un fin en sí mismo, se debería evaluar la utilidad de la normativa societaria en la medida en la que permita atenuar los conflictos de interés inherentes a la gestión de una compañía que merman su posibilidad de contribuir al bienestar social. En lugar de concebir a las compañías como un estatuto privilegiado otorgado al empresario, el Derecho societario debería aproximarse a ellas como vehículos que resultan únicamente ventajosos para crear valor, que contribuyen con la generación de empleo, producen bienes y servicios, y contribuyen con tributos para el sostenimiento de las cargas públicas. La distinción entre sociedades civiles y compañías civiles debería desaparecer con el fin de que todas las personas privadas con fines de lucro estén sujetas al mismo régimen. Además, el Derecho societario debe proteger la responsabilidad limitada de los accionistas, limitar el levantamiento del velo societario y buscar que el régimen concursal maximice el valor para quienes están involucrados con la firma en insolvencia.



Dr. Jorge Egas Peña

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL ECUADOR*

Contenido:

I. Generalidades

II. Origen

III. Resumen

¿Qué nos depara el futuro?

*¿Es necesario elaborar una nueva Ley de
Compañías?*

* Conferencia sustentada por el autor en la Pontificia Universidad Católica con sede en Ambato el 20 de octubre de 2017

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL ECUADOR

Dr. Jorge Egas Peña¹

I. GENERALIDADES

Sean mis primeras palabras de felicitación a la Pontificia Universidad Católica de Ambato por la brillante iniciativa de organizar este certamen cultural en esta hermosa ciudad; así como mi agradecimiento por haber sido invitado a él a exponer algunas ideas sobre la normativa existente sobre la sociedad anónima ecuatoriana y las posibles reformas a la misma.

La sociedad anónima ha sido considerada por Nicolás Murray “como el mayor descubrimiento de los tiempos modernos”.

Lippman sostiene que el capitalismo moderno no se habría desarrollado si la sociedad por acciones no hubiese existido.

George Rippert, agrega “la sociedad anónima es una máquina jurídica como la que utiliza la industria” y, finalmente, para no cansarlos, Nogaro remata aseverando que “la gran producción no se concebiría sin la invención de las ciencias físicas, ni sin este hallazgo jurídico que fue la sociedad anónima.

¹ Conferencia dictada en la Extensión de la Pontificia Universidad Católica en Ambato. Octubre de 2017

Todo lo dicho sólo para relieves la importancia jurídica y económica de este instrumento del desarrollo moderno.

II. ORIGEN

Los primeros esbozos de la sociedad anónima surgen en los Países Bajos, allá por el siglo XVII, como consecuencia de la necesidad de aglutinar capitales de manos del público, para emprender en los largos viajes transoceánicos para conseguir las especias de los lejanos países del Asia.

El emprendedor, armador o capitán de buque, invitaba a los tenedores de capitales a participar en la aventura de conseguir las anheladas especias; y repartirse el resultado de la operación en proporción de la inversión realizada.

Para ello se requería de la autorización del rey (ocroi), y, la entrega de un recibo por los valores aportados, ambos antecedentes de la autorización oficial para la constitución de la compañía; y, del título de acción, como prueba del aporte y la participación en las utilidades de la empresa. Así surgida, la sociedad anónima fue un recurso utilizado por las monarquías para afianzar sus dominios de ultramar, a través de una especie de concesión pública. Mas, tal origen experimentó transformaciones y fue después de la Revolución Industrial que los emprendedores se aprovecharon de ella para desarrollar el industrialismo, transformándolo en un valioso instrumento privado para el despegue del capitalismo, bajo la forma de un contrato.

Este esquema inicial de la compañía anónima se fue perfeccionando con el tiempo, al punto de haber llegado a ser utilizado posteriormente para la ejecución de grandes emprendimientos, como la construcción de los canales de Suez y Panamá, con el aporte de multitud de inversores; haber permitido la diversificación del riesgo entre miles de personas; y, haber contribuido a la democratización del capital, al permitir que masas de ahorristas participen en el negocio y obtengan parte de los beneficios que el mismo llegare a reportar. Prueba de ello es el Programa "Acciones para el Pueblo" con que se impulsó el resurgimiento de la industria automotriz alemana (volkswagen) después de la Segunda Guerra Mundial.

Así fue como se delineó la sociedad anónima, surgida de un contrato que era autorizado en su funcionamiento por la autoridad; y, que aseguraba al inversionista a participar de las utilidades y la limitación de su riesgo, con el posteriormente denominado título de acción.

Las acciones podían negociarse libremente, inicialmente se lo hacía en la casa de un comerciante de Amsterdam, de apellido Van der Burse, de donde nace la institución de la Bolsa o Mercado de Valores, íntimamente ligado con el Derecho Societario; pues la acción se convirtió en el fundamento principal del Mercado de Valores.

De la reseña de los antecedentes expuestos, se coligen las principales características de este tipo de sociedades:

1) Nombre. La Sociedad Anónima carece de razón social; es decir, que en su denominación no figuraba el nombre de los socios; en otras palabras, posee una

denominación objetiva referida al negocio a que se dedica (Empresa Frutera Ambato S.A.);

2) Responsabilidad. El socio, por principio, no responde por las deudas sociales; es decir, tiene responsabilidad limitada al pago de las acciones por él suscritas;

3) Personalidad jurídica. La sociedad anónima es un sujeto de derechos; es decir, posee personalidad jurídica independiente de la de sus socios; y, como tal, tiene un patrimonio propio con el cual responde de las obligaciones sociales. Lo que es de la compañía no es de los socios y viceversa.

4) Participación. Los socios participan en las decisiones de la compañía, como en el reparto de sus utilidades, en proporción a las acciones que poseen en la compañía. En igual proporción participan en el reparto del haber social en caso de liquidación.

Estas características, en principio estrictas y tajantes, han experimentado algunas modificaciones con el cambio de los tiempos.

Así, en cuanto al nombre de la compañía, si bien se conserva el principio de la denominación objetiva, se permiten en las diversas legislaciones los nombres de fantasía y las denominaciones subjetivas, como Juan Kruger S.A. o la de Odisea S.A. Sin embargo, la exigencia de que la denominación objetiva no sea parecida a la de otra compañía, para evitar confusiones, genera dificultades por lo que en algunas legislaciones se estableció la exigencia

de que las denominaciones no sean idénticas (Ej. PECASA o PECA C.A.).

En cuanto a la calificación de sujeto de derechos atribuido a la sociedad anónima, como persona jurídica que ha sido calificada, no es menos cierto que esta categoría se la llama también persona ficticia; es decir, como algo que no es verdadero pero se lo acepta como tal por conveniencia. Por ello, algunas disposiciones de las leyes hacen abstracción de esta situación, como por ejemplo cuando en el sistema financiero se prohíben las operaciones vinculadas; esto es, aquellas que realizan los administradores o funcionarios de una entidad financiera con compañías en que participen como accionistas, administradores o tienen cualquier otro tipo de interés.

Por otro lado, la responsabilidad limitada del accionista experimenta una severa modificación ante eventuales actos dolosos o fraudulentos de los socios o administradores. Establecida hace más de cien años en el Ecuador, contempladas excepcionalmente en el artículo 17 de la Ley de Compañías en el llamado levantamiento del velo societario o penetración de personalidad jurídica de las sociedades; que fuera trastocado en sus alcances racionales por la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales y que tantos trastornos ha ocasionado en los últimos tiempos en nuestro país, que se excedió en la aplicación de este recurso excepcional, sólo explicable en materia laboral; fiscal o penal, luego de una declaratoria judicial previa de responsabilidad, permitiendo a terceros perseguir subsidiariamente sus créditos en la persona y los bienes de los socios de una compañía, no obstante que estos tienen ordinariamente limitada su responsabilidad

al pago de su aportación por las acciones de su propiedad (casos: Saeta, Palm Export y Diario Hoy).

Otro caso de excepción se dio en el Derecho Italiano cuando la Corte de Casación se pronunció (1939) en el sentido de que el único accionista titular de todas las acciones de la sociedad anónima se halla en condiciones "óptimas" para incurrir en abuso del derecho, por ello es que declaró que en tal supuesto, no cabe distinguir entre la persona de ese único accionista y la persona jurídica de la sociedad.

Tal figura, también llamada en inglés *Dissegard* legal enty, se aplicó por primera vez en el derecho americano, para casos excepcionales de violación del sistema jurídico, por personas que se escudaban tras la persona jurídica de una sociedad a fin de negar su responsabilidad en actos ejecutados por ésta.

La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, desde el año 2.001 se pronunció reiteradamente en el sentido de aplicar el Art. 17 de la Ley de Compañías en todos los casos en que existiera dolo o fraude de parte de los accionistas y su obligación correlativa de responder ellos personalmente de las obligaciones sociales así contraídas.

Sin embargo, la Corte Nacional siempre cuidó de establecer que tal criterio se aplicaría subsidiariamente a los accionistas, a falta de bienes de la sociedad para responder de tales obligaciones; y, no como ahora que se pretende aplicar una responsabilidad solidaria en tales casos.

La inobservancia de este requisito en la aplicación de la Ley Orgánica de Defensa de los Derechos Laborales motivó graves abusos, por lo que se dictó una legislación especial aclarando la necesidad del cumplimiento de una declaración previa de responsabilidad de los accionistas para hacer recaer en su patrimonio las obligaciones dolosa o fraudulentamente adquiridas por la sociedad.

La participación del socio en función de la proporción de acciones que posee en el capital social también ha experimentado variaciones en el tiempo, como es la admisión de las acciones preferidas, las acciones de voto múltiple o el derecho atribuido a algunos accionistas a tener una determinada representación en el Directorio o Consejo de Administración de la sociedad o prelación en el pago de la cuota de liquidación de la compañía.

Últimamente también se ha consagrado en nuestra legislación la posibilidad de que los trabajadores de la compañía reciban todo o parte de sus utilidades en acciones de la compañía, a través del llamado accionariado obrero, que persigue la participación de los trabajadores de la empresa también en el capital y la dirección de la compañía (Código Orgánico de la Producción).

III. RESUMIENDO

El Derecho Societario Ecuatoriano durante el siglo XX se inició con una normativa societaria tomada del Código de Comercio Español (1829), para entonces válida debido al escaso desarrollo económico del país, en que los negocios estaban centrados en las exportaciones de algunos productos agrícolas y la importación de otros

industrializados de consumo reducido; las necesidades del comercio marítimo y la existencia de pocos bancos. Sin embargo, la construcción del ferrocarril Guayaquil-Quito, dinamizó la economía interna y con ella se desarrollaron en mejor forma los negocios regionales, incluida la explotación minera en el Sur y el petróleo de la Península.

El Código de Comercio de 1906, dictado por Alfaro estableció la vigilancia del Estado sobre las compañías nacionales y extranjeras domiciliadas en el Ecuador; y, dispuso que era necesaria la autorización del Poder Legislativo para la constitución de Compañías Anónimas o en Comandita por Acciones que tengan por objeto la construcción de carreteras generales, canales de navegación, ferrocarriles y cualquier empresa que siendo de interés público, soliciten algún privilegio exclusivo.

Las otras compañías anónimas y en comandita por acciones no podían existir sin la aprobación de los jueces de comercio.

La vigilancia sobre tales compañías debía ser ejercida por los Colectores Fiscales de sus respectivas localidades (1911).

En 1936 Federico Páez dispuso que las facultades de aprobación y vigilancia antes referidas correspondían a los Jueces de Comercio, teniendo derecho, en todo tiempo, a informarse del estado de los negocios y el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, mediante el examen de todos los libros y documentos del caso. Si del resultado de la inspección el Juez encontraba que existía inobservancia de la ley o los Estatutos, podía revocar la

autorización de funcionamiento de la compañía infractora, lo cual equivalía a disolverla.

Cuando en 1937 se suprimieron los Jueces de Comercio correspondió a los Jueces Provinciales la aprobación y vigilancia de las compañías mercantiles, a los cuales se les asignó aprobar las escrituras de constitución, ordenar su inscripción en el Registro Mercantil, así como la publicación por la prensa del texto íntegro de la escritura pública de constitución y de la razón de su aprobación. La Constitución de 1945 estableció constitucionalmente que las demás compañías anónimas, a parte de las bancarias, podrían también ser controladas conforme a la ley.

En 1964 se dictó la primera Ley de Compañías en que se introdujo una más moderna regulación sobre las compañías y si bien se estableció el control y vigilancia de las anónimas estaría a cargo de una dependencia especializada de la Superintendencia de Bancos, la aprobación de la constitución y actos posteriores de las mismas debían continuar dentro de las facultades de los Jueces Provinciales.

En 1965 se expidió el DS#766 por el cual se crea la Superintendencia de Compañías Anónimas a la que se le otorgó la facultad de aprobar la constitución de las compañías sujetas a su vigilancia y control que hasta entonces lo hacían los Jueces Provinciales.

En este DS también se crearon dos nuevas especies de compañías, las de responsabilidad limitada y las de economía mixta.

En 1974 se dispone que las compañías de responsabilidad limitada sean controladas por la Superintendencia de Compañías, la misma que asumió la facultad de aprobación de su escritura de constitución y actos posteriores.

Igualmente, se introduce la figura de la intervención, que tantos problemas ha originado en la práctica.

Con la visión precedente veamos cuál es el estado actual de la sociedad anónima en el Ecuador.

1. Las sociedades anónimas ecuatorianas se mantienen en su mayoría cerradas; es decir, con escasos accionistas y pocos capitales. Es decir, no cumple con su función económica fundamental, cual es la aglutinación de grandes capitales con la participación del público; la atomización del riesgo y la democratización del capital. Lo dicho, no obstante que se crearon las Bolsas de Valores y se expidió la Ley de Mercado de Valores; así como que en el Código Orgánico de la Producción se contempla la posibilidad de participación de los trabajadores con sus utilidades en el accionario de la compañía. Pocos han sido los esfuerzos que se han hecho para utilizar estos valiosos recursos legales por parte de los organismos públicos, el empresariado o los trabajadores.
2. No obstante lo dicho, no podemos sostener lo mismo en cuanto a la evolución de la normativa societaria, en donde se han experimentado algunos cambios positivos, por ejemplo:

- a) La aprobación del acto constitutivo y de algunas de sus reformas por la Superintendencia de Compañías se ha eliminado, disponiéndose que la respectiva escritura se inscriba directamente en el Registro Mercantil;
 - b) Igualmente se ha eliminado la publicación por la prensa de tales actos, siendo suficiente que se haga por la página web de la Superintendencia de Compañías;
 - c) Se ha introducido la constitución y liquidación abreviada de las compañías anónimas, todo lo cual abarata costos y otorga agilidad al proceso constitutivo o liquidatorio de las compañías.
3. En cuanto al objeto social se ha introducido la utilización del llamado objeto único; esto es, se exige la concreción a un solo objeto social, eliminando la posibilidad de utilización del objeto múltiple para delimitar el campo de actividades de la compañía;
4. En cuanto a la personalidad jurídica de la sociedad anónima y la responsabilidad de los accionistas frente a terceros se han dictado normas que desgraciadamente han distorsionado su texto e intencionalidad legal y jurisprudencial provocando abusos, perjuicios y desconfianza a este tipo de sociedades;
5. Otro elemento de efectos semejantes ha sido la eliminación de las acciones al portador, que restan el anonimato de la inversión, en

ocasiones positivo para el impulso y seguridad de los inversionistas; especialmente cuando los mismos son sociedades extranjeras con acciones al portador, pues tienen que evidenciar la titularidad de sus accionistas personas naturales;

6. El órgano de control ha emitido múltiples regulaciones sobre el funcionamiento de las Juntas Generales; suscripción y pago de las acciones, procedimientos de disolución, liquidación, reactivación y convalidación, etc. que han contribuido al más adecuado manejo de tales actos; aun cuando también han tenido desfases en la utilización de la intervención, por ser uno de los más delicados y sensibles en la vida de la sociedad. Igual cosa podemos decir de la fijación de las contribuciones anuales para el órgano de control y la demora de los trámites del mismo.

Es posible que se me escapen otros de los logros de la legislación societaria desde la creación de la Superintendencia de Compañías, como fue la expedición de importantes Doctrinas orientadoras de la correcta aplicación de las normas societarias, inexplicablemente derogadas en el último año.

¿Qué nos depara el futuro?

Se presentó un proyecto de Ley de Compañías por el órgano de control, el mismo que mereció un rechazo de parte del foro de Abogados y del sector empresarial;

pues contenía una serie de soluciones inconsultas, como la eliminación de las sociedades colectivas y en comandita por considerarlas obsoletas y sin uso, no obstante su mantenimiento en todas las legislaciones extranjeras; la abolición de las cuentas en participación y las partes beneficiarias; la eliminación del nombre de compañías anónimas y el solo uso del de sociedades anónimas; la inclusión de la institución del Gobierno Corporativo para todas las sociedades, cuando la mayoría de ellas carecen de Directorio.

¿Es necesario elaborar una nueva Ley de Compañías?

Creemos que sí, pero elaborada de una manera más meditada, por personas expertas en la materia, que consulten las reales necesidades del mercado nacional, que introduzcan los avances de esta disciplina y sobre todo, que contribuyan a que la sociedad anónima cumpla su trascendental función económica y política, que siempre ha sido la acumulación de capitales para emprender en proyectos provechosos para la economía nacional, en que se atomicen los riesgos y se repartan las utilidades entre numerosos accionistas.

Si sería conveniente introducir algunas innovaciones como las relativas a los pactos parasociales, sobre la infracapitalización o sobre los grupos de sociedades.

Recapitulando

Para 1964 en que se dictó la primera Ley de Compañías ya existían 3.700 compañías anónimas en el país;

y, diez años después, con el crecimiento de la economía producto del boom del banano, el camarón, las flores y el descubrimiento y explotación del petróleo en el Oriente ecuatoriano, ya existían 34.000 compañías anónimas; y, en la actualidad, medio siglo después, existen 50.000 compañías, la mayor parte de ellas de pocos accionistas y de escasos capitales, como lo eran al inicio del siglo XX.

Se impone, pues, una modernización del Derecho Societario Ecuatoriano, introduciendo incentivos que le permitan a este valioso instrumento económico-jurídico, cumplir a satisfacción con el importante papel que desempeña en otros países.

Dr. Ignacio Vidal Maspons

LIBERTAD DE EMPRESA EN ECUADOR A LA
LUZ DE LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES DE 2008

Contenido:

- I. Antecedentes históricos*
- II. Constitución del 2008*
- III. Economía social de mercado*
- IV. Sistema económico social y solidario*
- V. Principios rectores del sistema de la economía social*
 - a) Principio de solidaridad*
 - b) Principio de responsabilidad social*
 - c) Principio de responsabilidad ambiental*
 - d) Principio de función social*
- VI. Conclusión*

LIBERTAD DE EMPRESA EN ECUADOR A LA LUZ DE LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES DE 2008

Dr. Ignacio Vidal Maspons

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La libertad de empresa tiene su origen en el pensamiento ilustrado de intelectuales y burgueses europeos, sobre todo franceses de finales del siglo XVIII, que sostenían que el conocimiento humano podía acabar con la tiranía absolutista representada por la monarquía, —que reservaba información y conocimientos para sí—, pasando esos mismos conocimientos al pueblo, —en su absoluta mayoría ignorante y analfabeto—, para poder cambiar hacia un mundo mejor. Para los historiadores esta corriente de pensamiento recibió el nombre de “enciclopedismo” por el pensamiento expresado a través de “L’Encyclopedie ou Dictionnaire raisoné des sciences, des arts et des métiers” (Enciclopedia o Diccionario razonado de las ciencias, artes y oficios) editada en Francia entre 1751 y 1772, y que proponía la divulgación del saber de su tiempo con fines de desarrollo social y económico de los seres humanos y la divulgación de las ideas republicanas con la separación de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial y un gobierno democrático, esto es originario por elección y no por sucesión, y en cuya redacción intervinieron, entre otros, principalmente Voltaire, Rousseau y Montesquieu. Estas concepciones de una nueva óptica de las ciencias, las artes

y la política pasaron a las colonias europeas en América y tuvieron su primera manifestación política trascendente con la independencia de Estados Unidos separándose del tutelaje de la corona de Inglaterra el 4 de julio de 1776 y adoptando la actual constitución el 17 de setiembre de 1787 que contempla una forma de gobierno democrática, esto es elegida por voto popular; alternativa, esto es con períodos fijos, aunque originariamente con reelección indefinida y posteriormente con posibilidad de una reelección; y con separación de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial, asignando funciones específicas e independientes para cada uno.

Dos años después, el 14 de julio de 1789, estalla la revolución francesa que abolió la monarquía en Francia y sacudió en la Europa monárquica a la propia institución, que era la usual forma de gobierno, y a consecuencia de la cual se evolucionó en el gobierno hacia las monarquías parlamentarias en algunos países que todavía la mantienen, como por ejemplo Inglaterra, España, Dinamarca, Holanda, Suecia, Noruega, y en otros posteriormente simplemente por causas políticas añadidas desapareció como forma de gobierno, como sucedió por ejemplo en Rusia, Italia, Austria, Hungría, Rumania que tienen la forma republicana parlamentaria.

La máxima expresión de esta revolución lo constituye la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano" dictada en Francia por la Asamblea Nacional Constituyente el 26 de agosto de 1789, que da origen al "liberalismo" designado por este nombre por el concepto de "libertades" que implica, —frente al régimen absolutista del Estado—, la división de poderes; que propugna la libertad

y la tolerancia en las relaciones humanas; que limita la intervención del Estado¹ y que además constituye, 150 años más tarde, el antecedente y la piedra fundamental de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, de la que Ecuador forma parte, y cuya declaración ha sido incorporada a la legislación interna de gran cantidad de países, con lo que termina la lenta evolución del ciclo de los “Derechos Humanos” que los historiadores señalan como inicio de partida en 1679 (siglo XVII) con la aceptación por parte de la monarquía inglesa de la institución del “Habeas Corpus”.

Dentro de estas libertades y “derechos políticos” por ejemplo a elegir y ser elegidos, a los que tienen derecho las personas naturales frente al poder estatal, se reconocen los “derechos civiles” como son el que todos los hombres nacen libres, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición; que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; que todos tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad; que toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente; que hay derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; que hay derecho a la libertad de opinión, de asociación y de expresión, entre otros.

Si bien en América Latina la monarquía sólo existió mientras duró la colonia, pues el gobierno en los territorios coloniales dependía de las decisiones de la corona española

1 “Wikipedia”, voz “Liberalismo”

y portuguesa, a excepción hecha de México y Brasil que la experimentaron por un breve tiempo, las ideas libertarias francesas fueron calando poco a poco en la intelectualidad colonial dando como resultado las distintas declaraciones de independencia, lideradas en América del Sur por Bolívar y San Martín principalmente. Las respectivas constituciones de cada estado que se independizó durante el siglo XIX de España y Portugal contemplan la forma de gobierno republicana democrática y reconocen algunos de los derechos preconizados por la revolución francesa los cuales fueron aplicándose, delineándose y ampliándose en las respectivas y sucesivas constituciones que con el devenir del tiempo fueron aprobándose.

En el Ecuador, constituido ya como *"Estado del Ecuador"* a raíz de la primera constituyente celebrada en Riobamba el 11 de setiembre de 1830, que dictó la primera constitución la cual, según el artículo 2 declara que *"se une y confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola Nación con el nombre de República de Colombia"* también reconoció que *"El Gobierno del Estado del Ecuador es popular, representativo, alternativo y responsable"*, así como los derechos de la igualdad ante la ley y la opción de ser elegidos, esto siempre y cuando gocen de los derechos de ciudadanía; el juzgamiento por parte de sus jueces naturales; la detención exclusiva por autoridad competente; la invalidez de la propia incriminación; la no privación de la propiedad privada sin recibir justas compensaciones; el poder expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa respetando la decencia y moral pública; y, el derecho a *"reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública"*.

A lo largo de las 19 constituciones que ha tenido el país² y las eventuales reformas a las mismas, cada vez se han ido perfilando y ampliando estos derechos, acorde a las ideas políticas del momento expresadas en la propia constitución.

II. CONSTITUCIÓN DEL 2008

Con la toma del poder en el 2007 por medios electorales del “Movimiento Alianza País” y la autodenominada “Revolución Ciudadana”, liderados por el ahora expresidente Rafael Correa Delgado que propugnaban la doctrina política del “Socialismo siglo XXI” impulsada por el alemán Heinz Dieterich Steffan *“que supone que es necesario un reforzamiento radical del poder estatal democráticamente controlado por la sociedad para avanzar el desarrollo”*³, es decir un sistema en el cual el Estado es controlador y planificador (reforzamiento radical del poder estatal con miras socialistas) y que tuvo suficientes adhesiones populares que llegaron a la toma del poder inicialmente por la vía democrática además del Ecuador, en Bolivia, Nicaragua y Venezuela y fuertes afinidades en Brasil y Argentina, de la cual al poco tiempo y a través de reformas constitucionales o legales se permitió la reelección indefinida, lo cual dio pie en Bolivia, Nicaragua y Venezuela, a la perpetuación en el poder del líder y del partido político adherente a tal doctrina, acompañados o ayudados por la designación de personas afines políticamente en la conducción de los organismos electorales que permitían la opacidad, para

2 Constituciones de: 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, 1945, 1946, 1967, 1979, 1998 y 2008.

3 “Wikipedia” voz “Socialismo del siglo XXI”

no decir fraude,⁴ en las elecciones, se impulsa un cambio de política en lo que al sistema económico se refiere, pasando de la *“economía social de mercado”* al sistema de la *“economía solidaria”* convocándose a una Asamblea Constituyente designándose como sede la ciudad de Montecristi que redacta la nueva Constitución de 2008⁵ la que es aprobada en referéndum el 28 de setiembre de 2008 por el 64% de los votos (sin contar blancos ni nulos) del pueblo ecuatoriano y que constituye la base en la que encuentran su fundamento último las actuales disposiciones legales que integran el vigente ordenamiento jurídico ecuatoriano fortaleciendo el rol del Estado en la economía que, como se indicó, dejó de ser una *“economía social de mercado”* para convertirse, según el art. 283 de la constitución, en un *“sistema económico social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”*.

4 Audio grabado al entonces Secretario General de la Presidencia, Eduardo Mangas, que circuló en redes sociales y en el cual reconocía el hecho. Diario “Expreso” del 12 de diciembre de 2017

5 Promulgada en el R.O. 449 de 20 de octubre de 2008

Esta redacción constitucional, según acota el ecuatoriano Agustín Grijalva Jiménez,⁶ a su vez está basada en el concepto *in extremis* de la supremacía de la norma constitucional, y así escribe: *“La irradiación gradual de la Constitución sobre el derecho, las instituciones y la política, es sin duda uno de los fenómenos jurídico-políticos que marcan nuestra época. Este proceso, no obstante, no es lineal, no está exento de profundas contradicciones e incluso retrocesos. La Constitución para abrirse camino y regir como norma jurídica suprema debe sobrepasar los arraigados conceptos y métodos legalistas del positivismo clásico, la renuencia de la clase política, incluso de sectores democráticos, a limitar sus decisiones mediante derechos y procedimientos constitucionales. La constitucionalización, por otra parte, implica gestar una institucionalidad que asegure la eficacia de tales derechos”*.

A este respecto, concuerdo con el concepto de la supremacía de la norma constitucional siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones esenciales como son la de la inviolabilidad de los derechos humanos reconocidos a través de los tratados internacionales de los que el Ecuador forma parte, y ciertas condiciones secundarias o accidentales como por ejemplo que la norma sea concreta, en contradicción de lo abstracto; clara, en contraposición a lo ambiguo; precisa, en contradicción a lo difuso, y que tenga *sindéresis* entre sus disposiciones, precisamente para evitar las contradicciones a las que se refiere Grijalva Jiménez, con el fin de que en ningún caso con lenguaje florido y ambiguo aplicar la norma constitucional a través de la normativa secundaria más

6 “Constitucionalismo en Ecuador”, pág. 19

allá de sus conceptos originales. En cuanto a la *sindéresis* del precepto constitucional con el precepto legal, de menor jerarquía, hay que observar que la actual Constitución permite que las personas comprendidas entre los 16 y 18 años, todavía menores de edad según la legislación común, puedan votar en las elecciones, pero precisamente por su minoría de edad la legislación le impide contraer matrimonio, así como manejar vehículos a motor. Es decir la Constitución considera capaz que un menor de 16 años tenga facultad para intervenir en el destino del país, pero no tenga capacidad para decidir su propio destino, pues no puede casarse. Esta norma constitucional que no guarda *sindéresis* con la norma legal y da óbice a pensar que intervinieron en la redacción constitucional factores exclusivamente electoreros dictados con el fin de atraer a la política a jóvenes inexpertos e influenciables en el área política, lo cual dista mucho de ser lo éticamente correcto.

El mismo autor Grijalva Jiménez⁷ al detallar el rol del Estado en la economía analiza: *“Mientras la Constitución ecuatoriana anterior, codificada en 1998, incluía en sus artículos 254 y 255 disposiciones mucho más generales sobre planificación económica y social, la actual Constitución específicamente en sus artículos 275, 279 y 280 fortalece el sistema nacional de planificación, destacando su nivel participativo y su funcionamiento en distintos niveles de gobierno y territoriales; crea además un Consejo Nacional de Planificación y dispone la formulación de un Plan Nacional de Desarrollo vinculado al presupuesto del Estado. Este plan es obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores. - En la Constitución de 1998 se hacía referencia a*

7 “Constitucionalismo en Ecuador”, pág. 26

distintos tipos de empresas, indicando que su propiedad y gestión podía ser privada, pública o mixta, comunitaria o de autogestión. La Constitución de 2008 considera a cada una de estas como formas de organización económica (arts. 283 y 319), vinculadas a distintos tipos de sectores financieros (art. 208) y tipos de propiedad (art. 321). Entre estas formas de organización económica la Constitución da preeminencia a la economía pública y a la comunitaria, que la Constitución de 2008 llama popular y solidaria. - En cuanto a la economía pública, la Constitución actual regula más detalladamente que la de 1998, la organización y control de las empresas públicas (art. 315). A este tipo de empresas corresponde la gestión de sectores no renovables, entre otros, así como la prestación de servicios públicos (arts. 313 y 314). Solo excepcionalmente y mediante ley estas prestaciones pueden delegarse a empresas mixtas, comunitarias o privadas (art. 316). - Respecto a la economía popular y solidaria agrupa a sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios, se rige por su propia ley (art. 284), sus productos tienen prioridad en las compras públicas, y en las políticas estatales tanto comerciales (art. 306) como financieras (art. 311). - A pesar del fortalecimiento de la economía pública y solidaria, la Constitución de 2008 no deja de reconocer la importancia del mercado (art. 283, 304 numeral 6, 336 numeral 2). No obstante, se prioriza el desarrollo de la producción nacional (art. 304, 319 numeral 2) y de los pequeños y medianos productores (art. 306) mediante políticas de promoción a las exportaciones y desincentivos específicos a las importaciones, así como políticas de precios que protejan la competencia (art. 335). - Con relación al sistema monetario, cambiario, crediticio y financiero la nueva Constitución establece un cambio respecto a la Constitución de 1998 al eliminar la autonomía del Banco Central, y convertirlo

en un órgano de instrumentos de las políticas que sobre esta materia dicte el Ejecutivo. Así mismo, las actividades financieras pasan a ser consideradas un servicio de orden público, con miras a un control y regulación más estricta. En general las ideas de mayor igualdad y de redistribución son reiteradas a lo largo del texto constitucional de 2008, por ejemplo, al referirse a los objetivos del régimen de desarrollo (art. 276, numeral 2), la soberanía alimentaria (art. 281, numeral 4), la política fiscal (art. 285) y tributaria (art. 300). Hay que destacar también el mayor desarrollo de los derechos económicos y sociales en comparación con el texto de 1998.- En opinión de los críticos, estos mecanismos solo tienden a distorsionar los mercados y generar ineficiencia económica, con los consiguientes costos sociales. En cambio, quienes apoyaron el proceso constituyente ven en este intervencionismo estatal instrumentos concretos para lograr que los mecanismos de mercado atiendan a objetivos sociales y nacionales”.

Retrospectivamente desde el punto de vista constitucional, en el Ecuador del 1830 de un régimen absolutamente liberal se ha ido apartando de tales ideas para ir poco a poco avanzando en el terreno filosófico político de las ideas neoliberales a las de la social democráticas atenuadas, hasta el año 2008 en que se da el mayor salto conceptual entre la constitución de 1979 bajo la cual regía una “economía social de mercado” (art. 45) y la del 2008 (art. 283) que entra en vigor un “sistema económico social y solidario” con una visión propugnada abiertamente por el socialismo; es decir en los últimos años hay un viraje constante hacia la izquierda, materia de análisis de los sociólogos y políticos.

III. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

El concepto de “economía social de mercado” fue el sistema económico que rigió constitucionalmente en el Ecuador desde 1979 según así lo estableció el artículo 45 de la Constitución⁸ cuyo texto indicó: “Art. 45.- *La organización y funcionamiento de la economía deberá responder a los principios de eficiencia y justicia social, a fin de asegurar a todos los habitantes una existencia digna, permitiéndoles, al mismo tiempo, iguales derechos y oportunidades frente a los medios de producción y consumo.- El desarrollo, en el sistema de economía social de mercado, propenderá al incremento de la producción y tenderá fundamentalmente a conseguir un proceso de mejoramiento y progreso integral de todos los ecuatorianos. La acción del Estado tendrá como objetivo hacer equitativa la distribución del ingreso y la riqueza en la comunidad. - Se prohíbe, y la Ley reprimirá, cualquier forma de abuso del poder económico, inclusive las uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o a aumentar arbitrariamente los lucros*”.

Al hablar del concepto de “economía social de mercado” Rodrigo Borja⁹ nos explica que la expresión fue acuñada en 1946 por el economista alemán Alfred Müller-Armack, pero el concepto fue dado once años antes, en 1937, por la “Escuela de Friburgo” cuyos principales expositores “se propusieron encontrar una ‘tercera vía’ entre la economía dirigida —el dirigismo de corte marxista— (y, añadido, también socialista) y la economía de libre mercado de corte liberal. Consideraron ineficiente a la primera y obsoleta a

⁸ Constitución de 1979, codificación R.O. 763 de 12 de junio de 1984

⁹ “Enciclopedia de la Política” voz “Economía social de mercado”

la segunda", para añadir que, "aunque sus propugnadores dicen que la economía social de mercado no es una repetición del 'laissez faire', la verdad es que, de todas maneras y en última instancia ella no deja de ser una economía de mercado: es decir, un sistema en el cual los agentes económicos privados planifican y deciden sus acciones en forma descentralizada. Y, como tal, no está desprovista de todas las características del sistema libreconcurrente. Entre ellas, de la presencia de la llamada 'mano invisible' que según Adam Smith guía el comportamiento económico de los individuos y confiere al mercado la 'inteligencia' suficiente para resolver, por la vía de la confrontación de los intereses individuales y de la formación de los precios, los intrincados problemas de la producción y distribución de bienes" y al dar su opinión Borja expresa: "Sin embargo, desde mi punto de vista, si lo que se espera de la 'mano invisible' es que conduzca la economía de modo que los bienes y los servicios lleguen a quienes pagan más por ellos, el sistema puede funcionar; pero no funciona, en cambio, si se le pide que entregue las cosas a quienes las necesitan. La 'inteligencia' del mercado no llega a tanto ni las fuerzas mercantiles tienen la sensibilidad necesaria para ello".

Por otro lado Alberto Bercovitz¹⁰ dice, al respecto de la libertad de empresa en una economía de mercado: "La libertad de empresa en el marco de una economía de mercado significa la existencia de un mercado en libre competencia que se integra por las ofertas de quienes participan en la actividad económica, ofreciendo sus bienes o servicios y compitiendo por tanto para la captación de la clientela" y más adelante expresa: "La libertad de empresa implica, pues, la libertad de los ciudadanos para

10 "Constitución, empresa y libertad de competencia", pág. 13

constituirse en empresarios, esto es, para participar en el mercado ofreciendo bienes y servicios, y también supone la libertad de dirigir con arreglo a los propios criterios de la organización y actividad de la empresa y por supuesto, también la libertad de extinguirla” y añade: “El principio de libertad de empresa significa además que las distintas empresas de un mismo sector deben hallarse sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional. Esta posibilidad de acceso al mercado igual para todos los que deseen participar en el que se vincula a la vigencia de la defensa de la competencia, como medida necesaria para proteger la libertad de empresa proclamada constitucionalmente. - Así, pues, el principio de libertad de empresa se vincula indisolublemente a la existencia de un mercado y a la posibilidad de participar en él ofreciendo bienes y servicios para su contratación por los terceros”.

Willington Paredes Ramírez,¹¹ ecuatoriano, comenta al respecto, refiriéndose a la Constitución de 1979: “Este texto que nació con los augurios de continuar impulsando la línea del desarrollismo petrolero que inaugurara la dictadura militar (1972-1979), no duró mucho tiempo porque la socio economía del país enfrentó cambios y giros vertiginosos, especialmente los que tienen que ver con la crisis de la deuda externa, los continuos desequilibrios macroeconómicos, déficit fiscales, altas tasas de inflación y subordinación de las políticas económicas y monetarias a los dictados de los organismos multilaterales.- Estos y otros aspectos dejaron sin piso lo que en la letra proponía la Constitución de 1979. Por eso, desde 1979, cuando fue aprobada por referéndum, hasta 1982 en que estalló

¹¹ “Las constituyentes y el sistema económico del Ecuador 1945-2007”, pág. 106

la crisis de la deuda, habían pasado solo tres años y ya nuevas realidades obligaban a nuevas formulaciones. El nuevo proceso económico trajo serias dificultades en la economía nacional. El texto aprobado en referéndum fue reformado en 1983, 1986, 1990, 1995 y 1997”.

Sin embargo de lo expresado, la siguiente Constitución, la de 1998,¹² amplía y desarrolla lo dicho en el artículo 45 de la Constitución de 1979, y habla del sistema económico en los artículos 242 al 271.

El mismo autor citado, Paredes Ramírez¹³ dice, con respecto a la Constitución de 1998: *“Lo que hay que reconocer es que para 1997-1998, en el Ecuador se vivía la confluencia y simbiosis compleja de efectos socio económicos y políticos de los ajustes macroeconómicos, incidencia-efectos de la globalización, mercados más dinámicos y abiertos, sociedad en redes, conectividad, crisis política, crisis institucional, debilitamiento del estatismo, agotamientos del estructuralismo cepalino¹⁴, ineficiencia, burocratismo, inviabilidad del Estado empresario y del Estado benefactor.- Precisamente por la presencia de esta compleja articulación de diversos factores, internos y externos, políticos, económicos, sociales y culturales, no cabe reducir ni negar la complejidad de la incidencia de tan variados elementos.- Esta realidades nuevas no cabe leerlas*

12 Promulgada en el R.O. 1 de 11 de agosto de 1998

13 “Las constituyentes y el sistema económico del Ecuador 1945-2007”, pág. 118

14 El término se refiere a las tesis económicas mantenidas por la CEPAL (Comisión Económica para América Latina) comisión permanente de las Naciones Unidas con sede en Santiago de Chile que básicamente se sustentaba en obtener el desarrollo de un país a través de la sustitución de importaciones.

ni reducirlas a una sola visión y tendencia: la neoliberal. En la economía mundial, latinoamericana y del Ecuador, desde 1982 al presente (año 2007), hay nuevos elementos que no pueden ser explicados por una racionalidad única y reduccionista de un supuesto 'dogmatismo antiestatal y neoliberal'

Por otro lado, José Vicente Troya Jaramillo,¹⁵ al indicar que el cambio que actualmente (año 2009) se demanda por parte de la población en Ecuador se refiere al orden económico y no al democrático, y en vista de la necesidad de ese cambio, según él, comenta: *"Desde hace tiempo se prospectan dos vías de solución. La una privilegia el crecimiento, que sería la política prioritaria, para luego procurar la equidad. Se enfatiza en la necesidad de invertir para crear fuentes de trabajo. La otra privilegia la equidad en la distribución de la riqueza. Esta segunda enfatiza en la planificación, la inversión pública y la adopción de medidas que impongan la solidaridad. La primera concede un gran espacio al mercado; la segunda menos, a pesar de lo cual éste suele participar en las acciones que genera la inversión pública"*. En palabras más simples, el un concepto implica producir y crear riqueza principalmente a través de la inversión privada y de la seguridad jurídica para el inversor; el otro implica repartir equitativamente lo existente a través del Estado, sus instituciones y empresas; lo uno implica crear, (sistema de "economía social de mercado") lo otro implica repartir, (sistema "social y solidario).

15 "El modelo económico, financiero y tributario de la Constitución de 2008" en "La nueva Constitución del Ecuador", pág. 322

IV. SISTEMA ECONÓMICO SOCIAL Y SOLIDARIO

El sistema económico *“social y solidario”* vigente desde el 2008 que al decir de Rodrigo Borja¹⁶ *“es la acción compartida para forjar un orden más justo de convivencia en el que, según las viejas palabras de Rousseau, ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro y ninguno tan pobre que se vea precisado a venderse”* para indicar, líneas más abajo, que *“La solidaridad es uno de los grandes valores morales sostenidos por las ideas socialistas”* para después de un análisis histórico comparativo con el *“neoliberalismo”* decir que: *“He llegado a la conclusión casi cínica de que la ordenación económica de la sociedad no se funda sobre principios de altruismo sino sobre reglamentaciones rigurosas del egoísmo individual en beneficio general. A cada paso vemos que esto es así. Todo el sistema tributario está fundado en este principio, lo mismo que los incentivos legales para la producción. La legislación en su conjunto reconoce esta amarga realidad y los sistemas jurídicos civiles, penales y mercantiles son otros tantos intentos de sofrenar el infinito egoísmo del ser humano para que la sociedad sea posible”*.

Específicamente en lo que concierne a la libertad de empresa, la vigente Constitución de 2008 establece lo siguiente, que forma el marco de los derechos y libertades de carácter económico reconocidos por el Ecuador:

- a) En el artículo 66 número 15, *“El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”*;

16 “Enciclopedia de la Política”, término “Solidaridad”

- b) En el mismo artículo 66 número 16, *“El derecho a la libertad de asociación”*; y,
- c) Así mismo en el número 26 del mismo artículo 66, *“El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental”*; y,
- d) Todo ello con *“prevalencia del interés general sobre el interés particular”* según se indica en el número 2 del artículo 85.

De la simple lectura del texto constitucional si bien se permite el libre desarrollo de actividades económicas, éstas deben estar subordinadas a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, principios que en la práctica resultan de aplicación subjetiva, al igual que el derecho de propiedad, que debe ejercerse con función y responsabilidad social y ambiental, no siendo por tanto un derecho ilimitado, como lo es, por ejemplo, el derecho a la vida al no reconocer la pena de muerte ni tampoco permitir la tortura, o el derecho a la libertad individual, salvo, naturalmente, las excepciones contempladas en las leyes penales. Ninguna de estas responsabilidades tiene definición ni en la Constitución ni en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, por lo que hay que recurrir a la doctrina y a los diccionarios.

La colombiana Magdalena Correa Henao¹⁷ lo dice en otras palabras: *“Con todo, el ejercicio de la libertad (de empresa) viene acompañado de la garantía específica del principio de legalidad, de suerte que será la ley la única*

17 “Libertad de empresa en el estado social de derecho”, pág. 75

fuente jurídica que podrá determinar los contornos de los límites mencionados y la que podrá autorizar la imposición de permisos y requisitos, como limitaciones 'derivadas' para su ejercicio. Igualmente por mandato de ley, se contempla un 'deber' del Estado de proveer porque no se elimine ni reduzca la libertad en ninguna de sus manifestaciones y porque se evite y controle el abuso de la posición dominante en el mercado".

V. PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA DE LA ECONOMÍA SOCIAL

a) Principio de solidaridad

La palabra solidaridad, en el DLE tiene dos acepciones: la primera es *"Adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros"* y la segunda, usada en derecho *"Modo de derecho u obligación in solidum"*. Guillermo Cabanellas¹⁸ indica que una de las acepciones es la *"Identificación personal con una causa o alguien, ya por compartir sus aspiraciones, ya por lamentar como propia la adversidad ajena o colectiva; cooperación, ayuda, auxilio"*. Rodrigo Borja¹⁹ al respecto expresa: *"De origen muy antiguo —puesto que los principios de solidaridad se enunciaron ya en la vieja Grecia, inspiraron los gilden germánicos y fueron practicados por ciertas cofradías medievales— la solidaridad es uno de los grandes valores morales sostenidos por las ideologías socialistas. El socialismo utópico, en su generosa quimera, soñó con la solidaridad. El marxismo proclamó 'proletarios de todos los países, uníos', dando a la solidaridad una dimensión internacional. El socialismo democrático, el labo-*

18 "Diccionario de Derecho Usual"

19 "Enciclopedia de la Política", voz "Solidaridad"

rismo y la socialdemocracia lo incorporaron a su teoría y práctica políticas. - La solidaridad ha penetrado en muchos aspectos del proceso social. En los sistemas tributarios progresivos la ley obliga a los acaudalados a contribuir en beneficio de los desafortunados. En los regímenes de la seguridad social los sanos aportan por los enfermos, los jóvenes por los viejos, los ricos por los pobres, los fuertes por los impedidos y los trabajadores activos por los jubilados”.

Este concepto actual de “solidaridad” que obliga a que quien más tiene más debe aportar económicamente al Estado, es una posición económica que nació para contraponerse y regular el principio proclamado al inicio de la revolución francesa del famoso “dejar hacer, dejar pasar”, en el que el Estado no se inmiscuía en la economía permitiendo que cada ciudadano libremente decidiera, principio éste que a su vez también fue el resultado, en su tiempo, de la contraposición a la actuación del absolutismo y control que la monarquía ejerció en Francia, el cual llegó a su máxima expresión con la frase “El Estado soy yo” atribuida a Luis XIV, el “Rey Sol”.

b) Principio de responsabilidad social

Concepto difuso, del cual aplicando el concepto político de “responsabilidad” mediante el cual los gobernantes tienen la obligación de dar cuenta de su cometido a los electores y de asumir las consecuencias de sus actos, se traslada esa “responsabilidad” a la empresa frente a su clientela que se traduce en una responsabilidad civil extracontractual o frente a la ley de régimen de control de mercado, o frente a la población a la cual sirve, que igualmente se traduce en procurar el bienestar de esa

población con programas “solidarios” de asistencia o ayuda comunitaria, que naturalmente implican un costo para la empresa y que debe tomar la decisión de iniciar esos programas si es que el coste final de su producto o servicio sigue siendo competitivo ya que de otra manera encarecerá el producto con sus posibles consecuencias. Nada es gratis.

c) Principio de responsabilidad ambiental

Así mismo, concepto difuso. Al igual que la “responsabilidad social” aplicando el concepto político de “responsabilidad”, se traslada a la empresa la obligación de dar cuenta de su cometido frente a las autoridades que tienen a su cargo el cuidado del “medio ambiente”, para evitar su polución o desmedro en perjuicio de la población. Grijalva Jiménez²⁰ escribe: *“Cuando la Constitución hace referencia a que el sistema económico solidario busca la armonía con la naturaleza (art. 283 y 275 numeral 3) este enunciado no puede entenderse sino en relación con una economía en la que la producción y el consumo no se convierten en procesos depredatorios de la naturaleza, sino que atienden a su existencia, mantenimiento y regeneración conforme al artículo 71 de la Constitución.”*

d) Principio de función social

Wikipedia dice:²¹ *“La función social de la propiedad es un concepto jurídico que limita el carácter absoluto y exclusivo del derecho de propiedad -de inspiración liberal e individualista- y lo sujeta al bien común. El concepto*

20 “Constitucionalismo en Ecuador”, pág. 44

21 Wikipedia: voz “Función social de la propiedad”

integra un grupo conceptual mayor señalado por la idea de “lo social” y guiado por el objetivo de la justicia social. Su surgimiento data de comienzos del siglo XX, ligado a la problemática de la “cuestión social” y su emergente el Derecho obrero, también conocido como Derecho social. Fue desarrollado inicialmente por el pensador francés León Duguit en 1911. La socialdemocracia, el peronismo y la doctrina social de la iglesia han incorporado la noción a sus concepciones.”

Guillermo Cabanellas²² lo define, en su segunda acepción, como *“aspecto beneficioso para la comunidad humana que presenta una institución o que debe darse a ésta”*.

VI. CONCLUSIÓN

Quedando así planteada por autores ecuatorianos, las diferencias conceptuales ocurridas en el Ecuador, entre el sistema económico de *“economía social de mercado”* (1998) y el del sistema *“social y solidario”* (2008) no para discutir las bondades o defectos de uno u otro sistema, lo cual no es materia de este trabajo, sino exclusivamente para que el lector tenga presente la profundidad del cambio constitucional efectuado en materia de sistema económico operado en el país a partir del 2008 resta por concluir que constitucionalmente en el Ecuador existe una libertad de empresa, pero que esta libertad para ejercer la actividad para la cual la empresa es creada, debe sujetarse o estar enmarcada dentro de los principios constitucionales enumerados de la solidaridad, de la responsabilidad social, de la responsabilidad ambiental, y de la función social.

22 “Diccionario de Derecho Usual”

Dr. Fabricio Dávila Lazo

**LOS PACTOS DE SOCIOS:
SU VALIDEZ Y ENFORCEMENT EN EL DERECHO
ECUATORIANO***

Contenido:

Introducción

- I. Pactos de socios: Concepto y régimen jurídico*
- II. Justificación de los pactos de socios*
- III. Validez de los pactos de socios en el Ecuador*
- IV. Cumplimiento vía judicial de los pactos de socios*
- V. El cumplimiento de los pactos de socios frente a la sociedad*

* Trabajo de incorporación del autor a la AEDS. (2017)

LOS PACTOS DE SOCIOS: SU VALIDEZ Y ENFORCEMENT EN EL DERECHO ECUATORIANO

Dr. Fabricio Dávila Lazo

Resumen

“La idea básica es que la ley prefigura una máquina de organizar que no puede alterarse, pues se teme que una maquinaria tan delicada pueda fallar. La autonomía privada sería algo así como la arena que arruina el engranaje”.

PAZ-ARES

Los pactos de socios son acuerdos entre los mismos dentro de su sociedad, en los cuales tienden a regular sus relaciones internas y tratar aspectos como los contenidos económicos, políticos y organizacionales. En principio no forman parte del ordenamiento societario de la persona jurídica, sino que se ubican en el campo del derecho de las obligaciones y de los contratos. Por esta razón y en teoría, no pueden valerse de los mecanismos y vías que brindan el derecho de sociedades para buscar su cumplimiento. Sobre su cuestión de validez, no hay mayor disenso en la doctrina, sin embargo, sobre el cumplimiento de este frente a la sociedad no existen posiciones claras. Se encontrará incluso, jurisprudencia que usa argumentos de buena fe, economía procesal y abuso del derecho para poder validarse. En el derecho local se ha desarrollado

poco sobre la materia debido al nulo desarrollo normativo y jurisprudencial y a doctrinas contradictorias, por lo que no se sabe con certeza qué clases de pactos son válidos y si los medios de cumplimiento que ofrece la doctrina y jurisprudencia internacional son aplicables al derecho nacional. Es por ello por lo que la intención, desde el estudio de las doctrinas más autorizadas y del derecho comparado, es aportar académicamente al desarrollo de la materia en Ecuador.

INTRODUCCIÓN

Los pactos de socios o, como los denomina gran parte de la doctrina, pactos parasociales¹, son un instrumento privado en el cual todos o una parte de una sociedad coinciden en ciertos aspectos de vital importancia para la vida y organización de ésta. Estos pactos complementan el contrato de sociedad que, analizado desde un punto de vista económico, se trata de un contrato incompleto. También tienden a regular las relaciones entre los socios, sus obligaciones para con la sociedad y la forma de organizar a ésta última. Partiendo de ahí, se clasifican en tres grandes tipos: pactos de atribución, de relación, y de organización, siendo éstos últimos los que mayor resistencia han tenido en la doctrina.

Su cuestión de validez tuvo mucha producción literaria por parte de la doctrina en el siglo pasado, hasta que, finalmente, en las legislaciones modernas dejó de existir atisbo de duda alguno sobre la autenticidad de este tipo de instrumento. En consecuencia, algunos ordenamientos como el colombiano y el de algunos estados de los Estados Unidos de América le han otorgado reconocimientos normativos.

Los pactos de socios, como se desarrollarán en el presente trabajo, no se integran en la esfera jurídica de la persona jurídica, por lo tanto, son parte del recinto obligacional. Se rigen por las normas del derecho común de las obligaciones y de los contratos, más no por la ley especial societaria. A pesar de lo expuesto, son

¹ Esta expresión fue popularizada tras el célebre trabajo de Giorgio Oppo, *CONTRATTI PARASOCIALI*, Milano, 1942.

varios los autores que señalan que los pactos de socios interpretan los estatutos sociales, y al mismo tiempo, otro grupo de autores manifiesta que éstos, en determinadas circunstancias, son parte de la estructura de la persona jurídica.

Sin duda alguna el cumplimiento vía judicial de los pactos de socios es el tema de mayor relevancia en este escrito. Es necesario destacar que dependiendo de la clase de pacto el cumplimiento de este revestirá mayor o menor complejidad. De este modo, un pacto de atribución difícilmente presentará problemas para buscar su cumplimiento. Por otra parte, el cumplimiento vía judicial de un pacto de organización frente a la sociedad sí supondrá un estudio y análisis más profundo, lo cual se debe a las diversas teorías que existen sobre la noción de la persona jurídica. Es así como el prejuicio realista sigue arraigado en la mente de los tratadistas y dificultan el entendimiento de la materia.

Como podrá observarse, el presente artículo representa un arduo trabajo debido a la falta de producción informativa local sobre la materia y el nulo desarrollo normativo y jurisprudencial. Sin embargo, desde el estudio de las doctrinas internacionales más autorizadas acerca de las teorías del derecho de sociedades y del análisis e interpretación de la normativa interna, se pretende desarrollar los conceptos y construir lo que representaría una posición favorable hacia la validez y el cumplimiento de los pactos firmados por todos los socios frente a la sociedad. En el derecho local, el campo de estudio es amplio y resulta indispensable el desarrollo en temas societarios, y evitar caer en concepciones pasadas y prejuicios ligados a

un erróneo entendimiento del derecho de sociedades. Todo esto con el propósito de cambiar el paradigma que no es más que el análisis económico del derecho de sociedades.

I. PACTOS DE SOCIOS: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

El origen de los pactos de socios, como figura jurídica, se encuentra en el derecho anglosajón, en lo que se denomina *shareholder agreements*, cuya función según la doctrina más autorizada² es la de complementar o modificar, con mayor flexibilidad, el contenido de los documentos constitutivos de la sociedad a la que se refieren. Por tanto, podría entenderse como acuerdos que alcanzan todos o algunos de los socios, para complementar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias de la sociedad a la que pertenecen.

Tal y como será explicado, los pactos de socios no se integran en la esfera de la persona jurídica y son parte del recinto obligacional. De aquí se podría inferir que estos acuerdos carecen de eficacia frente a la sociedad, donde se originaría su mayor inconveniente, la imposibilidad de oponerle sus efectos a la sociedad que se refieren. No obstante, esta regla tiene sus matices y no puede ni debe ser tratada como absoluta.

Los pactos de socios son de naturaleza contractual en los que se acuerdan realizar determinadas prestaciones de dar, hacer y no hacer. Por ser contractuales, estarán regidos

2 Ver a Cándido Paz-Ares, *El Enforcement de los pactos parasociales*, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, 2003, at 19.

por los principios del derecho común de las obligaciones y de los contratos. Rige prioritariamente el principio de libertad contractual, por lo que no es obligatorio elevarlos a escritura pública. Sin embargo, se recomienda siempre que éstos estén por escrito y, dependiendo del contenido y a la sociedad que se refieren, que sean suscritos ante un Notario para facilitar el tema de la prueba.

Según la doctrina italiana³, aceptada mundialmente, existen varios tipos de pactos de socios. En primer lugar, los *pactos de relación*, que son aquellos acuerdos que, con carácter general, no inciden en la esfera jurídica de la sociedad. Estos pactos están enfocados en los derechos de los socios en relación con la sociedad. Dentro de esta categoría se derivan subtipos. Por ejemplo: pactos de bloqueo⁴, derechos de adquisición preferente, derechos de venta conjunta, pactos de no agresión⁵, etc. En segundo lugar, los *pactos de atribución* se caracterizan por ser convenios que tienen por objeto establecer una serie de ventajas a favor de la sociedad en la que participan. Estos acuerdos están pensados en atribuir ventajas a la sociedad, razón por la cual no se encuentra doctrina o jurisprudencia que imponga trabas o limitaciones a su eficacia y a su exigibilidad. Esta clase de pactos bien puede ser incluida dentro de los estatutos bajo la figura societaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima. No obstante, hay casos en que los suscriptores

3 Ver obra de Giorgio Oppo, "*Contratti Parasociali*", Milano, 1942.

4 En este tipo de pactos las partes tratan de garantizar de manera recíproca la continuidad en el capital social de la compañía.

5 En este tipo de pactos, los socios que comparten el poder político en el capital social acuerdan no elevar su participación en la misma y de esta manera evitar una alteración al equilibrio que existía en el momento inicial.

del pacto desean obviar la publicidad registral y por eso acuden al pacto. También puede darse el caso en que una mayoría reforzada modifique los estatutos y elimine las prestaciones accesorias, mientras que si todos los socios son firmantes del pacto éste únicamente podrá ser derogado por unanimidad de los suscriptores de este. Esta es otra razón por la cual en ciertos casos se prefiere el pacto de socios y no los estatutos. Como solución a este tipo de situaciones, se puede recomendar incluir la prestación en los estatutos y pactar por separado que queda prohibido reformar dicha parte específica de los estatutos por un determinado periodo de tiempo. Los ejemplos más comunes de este tipo de pactos son: acuerdos de obligación de financiar a la empresa, abstenerse de competir con la sociedad, exclusividad de ventas, entre otros. Por último, se encuentran los *pactos de organización*, que son aquellos acuerdos en los que se pretende regular la organización y funcionamiento de la sociedad, y su prioridad es el control de la sociedad. Por el objetivo que persiguen, se puede decir que constituyen una regulación subalterna respecto de los estatutos. Existen dos grandes grupos dentro de esta clase de pactos: (i) votar en un determinado sentido; y, (ii) sindicación de voto. Sobre la sindicación de votos en el Ecuador se tratará más adelante.

II. JUSTIFICACIÓN DE LOS PACTOS DE SOCIOS

Los pactos de socios encuentran justificación en que son una herramienta con la que cuentan los accionistas para complementar el contrato de sociedad. Partimos desde la premisa de que el contrato de sociedad, visto desde un punto de vista económico, es un contrato

incompleto, y que este tipo de problemas se lo resuelve con la contratación.⁶ Es decir, se le otorga a las partes la autonomía suficiente para que sean éstos quienes analicen y en su mayor beneficio suscriban los pactos de socios que consideren necesarios y convenientes para un desarrollo óptimo de la sociedad en la que participen.

La doctrina española⁷ señala que los acuerdos de todos los accionistas son, en sustancia, complemento del contrato social tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos –pactos más estatutos– conforman, desde una óptica económica, un contrato más completo de sociedad.

Para un mejor entendimiento se analizará la siguiente situación: a un grupo de inversionistas les presentan un proyecto atractivo, en el que cada uno deberá aportar inicialmente \$500.000 para adquirir los terrenos, maquinarias y equipos necesarios para la consecución del proyecto. Dos inversionistas solo van a aportar con capital y no van a estar en la administración del negocio, el restante será quién administre la compañía. Sería ilógico creer que los socios de capital confíen ciegamente en la administración del otro sin pedirles garantías. Es aquí donde puede entrar la figura del pacto de socios, en el que se regule las relaciones internas y la organización de la sociedad. Si una de las partes no quisiera suscribirse al pacto de socios o en su defecto la legislación local lo

6 Según el Teorema de Coase, los problemas de la norma se pueden salvar a través de la contratación.

7 Ver en este sentido a María Isabel Sáez Lacave, *Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces*, INDRET REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO 3, 2009, at 4 y ss.

prohíba totalmente, las partes probablemente no entrarían en el negocio por no tener la certeza de que su inversión se encuentra debidamente protegida y que se ha establecido entre sus socios reglas para regular su relación, control y estructura de la sociedad. La práctica societaria demuestra que los miembros de una sociedad se comunican de manera constante para decidir en qué forma se va a manejar y organizar la misma, y en su efecto proteger su inversión. Es por esta razón que los acuerdos suscritos por todos los socios complementan el contrato social y son de gran trascendencia.

Habrà un sector de la doctrina que, fiel a su modo de entender el derecho, quiera proponer que sea el legislador el encargado de enumerar y clasificar estas relaciones o situaciones para incluirlas en la norma. Esto sería un grave error, ya que ni el legislador ni sus asesores son capaces de imaginarse el sinfín de situaciones que las partes puedan querer regular. La razón es sencilla, el legislador no sabe más del negocio que los propios involucrados en el mismo. La doctrina americana⁸ señala que, en lugar de la intervención del legislador, se debe dejar la resolución de conflictos de intereses a la libertad contractual, de esta manera no se generarán los posibles costes de una intervención errónea por parte de los legisladores. Lo que sí debe hacer el legislador ecuatoriano es aceptar que existen los pactos de socios y que son una práctica común, reconocer su eficacia y cumplimiento, pero no llegar a interferir en querer regular las situaciones, lo cual es decisión exclusiva de las partes a través de la contratación.

8 Ver en ese sentido a Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Close Corporations and Agency Costs*, 38 STANFORD LAW REV. 271 (1985).

Un resultado de la contratación a través de pactos de socios es que al complementarse el contrato de sociedad se disminuyen los costes de agencia, por ejemplo, del socio que no ejerce la administración y debe estar pendiente de que el socio/administrador sea diligente y no se esté beneficiando en perjuicio de la sociedad. En consecuencia, lo que se pretende evitar con el contenido de cierto tipo de pactos es el oportunismo en las sociedades.

Es primordial señalar que, de acuerdo con el criterio de quien escribe este artículo, el Derecho de sociedades no sólo se debe estudiar desde la óptica jurídica, sino también desde una perspectiva económica. Por una parte, el análisis económico del derecho de sociedades ha demostrado que las normas jurídicas más eficientes, aquellas que producen mayor riqueza a los contratantes, son las que terminan prevaleciendo. Además, las leyes societarias deben otorgar la libertad a las partes para que éstos regulen sus relaciones a través de la contratación de manera gratuita. Un trabajo paradigmático sobre el análisis económico del derecho de sociedades en los Estados Unidos, responde al tópico "*what is corporate law?*" señalando que las leyes societarias son un conjunto de términos disponibles para que las partes de un negocio puedan ahorrarse los costos de contratación. Por otra parte, existen reglas de quórum de votación, de mayorías reforzadas, que muchos quieren adoptar. Entonces, el derecho de sociedades, a través de sus Códigos y Leyes, entrega gratuitamente esta "hipotética voluntad de las partes" porque es lo menos costoso para las partes, y de esta manera les permite enfocarse en temas específicos de su actividad. Estas normas que están contenidas en dicha hipotética deben ser entendidas como normas dispositivas,

por lo que las partes deberían poder cambiarlas libremente, teniendo siempre en cuenta que existen ciertas normas que se recomiendan sean imperativas. Un ejemplo es el de las normas contables, que de no funcionar de esta forma pudiera afectar a todo el sistema en conjunto⁹.

La sociedad ya no es más una <máquina jurídica> que debe de ser única, exclusiva y cuidadosamente diseñada por técnicos (legislador) y en la cual las partes son meros ejecutores de las indicaciones del legislador y de cierto sector de la doctrina. Es indispensable abandonar ese prejuicio tecnocrático en el que se tiende a pensar que el legislador está en mejores condiciones que los operadores para dotar a las sociedades de reglas eficientes o adecuadas.

Las siguientes frases describen de gran manera el pensamiento tradicional de la visión y entendimiento del derecho de sociedades. "En consecuencia, corresponde al legislador la entrega de los planes de esta máquina maravillosa que por sí misma puede dar satisfacción las necesidades de la industria y del comercio. Tiene que hacerlo con la intención de lograr que ésta funcione lo mejor posible. En primer lugar, el Estado tiene el deber de regular el uso de ésta máquina"¹⁰.

9 Ver en ese sentido: John Armour, Henry Hansmann & Reinier H Kraakman, *What Is Corporate Law?*, in *THE ANATOMY OF CORPORATE LAW : A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH* (2009) at. 17 y ss.; FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHEL, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW* at. 1-40 (Harvard Un ed. 1991).

10 Cándido Paz-Ares, ¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL), en Paz-Ares (coord.), *TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA* (Fundación Cultural del Notariado, 1997), pp. 159-205,

Se resume de manera eficaz cuál es el pensamiento que se sigue teniendo en ciertos países hasta la actualidad con fuerte influencia del Derecho español e italiano en materia societaria, con leyes, reglamentos y doctrinas que aún mantienen conceptos tradicionales y antiguos del derecho de sociedades. Aún se mira con recelo y no existe unanimidad en aceptar el contenido de ciertos tipos de pactos de socios en la doctrina ecuatoriana. Todo esto se debe a la manera de ver y entender el derecho de sociedades, en la que se piensa que el legislador es el único capaz de dictar todas las reglas necesarias para regir una sociedad, y no permite a las partes hacer uso de la libertad contractual para que éstos sean quienes contraten a otros y dicten las normas que van a regular su relación y organización de su sociedad.

Por último, PAZ-ARES señala lo siguiente, "Si centramos la atención en los incentivos que crea de antemano la regla, nuestro modo de pensar cambia radicalmente. Entonces es cuando estamos en condiciones de comprender que las partes pueden estar interesadas, a la vista de sus peculiares circunstancias, en introducir una cláusula que modifique los incentivos que proporciona las reglas *standard* a fin de obtener una mayor ventaja mutua¹¹". Este pensamiento es esclarecedor a la hora de ver y analizar desde un nuevo punto de vista el derecho de sociedades, y ayuda a comprender las razones por las cuales se justifica la adopción de acuerdos al margen de los estatutos.

11 Cándido Paz-Ares, op. cit., p. 185

III. VALIDEZ DE LOS PACTOS DE SOCIOS EN EL ECUADOR

Mucho se ha discutido en el siglo pasado y las primeras décadas del siglo XXI sobre la validez de los pactos de socios, hoy se admite sin cuestionamientos que se puedan celebrar acuerdos privados al margen del contrato de sociedad, esto con base en el principio de la libertad contractual.

En la legislación comparada puede comprobarse que el fenómeno de los pactos de socios es una realidad y que existe en el día a día de las operaciones societarias. En los Estados Unidos¹² se encuentran plenamente desarrollados, lo cual se repite en el Reino Unido y el resto de Europa continental. En cuanto a Sudamérica, Colombia¹³ representa al país que más ha desarrollado esta asignatura; a esta tendencia de reconocer la validez de los pactos de socios se han ido sumando varios países Latinoamericanos, en algunos de ellos se les ha dado un reconocimiento normativo, no obstante, a ello, es unánime

12 La experiencia en los Estados Unidos ha sido igual que en la mayoría de los países, primero los Tribunales declaraban la invalidez de los pactos de socios y ahora el Derecho de ese país ha dado un paso en firme hacia su plena validez, sólo con la condición de que el pacto sea por escrito, firmado por todos los socios y sea puesto en conocimiento de la sociedad. Para un mayor análisis ver la Section 7.32 de la *Model Business Corporation Act*.

13 Para un mayor estudio del caso colombiano ver: Sentencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. Sentencia No. 801-16, 23 de abril del 2013. (Caso Vermont) <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx>; <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3600/3778>, y <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033223011.pdf>

el reconocimiento de su validez por parte de toda la doctrina. En Brasil, por ejemplo, las modificaciones introducidas con la ley 10.303 de 2001, les otorgaron plena validez a los pactos celebrados entre socios. Dichos pactos serán oponibles frente a la sociedad, si se cumple con ciertos requisitos que establece la ley, “esta previsión les confiere gran eficacia a los convenios parasociales, puesto que su incumplimiento podría suscitar que se reversarán las determinaciones adoptadas en contravención a lo pactado por las partes¹⁴

III.1 ¿Son válidos los pactos de socios en el derecho ecuatoriano?

La Ley de Compañías en su artículo 1 señala el concepto del contrato de compañía y muestra que: “Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil.

Como puede apreciarse, el artículo 1 de la Ley de Compañías, donde se desarrollan los preceptos generales que serán aplicables a todo tipo de compañías, señala que el contrato de compañías se rige por diversas leyes y por los convenios de las partes. Éstos últimos se entiende que son esos pactos lícitos que permite la Ley incluir dentro de los estatutos, como por ejemplo que los fundadores y promotores de una sociedad anónima pueden reservarse remuneraciones o ventajas para ellos¹⁵. El artículo 137 de la Ley de Compañías, en su numeral noveno, tratando

14 Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho societario*, Tomo I, p. 639. Bogotá (Temis, 2016)

15 Ver artículo 203 de la Ley de Compañías.

sobre la compañía de responsabilidad limitada, recoge el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en línea con el principio inspirador de todo el Derecho de obligaciones y contratos, al señalar que dentro de la escritura de constitución se podrá incluir los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en la Ley. Como podemos observar, la autonomía de la voluntad de las partes encuentra una limitante y es que no se puede incluir dentro (esta es la clave) de los estatutos sociales, pactos que se opongan a lo dispuesto en la Ley de Compañías, pero dichos artículos se refieren a cláusulas estatutarias. Dicho esto, los pactos de socios quedan al margen del contrato social, y se enmarcarían en el recinto obligacional, por lo que estarían regidos por las reglas del derecho común de obligaciones y contratos.

Al ser contratos privados, los pactos de socios son de naturaleza estrictamente obligacional. Su validez se sustenta en lo estipulado en el artículo 8 del Código Civil, que contiene la regla sobre libertad civil de contratación, y en la autonomía de la voluntad de las partes que se encuentra consagrada en el artículo 1561 del Código Civil, que establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. Reconocer la validez de los pactos de socios depende de la licitud del contrato en sí, por lo que deben de estar presentes los elementos esenciales de validez de los contratos, de igual manera se debe atender a los límites de la autonomía de la voluntad de las partes.

Debido a que no se los puede incluir en los estatutos sociales, esto quiere decir que sus efectos se limitan a los

socios firmantes y en ningún caso se pueden extender dichos efectos a los socios no firmantes, esto con base en el principio de relatividad de los contratos. Sin embargo, esto no significa que se excluya toda posibilidad de que los pactos de socios puedan afectar a las sociedades implicadas. Los pactos, aunque privados de naturaleza societaria, guardan una conexión con el contrato de sociedad, ya que con dichos pactos se pretende regular la relación interna de los socios y la organización de la sociedad, como se detallará más adelante, la jurisprudencia comparada les ha otorgado el reconocimiento de eficacia a los pactos firmados por todos los socios frente a la sociedad, cuando concurren determinadas circunstancias.

El artículo 146 de la Ley de Compañías establece que: "Todo pacto social que se mantenga reservado, será nulo." Este artículo se encuentra ubicado en el capítulo correspondiente a la fundación de la compañía anónima y se entiende a partir del mismo que en el momento de la fundación, si existe un pacto social que es reservado y que beneficie a unos en detrimento de otros, será nulo. Pero, como bien menciona el tratadista Roberto Salgado, decir que todo pacto social que se mantenga reservado será nulo equivale a decir que, en ella, o fuera de ella, pueden los fundadores y promotores dejar constancia de los pactos, lícitos y legales por cierto, a los que hayan arribado a fin de que sean o materia del contrato social o fuera de él, pero siempre de conocimiento de la compañía.

Seguimos el criterio de la doctrina autorizada en Ecuador que manifiesta que para la validez de los acuerdos parasociales no necesariamente deben ser públicos por no

ser “pactos sociales” sino “pactos parasociales”¹⁶. Es por esto por lo que el artículo 146 no sería de aplicación a los pactos de socios (parasociales), por lo que en efecto éstos no deben ser públicos y pueden mantenerse reservados; criterio totalmente compartido en este artículo.

III.2. Prohibición de establecer requisitos para la transferencia de acciones

Un escollo para superar en la normativa ecuatoriana es la prohibición legal a establecer requisitos distintos a los que señala la ley para la transferencia de acciones. Esto viene del pensamiento del derecho de sociedades como una corteza infranqueable de metal que es inalterable, en la que los operadores deben limitarse a escoger el domicilio, nombre, actividad y demás características de forma, más no de fondo.

El artículo 189 de la Ley de Compañías prohíbe establecer requisitos o formalidades para la transferencia de acciones que no estuvieran expresamente señalados en la Ley, y cualquier estipulación estatutaria o contractual que los establezca no tendrán valor alguno. En concordancia con esto, el artículo 191 fundamenta que el derecho a negociar libremente las acciones no admite limitaciones, mientras que el numeral 8, del artículo 207, indica que la libre negociación de las acciones es un derecho fundamental del accionista que en ninguna circunstancia se le puede privar.

La Superintendencia de Compañías del Ecuador ha entendido a este grupo de artículos como una prohibición

¹⁶ Ver en ese sentido a Roberto Salgado Váldez, Tratado de derecho empresarial y societario. TOMO II, V1, P.205 Y SS (2015)

absoluta a pactar, bajo ningún concepto y en virtud de ningún instrumento, limitaciones a la transferencia de acciones.

Sin embargo, la misma Superintendencia de Compañías publicó dos Doctrinas Jurídicas Societarias¹⁷ en las que se contradice. Por un lado, la Doctrina 65 está a favor de la autonomía de la voluntad de las partes y reconoce que cualquier accionista está en libertad de renunciar al derecho de negociar libremente sus acciones a través de un pacto separado. En contraparte, la Doctrina 141 establece que el convenio privado por el cual se estipula que el accionista de una Compañía Anónima se obliga a no enajenar sus acciones sin previo consentimiento de un tercero, accionista o no, de esa Compañía, carece de valor jurídico por objeto ilícito.

El derecho de sociedades contiene normas triviales, lo cual se ejemplifica con los artículos 189 y 191. Las reglas que parecen obligatorias pueden ser triviales en esencia, por tanto, si una regla puede ser evitada a través de una planificación adecuada, la regla es trivial¹⁸.

Cabe destacar, que, según el criterio del autor de este artículo, la norma citada carece de total sentido. Para un mejor entendimiento, se apela al siguiente ejemplo:

17 Las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías fueron suprimidas mediante Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-014 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 917 de seis de enero del 2017.

18 Para el lector interesado en el tema, consultar la obra de Black, *supra* note.

Un grupo de inversionistas quiere emprender un proyecto en el Ecuador y desea constituir una sociedad del tipo anónima (Sociedad A). Por consiguiente, dos de estos inversionistas quieren celebrar un pacto de socios en el cual, mediante una imposición de no hacer, se obligan a no enajenar las acciones que poseen de la Sociedad A por un periodo de cinco años. Al consultar con su asesor legal, éste les manifiesta que, aparentemente la legislación societaria local no les permitiría celebrar dicho pacto de socios, y que van a tener que hacer uso de otros mecanismos para poder garantizar esta obligación. En consecuencia, el asesor les recomienda la siguiente estructura societaria: que los dos inversionistas constituyan un SPV¹⁹ en Delaware, E.E.U.U. (estado que reconoce al máximo la libertad contractual), y en esa legislación, suscribir el pacto de socios, incluyendo la prohibición de enajenar por cinco años las acciones que poseen sobre el SPV. Luego, constituir en Ecuador la Sociedad A, siendo uno de los accionistas de dicha sociedad el SPV que tiene domicilio en Delaware. Como resultado, los socios serían accionistas indirectos de la sociedad A domiciliada en Ecuador y habrían logrado “burlar” en la práctica la supuesta prohibición teórica de establecer requisitos para la transferencia de acciones. Además, lograrían alcanzar el mismo objetivo inicial de obligarse a no enajenar sus acciones por un determinado periodo. Luego de analizar este caso hipotético se concluye que la prohibición es irrelevante o innecesaria ya que mediante una planificación adecuada puede ser obviada. No obstante, se debe tener presente que es una práctica costosa, por lo que no tiene sentido alguno seguir manteniendo este

19 A *Special Purpose Vehicle* es un vehículo societario que se constituye para cierto tipo de operaciones, como por ejemplo la de adquirir activos.

tipo de normas que no son consonantes con la realidad y práctica societaria.

Otro ejemplo de cómo llevar a la práctica un sindicato de bloqueo o pactos de *lock - up* es el siguiente. Incorporar el sindicato de accionistas como una sociedad distinta, en este caso sería una sociedad de responsabilidad limitada, para que luego se le transmitan a ésta todas las acciones sindicadas. De esta forma, a través de un pacto de organización con sede en la sociedad de responsabilidad limitada se incorpora el sindicato de bloqueo, y así se aprovecha que, en las compañías limitadas, las participaciones no son de libre negociación.

En este sentido, aunque se encuentren derogadas todas las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías, quien escribe este artículo se adhiere a la tesis desarrollada en la Doctrina 65, misma que sostenía que cualquier accionista está en libertad de renunciar al derecho a la libre negociación de sus acciones mediante pacto separado. Esto con base a la autonomía de la voluntad de las partes, que no es otra cosa que permitir a los individuos ser libres para regular sus relaciones jurídicas. Los socios, precisamente en uso pleno de su derecho de negociar las acciones libremente, decidían limitar sus derechos, no por imposición de otro accionista, sino porque es lo mejor que le convenía para sus intereses. Se puede llegar al absurdo de prohibir que un socio pueda celebrar una promesa de ceder sus acciones, ya que, al momento de celebrar el contrato de promesa, el socio se "limita" su derecho a negociar libremente sus acciones, parte de la doctrina ecuatoriana respalda estas ideas²⁰.

20 En ese sentido, ver a Jorge Egas Peña, *El Status del Accionista (Derechos y Obligaciones de los Accionistas)*, in *La Compañía Anónima, Análisis Sistemáticos de su Normativa* p.125 (Ediciones ed. 2006)

Es importante señalar lo siguiente: las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías fueron suprimidas mediante Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-014 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 917 de seis de enero del 2017. Previo a ser suprimidas, la Superintendencia de Compañías mediante resolución No. SCVS-INC-DNCDN. 16-09 publicada en el Registro Oficial N° 867 del viernes 21 de octubre de 2016, en sus Considerandos señala que mediante memorando No-SCVS-INC-DNCDN-2016-41-M de 19 de septiembre de 2016, la Dirección Nacional de Consultas y Desarrollo informó que existía una evidente contradicción entre los criterios establecidos en las Doctrinas Jurídicas Nos. 141 y 65 (como ya lo habíamos expresado en el presente trabajo) y a fin de solventar las dudas que se generaban en la práctica, se recomendaba suprimir la Doctrina 141, y se reconoce la vigencia de la Doctrina 65; y, es así, como en la parte resolutive, se suprime la “famosa” Doctrina 141, misma que representaba un obstáculo para la implementación de los pactos de socios en el Ecuador.

III. 3. Sindicación de acciones

Los pactos de organización, como su nombre lo delatan, van encaminados hacia controlar la estructura de la sociedad a través de la elección de los administradores para la misma, aprobación de filiales, aprobación de planes de negocios, etc. Es por ello que resulta común encontrar sindicato de votos en este tipo de pactos, donde dos o más accionistas deciden conformar bloques de votación en las Juntas Generales, para alcanzar un objetivo compartido.

La doctrina más especializada en Ecuador²¹ manifiesta que la sindicación de acciones se trata de un pacto o acuerdo entre accionistas, realizado fuera de la sociedad. Por esta razón, se lo denomina parasocial, ya que tiene como propósito influir en la vida de la compañía mediante el aglutinamiento del poder de voto de los accionistas sindicados.

Sorprendentemente, la extinta Doctrina Jurídica 145 de la Superintendencia de Compañías²² –prohibía– la sindicación de acciones. Dicha doctrina define a la sindicación de acciones como “el pacto de algunos accionistas para votar o no en cierta forma y en determinadas resoluciones, lo cual está prohibido por la Ley de Compañías”²³. La mencionada Doctrina establecía que no era posible que existan acciones ordinarias sin derecho a voto, pero que sí es factible una modificación contractual en los estatutos de la compañía y únicamente estará referida para la designación de los administradores y comisarios de esta.

No es compartido el criterio expuesto por la Superintendencia de Compañías en la Doctrina 145 y se considera débil su argumentación en contra de la

21 Ver en ese sentido a César Drouet Candel, *El voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima*, Revista de Derecho Societario, Nº 7, 2007, at 187-208;

22 Las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías fueron suprimidas mediante Resolución No.SCVS-INC-DNCDN-2016-014 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 917 de seis de enero del 2017. No obstante, son de obligatorio estudio por su aporte científico al Derecho de Sociedades ecuatoriano.

23 Consultar la Doctrina de la Superintendencia de Compañías 145, Registro Auténtico 1997 de 29 de agosto de 1997.

sindicación de acciones. El argumento principal que esbozaba dicha Doctrina es que la sindicación de acciones se encuentra prohibida en el Ecuador en vista que la Ley de Compañías establece que, el convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas con derecho a sufragar es nulo. Aquí es donde se muestra el error conceptual de la Doctrina 145, puesto que la sindicación de votos de ninguna manera desconoce ni renuncia al derecho a votar, ni pretende anularlo en el seno de la sociedad, sino que busca la ordenación de tal derecho, por lo que se faculta al accionista, precisamente en uso de la libertad que tiene, para proceder libremente con el sentido de su voto.

La Doctrina 145 ignoraba los notables avances que se han dado en el siglo pasado. Un claro ejemplo de esto es que, antiguamente la doctrina y jurisprudencia francesa e italiana se mostraban reacias y desconocían este tipo de pactos. Pero, luego de intensos debates decidieron reconocer su licitud, puesto que basaron sus argumentos en la manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes regidas en materia contractual, incluso llegando a aceptar su ejecución forzosa.

La doctrina colombiana nos ilustra sobre la validez de estos pactos en el Derecho colombiano: *“los acuerdos pre estatutarios, tienen origen en la autonomía de la voluntad, cuyo poder normativo entre quienes la expresen sigue siendo indiscutible, máxime si se refiere a derechos disponibles como este del voto; no hay razón alguna para impedir que se confíe a otro el ejercicio del derecho de voto en las asambleas²⁴...”*

24 Gaviria Gutiérrez, Enrique. *Apuntes sobre el derecho de sociedades*, 2ª ed., Medellín, Señal Editora. (2004), pág. 59.

Volviendo al tema del problema de percepción sobre el derecho de sociedades y a las normas triviales del ordenamiento jurídico societario en cuestión, se expone lo siguiente. Ante todo, es posible, como lo ha señalado la doctrina ecuatoriana²⁵, que los socios indirectamente pacten la sindicación a través de la constitución de un fideicomiso a fin de que el fiduciario dirija el sentido de los votos, o con designación de un apoderado común con los mismos fines. Nuevamente, con una planificación correcta²⁶ se ha logrado el objetivo pretendido, probando de esta manera la intrascendencia de la norma que lo “prohíbe” y de las Doctrinas que “refuerzan” la supuesta prohibición.

Siendo así, se concluye que en Ecuador son válidos todos los tipos de pactos de socios, teniendo en cuenta que los pactos que tengan como objeto limitar la transferencia de acciones por un determinado tiempo, deben de ser cuidadosamente elaborados, esto para no contradecir la Ley y evitar que sean declarados nulos, fuera de esto, al haberse suprimido todas las Doctrinas Jurídicas elaboradas por la Superintendencia de Compañías²⁷, no encuen-

25 A este respecto ver a Roberto Salgado Valdez, Tratado de Derecho Empresarial y Societario, Tomo II, V1, p.205 y ss (2015)

26 Además del fideicomiso existen varias formas en que se puede hacer efectivo la sindicalización de acciones como, por ejemplo: nombrar un apoderado común, usufructo de las acciones y pactar que el usufructuario tenga los derechos de voto, celebrar un contrato de prenda sobre las acciones y que sea el acreedor prendario quien tenga los derechos de voto, constituir una sociedad limitada y aportarle las acciones sindicadas y en la sede la sociedad limitada celebrar el pacto de organización.

27 Las Doctrinas Jurídicas eran de obligatoria aplicación para la Superintendencia de Compañías y por ende por sus controladas, al haberlas suprimido en su totalidad, quizás sin querer, se ha eliminado un gran obstáculo.

tran limitación alguna. No obstante, para garantizar la tranquilidad del inversionista y evitar los costos elevados que una correcta planificación demanda, es necesario pensar en una reforma integral a la Ley de Compañías²⁸ para de esta manera modernizar nuestro Derecho societario en relación con la región. En consecuencia, se generará más confianza y seguridad jurídica, lo cual como ha sido demostrado disminuye los costes de agencia y crea valor a las sociedades. Cabe destacar que esta consigna es, en gran parte, responsabilidad propia de los tratadistas nacionales. Son ellos quienes deben ir elaborando y asentando criterios sólidos y modernos que correspondan a la realidad mundial y a la evolución vivida en el derecho de sociedades.

IV. CUMPLIMIENTO VÍA JUDICIAL DE LOS PACTOS DE SOCIOS

IV.1. Mecanismos de cumplimiento *inter partes* de los pactos de socios

Si un pacto de socios es considerado válido²⁹ dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, trae como consecuencia que el mismo sea una ley para las partes

28 La reforma al artículo 191 de la Ley de Compañías sólo permite los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones; sin embargo, como hemos visto este es uno de los tantos tipos de pactos de socios que pueden existir. Se necesita una reforma integral a la Ley de Compañías para evitar interpretaciones judiciales que perjudiquen la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de contratación.

29 Sobre la validez de los pactos de socios consultar el apartado 3 del presente ensayo.

contratantes (artículo 1561 Código Civil)³⁰. Con base a lo señalado, no se puede denegar el acceso a los medios que prevé el sistema jurídico para quien busque hacer efectivo su cumplimiento.

Partiendo de la tesis³¹ defendida en la construcción del *enforcement* de los pactos de socios en el derecho español se desarrollarán tres de los principales medios que brinda el derecho civil ecuatoriano para el cumplimiento *inter partes* de los pactos de socios:

- La acción de indemnización de daños y perjuicios.
- Acción de cumplimiento.
- Acción de remoción.

IV.2. La acción de indemnización de daños y perjuicios

La acción de indemnización de daños y perjuicios deriva directamente de la responsabilidad contractual, traducida en que la parte que ha incumplido lo acordado está obligada a reparar los daños y perjuicios que con su incumplimiento le ha ocasionado a su contraparte.

La problemática obtenida de ese remedio es de índole procesal. Es decir, su efectividad queda sujeta a poder probarse dentro del proceso y sobre todo a cuantificar el daño que se ha ocasionado por la violación del pacto

30 Artículo 1561 Código Civil: Todo contrato es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

31 La construcción del *enforcement* de los pactos parasociales en el Derecho español se la atribuye a Cándido Paz-Ares, *El Enforcement de los pactos parasociales*, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, 2003, at 19-43.

de socios. Es por ello que se aconseja que se incluya dentro de los pactos de socios una cláusula penal por incumplimiento, con el fin de asegurar su efectividad en caso de darse. Al usar uso de la cláusula penal

IV.3. Acción de cumplimiento

Dentro del ordenamiento jurídico nacional se encuentra la posibilidad de solicitar judicialmente la ejecución específica de la prestación debida. Dependiendo de la naturaleza de la obligación el derecho otorga distintas vías. Si el sujeto se encuentra frente a una obligación de hacer que se niega a respetar, su cumplimiento se puede lograr judicialmente a través de un tercero designado por el acreedor (artículo 368 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP). En el caso de las obligaciones de no hacer, si se ha incumplido con la obligación, es decir, si ya se ha ejecutado, el juzgador ordenará la reposición al estado anterior y que la contraparte deshaga lo hecho. Sin embargo, de no ser posible esto último, se ordenará que se consigne la cantidad correspondiente al monto de la indemnización (artículo 369 COGEP). Por último, si se tratase de una obligación de dar, el cumplimiento se lo obtiene mediante diligencias de entrega forzosa de la cosa (artículos 366 y 367 COGEP).

Estos mecanismos generados por el derecho son de utilidad para lograr la efectividad de los pactos de socios que contengan este tipo de obligaciones. No existe mayor dificultad de lograr el *enforcement* a través de estas vías en los pactos de atribución y de relación. Aunque debe manifestarse que un pacto de relación (en el que los socios se obliguen a no enajenar sus acciones por un determinado

periodo) los jueces podrían fallar en el sentido de que la obligación no se puede cumplir por ser contraria a la Ley de Compañías.

El principal problema se encuentra en los pactos de organización. Teniendo en cuenta que la doctrina (ecuatoriana) aún no es clara sobre la posibilidad de la sindicación de acciones, y que al tratarse de pactos que tienen por objeto regular la influencia conjunta de las partes en la sociedad, su cumplimiento necesariamente se proyecta sobre la propia sociedad. Seguimos el criterio de la doctrina brasilera que señala "el incumplimiento de las obligaciones es objeto de tratamiento específico ante la jurisdicción, por medio de la inclusión de una acción judicial propia, cuyo fin es el de sustituir coercitivamente la actuación del contratante incumplido. (...) de nada serviría un acuerdo de accionistas si fuera imposible hacer valer las estipulaciones pactadas de común acuerdo por los asociados³²

IV.4. La acción de remoción

La acción de remoción es un recurso que servirá cuando el socio demandante tenga interés en revocar el acuerdo de la junta que se adoptó con infracción a un pacto de socios. La acción de remoción a la que hace referencia es la del artículo 1098 del Código civil español³³ y ve su importancia en la posibilidad de que se deshaga lo

32 Reyes Villamizar, Francisco R. *op. Cit.* p. 639, citando a Marcelo Fortes Barbosa.

33 Artículo 1098 CC: Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.

mal hecho, en este caso, el voto en violación a lo acordado en el pacto, o de que se sustituya la voluntad del socio que ha incumplido mediante orden judicial. Argumenta también, que si se reconoce este tipo de ejecución específica se acercaría el camino de reconocer que, bajo ciertas circunstancias, algunos tipos de pactos deberían ser oponibles directamente frente a la sociedad, y así evitar el proceso tedioso del derecho común.

Por otro lado, el derecho local no se muestra tan avanzado en el desarrollo de este tipo de recursos, pero esto no quiere decir que esté prohibido dentro del ordenamiento del mismo. El artículo 1569 del Código Civil ecuatoriano señala que:

“Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya: 1. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor...”.

El artículo citado guarda una gran concordancia con “la acción de remoción” española, y de ahí se basa el criterio de este trabajo, que dentro del Derecho ecuatoriano es posible obtener el cumplimiento judicial de un pacto de organización en el que un socio haya violado su obligación de votar en determinado sentido, en las juntas generales. Bastaría que se produzca la violación para que uno o más socios afectados acudan ante los órganos jurisdiccionales y busquen el cumplimiento vía judicial, obligando al socio incumplidor a votar nuevamente, caso contrario su voluntad sería sustituida por la de un tercero nombrado por el Juez.

El problema que nos presenta este tipo de mecanismo es su tiempo de ejecución, ya que, para el momento de obtener una sentencia favorable, seguramente se habrán celebrado un sin número de Juntas Generales. Sin contar con todos los recursos e incidentes que se pueden suscitar en un proceso civil. Por esta razón, se debería reformar la Ley de Compañías en el sentido que se permita una acción más directa en este tipo de casos, como la de impugnación por vía societaria del acuerdo adoptado en Junta General con violación a las obligaciones acordadas en un pacto de socios. Es evidente que para esto aún falta un largo camino por recorrer, pero es alentador encontrar en el derecho común los mecanismos que pueden servir para perseguir el cumplimiento de lo pactado. Esto brinda la seguridad a la persona de que al menos su *enforcement* en la práctica es real, y deja la tarea a los abogados de elaborar pactos que incluyan cláusulas penales y cláusulas arbitrales. Así las partes pueden someter sus diferencias frente a un árbitro y los tiempos se acortarían significativamente.

V. EL CUMPLIMIENTO DE LOS PACTOS DE SOCIOS FRENTE A LA SOCIEDAD

V.1 Concepto de persona jurídica

Analizar la eficacia de los pactos de socios frente a la sociedad, obliga a realizar un posicionamiento sobre un tema muy controvertido: la noción de persona jurídica. Sólo de esta manera se puede ofrecer una visión clara de la tesis que se defiende. Debe manifestarse que no es objetivo de este artículo realizar un estudio pormenorizado de las teorías de la persona jurídica ya que debido a su

complejidad y extensión no sería posible abarcar en su totalidad.³⁴

“Un sector de la doctrina sostiene que las personas jurídicas son una realidad³⁵, no una ficción³⁶, pero una realidad en este mundo jurídico, no de la vida sensible como tal. Esta corriente considera modernamente a las personas jurídicas como aparatos técnicos de unificación de relaciones que en otro caso serían múltiples, tales como son las personas individuales que integran la sociedad. Luego, cuando el legislador concede personalidad jurídica, únicamente dota a ciertas agrupaciones humanas de recursos técnicos que faciliten la actividad de estas asociaciones en la vida de relación³⁷”.

Dentro de las varias teorías que han intentado desarrollar las consecuencias de la subjetivación de ese conjunto de personas, las corrientes nominalistas destacan con acierto que la persona jurídica es una expresión que designa de forma abreviada un mecanismo complejo de imputación de consecuencias jurídicas que posibilita la actuación unificada de un grupo de personas en el tráfico, al tiempo que atribuye los derechos y obligaciones

34 Para el lector interesado en estos temas, revisar los trabajos y obras de “Los Comisionados de Justiniano; los canonistas medievales, Sinibaldo dei Fieschi, de Francisco Ferrara, la teoría de Savigny, Gierke, entre otros”, para un resumen de estas obras revisar: José María Blanch, *“Régimen Jurídico de las fundaciones en Derecho Romano”* Madrid, 2007, DYKINSON, p. 49 y ss.

35 La teoría de la realidad fue desarrollada por Gierke.

36 La teoría de la ficción fue desarrollada por Savigny, aunque cierto sector de la doctrina considera a Sinibaldo Dei Fieschi (Papa Inocencio IV) como el precursor de esta idea, que luego desarrolla Savigny.

37 Salgado Valdez, Roberto, *op. cit.*, p. 190.

generados por esa actuación a las únicas personas que realmente existen, las personas físicas.³⁸

Una parte de la doctrina rechaza la posibilidad que la persona jurídica sea a su vez centro y mecanismo de imputación, pero parece olvidar que es el legislador quien le otorga esa distinción especial a las agrupaciones humanas para que puedan actuar en conjunto, como grupo unitario, en el tráfico jurídico. Además, les atribuye la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. De esta manera, la capacidad para actuar en el tráfico jurídico como centro de imputación no reside únicamente en las personas naturales sino también en las personas jurídicas, pero como instrumento técnico necesario para facilitar el tráfico en conjunto.

Si de la afirmación que sostiene a la persona jurídica como representante de un centro de imputación, se concluyese que este sujeto representa un ente jurídicamente autónomo, totalmente distinto y paralelo de las personas que lo componen, se estaría incurriendo a una simplificación.³⁹ De igual modo, se reconocería que los socios pueden usar a las personas jurídicas para otros fines como cometer abusos, y que éstos estarían al margen de cualquier tipo de responsabilidad (lo cual es erróneo). La ley les otorga la calidad de centro de imputación siempre

38 Ver en ese sentido a Cándido Paz-Ares, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, in Anuario de Derecho Civil nº4 1587-1640 (V.

36 ed. 1983); Cándido Paz-Ares, *La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación*, in Uría Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil I* 569-609 (Aranzadi ed., 2ª ed. 1999).

39 Noval Pato, Jorge. *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*. (Civitas ed. 2012)

y cuando no se aleje de los fines para los que fue creada y sin intención de acciones ilícitas.

En conclusión, la posición tomada respecto al concepto de persona jurídica es el de rechazar el dogma formalista que considera a la misma como un sujeto jurídicamente autónomo y distinto de sus socios. La defensa a ultranza de ese concepto de persona jurídica como muralla infranqueable es lo que no permite entender de manera correcta la naturaleza jurídica de los pactos de socios. Mientras se haga más grande la idea de la subjetivización de la persona jurídica, más se agrandará el abismo creado entre la sociedad y sus socios⁴⁰.

V.2. Pactos firmados por unos cuantos socios y pactos omnilaterales: su oponibilidad

Sin duda alguna ésta representa la parte más ardua del trabajo. Se debe analizar si es posible el cumplimiento judicial de los pactos con relación a la sociedad. Para ello es importante empezar diferenciando las dos clases de pactos que se pueden presentar. Por un lado, están los pactos de socios que no han sido firmados por todos, es decir, en los que las partes del pacto y del contrato de sociedad no coinciden. Estos pactos en el derecho local no son oponibles frente a la sociedad y el criterio se forma a partir del principio de relatividad⁴¹ de los contratos. Al no coincidir las partes firmantes de ambos contratos, se considera a la sociedad como un tercero respecto a los que suscribieron dicho pacto. Este tema es claro y en el presente criterio no se admite ni se necesita mayor

40 Ver a Jorge Noval Pato, "Los pactos..." op. cit.

41 Ver artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano.

análisis. Los pactos que no han sido firmados por todos los socios no son oponibles frente a la sociedad a menos que, posteriormente, el legislador cambie la normativa interna.

Por lo que se refiere a los otros tipos de pactos, los llamados pactos omnilaterales⁴², son en los que los firmantes de este y las partes del contrato de sociedad coinciden. Sobre este apartado, ciertos autores señalan que no se puede argumentar que existe una separación entre pacto y sociedad, y otorgar licencia al incumplimiento de dicho tipo de pactos. Estas posiciones no son pacíficas y mucho se ha discutido sobre el tema tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Debemos señalar que existen dos vías para analizar el tema de la oponibilidad de los pactos de socios frente a la sociedad: (i) por un lado, la tesis que señala que cumpliéndose ciertos requisitos se “rompe” el principio de inoponibilidad; y, por el otro, (ii) la jurisprudencia europea defiende que cumplidos ciertos requisitos los pactos de socios junto con los estatutos conforman parte del ordenamiento de la persona jurídica. Ambas posturas tienen argumentos válidos y este trabajo se limitará a exponer de manera breve los argumentos de cada una, sin tomar una posición específica en el tema.

V.3. Tesis del principio de inoponibilidad frente a la sociedad

Como señalábamos en el principio del presente trabajo, los pactos de socios se encuentran en el recinto

42 Por omnilaterales, entendemos los acuerdos entre socios referidos a la sociedad pero que son suscritos por todos los socios.

obligacional y no se integran en la esfera societaria de la persona jurídica. Esta distinción nos trae una serie de consecuencias, como por ejemplo no poder extender sus efectos a la sociedad. De la misma manera, no se puede extender sus efectos a terceros ajenos al pacto, tampoco pueden hacer uso de los mecanismos que brinda la legislación societaria para buscar el cumplimiento de los pactos de socios.

Debido que los pactos de socios se encuentran situados en el recinto obligacional y son pactos extraestatutarios, no se podría hacer uso de los mecanismos de *enforcement* que brinda el derecho de sociedades. Un ejemplo de estos beneficios sería la impugnación del acuerdo social que viola lo establecido en el pacto de socios. Pero, nos preguntamos, ¿qué sucede cuando las partes firmantes del pacto y las firmantes del contrato de sociedad coinciden en su totalidad? Es ahí cuando se propone idealmente el uso de las reglas de la interpretación jurídica, para así encontrar el sentido y razón del principio de la inoponibilidad de los pactos frente a la sociedad.

V.3.1. *Ratio legis* del principio de inoponibilidad.

La *ratio legis* de la inoponibilidad obedece al principio de relatividad de los contratos, el artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano, establece que el contrato es una ley para los contratantes, por tanto, sólo puede obligar a quienes lo suscribieron. Pero como bien señala la doctrina española, “esta relatividad ha de entenderse tanto en sentido subjetivo como en sentido objetivo⁴³”. La regla de la inoponibilidad engloba el principio “lo pactado por los socios no puede ser oponible frente a la sociedad” porque ésta es un tercero

43 PAZ-ARES, Cándido. “El *Enforcement*...” op. cit. p.36.

respecto a sus miembros. Por consiguiente, la *ratio legis* del principio es la ajenidad, y, por ende, la sociedad, al ser un tercero respecto de sus miembros, es ajena a lo firmado por ellos.

Nuevamente se realiza la misma pregunta en líneas superiores. ¿Qué sucede cuando las partes firmantes del pacto y las firmantes del contrato de sociedad coinciden en su totalidad? Pues sucede, que nos encontramos frente a una coincidencia subjetiva. El pacto de socios al ser firmado por todos los miembros no puede ser ajeno a la sociedad, ya que ésta no es un tercero ajeno a ellos mismos. Al momento que coinciden las partes, y deja de existir ajenidad, la regla pierde su razón de ser, y por lo tanto sería inaplicable. Sin embargo, los defensores de esta tesis señalan que no basta con obtener una coincidencia subjetiva, sino que además debe contarse con una coincidencia objetiva para romper en definitiva la regla de la inoponibilidad.

Habiendo dejado claro que la simple coincidencia subjetiva no será suficiente para romper a la regla de la inoponibilidad, se debe ahora enfocar las habilidades en buscar la forma de “romper” la regla. Como sugieren ciertos autores, si en el diseño del pacto se prevé de manera clara cómo será la ejecución específica de la obligación, los socios podrán exigir a los tribunales el cumplimiento forzoso de lo pactado, obteniendo el mismo resultado establecido por el mecanismo societario de impugnación⁴⁴. De este modo, estaríamos alcanzado una coincidencia objetiva en los resultados que brinda el derecho común y el derecho

44 Ver en ese sentido a María Isabel Sáez Lacave, *Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces*, InDret Revista para el análisis del Derecho 3, 2009, at 1-30

de sociedades, perdiendo su razón de ser la regla de la inoponibilidad.

Habiéndose alcanzado la coincidencia subjetiva de las partes y la coincidencia objetiva de los resultados que brinda el derecho común con el derecho de sociedades no se le puede negar la posibilidad a las partes firmantes del pacto acudir a la vía establecida en la normativa societaria para buscar el cumplimiento del pacto. De lo contrario, estarían siendo encaminados a que acudan a las normas procesales y sería inútil mantener vigente un acuerdo social que, quizás luego de varios años, vaya a ser declarado nulo por la vía del derecho común. Se estaría beneficiando a la parte que libre y voluntariamente suscribe el pacto y se obliga, para que luego, cuando ya no le beneficia, se escuda en una norma o principio (inoponibilidad del pacto frente a la sociedad) para simplemente dilatar el cumplimiento de su compromiso. El Derecho no debería ni debe permitir la conducta que se muestra evidentemente contraria a lo pactado, para que después de un proceso judicial, lo que se pretendía mantener ahora se tenga que devolver.

V.3.2. Jurisprudencia sobre pactos de socios omnilaterales como parte del ordenamiento jurídico de la sociedad. Se hará una breve síntesis⁴⁵ de las principales sentencias europeas que han reconocido a los pactos de socios como parte del ordenamiento de la persona jurídica, siempre que se cumplan determinados requisitos. La primera es la sentencia del Tribunal Supremo Alemán, misma que da origen a la tesis de que los pactos firmados

⁴⁵ Para un estudio más detallado y extenso de las sentencias consultar la obra de JORGE NOVAL PATO, "LOS PACTOS..." OP. CIT.

por todos los socios, en determinadas circunstancias, forman parte del ordenamiento jurídico de la sociedad.

- La tesis principal de la que nacen las demás decisiones judiciales se lo atribuye al fallo del Tribunal Supremo Alemán (BGH) en 1983, que en sentencia consideró justificada la impugnación de un acuerdo social que contravenía un pacto asumido por la totalidad de los socios y ajeno a los estatutos, por entender que los pactos conforman el ordenamiento de la persona jurídica, siempre que los obligados por tales pactos continúen siendo los únicos miembros de la sociedad.

La decisión del Tribunal Supremo Alemán se fundamenta básicamente en razones de economía procesal. Señaló que carecía de sentido que para eliminar un acuerdo social que infringe un acuerdo omnilateral no se admita su impugnación por vía societaria cuando ese mismo resultado podía ser obtenido gracias a los cauces procesales previstos en el marco del derecho de obligaciones y contratos (Si bien tras haber padecido de las cargas de un procedimiento más laborioso).

- Es interesante el siguiente caso extraído de una sentencia alemana. Resulta el caso en que dos socios de una GmbH habían acordado aumentar el capital social, de tal forma que éste se duplique de 100,000 a 200,000 y era fundamental en el acuerdo que dicho aumento de capital no iba a suponer una alteración de la idéntica participación que ambos socios mantenían en la sociedad. Finalmente, el aumento de capital fue asumido en su totalidad por uno de los socios

debido a la falta de liquidez del otro, quedándose este con $\frac{3}{4}$ del Capital Social. Este socio que suscribió la totalidad de las acciones se obligó mediante escritura pública a que cuando la situación financiera de su socio mejore, se reequilibraría el reparto del poder, aumentando nuevamente en 100,000 el capital para que su otro socio lo iguale. Desafortunadamente, cuando llegó el momento, éste se rehusó a aumentar el capital⁴⁶. El OLG de Hamm, en sentencia de 12 de abril de 2000 con relación al caso expuesto decidió lo siguiente: consideró que la conducta del suscriptor del primer aumento de capital era contraria a lo pactado y con base en la doctrina del BGH concedió la impugnación del acuerdo social. Nuevamente se hizo uso del argumento de razones de economía procesal.

- En el 2010 se dio un caso singular en el Derecho alemán, el Tribunal Supremo Alemán reconoció la eficacia del pacto de socios frente a lo expresamente estipulado en los estatutos sociales. Se trataba de que en caso de que un socio saliera de la sociedad se le reembolsaría sus acciones tomando en cuenta el valor nominal y no lo estipulado en los estatutos. Finalmente, se dio el caso y el socio saliente quiso hacer prevalecer lo estatutario, a lo que el Tribunal falló a favor de la eficacia del pacto de socios, argumentando que la cláusula estatutaria no era una cláusula de organización de la sociedad, sino que más bien contenía una obligación para con el socio⁴⁷.

46 Sentencia de un OLG HAMM alemán, citada en: Jorge Noval Pato, "op. cit. p."

47 Sentencia BGH, 2010 Alemania, traducido su resumen en "Jorge Noval Pato, op. cit."

En este caso podemos apreciar como la clasificación de las cláusulas estatutarias pueden servir para argumentar a favor de la eficacia de los pactos de socios omnilaterales frente a lo establecido en los estatutos sociales. Indirectamente se reconoce que los socios están en libertad de pactar ciertos asuntos que no son de orden público y que afectan únicamente a sus intereses. No debemos ser taxativos en este punto, nosotros consideramos que los socios pueden pactar un sin número de aspectos, como por ejemplo el más controvertido, la forma de organizar la sociedad.

- La Jurisprudencia Austriaca, siguiendo la línea alemana, se aleja en su argumento de economía procesal y usa el argumento de que al incumplir lo pactado se viola el deber de fidelidad de los socios. Señala también que cuando se trate de sociedades personalistas y coincida la totalidad de las partes firmantes del pacto con las firmantes del contrato de sociedad, dichos acuerdos no pueden ser considerados ajenos a la misma, sino que constituyen elementos integrantes de su ordenamiento jurídico.

Parte de la doctrina española⁴⁸ al igual que la sentencia Austriaca, considera que el argumento de la violación del deber de fidelidad es el más correcto a seguir a la hora de defender los pactos de socios.

- La doctrina italiana no ha sido ajena a este debate que se ha suscitado sobre si los pactos de socios omnilaterales pueden formar parte del ordenamiento jurídico de la sociedad; así lo confirma un laudo

⁴⁸ Ver en este sentido a Cándido Paz-Ares, "El Enforcement...", op. cit. p. 41

arbitral del 7 de junio de 2000. El Colegio Arbitral reconoció que el pacto poseía eficacia para integrar la cláusula estatutaria, aquí una traducción de un extracto del laudo:

“La inoponibilidad a la sociedad de un pacto parasocial suscrito (...) por todos los socios de una sociedad de responsabilidad limitada (en la cual, notoriamente se ve el carácter personalista como parte del tipo) sólo podría justificarse si nos adherimos a la teoría realista de la persona jurídica⁴⁹”. Es indispensable recordar que la teoría de la realidad es la propuesta por GIERKE en la que se considera a la persona jurídica como un sujeto autónomo y completamente separado e independiente de sus socios.

El estudio de estas sentencias es de gran importancia ya que, desde teorías actuales del derecho de sociedades, van construyendo el camino necesario para el reconocimiento de los pactos de socios omnilaterales como integrantes de la esfera jurídica de la sociedad. Paralelamente, éstos ayudan a abandonar el prejuicio realista, las concepciones anteriores del derecho de sociedades y los dogmas formalistas de los que tanto se ha hablado y que todavía se encuentran arraigados en la mentalidad de cierto sector de la doctrina.

⁴⁹ Lamentablemente, los laudos no se publican y aunque se hizo el esfuerzo por conseguirlo no fue posible. La traducción realizada fue tomada de un extracto del laudo en italiano, citado en el libro Jorge Noval Pato, “op. cit”.

NOTA ACLARATORIA

Al momento de escribir y presentar este trabajo a la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, no se había reformado la Ley de Compañías y, por consiguiente, no se había introducido la figura de los pactos de socios en nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

Alan Schwartz, *Incomplete Contracts*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 277–282 (Peter Newman ed., 1998);

Bernard S Black, *Is Corporate Law Trivial? A political And Economic Analysis*, Vol. 84 NORTHWEST. UNIV. LAW REV. 542–597. (1990);

Cándido Paz-Ares, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, in ANUARIO DE DERECHO CIVIL Nº4 1587–1640 (V. 36 ed. 1983);

Cándido Paz-Ares, *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)*, in TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA 159–205 (Paz- Ares (coord) ed., 1997);

Cándido Paz-Ares, *El Enforcement de los pactos parasociales*, ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA & MENÉNDEZ, 2003, at 19–43;

Cándido Paz-Ares, *La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación*, in URÍA MENÉNDEZ, CURSO DE DERECHO MERCANTIL I 569–609 (Aranzadi ed., 2ª ed. 1999);

Cándido Paz-Ares, *La cuestión de la validez de los pactos parasociales*, ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ. , HOMENAJE AL PROFESOR D. JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, 2011, at 252–256;

César Drouet Candel, *El voto y sus posibilidades de ejercicio en la Compañía Anónima*, REVISTA DE DERECHO SOCIETARIO, Nº7, 2007, at 187–208;

Francisco Reyes Villamizar, DERECHO SOCIETARIO, (Temis, 2016)

Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Close Corporations and Agency Costs*, 38 STANFORD LAW REV. 205 (1985);

FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHEL, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW* (Harvard Un ed. 1991);

Henry Hansmann & R. Kraakman, *What is corporate law?*, 5349 ANAT. CORP. LAW A COMP. FUNCT. APPROACH 1-19 (2004);

John Armour, Henry Hansmann & Reinier H Kraakman, *What Is Corporate Law?*, in *THE ANATOMY OF CORPORATE LAW : A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH* (2009);

Jorge Egas Peña, *El Status del Accionista (Derechos y Obligaciones de los Accionistas)*, in *LA COMPAÑÍA ANÓNIMA, ANÁLISIS SISTEMÁTICOS DE SU NORMATIVA* 125 (Ediciones ed. 2006);

JORGE NOVAL PATO, *LOS PACTOS OMNILATERALES: SU Oponibilidad a la Sociedad*. (Civitas ed. 2012);

JOSÉ MARÍA BLANCH NOUGUÉS, *RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES EN DERECHO ROMANO* (Dykinson ed. 2007);

María Isabel Sáez Lacave, *Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces*, INDRET REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO 3, 2009, at 1-30;

ROBERTO SALGADO VALDEZ, *TRATADO DE DERECHO EMPRESARIAL Y SOCIETARIO* (2015).

Dr. Bolívar Vergara Solís

(INVITADO ESPECIAL)

EL DERECHO
A NEGOCIAR LIBREMENTE LAS ACCCIONES Y LOS
PACTOS ENTRE ACCIONISTAS

Contenido:

- I. Criterios contradictorios de las doctrinas 65 y 141*
- II. Carácter de renunciable de un derecho*
- III. ¿Es válido que el accionista pueda voluntariamente renunciar al derecho a negociar libremente sus acciones?*
- IV. Pactos parasociales o acuerdos extraestatutarios*
- V. El pacto, acuerdo o convenio privado del accionista mediante el cual se estipula la obligación de no enajenar sus acciones, sin el previo consentimiento de un tercero, accionista o no de la misma compañía, ¿entraña el establecimiento de un requisito o formalidad extralegal para la transferencia de acciones?*

EL DERECHO A NEGOCIAR LIBREMENTE LAS ACCIONES Y LOS PACTOS ENTRE ACCIONISTAS

Dr. Bolívar Vergara Solís

Con ocasión a la invitación que me ha hecho la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario para contribuir con un artículo para su prestigiosa revista jurídica, a continuación me refiero a un análisis que realicé en ejercicio de mis funciones en la Dirección Nacional de Consultas y Desarrollo Normativo de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros sobre el derecho del accionista a negociar libremente sus acciones, establecido en el art. 191 de la Ley de Compañías, y la validez de su limitación mediante pactos separados entre accionistas. Cabe indicar que este criterio fue acogido por la Superintendencia para sustentar la decisión de suprimir la Doctrina Societaria 141, mediante resolución No. SCVS-INC-DNCDN-16-08 de 20 de septiembre de 2016, publicada en el RO No. 867 de 21 de octubre del mismo año.

Este análisis tiene dos objetivos: en primer lugar, determinar si existe contradicción entre los criterios jurídicos plasmados en las Doctrinas Jurídicas 65 y 141; y en segundo lugar, determinar si es válida la renuncia al derecho a negociar libremente las acciones, mediante pactos separados entre accionistas.

I. CRITERIOS CONTRADICTORIOS DE LAS DOCTRINAS 65 Y 141

La Doctrina 141 de la Superintendencia de Compañías establecía el criterio de que el convenio privado en virtud del cual el accionista de una compañía anónima se obliga a no enajenar sus acciones, sin el previo consentimiento de un tercero, accionista o no de esa misma compañía, no está amparado por la Ley, y por lo tanto, carece de valor jurídico por objeto ilícito.

Dicho criterio se sustentaba en las siguientes premisas:

- Viola el derecho fundamental del accionista a negociar libremente sus acciones, establecido en el art. 207, numeral 8, de la Ley de Compañías.
- Tal derecho fundamental se halla amparado en la regla establecida en el art. 191 ibídem, que dice que el derecho a negociar libremente las acciones no admite limitaciones. Por lo cual, un convenio de las características antes señaladas vulnera la precitada regla.
- Si se concediera validez al convenio en cuestión se estaría permitiendo la creación de un requisito previo para la formalización de la transferencia de acciones (el consentimiento de otro para que un accionista pueda enajenar sus acciones), lo cual es violatorio del inciso final del art. 189 ibídem.
- Se distorsionaría la naturaleza jurídica de la compañía anónima, convirtiéndola en la práctica en una compañía de responsabilidad limitada.

Por otro lado, la Doctrina 65 de la Superintendencia de Compañías determinaba el criterio de que en el contrato social no es admisible la estipulación que limite el derecho a la libre negociación de las acciones, ni aún a título de renuncia.

- Dicha argumentación se basaba en las siguientes premisas:
- El precepto establecido en el art. 191 de la Ley de Compañías es de orden público.
- Vulnera el derecho fundamental del accionista establecido en el art. 207, numeral 8, ibídem; derecho inherente a su calidad de accionista, del cual no se le puede privar.
- Los derechos esenciales a los accionistas no conciernen solo a los fundadores sino aún a aquellos que en el futuro entren en la esfera de las relaciones jurídicas derivadas del contrato social.

Sin embargo, en la Doctrina 65 se realizan las siguientes precisiones:

Si bien no se podría privar del derecho a negociar libremente sus acciones, a quienes en el presente o en el futuro revisten la calidad de accionista:

“Pero, una vez creados esos derechos por la propia Ley e incorporados expresa o tácitamente en el respectivo contrato social sin limitaciones de ninguna clase, ellos miran al interés de los particulares y su renuncia individual no se halla prohibida por la Ley...”

Por otro lado, también se señala que si bien el derecho a libre negociación de acciones no puede ser objeto de renuncia preestablecida en el contrato social, ni puede permitirse que en el mismo resulte de cualquier manera limitado su ejercicio: *"...pero, cualquier accionista está en libertad de renunciar al mismo mediante un pacto separado..."*.

En consecuencia, resulta evidente la contradicción entre el criterio emanado de la Doctrina 141 y las líneas argumentales de la Doctrina 65. Por un lado, se sostiene la nulidad de los convenios privados entre accionistas que tengan por objeto limitar su derecho a enajenar libremente sus acciones; por otro, se manifiesta que cualquier accionista está en libertad de renunciar a tal derecho mediante pacto separado.

Dicha contradicción nos lleva a la segunda parte de este estudio que comienza con un análisis sobre el carácter renunciante del derecho del accionista a negociar libremente sus acciones.

II. CARÁCTER DE RENUNCIABLE DE UN DERECHO

El art. 11 del Código Civil consagra el principio mediante el cual una persona puede renunciar a un derecho: *Art. 11.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.*

Renunciar a un derecho es la declaración voluntaria de un individuo por la cual manifiesta su intención de desprenderse de un derecho subjetivo.

La facultad de renunciar a un derecho subjetivo tiene su cimiento en la libertad. Dicho principio y derecho fundamental se concreta en la Carta Magna, en el art. 66, numeral 16, con el reconocimiento del derecho a la libertad de contratación. Libre contratación o libertad de contratación es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad; principio esencial del derecho contractual. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, que se traduce en la facultad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

Adicionalmente, la Constitución en el mismo artículo antes citado, numeral 29, literal d, recoge una máxima del Estado liberal: *"Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley"*.

No obstante, el ejercicio de esta facultad o prerrogativa no es absoluto: está sujeto a limitaciones impuestas por el derecho positivo.

La renuncia de un derecho está sometida por la misma normatividad sustancial a ciertos requisitos de fondo, como lo son que solo debe mirar al interés individual del renunciante, y que su renuncia no esté prohibida. Estos requisitos determinan tres caracteres de la facultad de renunciar a un derecho: *legalidad, unilateralidad y afectabilidad*.

La legalidad de la renuncia de un derecho comporta dos situaciones. La primera hace referencia a

que los derechos a renunciar no sean de aquellos que el ordenamiento jurídico reputa de personalísimos, o inherentes a la persona humana. La segunda situación implica que el derecho a renunciar, aún sin alcanzar las condiciones antes referidas, no sea de aquellos que el ordenamiento jurídico expresamente prohíba su renuncia. Un ejemplo de la primera situación se encuentra reseñado en el art. 11 de la Constitución, que establece los principios que rigen el ejercicio de los derechos fundamentales, cuyo numeral 6 indica expresamente el carácter de irrenunciable de tales derechos. Un ejemplo de la segunda situación, lo contempla el art. 123 del Código Civil que establece que son irrenunciables la acción de nulidad del matrimonio y la de divorcio. En conclusión, los derechos renunciabiles son aquellos que pertenecen a la libre disposición de su titular.

La unilateralidad se refiere a que la renuncia solo puede provenir del titular del derecho, requiriéndose de un acto o declaración de voluntad expreso, que como tal debe reunir los requisitos sustanciales de capacidad legal, consentimiento libre de vicios y objeto lícito, esto es, no prohibido por el ordenamiento jurídico.

La afectabilidad implica que los efectos de la renuncia, lo cual entraña la extinción del derecho y la imposibilidad de ejercer reclamación posterior, solo pueden alcanzar a quien la hace. La renuncia no puede vulnerar derechos de terceros. Por ello, el art. 11 del Código Civil enfatiza que la renuncia de un derecho solamente mira al interés *individual* del renunciante.

III. ¿ES VÁLIDO QUE EL ACCIONISTA PUEDA VOLUNTARIAMENTE RENUNCIAR AL DERECHO A NEGOCIAR LIBREMENTE SUS ACCIONES?

La Ley de Compañías en el art. 143 señala como una característica distintiva de la compañía anónima que su capital está dividido en acciones *negociables*. Esta característica se traduce en el principio consagrado en el art. 191 ibídem que sostiene que *el derecho a negociar libremente las acciones no admite limitaciones*. En concordancia, el art. 207, numeral 8, del mismo cuerpo legal, establece que el derecho a negociar libremente las acciones es un derecho fundamental del accionista, del cual no se le puede privar. Como consecuencia de aquello, el art. 221 de la citada ley, en su último inciso manifiesta que serán nulos, salvo los casos que la ley determine, los acuerdos (de la Junta General) o cláusulas (estatutarias) que supriman los derechos conferidos por la ley a cada accionista.

Sin embargo, tal derecho no tiene el carácter de personalísimo o inherente a la persona por su calidad de ser humano. Y su renuncia individual no está prohibida por la Ley de Compañías. Lo que dicho cuerpo legal sí prohíbe es su privación o limitación; y en atención a lo establecido en el último inciso del art. 221 de la precitada ley, tal privación o limitación podría darse mediante cláusula del contrato social o mediante acuerdo de la Junta General de Accionistas. La Doctrina 65 agrega que ni siquiera a título de renuncia, cabe limitar tal derecho en estipulación del contrato social.

La explicación práctica que formula dicha Doctrina es la siguiente: los derechos esenciales del accionista no

solo conciernen a quienes en el presente forman parte de la sociedad, sino a quienes en el futuro podrían tener la calidad de accionista.

Consecuentemente, se puede inferir que la Ley de Compañías no contempla prohibición alguna para que un accionista, de manera voluntaria e individual, pueda renunciar al derecho a negociar libremente sus acciones. La Doctrina 65 manifiesta que cualquier accionista está en libertad de renunciar a tal derecho mediante *pacto separado*. Conviene en el siguiente punto examinar a qué se refiere este concepto.

Además cabe precisar que dicha renuncia no comporta una modificación del carácter de negociable de las acciones, lo cual corresponde a un elemento esencial y distintivo de la compañía anónima.

IV. PACTOS PARASOCIALES O ACUERDOS EXTRAESTATUTARIOS

El catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Cándido PAZ-ARES, manifiesta que la expresión «pactos parasociales» ha sido acuñada en la doctrina para designar los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, *en sus relaciones internas*, las reglas estatutarias que las rigen. El profesor español enfatiza «en sus relaciones internas» porque lo característico de los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a

que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben.¹

Para la comentarista de la Universidad Externado de Colombia, Lina HENAO BELTRÁN, los acuerdos extraestatutarios no cuentan con una regulación uniforme e integral en los ordenamientos jurídicos, pese a su indiscutible uso en la práctica societaria. Su escasa normatividad se ha desarrollado en el seno del régimen de las sociedades anónimas cotizadas. Los define como operaciones negociales, acuerdos o convenios celebrados entre socios (todos o parte de ellos), entre éstos y terceros, o entre éstos y la sociedad, y que no hace parte de las reglas de funcionamiento de la compañía comprendidas en los estatutos.²

Siguiendo a PAZ-ARES, entre los tratadistas españoles está bastante extendida una clasificación tripartita que agrupa a los pactos parasociales en las siguientes categorías: (i) pactos de relación, (ii) pactos de atribución y (iii) pactos de organización.³

Los *pactos de relación* se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad. En ellos prima la voluntad

1 PAZ-ARES, Cándido, *El enforcement de los pactos parasociales*, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, No. 5, 2003, p. 19. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf> Fecha de consulta: 16/09/2016.

2 HENAO BELTRÁN, Lina, *Los pactos parasociales*, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, julio-diciembre, 2013, pp. 182 y 183. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3600/3778> Fecha de consulta: 16/09/2016.

3 PAZ-ARES, C., op. cit., p. 19.

de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin mediación de la sociedad. Me referiré especialmente a esta categoría más adelante.⁴

Los *pactos de atribución* son aquellos que se conciertan con el fin de procurar atribuir ventajas a la propia sociedad. Un ejemplo de este tipo de acuerdos son los que recogen obligaciones de financiación adicional de la sociedad por parte de los socios (préstamos, aportaciones suplementarias, reintegración del patrimonio social en caso de pérdidas, etc.), abstenerse de competir con la sociedad, otorgarle la exclusiva de venta o intermediación en los productos de los socios, ofrecerle la adquisición de las acciones cuando el socio se proponga transmitir las, etc. El signo distintivo de esta categoría es la incidencia del pacto sobre la esfera social ventajosa.⁵

Los *pactos de organización* son los que expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad. El espectro de esta clase de pactos es muy amplio: pactos interpretativos de las normas estatutarias; pactos sobre la composición del órgano de administración; pactos sobre las políticas a desarrollar por la compañía (por ej., plan de negocios, esquema de financiación o política de dividendos); pactos restrictivos de las competencias de los administradores; pactos sobre el régimen de las modificaciones estatutarias; pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*; pactos sobre la información que debe proporcionarse a los socios; pactos sobre la contratación

4 PAZ-ARES, C., op. cit., p. 19.

5 PAZ-ARES, C., op. cit., p. 20.

por parte de las sociedades de socios y familiares; pactos sobre la disolución de la sociedad (por ejemplo, atribuyendo a un socio el derecho a instar la liquidación en caso de que se verifiquen determinadas circunstancias); pactos sobre quórum y mayorías; pactos para el ejercicio de los derechos de minoría, etc. La mayor parte de estos pactos se instrumentan mediante convenios y sindicatos de voto, que a decir del catedrático español consultado, ofrecen una amplia variedad, pero también, mayor incidencia de conflictos jurídicos.⁶

Retomando el análisis de los pactos de relación, se tiene como ejemplo los acuerdos dirigidos a establecer a favor de todos o algunos de los socios derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales, derechos de venta conjunta, obligaciones de *lock up*, obligaciones de no incrementar la participación en el capital por encima de un determinado porcentaje («pactos de no agresión»), obligaciones de ceder o de adquirir las participaciones bajo determinadas condiciones, cláusulas de cobertura de las pérdidas de unos socios por otros, cláusulas de equalización o de redistribución de los dividendos sobre bases diversas a las previstas en los estatutos, cláusulas de valoración, etc.

Los acuerdos o pactos privados celebrados por los accionistas, que estipulan la obligación de no enajenar sus acciones, sin el previo consentimiento de un tercero, accionista o no de la misma compañía, corresponden a la categoría de pactos parasociales o extraestatutarios de relación.

6 PAZ-ARES, C., op. cit., p. 21.

V. EL PACTO, ACUERDO O CONVENIO PRIVADO DEL ACCIONISTA MEDIANTE EL CUAL SE ESTIPULA LA OBLIGACIÓN DE NO ENAJENAR SUS ACCIONES, SIN EL PREVIO CONSENTIMIENTO DE UN TERCERO, ACCIONISTA O NO DE LA MISMA COMPAÑÍA, ¿ENTRAÑA EL ESTABLECIMIENTO DE UN REQUISITO O FORMALIDAD EXTRALEGAL PARA LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES?

El art. 689 del Código Civil define a la tradición como *“un modo de adquirir el dominio de las cosas”, que “consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo”*. El art. 714 ibídem manifiesta: *“la tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro, se efectúa por la entrega del título, hecha por el cedente al cesionario.”*.

El art. 188 de la Ley de Compañías expresa que 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. Sin embargo, de conformidad con el art. 189 ibídem, dicha transferencia del dominio de las acciones no surtirá efecto contra la compañía ni contra terceros, sino desde la fecha de su inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas. Ergo, el art. 187 del precitado cuerpo legal es contundente cuando señala que se considera como dueño de las acciones a quien aparezca como tal en dicho libro social.

El art. 189 ibídem contiene reglas específicas para que se efectúe válidamente la inscripción de la transferencia del dominio de las acciones. Una lectura integral de dicha disposición legal, permite inferir que el último inciso se refiere a la prohibición de establecer en estatutos o en

convenciones separadas, condiciones o circunstancias (requisitos o formalidades), distintos a los establecidos en la ley, específicamente en las disposiciones legales antes anotadas, para que opere o surta efectos la transferencia del dominio o tradición de acciones.

Aquello, en nuestra opinión, no corresponde a las obligaciones que se puedan convenir en el pacto o acuerdo privado referido en el acápite anterior, pues en efecto, el accionista puede incumplir lo convenido o acordado y enajenar sus acciones sin el previo consentimiento del tercero. La transferencia de acciones deberá inscribirse única y exclusivamente acorde a las reglas del art. 189 de la Ley de Compañías, sin perjuicio de los mecanismos de *enforcement* o cumplimiento coercitivo de los convenios o pactos extraestatutarios, cuya temática espero exponer en otra oportunidad.

CONCLUSIONES

En virtud de las consideraciones anotadas, queda demostrada la contradicción que existía entre los criterios establecidos en las Doctrinas Societarias 141 y 65. Asimismo, se concluye que acorde a la normativa citada en este estudio, es viable que un accionista pueda limitar voluntariamente su derecho a negociar libremente sus acciones, mediante pactos separados con otro u otros accionistas, sin que aquello comporte el establecimiento de un requisito adicional para la transferencia de acciones.

Por estos motivos, en mi modesto criterio, la supresión de la Doctrina No. 141 que realizó la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros mediante resolución No. SCVS-INC-DNCDN-16-08 de 20 de septiembre de 2016 fue razonable.

No. SCVS-INC-DNCDN-16-08

Ab. Suad Manssur Villagrán
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS,
VALORES Y SEGUROS

Considerando:

Que el artículo 213 de la Constitución establece que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades, económicas, sociales y ambientales;

Que mediante resolución No. 97.1.7.3.0011 de 19 de agosto de 1997, publicada en el Registro Oficial No. 141 de 29 de agosto de 1997, el Superintendente de Compañías a la fecha, declaró con vigor las doctrinas jurídicas emitidas por la institución, que son criterios de interpretación doctrinal respecto a determinados pasajes oscuros o incompletos de la Ley de Compañías, siempre que éstas no hubieren sido expresamente suprimidas;

Que mediante Doctrina No. 8, se estableció el criterio institucional de que las compañías anónimas "civiles" deben afiliarse en la correspondiente cámara de la producción para obtener la inscripción de su contrato en el Registro Mercantil;

Que en la Doctrina No. 14 se determinó que no es indispensable que los depósitos para los pagos en numerario que deben hacerse en una institución bancaria en las constituciones de compañía, se efectúen personalmente por los socios o accionistas;

Que la Doctrina No. 59 contiene el criterio institucional de que el "objeto social" debe constar claramente determinado en el contrato social de las compañías anónimas y de responsabilidad limitada;

Que la Doctrina No. 141 establece que el convenio privado en virtud del cual el accionista de una compañía anónima se obliga a no enajenar sus acciones, sin el previo consentimiento de un tercero, accionista o no de esa misma compañía, no está amparado por la Ley;

Que la Doctrina No. 142 expresa el criterio institucional de que la inclusión de la palabra "promoción" en el objeto social de una compañía no implica por sí sola, "operación financiera";

Que mediante memorando No. SCVS-INC-DNCDN-2016-41-M de 19 de septiembre de 2016, la Dirección Nacional de Consultas y Desarrollo Normativo informó que existe una evidente contradicción entre los criterios establecidos en las Doctrinas Nos. 141 y 65, por lo que a fin de solventar las dudas que se han generado y evitar las que podrían suscitarse en la práctica, y considerando el marco constitucional vigente, se recomienda suprimir la Doctrina No. 141;

Que mediante memorando No. SCVS-INC-DNCDN-2016-42-M de 19 de septiembre de 2016, la Dirección Nacional de Consultas y Desarrollo Normativo informó que es

procedente la supresión de las Doctrinas institucionales Nos. 8, 14, 59 y 142, por encontrarse en evidente desuso;

Que a la luz del marco constitucional que rige al Ecuador desde el 20 de octubre de 2008, así como de las últimas reformas a la Ley de Compañías, resulta necesaria la supresión de los criterios institucionales implementados en las Doctrinas antes referidas a fin de evitar la generación de dudas en la práctica societaria;

Que el artículo 433 de la Ley de Compañías faculta al Superintendente de Compañías para expedir las regulaciones, reglamentos y resoluciones que considere necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías sujetas a su supervisión;

En ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley,

Resuelve:

Art. 1.- Suprimanse las Doctrinas Nos. 8, 14, 59, 141 y 142, descritas en los considerandos de la presente resolución.

DISPOSICIÓN FINAL.- Esta resolución entrará en vigencia a partir de su expedición, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.- Dado y firmado en Guayaquil, oficina matriz de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, el veinte de septiembre de dos mil dieciséis.

f.) Ab. Suad Manssur Villagrán, Superintendente de Compañías, Valores y Seguros.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS.- Certifico que es fiel copia del original.- Quito, a 23 de septiembre de 2016.- f.) Ab. Felipe Oleas Sandoval, Secretario General de la Intendencia Regional de Quito.

No. SEPS-IGT-IGJ-IFMR-DNLQSF-2016-164

Hugo Jácome Estrella
SUPERINTENDENTE DE ECONOMÍA
POPULAR Y SOLIDARIA

Considerando:

Que, el artículo 309 de la Constitución de la República del Ecuador señala que las entidades de control del sistema financiero nacional, se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez; y, el literal b) del artículo 147 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, al determinar las atribuciones de

¿PUEDE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS
ORDENAR LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL
REGISTRO MERCANTIL DEL NOMBRAMIENTO
DEL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA COMPAÑÍA
ANÓNIMA?

Contenido:

I. Hechos

*II. Las últimas reformas legales sobre las facultades
de vigilancia y control de su Superintendencia de
Compañías*

*III. Antecedentes jurídicos relacionados con los
“nombramientos” de los administradores de las
compañías de comercio*

*IV. Sobre la ilegalidad cometida por la Superintendencia de
Compañías, Valores y Seguros del Ecuador al ordenar
—por sí y ante sí— la cancelación de la inscripción en el
registro mercantil del nombramiento de un representante
legal de la compañía anónima “T S.A.”*

V. Conclusión final

*VI. Transcripción (parcial) de la resolución de la Superinten-
dencia de Compañías, Valores y Seguros número
SCV-INC-DNASD-15-0002370, del 15 de julio de 2015
por la que se ordenó tal cancelación; y, transcripción
(parcial) de la razón del registrador mercantil sobre el
cumplimiento de lo ordenado*

**¿PUEDE LA SUPERINTENDENCIA DE
COMPAÑÍAS ORDENAR LA CANCELACIÓN DE LA
INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL
NOMBRAMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL
DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA?**

Dr. Emilio Romero Parducci

SOBRE LA ILEGAL CANCELACIÓN ORDENADA
POR LA SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS,
VALORES Y SEGUROS —POR SÍ Y ANTE SÍ—
DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL
DEL “NOMBRAMIENTO” DE UN “REPRESENTANTE
LEGAL” DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA

I. HECHOS

1. Con fecha 5 de mayo de 2015 se publicó la convocatoria a la Junta General de Accionistas de la Compañía **“T S.A.”** en el diario Expreso de Guayaquil.
2. La fecha de la celebración de aquella Junta General, convocada así, fue fijada para el día 14 de mayo de 2015.
3. Efectivamente, la Junta General de Accionistas así convocada se celebró el día 14 de mayo de 2015, y una de las resoluciones que se tomaron en esa Junta fue la de **designar al señor NN como Gerente de la Compañía “T S.A.”**.

4. El nombramiento del señor **NN**, como Gerente de la mencionada Compañía, fue cursado el día 14 de mayo de 2015 por el señor **ZZ**, como Presidente de la Junta y fue aceptado ese mismo día por el designado.
5. **El nombramiento referido fue inscrito en el Registro Mercantil de Guayaquil** con fecha 14 de mayo de 2015.
6. Según uno de los Considerandos de la Resolución de la Superintendente de Compañías, Valores y Seguros (en adelante también simplemente como “la Superintendente de Compañías”) número SCV-INC-DNASD-15-0002370, del 15 de julio de 2015, **el señor XX, con oficio signado con el trámite número 18184-1 del 19 de mayo de 2015**, le había pedido a la Superintendente, a nombre de la Compañía “**YY S.A.**”, que era accionista de “**T S.A.**”, lo siguiente:

(...) **que, con base en lo dispuesto en el segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías, dicha Superintendente disponga que el Registrador Mercantil de Guayaquil cancele la inscripción del nombramiento de NN como Gerente de T S. A., por no haber sido la supuesta Junta convocada con arreglo al estatuto social de T S.A. (...). [Obviamente, como se explicará más adelante, ese artículo no era base, ni mucho menos, para aquella pretendida cancelación].**

Antes de proseguir, para la debida claridad, se insiste en que el pedido anteriormente transcrito fue formulado a la Superintendencia —y no a un Juez— por una accionista de la Compañía “**T S.A.**”.

7. Accediendo a semejante pedido infundado, la Superintendente de Compañías, en su referida Resolución del 15 de julio de 2015, graciosamente resolvió, sin más, por sí y ante sí:

“ORDENAR la cancelación de la inscripción del nombramiento del señor **NN** como Gerente de la compañía **‘T S.A.’** en el Registro Mercantil del cantón Guayaquil, realizada el 14 de mayo de 2015, **por haberse determinado que la convocatoria a junta general de accionistas publicada el 5 de mayo de 2015 se llevó a cabo en infracción a la Ley de Compañías y al estatuto social de la mencionada sociedad**”. (Habiéndose cuidado dicha funcionaria, eso sí, de no declarar abiertamente que por ese vicio en la convocatoria referida la mencionada Junta General adolecía de la consiguiente ‘nulidad’).

Para la misma debida claridad, también conviene advertir desde ya que el supuesto vicio jurídico de la “convocatoria” a aquella Junta General de Accionistas del 5 de mayo de 2015 había sido oficialmente determinado —y aceptado como tal— solamente por la propia Superintendente de Compañías, sin el debido conocimiento y sin la debida resolución previa de un juez competente.

De hecho, en el último “considerando” de aquella Resolución número SCV-INC-DNASD-15-0002370, del 15 de julio de 2015, después de aludir varias veces en los anteriores “considerandos” **al segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías**, la Superintendente de Compañías, antes de ordenar la supradicha cancelación de esa inscripción, dijo:

“QUE en atención al informe contenido en el Memorando No. SCV-INC-DNASD-2015-302-M de 11 de julio de 2015, **y de conformidad con las atribuciones que le confiere la Ley de Compañías** y, particularmente lo dispuesto en el artículo Art. 440 de la Ley de Compañías, **se procede con la aplicación de lo establecido en el segundo inciso del artículo 438 literal f) del mismo cuerpo legal** que establece que, en el ejercicio de su facultad de vigilancia y **control ulterior**, entre las atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en Ley de Compañías ‘(...) **podrá también disponer, mediante resolución debidamente motivada, que el Registrador Mercantil correspondiente cancele la inscripción de los actos societarios no sujetos a aprobación previa, que no cumplan con los requisitos legales pertinentes o que hayan sido inscritos en infracción de normas jurídicas.** Los Registradores Mercantiles no podrán negarse **o retardar** la cancelación de la inscripción que hubiese sido ordenada por el Superintendente de Compañías y Valores mediante resolución, sin perjuicio de los derechos y acciones que puedan ejercerse contra tal resolución. La resolución que dispone la cancelación de la inscripción se notificará a las personas y entidades que el Superintendente estime pertinente, y un extracto de la misma se publicará en el sitio web de la Superintendencia (...)”.

(Las negrillas no son del original).

8. Ante esa “orden” de la Superintendente de Compañías fechada el 15 de julio de 2015, el Registrador Mercantil de Guayaquil, asumiendo que la misma se había impartido legalmente con base en el citado **segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la**

Ley de Compañías, al día siguiente, es decir, sin “retardo” alguno, canceló la inscripción del nombramiento de Gerente de la Compañía “T S.A.”, cursado el 14 de mayo de 2015 a favor del señor NN.

II. LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES SOBRE LAS FACULTADES DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

Los “antecedentes” señalados en la Sección I no pueden analizarse en debida forma sin el pleno conocimiento de las reformas legales que había sufrido la Ley de Compañías un año antes, en mayo de 2014, con respecto a las facultades que originalmente había tenido la Superintendencia de Compañías para **“aprobar”** todas las **“constituciones”** de las Compañías Mercantiles sujetas a su control, así como sus llamados **“actos societarios”**, antes de sus correspondientes **“inscripciones”** en el Registro Mercantil.

Por consiguiente, es bueno recordar y tener muy en cuenta la siguiente relación:

.. Como se sabe, originalmente, la Superintendencia de Compañías siempre **aprobó** todas las **“constituciones”** de las compañías que estaban bajo su control, así como todos los llamados **“actos societarios”** de las mismas, para que puedan tener valor e inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente (atribución que en adelante se denominará también en este estudio “aprobación previa” o “previa aprobación”); advirtiéndose desde ahora que es a esa **“aprobación previa”** —y solo a esa “aprobación previa”— a la que

Art. 438 de la Ley de Compañías, en la oración en la que alude a la “resolución debidamente motivada” para **que el Registrador Mercantil correspondiente cancele la inscripción de los actos societarios no sujetos a aprobación previa.**

2. Contrario a lo antedicho, tratándose de **los bancos** (que nunca fueron controlados por el supradicho organismo de control, a pesar de ser “Sociedades Anónimas”), desde que se aprobó para ellos en 1985 el llamado “capital autorizado”, **la Superintendencia de Bancos**, a partir de un determinado momento, **aprobó** —para sus posteriores inscripciones en el Registro Mercantil— todas las reformas de los “contratos sociales” de los bancos, **menos los aumentos de sus capitales sociales que se efectuaren dentro de los límites de sus “capitales autorizados”**, ya que entonces esos aumentos se elevaban a escritura pública y directamente se inscribían luego en el Registro Mercantil, **sin el previo escrutinio y la consiguiente aprobación previa de dicha Superintendencia**; sin perjuicio de que, luego de la inscripción en el Registro Mercantil, el mencionado organismo de control **“verifique”** si el aumento respectivo se había efectuado de manera legal, a fin de que, en caso de que encontrare alguna ilegalidad importante en esa verificación, pueda dejar sin efecto total o parcialmente ese aumento de capital. Lo cual implicaba en definitiva que **aquella inscripción** del aumento de capital en el Registro Mercantil, sin la “previa aprobación” de la Superintendencia de Bancos, acabó siendo una **“inscripción condicionada”** a la bendición ulterior de dicha Institución.

Con relación a esto último, en su momento, el Art. 133 de la entonces Ley General de Instituciones del Sistema Financiero dijo:

“Art. 133.- Si la Superintendencia (de Bancos) **al verificar la legalidad del aumento de capital** (anticipo al actual *control ex post*) de una institución del sistema financiero y la procedencia de los fondos utilizados para el pago del mismo, **estableciese que existieron infracciones a la ley**, previo el requerimiento de las pruebas de descargo, **mediante resolución (es decir, sin necesidad de *disposición judicial*)** dejará insubsistente total o parcialmente dicho aumento y ordenará que la resolución que expida, se inscriba en el Registro Mercantil...”. (Las negrillas y el paréntesis no son del original).

[Como se verá de inmediato, esto fue una especie de “anticipo” a lo que, **años después** (primero en 1993 y después en el 2014), habría de concretarse en la posibilidad legal de que la Superintendencia de Compañías, gracias al **“control ulterior” o “control ex post”**, tuviera la facultad de ordenar —administrativamente— **la cancelación** de las inscripciones de **ciertos “actos societarios”** que ya habían dejado de ser **previamente “aprobados”** por ella de conformidad con la ley, en caso de que —en el “control ulterior”— encontrare razones para aquello, claro está].

3. Posteriormente, en una reforma vinculada con la Ley de Mercado de Valores, en el año 1993, se adoptó —recién— para las Compañías Anónimas Mercantiles

la figura del antedicho “capital autorizado” y, **a partir de entonces, por excepción, la Superintendencia de Compañías dejó de aprobar** (previamente a su inscripción en el Registro Mercantil, como lo había venido haciendo desde antes para todos los aumentos) **el aumento de capital social de las compañías anónimas, hecho dentro de los límites del llamado “capital autorizado”** (inciso segundo del actual Art. 160 de la Ley de Compañías). Es decir, que, en ese caso especialísimo, la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Compañías llegaron a tener la misma facultad para dejar sin efecto, administrativamente, los aumentos de capital ya inscritos, *que luego de la verificación posterior* los hubieren encontrado viciosos (la Superintendencia de Compañías, gracias al entonces vigente Art. 456 de la Ley de Compañías).

4. **Con esa excepción que se acaba de mencionar**, la Superintendencia de Compañías siguió **aprobandando** (antes de las “inscripciones” del caso) todas las **“constituciones”** de las Compañías sujetas a su control y todos **“los actos societarios”** aludidos en el Art. 33 de la Ley de Compañías (de las mismas Compañías sujetas a su control)... hasta el año 2014.
5. Con la **“Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil”**, publicada en mayo de 2014, se reformó la Ley de Compañías en varios aspectos y, principalmente, en cuanto a **las modalidades de la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías; estableciéndose, recién entonces, de manera**

expresa y oficial, el control “ulterior” o “ex post” mencionado ahora en el reformado Art. 432 de la Ley de Compañías, que fue *inaugurado* anticipadamente mediante la reforma al Art. 160 de la Ley de Compañías, en el año 1993, como ya se dijo, para los aumentos de capital social dentro del límite del correspondiente “capital autorizado”.

6. Lo que significó, en definitiva, que la Superintendencia de Compañías: i) **dejó de aprobar previamente** (antes de su correspondiente “inscripción” en el Registro Mercantil) —como había hecho antes— las **“constituciones simultáneas”** y **una serie de “actos societarios”** ejecutados por las compañías ya constituidas; y, ii) **conservó la atribución de aprobar previamente** (para que después se puedan “inscribir” en el Registro Mercantil) solo las **“constituciones sucesivas”** y **ciertos “actos societarios” determinados en la ley**, luego de su correspondiente escrituración.

Pero es bueno aclarar que entonces, si bien es cierto que la Superintendencia de Compañías terminó con aquellas “aprobaciones previas”, siguió conservando la **vigilancia posterior** sobre esas constituciones y esos actos societarios; por lo que pasó a tener, merced al llamado “control ulterior” o “ex post”, la facultad de ordenar las **“cancelaciones”** de las inscripciones de las constituciones y más actos societarios que se hubieren hecho en los Registros Mercantiles —sin su antigua “aprobación previa”— con algún vicio legal que hubiere sido detectado por la Superintendencia con posterioridad, gracias a ese control “ex post”.

7. **Las “constituciones” y los “actos societarios” que se quedaron con la necesidad de ser previamente aprobados, antes de su inscripción en el Registro Mercantil**, fueron los señalados ahora en el tercer inciso del reformado **Art. 432**, anteriormente mencionado, y en la **Disposición General Cuarta** que con la reforma mencionada se la agregó a la Ley de Compañías, es decir:

• **Por la Disposición General Cuarta:**

- i) Las constituciones sucesivas.
- ii) Las domiciliaciones de compañías extranjeras.
- iii) Los cambios de denominación.
- iv) Los cambios de domicilio.
- v) Las disminuciones de capital social.

(¿Y los aumentos de capital social hechos **más allá del límite máximo** del “capital autorizado”, que no están previstos en el segundo inciso del Art. 160 de la Ley de Compañías?).

- vi) Las fusiones.
- vii) Las escisiones.
- viii) Las transformaciones.
- ix) Las disoluciones y liquidaciones voluntarias anticipadas.
- x) Las reducciones del plazo de duración.
- xi) Las exclusiones de socios.
- xii) Las reactivaciones.
- xiii) Las convalidaciones de cualquiera de los actos societarios señalados en [los] numerales precedentes.

(¿Y las convalidaciones de las **constituciones** simultáneas?).

**Por el reformado Art. 432 de la Ley de Compañías,
de tan poco feliz redacción:**

- xiv) Todos los “actos societarios” de las Compañías emisoras de valores que —después de sus “constituciones”— se inscriban en el “Registro del Mercado de Valores”, ahora “Catastro Público del Mercado de Valores”.
- xv) Todos los “actos societarios” de las Compañías Holdings que —después de sus “constituciones”— voluntariamente hubieren conformado grupos empresariales.
- xvi) Todas las “constituciones” y todos los “actos societarios” (debe entenderse) de las Compañías de Economía Mixta y [de] las que “bajo la forma jurídica de sociedades constituya el Estado”.
- xvii) Todos los “actos societarios” (debe entenderse) de las sucursales de Compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas (porque la “aprobación previa” para **sus “domiciliaciones”** — equivalentes a las “constituciones” de las compañías nacionales— **ya está prevista en la Disposición General Cuarta** de la Ley de Compañías, según lo indicado en el número 2 de este listado).
- xviii) Los consorcios y similares que, para ejercer actividades en Ecuador, formen las Compañías o Empresas extranjeras entre sí o con Compañías ecuatorianas vigiladas por la Superintendencia de Compañías, así como los consorcios que estas últimas formen entre sí, para operarlos en Ecuador. (Nótese que no existe la suficiente claridad para lo dicho aquí, porque no se especifica si la “aprobación” es

para el “convenio” que da vida al “consorcio” o su “similar” (?) y/o para lo que serían los “actos societarios” (¿?) de esa figura jurídica todavía un poco oscura, que, dicho sea de paso, no está bien definida en el mundo jurídico ecuatoriano).

- xix) Todas las “constituciones” y todos los “actos societarios” (debe entenderse) de la bolsa de valores y demás sociedades reguladas por la Ley de Mercado de Valores.
8. Por consiguiente, los **“actos societarios”** que pasaron **a no necesitar** de esa ***aprobación previa*** tuvieron y tienen que ser determinados *por exclusión*.
9. Por otro lado, teniendo muy en cuenta lo antedicho, **para efectos de este estudio**, es importante advertir —desde ya— en que la Superintendencia de Compañías **nunca aprobó** ni la *expedición* ni la *aceptación* ni la *inscripción* de los **nombramientos** de los “representantes legales” de las compañías nacionales sujetas a su control.
10. **Confirmemos todo lo antedicho hasta aquí con el tenor literal de la ley:**
- El **Art. 432** de la Ley de Compañías, después de la reforma de mayo de 2014, contenida en la “Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil”, pasó a decir:
 - i) **En su primer inciso**, para establecer el llamado “control ulterior” o “control ex post”, lo siguiente:
“La vigilancia y control a que se refiere el

artículo 431 **será ex post** [con posterioridad] al proceso de constitución [que termina con la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil] y del registro en el Registro de Sociedades”.

- ii) **En su tercer inciso**, para la excepción a lo antedicho, es decir, **para establecer los únicos casos en que se requerirá de la “aprobación previa” para que se pueda proceder a la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil**, se prevé lo siguiente:

“La Superintendencia de Compañías y Valores, **adicionalmente aprobará, de forma previa, todos los actos societarios** y ejercerá la vigilancia y control **de las** compañías emisoras de valores que se inscriban en el registro del mercado de valores (ahora “Catastro Público del Mercado de Valores”); **las** compañías Holding que voluntariamente hubieren conformado grupos empresariales; **las** sociedades de economía mixta y **las** que bajo la forma jurídica de sociedades, constituya el Estado; **las** sucursales de compañías u otras empresas extranjeras, organizadas como personas jurídicas; **las** asociaciones y consorcios que formen entre sí las compañías o empresas extranjeras, las que formen con sociedades nacionales vigiladas por la entidad, y las que éstas últimas formen entre sí, y que ejerzan sus actividades en el Ecuador; **las** bolsas de valores; **y las** demás sociedades reguladas por la Ley de Mercado de Valores”. (Las negrillas y las itálicas no son del original).

- Y, **en complemento** de la última cita que antecede, la nueva **Disposición General Cuarta** de la Ley de Compañías (incorporada a ella por causa de la reforma ordenada en la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial del 20 de mayo de 2014) pasó a decir:

“CUARTA.- Los siguientes **actos societarios** requerirán **resolución aprobatoria de la Superintendencia** de Compañías y Valores, **de forma previa** a su inscripción en el Registro Mercantil:

1. Constitución sucesiva.
 2. Domiciliación de compañía extranjera.
 3. Cambio de denominación.
 4. Cambio de domicilio.
 5. Disminución de capital social.
 6. Fusión.
 7. Escisión.
 8. Transformación.
 9. Disolución y liquidación voluntaria anticipada.
 10. Reducción del plazo de duración.
 11. Exclusión de socio.
 12. Reactivación.
 13. Convalidación de cualquiera de los actos señalados en numerales precedentes”.
- (Las negrillas no son del original).

O sea, que, a partir de mayo de 2014, siguen necesitando de la referida **previa aprobación** de la Superintendencia de Compañías, por una parte, **todos los “actos societarios”** de las Compañías

específicamente nombrados en el **Art. 432** de la Ley de Compañías y, por otra parte, **solamente las constituciones sucesivas y los “actos societarios”** de las demás Compañías que se hallan expresamente señalados en los trece numerales de la nueva **Disposición General Cuarta** de la misma Ley, para luego poder ser **inscritos** (dichos “actos societarios”) en el Registro Mercantil.

- Finalmente, el primer y segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías, después de la reforma de mayo de 2014, contenida en la “Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil”, ahora dicen:

“Art. 438.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley:

(...)

f) **Modificar los estatutos de las compañías cuando sus normas sean contrarias a esta Ley.**¹

En el ejercicio de su facultad de vigilancia y **control ulterior** podrá también disponer, mediante resolución debidamente motivada, **que el Registrador Mercantil correspondiente cancele la inscripción de los**

¹ Este era el texto que originalmente tenía este primer inciso —que entonces era el único— del literal f), y era con base en el mismo que (cuando aún no existía el llamado “control ex post” o “control ulterior”) la Superintendencia de Compañías hacía uso —en casos necesarios— de esta atribución (de modificar estatutos) en la misma resolución cuya en que, luego del escrutinio del caso, ella **aprobara** la constitución de la Compañía; lo cual ahora solo puede hacer tratándose de las llamadas “constituciones sucesivas” o “por suscripción pública”.

actos societarios no sujetos a aprobación previa, que no cumplan con los requisitos legales pertinentes o que hayan sido inscritos en infracción de normas jurídicas². Los Registradores Mercantiles no podrán negarse o retardar la cancelación de la inscripción que hubiese sido ordenada por el Superintendente de Compañías y Valores mediante resolución, sin perjuicio de los derechos y acciones que puedan ejercerse contra tal resolución. La resolución que dispone la cancelación de la inscripción se notificará a las personas y entidades que el Superintendente estime pertinente, y un extracto de la misma se publicará en el sitio web de la Superintendencia”.

(Las negrillas no son del original).

Si se le da toda la importancia que tiene **el original primer inciso del transcrito literal f)**, referido a los Estatutos Sociales, que no ha variado, su *nuevo segundo inciso* solo puede significar que la **“cancelación”** prevista en el mismo puede afectar —únicamente— a los **“actos societarios”** (no a los “actos de la sociedad” en general), **y, además**, a los que, **siendo tales, ya no estén sujetos —como lo estaban antes— al previo escrutinio y a la “aprobación previa” de la Superintendencia de Compañías.**

o o o

2 Como **antecedente** de esta facultad conviene recordar el antiguo Art. 133 de la antigua Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, transcrito en el número 2 de esta Sección III, relativa a la **“verificación”** (ulterior) de la Superintendencia de Bancos de **“la legalidad del aumento de capital de una institución del sistema financiero”**. (Ver número 2 de la Sección II).

Llegados a este punto pasemos a tratar particularmente sobre algunos aspectos históricos acerca de los **“nombramientos”** de los administradores de las Compañías Mercantiles que ejercen su “representación legal”, íntimamente relacionados con la materia de este estudio, empezando por afirmar rotundamente que tales **“nombramientos”**, que en las Compañías Mercantiles controladas por la Superintendencia de Compañías generalmente se originan en las Juntas Generales de Socios o Accionistas, **nunca han sido ni son “actos societarios”**; particular que más adelante explicaremos y demostraremos.

III. ANTECEDENTES JURÍDICOS RELACIONADOS CON LOS “NOMBRAMIENTOS” DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS COMPAÑÍAS DE COMERCIO

A continuación, pasamos a confirmar históricamente que, tal como se dijo en el número 9 de la Sección II de este estudio, la Superintendencia de Compañías nunca aprobó ni la *expedición*, ni la *aceptación* ni la *inscripción* de los **“nombramientos”** de los representantes legales de las Compañías sujetas a su control:

- a) Si se estudia el texto del Art. 30 del Código de Comercio que se incorporó a la compilación de leyes publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1202 del 20 de agosto de 1960 y el Título VI de ese mismo Código, relativo a las Compañías de Comercio, se podrá advertir que —entonces— los *nombramientos* de los administradores de las

Compañías Anónimas **no se inscribían** en el Registro Mercantil correspondiente (**ni tampoco se “aceptaban”** por parte de los administradores elegidos).

Para entonces, como se sabe, la “**constitución**” de la Compañía Anónima debía ser “**aprobada**” por un juez provincial (de lo civil) para poder “**inscribirse**” la misma en el Registro Mercantil correspondiente.

Igual cosa ocurría con los demás “**actos societarios**” posteriores, como un aumento de capital, una prórroga de plazo, un cambio del domicilio de la Compañía o una reforma de su Estatuto Social.

- b) La obligación de *inscribir* en el Registro Mercantil los nombramientos de los administradores de la Compañía Anónima —a pesar de no ser “actos societarios”— nació recién en el Art. 288 de la Ley de Compañías de **1964**, que decía:

“Designado el administrador y presentada la garantía, si se le exigiere, **inscribirá su nombramiento en el Registro Mercantil**, sin necesidad de la publicación exigida para los poderes, ni de la fijación del extracto. La fecha de la inscripción del nombramiento será la del comienzo de su función”.

Obsérvese que en el texto anteriormente citado no se especificaba que los administradores referidos en el mismo debían ser los que ostentaban la “representación legal” de la compañía; lo cual fue subsanado con la Doctrina No. 70 de la Superintendencia de Compañías, que después resultó innecesaria con la reforma a la Ley de Compañías de febrero de 1971.

Y obsérvese también que, entonces, tampoco se exigía la “*aceptación*” del administrador nombrado.

Esa Ley de Compañías de **1964** conservó en su Art. 145 la “**aprobación**” de la **constitución de la Compañía Anónima** —previa a su inscripción en el Registro Mercantil— a cargo del juez provincial (de lo civil); “aprobación” que después de un tiempo pasó a estar a cargo de la Superintendencia de Compañías.

Curiosamente, en esa ley de **1964**, en que se creó en Ecuador la “Compañía de Responsabilidad Limitada”, el Art. 106, relacionado con la elección de los *administradores* de esas compañías, sí requería la *aceptación* del designado, ya que, en vez de la tradicional figura del solo **nombramiento**, en ese artículo se creó la llamada “**acta de posesión**” del cargo del administrador (lo que implicaba la respectiva *aceptación*); la cual acta —que tiempo después fue suprimida— también debía *inscribirse* en el Registro Mercantil.

- c) En todo caso, el sistema de los *nombramientos* de los administradores antes mencionado quedó **unificado** (por los menos para las Compañías Anónimas y de Responsabilidad Limitada) por el nuevo Art. 12 de la Ley de Compañías, que fue introducido por la gran reforma a esa Ley que se publicó en el Registro Oficial del 10 de febrero de 1971, con el siguiente texto:

“Designado el administrador que tenga la representación legal y presentada la garantía, si se la exigiere, inscribirá su nombramiento, con la razón de su aceptación, en el Re-

gistro Mercantil, dentro de los treinta días posteriores a su designación, sin necesidad de la publicación exigida para los poderes ni de la fijación del extracto. La fecha de la inscripción del nombramiento será la del comienzo de sus funciones. Sin embargo, la falta de inscripción no podrá oponerse a terceros, por quienes hubieren obrado en calidad de administradores. En el contrato social se estipulará el plazo para la duración del cargo de administrador, el cual, con excepción de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple, no podrá exceder de cinco años, sin perjuicio de que el administrador pueda ser indefinidamente reelegido o removido por causas legales.

En caso de que el administrador **fuere reelegido** estará obligado a **inscribir** el nuevo nombramiento y **la razón de su aceptación**".

(Las negrillas no son del original).

Como se podrá observar, con ese nuevo texto, al legislador no se le ocurrió siquiera pensar ni en la necesidad ni en la conveniencia de que los **nombramientos** de los administradores que ejercieren la "representación legal" sean "**aprobados**" —antes de su inscripción en el Registro Mercantil— ni por la Superintendencia de Compañías ni por ninguna autoridad.

- d) No hay duda, pues, que la Superintendencia de Compañías **nunca ha aprobado** —ni antes de la última reforma de mayo de 2014 ni después de esa reforma— ninguna *expedición* de ningún **nombramiento** de ningún representante legal de

una compañía nacional sujeta a su control, ni para inscribirse el mismo en el Registro Mercantil ni para nada, así como **nunca ha aprobado** —dicho esto para simples *efectos comparativos*— ningún **mandato o poder, general o especial**, otorgado por una de esas compañías a favor de un tercero.

Particularmente, con relación a la vigencia del *segundo inciso* del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías (reformado en mayo de 2014), transcrito en el número 11 de la Sección II de este estudio, no hay duda alguna de que la Superintendencia de Compañías nunca ha **aprobado** —ni antes ni después de la misma— ningún **nombramiento** de ningún administrador de ninguna compañía nacional sujeta a su control, **ni previamente** a su inscripción en el Registro Mercantil, **ni después** de la misma.

Si nunca se ha necesitado para los referidos nombramientos esa “**aprobación previa**”, de la que tratan actualmente el Art. 432 y la Disposición General Cuarta de la Ley de Compañías, referidos en el número 10 de la antedicha Sección II, en el supuesto no consentido de que tales nombramientos sí fueren “actos societarios” (**que no lo son**), **no podría aplicarse para ellos —jamás— la cancelación prevista en el segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías**, en el que se alude al **control ulterior** de la Superintendencia de Compañías **sobre los actos que antiguamente ella aprobaba antes de sus inscripciones, y que dejó de aprobarlos a raíz de la reforma de mayo de 2014**; tal como se lo anticipó y advirtió al final del número 1 de la Sección II de este estudio.

¡Por todo eso, la tal **cancelación** (de la inscripción de un nombramiento) solo podría ordenarla un juez, previo el respectivo procesamiento judicial!

Como se habrá advertido, lo que se acaba de decir ya se ha repetido un par de veces en este estudio, casi de manera axiomática, por parecer tan evidente que las “cancelaciones” de las “inscripciones” materia de este estudio (que no son las cancelaciones de aquellas inscripciones que aquí nos hemos permitido llamar **“inscripciones condicionadas”**, como las señaladas en el segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías) requieren profundos juicios de valor sobre asuntos más o menos complicados que giran en torno al mundo de los vicios legales que de una u otra manera se hallan vinculados con las nulidades y figuras similares; tal como al parecer habría ocurrido en el caso particular de este estudio, vinculado a una convocatoria a una Junta General de Accionistas supuestamente viciada, que pudo haber causado la nulidad de la respectiva Junta General y la invalidez de sus resoluciones... y más; lo cual, como fácilmente se comprende, habría demandado un debido proceso legal y un debido fallo judicial, sin que baste la declaración voluntariosa del representante legal de la Superintendencia de Compañías, más aún si el caso no era de aquellos señalados en el segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías; tal como se desprende de los Arts. 243, 247 y 249 de la misma Ley, y como lo confirma —particularmente— la **Ley de Registro** en sus Arts. 52 y 53.

En efecto, la **Ley de Registro**, después de tratar sobre las “correcciones de errores”, las “reparaciones

de omisiones” y de las “modificaciones de las **inscripciones**” efectuadas en los Registros de la Propiedad o en los Registros Mercantiles, en sus Arts. 52 y 53 dice que las **cancelaciones** de las inscripciones efectuadas en los mismos son “**convencionales**” o “**decretadas por la justicia**”, **por lo que las primeras se hacen a solicitud de parte y las segundas, por orden judicial**; a lo que ahora —después de la reforma de mayo de 2014— habría que agregar, para los Registros Mercantiles, las “*cancelaciones excepcionales*”, a cargo de la Superintendencia de Compañías, previstas desde mayo de 2014 en el segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías (por tratarse de una suerte de inscripciones **que se hicieron de una manera “condicionada”**, con sujeción a los resultados del famoso **control ulterior**).

- e) Como probablemente ya lo habrá imaginado el lector, hemos llegado al momento ofrecido al final de la Sección II de este estudio, de explicar y demostrar (aunque muchos lo conocen de sobra) que, según la legislación ecuatoriana, los “**nombramientos**” de los administradores de las Compañías Mercantiles que ejercen **la representación legal** de la misma no son ni nunca han sido “**actos societarios**” de ninguna clase, es decir, ni de aquellos referidos en el segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías, ni de aquellos otros actos referidos en el tercer inciso del Art. 432 y en la nueva Disposición General Cuarta (reformada en mayo de 2014) de esa misma Ley; toda vez que los tales “nombramientos” y los dichos “actos societarios” tienen íntima relación con la gravísima

equivocación de la Superintendente de Compañías — que es materia central de este estudio— de ordenar, por sí y ante sí, la **cancelación** de la inscripción de un **nombramiento** (de un administrador de una Compañía Anónima) en el Registro Mercantil, que no es ni nunca ha sido “**acto societario**”, según el régimen legal ecuatoriano.

A pesar de que en el Derecho nacional no existe una definición legal para ellos, hay muchas razones para sostener que los “**actos societarios**” en cuestión son los referidos en el Art. 33 de la Ley de Compañías, que tienen un común denominador: **la existencia inicial de una escritura pública de por medio** (entre los que no figuran, para nada, los famosos *nombramientos*); aclarándose, sin embargo, que hay muchos “**actos de la sociedad**” que terminan ejecutándose en una **escritura pública**, como el otorgamiento de un poder general o la venta de un inmueble de la Compañía, pero no por eso se convierten en “**actos societarios**”.

Y eso lo confirma plenamente el título de la Doctrina No. 54 de la Superintendencia de Compañías, que (antes de mayo de 2014) decía: “**DOCTRINA 54: COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS PARA APROBAR CONSTITUCIONES Y MÁS ACTOS SOCIETARIOS DE LAS COMPAÑÍAS SUJETAS A SU VIGILANCIA Y CONTROL: ¿DESDE QUÉ FECHAS ADQUIRIÓ ESA COMPETENCIA?**”.

(La letras en cursivas son del autor)

Creo que aquello de “aprobar” los demás “actos societarios”, nos releva de cualquier otro comentario.

- f) Pero hay más. No solo que históricamente existe el título antedicho de la referida Doctrina 54, sino que en el Suplemento del Registro Oficial No. 792 del 29 de septiembre de 1995 consta publicado el **Reglamento dictado por la Superintendencia de Compañías** (¡por la propia Superintendencia de Compañías!) para el procedimiento del llamado “**trámite de cautela**”, con el siguiente título: “*Reglamento de oposición por parte de terceros de los **actos societarios** establecidos en el inciso segundo del **artículo 33** de la Ley de Compañías*”. (Las negrillas no son del original).

En confirmación de lo expresado, se hace notar que los Arts. 3 y 6 de ese Reglamento utilizan expresamente las palabras “**actos societarios**”.

- g) Para mejor comprensión de lo antedicho, se transcriben a continuación los dos incisos del precitado **Art. 33 de la Ley de Compañías**, que tradicionalmente ha sido considerado como la norma básica para la identificación de los llamados “actos societarios”:

“**Art. 33.-** El establecimiento de sucursales, el aumento o disminución de capital, la prórroga del contrato social, la transformación, fusión, escisión, cambio de nombre, cambio de domicilio, convalidación, reactivación de la compañía en proceso de liquidación y disolución anticipada, así como todos los convenios y resoluciones que alteren las cláusulas que deban registrarse y publicarse, que reduzcan la duración de la compañía, o excluyan a alguno de sus miembros, se sujetarán a las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la compañía según su especie. La oposición de terceros a la inscripción de la disminución del capital, cambio de nombre,

disolución anticipada, cambio de domicilio o convalidación de la compañía, se sujetará al trámite previsto en los Arts. 86, 87, 88, 89 y 90”.

h) Como si lo que antecede fuera poco, en los años recientes aparece oficialmente confirmada la antedicha naturaleza verdadera de los “actos societarios” en cuestión, por dos ocasiones distintas; a saber:

- En la **Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil**, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 249 del 20 de mayo de 2014 (que fue la que con sus reformas a la Ley de Compañías estableció de manera expresa y oficial el famoso “**control posterior**” o “**ex post**” de la Superintendencia de Compañías), su Disposición Transitoria Décima Segunda empezó diciendo: “Los **procesos de constitución** de compañías y los **actos societarios** *que ya no requieran aprobación* (previa) de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que se hubieren iniciado con anterioridad a la publicación de la presente Ley, deberán concluirse...”. (Las negrillas, las itálicas y el paréntesis no son del original, pero sí son del mismo, obviamente, las dos palabras “**actos societarios**”, que en este caso hablan por sí solas), y,
- En el “**Instructivo para la vigilancia y control posterior**” (ex post) de la **propia Superintendencia de Compañías**, publicado en el Registro Oficial No. 560 del 6 de agosto de 2015, en que se repite alrededor de 20 veces la **expresión “actos societarios”** (en singular o plural) a los que **siempre** vincula ese instructivo

con la existencia de la **correspondiente “escritura pública”**. (Y ya se sabe que los **nombramientos** de una compañía anónima no se cursan ni se expiden por **escritura pública**).

- i) En la letra d) de esta Sección III hicimos, de paso, **una breve comparación** entre los “nombramientos” de los administradores de las Compañías Mercantiles (controladas por la Superintendencia de Compañías) que ejercen su “representación legal” en los términos de los Arts. 28 y 570 del Código Civil, con los “poderes” de los “mandatarios” o “apoderados”, generales o especiales de esas Compañías, que actúan como “representantes voluntarios” de las mismas, para desde entonces ir advirtiendo que ni los unos ni los otros nada tenían que ver con los llamados “actos societarios”, tantas veces mentados en este estudio, toda vez que dichos “nombramientos” y “poderes” solo eran y son simples “actos o contratos de la sociedad” autora de los mismos (sin que le quite ni le ponga nada a esa afirmación el hecho de que algunos de esos poderes deban constar por escritura pública).

No hay, pues, que confundir el género con la especie, es decir, a los “actos de la sociedad” con los “actos societarios”; recomendación que, por lo demás, también se ofrece en otros escenarios jurídicos, como ocurre, por ejemplo, con los “actos de comercio” (señalados en el Art. 3 del Código de Comercio) y los “actos de los comerciantes”, o con el famoso “acto administrativo” y el “acto de la administración”.

Por lo antedicho es que creemos que a ningún abogado en su sano juicio se le puede ocurrir, por ejemplo, que para la eficacia de una escritura pública

de un “poder general” otorgado por una Compañía Anónima nacional deba contarse con la **aprobación previa** de la Superintendencia de Compañías.

- j) Queda demostrada, pues, **la imposibilidad jurídica** de que aquellos **nombramientos** de los administradores que ejercen la representación legal (no obstante su “inscripción” recién nacida en el año 1964) puedan ser considerados —ni por equivocación— como **“actos societarios”** de la correspondiente Compañía, **en los términos de la legislación ecuatoriana.**

IV. SOBRE LA ILEGALIDAD COMETIDA POR LA SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS DEL ECUADOR AL ORDENAR —POR SÍ Y ANTE SÍ— LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL NOMBRAMIENTO DE UN REPRESENTANTE LEGAL DE LA COMPAÑÍA ANÓNIMA “T S.A.”

RESUMIENDO TODO LO ANTEDICHO, NO PUEDE CALIFICARSE A LOS “NOMBRAMIENTOS” DE LOS ADMINISTRADORES QUE EJERCEN LA “REPRESENTACIÓN LEGAL” DE LA COMPAÑÍA ANÓNIMA COMO “ACTOS SOCIETARIOS” DE LA MISMA, Y, POR TANTO, LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS LEGALMENTE NO PUEDE ORDENAR —INVOCANDO EL SEGUNDO INCISO DEL LITERAL F) DEL ART. 438 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS— LA CANCELACIÓN DE SUS INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO MERCANTIL³; TANTO MÁS CUANTO QUE AQUELLOS “NOMBRAMIENTOS”, PARA SU EFICACIA, NUNCA HAN NECESITADO DE LA “APROBACIÓN” DE AQUELLA INSTITUCIÓN

³ Se aclara que legalmente no se puede ordenar semejante **cancelación**, ni invocando el segundo inciso de ese literal f) de aquel Art. 438, tal como se hizo en el caso aquí estudiado, ni ninguna otra disposición legal existente, porque no hay una sola que se lo permita.

En sustento de lo antedicho, resumidamente, se insiste:

- Que desde la expedición de la Ley de Compañías en **1964**, en Ecuador, después de **la constitución** misma de la Compañía Mercantil, siempre se consideraron **“actos societarios”** suyos: i) las reformas puntuales de las cláusulas esenciales de su Contrato Social, tales como los cambios de nombre, las prórrogas o las disminuciones de plazo, los cambios de domicilio, los cambios del objeto social y los aumentos y reducciones del capital social; ii) las reformas generales y las codificaciones de sus Estatutos Sociales; iii) las aperturas de sucursales fuera del domicilio principal; iv) las transformaciones; v) las fusiones; vi) las disoluciones voluntarias; y, en general, vii) todos los cambios del contrato social **que debían constar por escritura pública y ser aprobados**, o —según la época— por el juez respectivo o por la Superintendencia de Compañías, para **inscribirse** luego en el Registro Mercantil, con las anotaciones del caso;
- Que los **actos de la sociedad** que para su validez no debían ser **aprobados** ni por el juez ni por la Superintendencia de Compañías nunca fueron considerados **“actos societarios”**, ni tenían por qué serlo: solo fueron “actos de la sociedad”, y nada más, aunque hubieran sido generados en una Junta General de Socios o Accionistas, como, por ejemplo, la aprobación anual de los estados financieros de la Compañía, la decisión de repartir dividendos, la resolución de vender algún inmueble de la Compañía, la designación de administradores y representantes

legales, el otorgamiento de poderes generales y especiales, etcétera;

- Que la *expedición*, la *aceptación* y la *inscripción* de los **“nombramientos”** de los representantes legales de las Compañías Anónimas nacionales **no son “actos societarios”**, en los términos de la legislación ecuatoriana, como tampoco lo son las remociones de esos representantes legales y los otorgamientos de **“poderes generales”** de cualquier compañía mercantil, y sus revocaciones; y,
- Que, aún en el supuesto no consentido de que tales *nombramientos* sí fueran **actos societarios** (que no lo son), ellos nunca han necesitado ni necesitan de **“aprobación previa”** —ni de **“aprobación ulterior”**— de la Superintendencia de Compañías, para cobrar validez o eficacia jurídica, por lo que, ni en el supuesto de ser algo que no son, **no cabría para ellos el régimen del famoso “control ulterior” o “ex post” que es el que permite la famosa “cancelación” referida en el segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías**, que fue la disposición legal que invocó la Superintendente de Compañías para ordenar la tal “cancelación” del nombramiento del “representante legal” de la Compañía **“T S.A.”**.

V. CONCLUSIÓN FINAL

La cancelación de la inscripción de un nombramiento de un administrador de una Compañía Anónima que ejerce su representación legal, que se encontrare

legalmente inscrito en el Registro Mercantil, solo puede ser dispuesta por orden judicial, y de ninguna manera puede ser resuelta administrativamente por la Superintendencia de Compañías con supuesto fundamento en el segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías, bajo el falso supuesto de que los nombramientos de los “representantes legales” de las Compañías Anónimas son “actos societarios”.

¡Ni al amparo de ninguna otra disposición legal ni bajo ningún otro supuesto!

El hecho que, **luego de una resolución tomada por sí y ante sí**, la Superintendente de Compañías **haya ordenado administrativamente al Registrador Mercantil** la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil del **nombramiento** de un administrador de una Compañía Anónima, por más ilegalidades que potencialmente pudiera haber tenido ese nombramiento, es mucho más que un gravísimo error: ¡es una tremenda ilegalidad!

En mi opinión, esa orden fue y sigue siendo, pues, una gran falta de dicha funcionaria, cometida al indebido amparo del segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías.

NOTA IMPORTANTE

Se advierte que —por innecesario— no se ha entrado a revisar **ni el fondo ni la forma** de los supuestos fundamentos de hecho y de derecho que habrían servido de pretexto a la Superintendente de Compañías para ordenar, por sí y ante sí, la ilegal cancelación materia de este estudio, como, por ejemplo, el hecho más que escandaloso que —aún en el supuesto jamás consentido

de que el **nombramiento** en cuestión sí fuera un “**acto societario**”— la Superintendencia de Compañías no le encontró **a ese documento** ningún vicio que evidenciare que no cumplía con **los requisitos legales pertinentes**, ni tampoco encontró evidencia alguna que demostrara **que ese mismo documento se había inscrito violando alguna norma jurídica, que son los dos únicos supuestos** en que se habría podido fundamentar la **cancelación** ordenada, de acuerdo al segundo inciso del literal f) del Art. 438 de la Ley de Compañías, invocado repetidamente en la cuestionada Resolución de la Superintendencia de Compañías; toda vez que **los hallazgos** de los pretendidos “vicios jurídicos” invocados por esa funcionaria se relacionan únicamente con la supuesta nulidad de la **Junta General de Accionistas** de “**T S.A.**” celebrada el 14 de mayo de 2015, en que se designó al señor **NN** como Gerente de esa Compañía, **por dizque no haber sido convocada esa Junta General de conformidad con la ley** (numeral 2 del Art. 247 de la Ley de Compañías); lo que produce la manifiesta aberración de que la cuestionada Resolución termine haciendo totalmente a un lado las supuestas nulidades de la mencionada **convocatoria** y de aquella **Junta General**, desentendiéndose de las mismas, y se concrete únicamente en el célebre **nombramiento** al que, como tal, no se le encontró vicio alguno... ni tampoco infracción alguna a los requisitos legales para su inscripción. O sea: la Junta General referida y su convocatoria habrían quedado legalmente “firmes”, pero no así la resolución de la misma sobre la designación materia del nombramiento susodicho y ese mismo nombramiento.

Todo ello aparte del hecho de que la **nulidad de la convocatoria** y la **nulidad de la Junta General** solamente

habrían podido declararse tales, por la vía judicial, en sentencia ejecutoriada, luego del debido proceso.

¿Se habrá imaginado por algún momento la Superintendente de Compañías el gravísimo daño que una resolución como la cuestionada aquí puede causar, injusta e ilegalmente, a cualquier Compañía Anónima que súbitamente se quede sin su “representante legal” (por la indebida cancelación de la inscripción de su nombramiento) en momentos críticos, como pudiera ser el inminente vencimiento del término que tenía esa Compañía para presentar un “recurso de apelación” judicial o una oferta en una licitación pública, por ejemplo?

Pero lo más grave de todo esto es que esa terrible ilegalidad parece haberse contagiado, porque, de lo que se sabe, ya se habrían dado réplicas de la misma en los siguientes casos:

- i) La **cancelación de la inscripción del nombramiento** del Presidente de una Compañía Anónima, que aparece publicada en las páginas 45 y 46 del Registro Oficial del 2 de octubre de 2017;
- ii) La **cancelación de la inscripción del nombramiento** del Gerente de una Compañía de Responsabilidad Limitada, que aparece publicada en las páginas 47 y 48 del Registro Oficial del 2 de octubre de 2017; y,
- iii) La **cancelación de la inscripción de la remoción** (*sí, no es un error: efectivamente se trató de la cancelación de la inscripción de la remoción*) del Gerente de una Compañía de Responsabilidad Limi-

tada, ordenada por la Superintendente de Compañías, Valores y Seguros con fecha 1º de septiembre de 2017, inscrita en el Registro Mercantil de Guayaquil el 8 de septiembre de 2017.

Guayaquil, 3 de julio de 2018

VI. TRANSCRIPCIÓN (PARCIAL) DE LA RESOLUCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS NÚMERO SCV-INC-DNASD-15-0002370, DEL 15 DE JULIO DE 2015 POR LA QUE SE ORDENÓ TAL CANCELACIÓN; Y, TRANSCRIPCIÓN (PARCIAL) DE LA RAZÓN DEL REGISTRADOR MERCANTIL SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LO ORDENADO

RESOLUCIÓN No. SCV-INC-DNASD-15-0002370

**AB. SUAD MANSSUR VILLAGRÁN
SUPERINTENDENTA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y
SEGUROS**

CONSIDERANDO:

QUE la Constitución de la República, en su artículo 82 garantiza “el derecho a la seguridad jurídica.”;

QUE el artículo 213 de la Constitución de la República señala que las Superintendencias “son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se

sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley”;

QUE el artículo 226 de la Constitución de la República dispone que “las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)”;

QUE el numeral 5 del artículo 277 de la Constitución de la República garantiza dentro de los deberes del Estado “Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.”;

QUE el artículo 430 de la Ley de Compañías dispone que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, es el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades, en las circunstancias y condiciones establecidas por la ley;

QUE el literal a) del artículo 431 de la Ley de Compañías prescribe que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ejercerá la vigilancia y control de las compañías anónimas nacionales, y en este caso está sujeta a control de este órgano de control la compañía **T S.A.**;

QUE la compañía **T S.A.**, se constituyó mediante escritura pública otorgada por el Notario del cantón Guayaquil, el ____ de ____ de ____, la misma que fue inscrita en el Registro Mercantil del mismo cantón, el ____ de ____ del mismo año, teniendo su domicilio principal en el cantón Guayaquil provincia del Guayas;

QUE con oficio signado con el trámite No. 18184-1 del 19 de mayo del 2015, el señor **XX** peticona: “(...) en nombre de **YY S.A.** (compañía accionista de **T S.A.**) le pido que con base en lo dispuesto en el Art. 438, f) segundo inciso, de la Ley de Compañías, disponga que el Registrador Mercantil de Guayaquil cancele la inscripción del nombramiento de **NN** como gerente de **T S.A.** dizque en reemplazo de _____, por no haber sido la supuesta Junta convocada con arreglo al estatuto social de **T S.A.** (...).”;

QUE el día martes 5 de mayo de 2015, se realiza la publicación en el diario Expreso, de la convocatoria a junta general extraordinaria de accionistas de la compañía **T S.A.** a celebrarse el ____ de ____ de ____, suscrita por el señor **ZZ** en calidad de presidente, subrogante en ejercicio de la gerencia y representación legal;

QUE el ____ de ____ de ____, el señor _____ “comunica” a los accionistas de la compañía, mediante publicación de aviso en el diario Expreso, en su calidad de gerente: “Que el único autorizado a convocar a sesión de junta general de accionistas, según lo dispuesto en el artículo octavo social (sic) de la compañía es el suscrito gerente...”;

QUE el numeral 5 del artículo 263, de la Ley de Compañías determina que los administradores están

especialmente obligados a convocar a juntas generales de accionistas conforme a la ley y los estatutos;

QUE el artículo octavo del estatuto social de la compañía **T S.A.**, constante en la escritura otorgada ante el Notario del cantón Guayaquil Dr. _____ el ____ de ____ de ____ estipula: "La Junta General de Accionistas, sea para sus sesiones ordinarias o extraordinarias, será convocada por el Gerente de la compañía, a iniciativa propia o por orden del Presidente o a la solicitud escrita del o los accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social.";

QUE en el artículo décimo tercero del estatuto referido anteriormente se establece: "El Presidente de la compañía será designado por la Junta General (...), tendrá como deberes y atribuciones las siguientes: a) Presidir las Juntas Generales (...); e) Reemplazar al Gerente de la Compañía en casos de ausencia, falta o impedimento temporal del titular de esa función, por enfermedad, renuncia o cualquier causa, pudiendo actuar en este caso con todas las atribuciones y deberes que corresponden al cargo de Gerente";

QUE la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, ejerciendo la facultad conferida en el artículo 447 de la Ley de Compañías y acogiendo la petición presentada por un accionista en los términos previstos en el artículo 10 del Reglamento sobre juntas generales, designó al abogado _____ como delegado para que asista a la junta a celebrarse el ____ de ____ de ____, y en cumplimiento de este encargo emitió su informe constante en el Memorando No. _____ del ____ de ____ de ____, del que se

extrae: que previno a los concurrentes a esa sesión que: “la convocatoria por la prensa estuvo mal hecha ya que, según el artículo octavo del estatuto de la compañía, le corresponde al Gerente convocar a juntas generales, **y el Presidente únicamente lo podrá subrogar o reemplazar en casos de falta, ausencia o impedimento temporal** (...)”. Continúa el funcionario en su informe. “(...) Además les advertí a los accionistas de forma enfática que si se llegasen a instalar, la responsabilidad de este acto recaerá exclusivamente sobre la junta. Por último expresé que las resoluciones de una “hipotética” junta incurrirían en la nulidad prevista en el artículo 247 de la Ley de Compañías. (...) Ante tales circunstancias reiteré que mi intención no era “interrumpir” sino cumplir con lo dispuesto en el artículo 37 del Reglamento de Juntas Generales, y para esto tenía la necesidad de explicar las razones por las cuales no se debe instalar la junta general que estuvo mal convocada. Sin nada más que decirles, siendo las 11h35 procedí a retirarme del lugar.”;

QUE el artículo 230 de la Ley de Compañías dispone que, la junta general es el órgano supremo de la compañía formada por los accionistas **legalmente convocados** y reunidos;

QUE al amparo de las facultades que la Constitución de la República otorga a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, particularmente las prescritas en el artículo 440 de la Ley de Compañías, esta Superintendencia dispuso que se practique la inspección pertinente a la compañía **T S.A.**;

QUE la Dirección Nacional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención, una vez efectuada la inspección

a la compañía **T S.A.** elaboró el informe de control No. _____ del ____ de _____ de _____, notificándose oportunamente al representante legal sus observaciones, mediante oficio No. _____ del ____ de ____ de _____, para que presente sus descargos;

QUE la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a través de la Dirección Nacional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención, notificó cada una de las observaciones que se generaron de la inspección de control realizada a la compañía **T S.A.**, dando cumplimiento expreso a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución de la República, esto es, el debido proceso;

QUE la Dirección Nacional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención, una vez analizados los descargos presentados por el señor **NN** mediante trámite No. ____ del ____ de ____ de _____, emite el informe de control **No.** _____ del _____ de _____ de _____, en el que se recomienda notificar las conclusiones de este informe al Intendente Nacional de Compañías;

QUE con Memorando **No.** _____ del ____ de ____ de _____, el Director Nacional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención acoge las conclusiones y recomendación contenidas en el informe de control **No.** _____ del ____ de ____ de _____;

QUE mediante Memorando **No.** _____ del ____ de ____ de ____ el Intendente Nacional de Compañías emite informe jurídico en el que se concluye y recomienda lo siguiente:

“Por todo lo expuesto en párrafos precedentes y considerando que la Superintendencia de Compañías,

Valores y Seguros es competente para revisar y pronunciarse sobre las actividades de sus controladas, tal como lo consagran los artículos 11 numeral 5, 213, 226 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con lo dispuesto en los artículos 430, 431 y 432 de la Ley de Compañías, esta Dirección Nacional de Actos Societarios y Disolución, y teniendo como sustento la verificación efectuada a través de la inspección realizada a la compañía **T S.A.**, acorde a lo expresado por el Director Nacional de Inspección, Control, Auditoría e Intervención en su Memorando **No.** ____ del ____ de ____ de ____; y, el informe emitido por el señor abogado ____, como delegado de la Autoridad, contentivo en el Memorando **No.** ____ del ____ de ____ de ____, recomienda:

Que al haberse determinado que la convocatoria a junta general extraordinaria de accionistas de la compañía **T S.A.**, publicada el día martes ____ de ____ de ____ en el diario Expreso, se realizó en infracción a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 263 de la Ley de Compañías en concordancia con lo estipulado en los artículos octavo y décimo tercero de su estatuto social y en ejercicio de la facultad prevista en el literal f) del artículo 438 de la citada ley, se ordene la cancelación de la inscripción de fecha ____ de ____ de ____, en el Registro Mercantil del cantón Guayaquil perteneciente al nombramiento de gerente a favor del doctor **NN**, designado por una junta general de accionistas celebrada inobservando lo dispuesto en el artículo 230 ibidem, siendo ineficaz en su génesis esta elección."

QUE en atención al informe contenido en el Memorando **No.** ____ de ____ de ____ de ____, y de conformidad con las atribuciones que le confiere la Ley de Compañías y, particularmente lo dispuesto en el artículo Art. 440 (sic)

de la Ley de Compañías, se procede con la aplicación de lo establecido en el segundo inciso del artículo 438 literal f) del mismo cuerpo legal que establece que, en el ejercicio de su facultad de vigilancia y control ulterior, entre las atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en Ley de Compañías: “(...) podrá también disponer, mediante resolución debidamente motivada, que el Registrador Mercantil correspondiente cancele la inscripción de los actos societarios no sujetos a aprobación previa, que no cumplan con los requisitos legales pertinentes o que hayan sido inscritos en infracción de normas jurídicas. Los Registradores Mercantiles no podrán negarse o retardar la cancelación de la Inscripción que hubiese sido ordenada por el Superintendente de Compañías y Valores (sic) mediante resolución, sin perjuicio de los derechos y acciones que puedan ejercerse contra tal resolución. La resolución que dispone la cancelación de la inscripción se notificará a las personas y entidades que el Superintendente estime pertinente, y un extracto de la misma se publicará en el sitio web de la Superintendencia (...)”;

En ejercicio de las facultades conferidas en la Constitución de la República y la Ley de Compañías.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ORDENAR la cancelación de la inscripción del nombramiento del señor **NN**, como Gerente de la compañía **T S.A.** en el Registro Mercantil del cantón Guayaquil, realizada el ____ de ____ de ____, por haberse determinado que la convocatoria a junta general de accionistas publicada el ____ de ____ del ____ se llevó a cabo en infracción a la Ley de Compañías y el estatuto social de la mencionada sociedad.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DISPONER al Registro de Mercantil (sic) del cantón Guayaquil: a) inscriba esta resolución; b) cancele la inscripción del nombramiento del señor **NN**, como Gerente de la compañía **T S.A.**, realizada en el registro a su cargo, el ____ de ____ de ____; y, c) Ponga las notas de referencia previstas en el inciso primero del artículo 51 de la Ley de Registro. Cumplido, sentará razón y copia de lo actuado remitirá a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

ARTÍCULO TERCERO.- DISPONER que una vez cumplido lo anterior, el Registro de Sociedades de la Intendencia Nacional de Compañías de Guayaquil, tome nota de esta resolución junto con las razones remitidas por los funcionarios anteriores.

ARTÍCULO CUARTO.- DISPONER que a través de la Secretaría General de la Intendencia Nacional de Compañías de Guayaquil, de forma simultánea: a) se publique por una sola vez, en el portal web institucional, la presente resolución; y, b) se notifique con ejemplares certificado (sic) de esta resolución al Registro Mercantil del cantón Guayaquil, así como a los representantes legales de la compañía **T S.A.**

COMUNÍQUESE, Dada y firmada en la Superintendencia de Compañías, Valores y Valores (sic), en Guayaquil, a 15 JUL 2015

(f)

AB. SUAD MANSSUR VILLAGRÁN
SUPERINTENDENTA DE COMPAÑIAS,
VALORES Y SEGUROS

VAP/DAB

Expediente No. 4920

NUMERO DE REPERTORIO:35.231

FECHA DE REPERTORIO:16/jul/2015

HORA DE REPERTORIO:11:26

En cumplimiento con lo dispuesto en la ley, el Registrador Mercantil del Cantón Guayaquil ha inscrito lo siguiente:

1.- Con fecha dieciséis de Julio del dos mil quince, queda inscrita la presente Resolución **No. SCV-INC-DNASD-15-0002370**, dictada el **15 de julio del 2015**, por el **Superintendencia de Compañías y Valores (sic)**, **AB. SUAD MANSSUR VILLAGRÁN**, la misma que ordena la **Cancelación de Inscripción del Nombramiento de NN como Gerente de la compañía T S.A.**, de fojas **28.832 a 28.836**, Registro Mercantil Número **9.028.- 2.-** Se efectuaron anotaciones del contenido de esta Resolución, al margen de la(s) inscripción(es) respectiva(s).

(f)

Ab. César Moya Delgado
REGISTRADOR MERCANTIL (sic)
DEL CANTÓN GUAYAQUIL

Abg. César Drouet Candel

EL PROCESO ABREVIADO DE CANCELACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS

Contenido:

- *Algunas reflexiones*
- *Conclusión*

EL PROCESO ABREVIADO DE CANCELACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS

Abg. César Drouet Candel

Reglamento sobre Inactividad, Disolución, Liquidación, Reactivación y Cancelación de las Compañías Anónimas, de Economía Mixta, en Comandita por Acciones y de Responsabilidad Limitada y Cancelación del Permiso de Operación de Sucursales de Compañías Extranjeras

ALGUNAS REFLEXIONES

1. La liquidación de la compañía es un proceso establecido por la ley para concluir ordenadamente las operaciones de la sociedad, realizando su activo para pagar los pasivos; y, de existir un remanente, repartirlo entre sus accionistas, como resultado final de su operación; y, dar por extinguida la compañía, con la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil.
2. Este proceso generalmente se torna dilatado y costoso. Por ello se ha establecido el llamado "procedimiento abreviado", a través del cual se obvian algunos pasos legales con la finalidad de disminuir la carga de formalidades en determinadas situaciones.

3. El Reglamento referido fue expedido mediante Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-010, publicada en el R.O. 868 del 24 de octubre del 2016; y posteriormente reformado mediante Resoluciones Nos. SCVS-INC-DNCDN-2016-012, publicada en el R.O. 913 del 30 de diciembre del 2016; y, No. SCVS-INC-DNCDN-2018-021, publicada en el R.O. 246 del 22 de mayo del 2018;
4. Refiriéndose al Trámite Abreviado de Disolución Voluntaria, Liquidación y Cancelación Directa, contemplado en el Capítulo VII arts. 36 al 42 inclusive, del aludido Reglamento, cuyos requisitos esenciales se resumen el art. 36, en el primer inciso del mismo se dice textualmente que *“Los socios y accionistas que decidieren someter a la compañía a este trámite abreviado, **declararán que son solidaria e ilimitadamente responsables en conjunto con el o los representantes legales, por las obligaciones de la compañía que hubieren omitido reconocer**”*; posteriormente tratando de las exigencias que debe contener la escritura pública con la que se siga este trámite, en el #1 del mismo art. 36, se establece que el Acta de Junta General de Accionistas que resuelva adoptar este trámite abreviado, incluya la decisión de los accionistas de que *“... **en caso de que surgieren obligaciones que se hubieren omitido reconocer, responderán solidaria e ilimitadamente con su patrimonio, en conjunto con el del o de los representantes legales de la compañía.**”*;
5. Adicionalmente, el art. 38 del citado Reglamento reproduce la exigencia general aplicable a toda clase

de procesos liquidatorios contenida en el art. 393 de la Ley de Compañías (LC), al disponer que al momento de dictarse la resolución aprobatoria del trámite abreviado y antes de la inscripción de la cancelación de la compañía se efectúen tres publicaciones consecutivas en un diario de amplia circulación en el domicilio principal de la compañía, concediéndole a los acreedores 20 días para que ejerzan su derecho de oposición (acrediten su calidad de acreedores para ser considerados en el reparto del superávit, si se hubiere generado) Esta disposición conlleva que el procedimiento abreviado, **no implica omisión de las solemnidades propias de una liquidación sometida al trámite normal ni entraña excepción o violación al trámite legal**, (hay que hacer las 3 publicaciones y esperar los 20 días) y si acreedores no considerados por los accionistas acreditaran tal calidad dentro de los 20 días, se dispondrá la revocatoria de la Resolución aprobatoria de trámite abreviado (art. 40 Reglamento);

6. En las compañías anónimas, **es de su esencia que los accionistas solo responden hasta el monto de su capital aportado o comprometido a aportar a la compañía**, art. 143 LC;
7. El apotegma referido tiene **como excepción** general, el cometimiento de dolo o fraude, que no solo afecta a los actos y contratos de la compañía, incluyendo su contrato constitutivo, puesto que el consentimiento estaría viciado por el dolo, que esta definido como la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro (art. 29 CC), dolo que constituye un vicio del consentimiento cuando es objeto de una de

- las partes o cuando además aparece claramente, que sin él no se hubiere contratado (arts. 1467 y 1474 CC);
8. Por exigencia de ley, **el dolo necesariamente debe ser probado, pues NO se presume** (arts. 722 y 1475 CC);
 9. Así, el art. 17 LC que trata de **los fraudes, abusos o vías de hecho** que se comentan a nombre de una compañía, establece como sanción la constitución **por ley** de una obligación pecuniaria de carácter **personal y solidaria**, responsabilidad que atribuye a las personas que se determinan en los #s 1, 2 y 3 de dicho artículo 17 LC, entre los que se encuentran los accionistas que hubieren ordenado los actos fraudulentos o dolosos y los representantes legales que los hubieren ejecutado. Este artículo establece en su contexto, que el cometimiento de los fraudes, abusos o vías de hecho, constituye causal de nulidad de los actos viciados e implica una determinación **específica** contenida en la Ley de Compañías, que es parte de la regla general que trae el Código Civil que los actos y contratos dolosos o fraudulentos incurrir en causal de nulidad;
 10. Por un principio constitucional de reserva legal, los reglamentos y resoluciones, no pueden alterar, modificar o innovar la ley, contravenirla o alterarla (arts. 132, 6; 147, 13 CRE);
 11. Al tenor del art. 399 LC, es claro que a los accionistas, en proporción a sus aportes, les corresponde repartirse los haberes, en el supuesto de que, culminado el

proceso de liquidación, hubiese superávit; y que si tal superávit se hubiere repartido, después de transcurridos 20 días a partir de la última publicación del aviso a los acreedores, y posteriormente aparecieren acreedores no considerados, estos pueden reclamar a los accionistas, por vía judicial la devolución de lo recibido en el reparto de los haberes correspondientes al superávit, dentro del plazo de 5 años contados desde la última publicación del aviso a los acreedores (art. 400 LC), debiendo entenderse a falta de norma expresa, que **tal obligación es exigible en forma conjunta** (a cada uno en proporción al monto de lo recibido) **y NO en forma solidaria** (art. 1527 CC);

12. En sentido contrario al número anterior, si culminado el proceso de liquidación se evidenciare un **déficit**, **éste no debe ser asumido por los accionistas** que oportunamente pagaron los aportes a los que se comprometieron, pues tales accionistas solo están obligados a responder hasta el monto de sus aportes como se indicó en la letra a) de este documento (143 LC);
13. En el supuesto de que los representantes legales y accionistas de una empresa, incurrieran en uno de los casos de excepción fraudulenta contemplados en el art. 17 LC, de conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo (que fue modificado con la expedición de la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil) la declaratoria de inoponibilidad, que es la consecuencia de incurrir en los fraudes, abusos o vías de hecho referidos en el art. 17 LC, **debe ser declarada, previo un proceso judicial**

que fue contemplado en el art. 412 A del Código de Procedimiento Civil, (dentro de la regulación del juicio ordinario) **que en el actual COGEP corresponde a un proceso de conocimiento de carácter ordinario;**

14. Sin tal pronunciamiento judicial, no cabe la generación de una responsabilidad excepcional (solidaria) como la que crea el art. 17 LC; esto, en concordancia con la norma constitucional de presunción de inocencia (76,2 CRE) y la de exigencia legal (722 y 1457 CC) de que el dolo necesariamente debe probarse;
15. El hecho de que la disposición reglamentaria comentada **pretenda forjar en perjuicio de los accionistas, mediante la exigencia de una declaración (que no es voluntaria) una responsabilidad que no les corresponde (solidaria) y que solo podría llegar a imputárselas, luego de sentencia ejecutoriada** dictada por jueces de derecho, dentro de un juicio de conocimiento y exclusivamente en contra de aquellos que ordenaron o ejecutaron los actos sancionados en el art. 17 LC o que obtuvieron provecho de los mismos o posean los bienes sujetos a restitución;
16. Forjar en el Reglamento en comento, mediante exigencia ilegal, una declaración de **responsabilidad solidaria**, responsabilidad que no corresponde, obviamente constituye un grave atentado al principio constitucional de presunción de inocencia (76,2 CRE) y adicionalmente a la disposición del art. 1527 CC que manda que la solidaridad solo puede surgir de la convención, el testamento o la ley (no por reglamento y menos por declaración ilegal impuesta por éste);

17. Mediante la norma reglamentaria transcrita en el #4, se viola las disposiciones legales de los arts. 143; 399 y 400 LC y las normas constitucionales de los arts. 76.2 presunción de inocencia; 132, #6 reserva legal;
18. Es imperioso recordar lo expuesto en el número 11 de este instrumento, esto es que la Ley de Compañías ha previsto en su art. 393, para el trámite común de disolución y liquidación, la necesidad de 3 publicaciones notificando a los acreedores para que presenten los documentos que acrediten su derecho, dándoles un plazo perentorio de 20 después de la última publicación, para que prueben la calidad de acreedores **y en caso de no hacerlo, solo se tomará en cuenta para efectos de la liquidación, a los que hayan acreditado la calidad de acreedores o a los que figuren en los registros contables de la compañía en liquidación, con la debida justificación.**- Es decir que, los acreedores que no se hubieren hecho presentes dentro de los 20 días de la última publicación o no consten considerados en la contabilidad, la liquidación para los efectos de pagos o distribución de superávit, si fuere del caso, **no deberá considerarlos como acreedores**, sin perjuicio de que éstos, puedan por vía judicial y dentro de los 5 años posteriores al último aviso a los acreedores demandar a los accionistas que hubieren recibido valores a cuenta del superávit, si lo hubiere, **pero sin que tal responsabilidad pueda tener el carácter de solidaria**, puesto que ésta, como está dicho, solo puede emanar de la convención (no de una declaración impuesta reglamentariamente) del testamento o de la ley;

CONCLUSIÓN

Las normas analizadas del Reglamento comentado violentan la autonomía de la voluntad, crean obligaciones más graves que las que establece la ley, violan los principios constitucionales de reserva legal; de presunción de inocencia; y la disposición legal del límite de la responsabilidad económica de los accionista de una compañía anónima, lo que ocasiona la ineficacia de las mismas y debe dar origen a su inmediata reforma.

Dr. Roberto Salgado Valdez

LA DEROGATORIA DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY DE
DEFENSA DE DERECHOS LABORALES (DESESTIMACIÓN
DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA O LEVANTAMIENTO DEL
VELO SOCIETARIO)

Contenido:

- I. Breves antecedentes sobre la desestimación de la personalidad jurídica*
- II. Desestimación de la personalidad jurídica en la legislación ecuatoriana*
- III. Conceptos sobre fraude a la ley, abuso del derecho y vías de hecho*
- IV. Acción judicial de inoponibilidad de la personalidad jurídica*
- V. Prohibición de orden, de examen general de libros de comercio, en caso de inoponibilidad de la personalidad jurídica (salvo casos expresamente determinados en la ley)*
- VI. Ley orgánica para la defensa de los derechos laborales*
- VII. Efectos de la derogatoria del artículo 1 de la Ley Orgánica para la defensa de los derechos laborales*

LA DEROGATORIA DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY DE DEFENSA DE DERECHOS LABORALES (DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA O LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO)

Dr. Roberto SalgadoValdez

I. BREVES ANTECEDENTES SOBRE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La actuación de la **Justicia**, a través de los jueces es fundamental en todos los aspectos jurídicos. El aplicarla constituye la defensa de los elementos nobles que sustentan al Derecho, como lo son **la buena fe, la moral pública, la equidad, la sinceridad, la autenticidad, la veracidad**, etc., de modo que en circunstancias en que ciertos sujetos buscan ampararse en un proceso de limitación patrimonial de responsabilidad, como ocurre con los socios de compañías de capital, aprovechándose de esta situación o abusando de ella para no responder con su patrimonio propio frente a terceros de buena fe, lo que corresponde a los ejecutores de la Justicia es proceder, en perfecta aplicación de ella, a levantar este velo societario a fin de que no se causen perjuicios a estos terceros de buena fe. Desde estos importantes y éticos puntos de vista cabe brevemente tratar sobre la "Desestimación de la personalidad jurídica" o "Corrimiento, levantamiento o develamiento del velo societario" que provienen de un abuso de la personalidad jurídica.

En el derecho angloamericano a esta doctrina se la ha denominado "Lifting of corporate veil" o "disregard of legal entity".

Antes de pasar a analizar brevemente lo que el derecho ecuatoriano señala con respecto a este tema hemos de manifestar que debe tomarse muy en consideración que nuestra legislación, en el artículo 1562 del Código Civil establece que *"los contratos **deben ejecutarse de buena fe**, y por consiguiente obligan, no solo 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"*. (Las negrillas son nuestras). De modo que la "**buena fe**" es un elemento fundamental en las obligaciones y se impone como deber de los contratantes en la ejecución de los contratos. Este aspecto es el que debe fundamentalmente tomarse en consideración, obviamente, por parte del juez, a fin de determinar si existen o no motivos para el levantamiento del velo societario.

La mala fe de los socios o accionistas, originaria o sobreviniente, es la que extiende su responsabilidad patrimonial personal frente a los acreedores de la Compañía. Esta es la imputación de la que nace su responsabilidad. No puede haber, en este caso, responsabilidad sin previa imputación.

Evidentemente estas actuaciones pueden presentarse no solo en **fraude de la ley** sino como **abuso de derecho**, para perjudicar a terceros.

II. DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

El artículo 17 de la Ley de Compañías establece, a partir del Decreto Legislativo de 15 de octubre de 1909, lo siguiente con respecto a la desestimación de la personalidad jurídica:

*“Por los fraudes, abusos, o vías de hecho que se cometan a nombre de Compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán **personal y solidariamente responsables**:*

- a) Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas puedan afectar;*
- b) Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,*
- c) Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución”.*

Históricamente la siguiente disposición legal que se refiere a la desestimación de la personalidad jurídica provino de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 797 de 26 de septiembre del 2012, Ley a la que posteriormente nos referiremos por tratarse del tema sustancial de este ensayo.

Realizada esta aclaración histórica cabe señalar que al artículo 17 de la Ley de Compañías, señalado anteriormente, prácticamente se le agregó un inciso, en base a lo señalado en el artículo 98 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil de 29 de

abril del 2014, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 249 de **20 de mayo del 2014**. Dicho inciso dice lo siguiente:

*“Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica **solamente** podrá declararse **judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la Compañía deducida ante un Juez de lo Civil y Mercantil del domicilio de la Compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica seguirá el trámite especial previsto en el Código de Procedimiento Civil**”.* (Las negrillas son nuestras). Este inciso solo es aplicable a partir del 20 de mayo del 2014.

En consecuencia, la disposición prevista en el artículo 17 de la Ley de Compañías, con su agregado, establece los sujetos de responsabilidad, en nuestro criterio, de toda índole, es decir civil, penal, laboral, tributaria, seguridad social, etc. en quienes cometan fraudes, abusos o vías de hecho y que lo hagan a nombre de una Compañía. Lo que resulta raro de la disposición legal es que se establezca una responsabilidad también para las personas naturales y para las jurídicas, que no sean Compañías, en iguales términos, en una disposición legal contenida dentro de la Ley de Compañías que obviamente solo trata sobre ellas.

Con seguridad lo que la norma jurídica establece es que las responsabilidades personales y solidarias corresponde

extenderlas **directamente a las personas naturales o jurídicas que actúen a nombre de Compañías** (Es decir a quienes ordenaren o ejecutaren actos fraudulentos, abusos o vías de hecho, o que obtuvieren provecho hasta lo que valga éste y los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución) y cuando, a través de ellas, ya sea en calidad de administradores o socios de otras personas jurídicas, o por cualquier otra posibilidad, a través de una Compañía, cometan esos actos reñidos con la Ley, en perjuicio de terceros de buena fe.

Este artículo es aplicable al caso de aquellos socios y accionistas que utilizaren como simple figura jurídica a la “Compañía”, para eliminar su responsabilidad personal frente a sus acreedores, cometiendo fraude en contra de ellos. La disposición es aplicable solo para los socios o accionistas e inclusive para los administradores que tengan responsabilidad.

La inoponibilidad de la personalidad jurídica **sola-mente** podrá declararse **judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la Compañía deducida ante un Juez de lo Civil y Mercantil** del domicilio de la Compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. **La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica** deberá atenerse al **trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Proceso** ya que el Código de Procedimiento Civil fue derogado.

Efectivamente al Código de Procedimiento Civil se le agregó, a continuación del artículo 412, seis nuevos artículos con referencia específica al “Proceso de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, lo que ocurrió a través del artículo 155 de la Ley Orgánica de Optimización del Sector Societario y Bursátil (Suplemento del R. O. 249 de 20 de mayo del 2014) pero dichos artículos permanecieron en vigencia solamente hasta el 22 de mayo del 2015 en que en el Suplemento del Registro Oficial 506 el Código de Procedimiento Civil fue derogada por la Disposición Derogatoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, a cuya normativa hoy debe atenderse el ejercicio judicial de la correspondiente acción judicial.

III. CONCEPTOS SOBRE FRAUDE A LA LEY, ABUSO DEL DERECHO Y VÍAS DE HECHO

Vamos, brevemente, a consignar conceptos referentes a fraudes a la Ley, abuso del derecho y vías de hecho a los que se refiere el artículo 17 de la Ley de Compañías, en los siguientes términos:

a) **Abuso del derecho**

El artículo 36 del Código Civil, reformado por el artículo 7 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales (Segundo Suplemento del Registro Oficial 797, de 26 de septiembre del 2012) dispone, con respecto al “**abuso del derecho**” que:

*“Constituye **abuso del derecho** cuando su titular excede **irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites**, de tal suerte que se **perviertan** o se*

desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico" (las negrillas son mías).

Existe tal abuso del derecho, tratándose de Compañías, cuando sus **accionistas o administradores**, realizan actos u omisiones que afectan los derechos de terceros, sustentándose en la personalidad jurídica de la Compañía; es decir, en otros términos, sustentándose en su limitación de responsabilidad frente a los actos de la Compañía, desviando deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico.

b) Fraude a la Ley

En lo que concierne al fraude, es muy importante destacar que "Los actos **"contrarios a la ley"** no pueden confundirse con los realizados **"en fraude de la ley"**. Existe **"fraude de la Ley"** cuando la voluntad del particular, respetando aparentemente la ley, la viola; lo cual ocurre cuando una persona se comporta de modo que el negocio, respetando la letra de la ley, llega a violarla en su espíritu. Como nos aclara Arturo Alessandri Besa:

"El acto es contrario a la ley, cuando la voluntad del particular directa y abiertamente se enfrenta con la voluntad de la ley; y es en fraude de la ley cuando la voluntad del particular, respetándola aparentemente, la viola; lo cual ocurre cuando una persona se comporta de modo que el negocio, respetando la letra de la ley, llega a violarla en su espíritu [...] En resumen los actos cometidos en fraude a la ley solo son nulos cuando chocan objetivamente con alguna norma imperativa o prohibitiva; la intención de los contratantes no tiene efecto sobre

*la nulidad o validez del acto en relación con la norma de prohibición, pues el acto es reputado nulo o válido según su aspecto objetivo, según su letra, **y no según su espíritu**". (La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, páginas 129-131) (Las negrillas son mías).*

c) Vías de hecho

Hemos señalado anteriormente que la desestimación de la personalidad jurídica es una decisión judicial especial, que puede ser adoptada cuando se haya evidenciado el abuso del derecho o fraude a la ley pero, en la legislación ecuatoriana, existe una tercera posibilidad —a la que no se refieren las legislaciones extranjeras— y es la de las “vías de hecho”.

Se entiende por “vías de hecho” los caminos y procedimientos que adopta una Compañía sin atenerse a los caminos y procedimientos que establecen las leyes o los contratos. Resulta obvio que, a contrario sensu, son vías de derecho aquellos caminos o procedimientos que se establecen en las leyes o en los contratos.

Obviamente el mero hecho de un incumplimiento contractual no constituye una vía de hecho porque ello implicaría que como regla general debería levantarse el velo societario. No. Cabría tal levantamiento solo en el caso de que el incumplimiento esté acompañado de mala fe manifiesta para burlar una ley o un contrato para perjudicar a terceros.

IV. ACCIÓN JUDICIAL DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La Compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios.

Sin embargo, a partir del 20 de mayo del 2014, en que en el Suplemento del Registro Oficial 249 de 20 de mayo del 2014 se publicó la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, según el artículo 144 de dicha Ley —que añadió la Disposición General Tercera de la Ley de Compañías—, esa distinción no tiene lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la Compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. Lo antedicho se extiende a todas las modificaciones al contrato social referidas en el artículo 33 de la Ley de Compañías y a cualquier actividad de la Compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros.

En consecuencia solo el Juez de lo Civil —dotado de jurisdicción— puede declarar la inoponibilidad de la persona jurídica tanto tratándose del acto de constitución de la Compañía como de cualquier otro acto societario de los previstos en el artículo 33 de la Ley de Compañías.

Los perjuicios sufridos por cualquier abuso de la personalidad jurídica de la Compañía, en los términos

previstos anteriormente, **se imputarán directa y personalmente a la persona o personas que se hubieren aprovechado o se estuvieren aprovechando de la simulación o del fraude a la ley, o de cualquier otro medio semejante, para ocultar o encubrir su interés o participación en la Compañía o en su patrimonio, o en los actos o contratos que hubieren ocasionado o estuvieren ocasionando los perjuicios supradichos.** (Incisos primero, segundo y tercero de la Disposición General Tercera de la Ley de Compañías añadido por el artículo 144 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil).

Así, para efectos de mejor comprensión, cabe señalar que mientras no se introducían las reformas en la Ley de Compañías y en el Código de Procedimiento Civil, en ninguna disposición legal anterior se señalaba que la desestimación de la personalidad jurídica solo podía realizarse con respecto a los socios o accionistas que evidentemente fueren responsables para tal desestimación y no para aquello que no lo fueren. Hoy, con las reformas introducidas, ellas, en forma expresa se refieren a una desestimación de la personalidad jurídica pero **solo con respecto a los socios que fueren responsables y no a todos**. Hemos utilizado término "expresa" por cuanto, en nuestro criterio, inclusive antes de la introducción de dichas reformas, en base al anterior texto que tenía el artículo 17 de la Ley de Compañías, ello surgía de la naturaleza de lo jurídico y de lo justo. Ni siquiera en el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales así se lo decía. Nadie puede ser sancionado por un acto u omisión de las que no es responsable.

Con la aclaración señalada anteriormente cabe mencionar que en general, por los fraudes, simulaciones, abusos o vías de hecho que se cometan en perjuicio de terceros, a nombre de una Compañía o valiéndose de ella, serán **personal y solidariamente responsables, además de los señalados con anterioridad, quienes los hubieren ordenado o ejecutado**. También serán personalmente responsables **los tenedores de los bienes respectivos, para efectos de su restitución**, salvo los que hubieren actuado de buena fe. (Inciso quinto de la Disposición General Tercera de la Ley de Compañías añadido por el artículo 144 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil).

Es decir que serán solidaria y personalmente responsables también los **administradores** que son los ejecutores (a menos, en nuestro criterio, que hubieren dejado constancia de su oposición en los términos establecidos en el artículo 264 de la Ley de Compañías).

Lo dicho significa que **antes del 20 de mayo del 2014**, la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica podía demandarse en juicio ordinario (como pretensión accesorio), para lo cual debía demandarse también a los accionistas o a quienes se consideraran responsables. **Desde el 20 de mayo del 2014** tal acción, en jurisdicción ordinaria, solo podía demandarse en juicio siguiendo el trámite especial previsto en el artículo 17, reformado de la Ley de Compañías y en la Disposición General Tercera de dicha Ley, por cuanto el inciso agregado al referido artículo 17 de la Ley de Compañías establecía que la acción **solo** puede presentarse en el caso de juicio por colusión o mediante juicio especial de inoponibilidad de la

personalidad jurídica ante un Juez de lo Civil y Mercantil del domicilio de la Compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor.

Recordemos que el artículo 17, inciso final, de la Ley de Compañías dice:

“Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la Ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección actor. La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica seguirá el trámite especial previsto en el Código de Procedimiento Civil”.

Pero dicho Código fue totalmente derogado.

En consecuencia, para efectos de desestimación de la personalidad jurídica, la misma debía ser declarada, en jurisdicción ordinaria, **desde el 20 de mayo del 2014** (ante la Corte Superior de Justicia aplicando las normas de la Ley de Compañías y del Código de Procedimiento Civil), exclusivamente por un Juez de lo Civil, **desde el 21 de mayo del 2015**, solo ante un Juez de lo Civil (aplicando las normas de la Ley de Compañías y del Código General de Procesos que derogó al Código de Procedimiento Civil); es decir:

- a) Como una de las pretensiones —accesorias— en un juicio por **colusión**, previsto en el artículo 290 del Código General de Procesos:

“Las acciones colusorias se tramitarán en procedimiento ordinario. Entre otras, las que priven del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble o de otros derechos que legalmente pertenecen a un tercero.

Quedará sin efecto la conducta colusoria, anulando el o los actos, convenciones y contratos que estén afectados por ella y se repararán los daños y perjuicios ocasionados, restituyendo al perjudicado la posesión o tenencia de los bienes de que se trate o el goce del derecho respectivo y reponiendo las cosas al estado anterior de la conducta colusoria”; o,

- b) Mediante el ejercicio de la acción directa **de inoponibilidad de la personalidad jurídica** siguiendo el trámite previsto en el último inciso del artículo 17 y en la Disposición General Tercera de la Ley de Compañías, añadida por el artículo 144 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del sector Societario y Bursátil.

La referida Disposición General Tercera de la Ley de Compañías dice:

“TERCERA: La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios.

Sin embargo, esa distinción no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia

o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley; o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. Lo antedicho se extenderá a todas las modificaciones al contrato social referidas en el Art. 33 y a cualquier actividad de la compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros.

Los perjuicios sufridos por cualquier abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos previstos en el inciso anterior, se imputarán directa y personalmente a la persona o personas que se hubieren aprovechado o se estuvieren aprovechando de la simulación o del fraude a la ley, o de cualquier otro medio semejante, para ocultar o encubrir su interés o participación en la compañía o en su patrimonio, o en los actos o contratos que hubieren ocasionado o estuvieren ocasionando los perjuicios supradichos.

En la sentencia en que se declare la inexistencia de la distinción a que se refiere el primer inciso, es decir, en que se declare la inoponibilidad de la personalidad jurídica se dispondrá que, de ser posible, las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la simulación, del fraude a la ley o de cualquier otra vía de hecho semejante, y que los responsables de los perjuicios respondan personal y solidariamente por éstos, mediante la correspondiente indemnización; pero en todo caso se respetarán y no podrán afectarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

En general, por los fraudes, simulaciones, abusos o vías de hecho que se cometen en perjuicio de terceros, a nombre de una compañía o valiéndose de ella, serán personal y solidariamente responsables, además de los señalados con anterioridad en este artículo, quienes los hubieren ordenado o

ejecutado. También serán personalmente responsables los tenedores de los bienes respectivos, para efectos de su restitución, salvo los que hubieren actuado de buena fe”.

En cuanto a “quienes los hubieren ordenado o *ejecutado*”, serán responsables los **directores o miembros del consejo de administración** que hubieren votado a favor de la decisión y/o **los accionistas o socios** que hubieren votado a favor de la decisión en las juntas generales. Creemos que quienes se abstuvieron, al no haber votado a favor, por más que esos votos se sumen a la mayoría, no serán responsables.

En consecuencia, no son solidariamente responsables los socios, accionistas o directores que hubieren votado en contra o se hubieren abstenido. Esto es muy importante ya que lo contrario sería notoriamente injusto, ilegal e ilegítimo.

V. PROHIBICIÓN DE ORDEN, DE EXAMEN GENERAL DE LIBROS DE COMERCIO, EN CASO DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA (SALVO CASOS EXPRESAMENTE DETERMINADOS EN LA LEY)

En los procesos judiciales señalados, salvo los casos expresamente determinados en la Ley, no podrán ordenarse de oficio, ni a instancia de parte, la manifestación y **examen general de los libros de comercio**, entre otros casos, en los de demanda por indicios de **abuso de la personalidad jurídica** de Compañías o de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, en perjuicio de terceros, en

los términos del artículo 17 de la Ley de Compañías y del artículo 66 de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, dice el artículo 54 del Código de Comercio, al que se le añadió el texto señalado en el artículo 95 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil.

VI. LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES

Todos los anteriores comentarios nos llevan a tratar sobre la figura de la desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica en las Compañías dentro de los términos previstos en la Ley Orgánica para la defensa de los derechos laborales, constante en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 797 de 26 de septiembre del 2012, cuyo artículo 1, en su primer inciso, fue ligeramente sustituido por la Disposición Reformatoria Décimo Novena del Código General de Procesos (Suplemento del Registro Oficial 506 de 22 de mayo del 2015).

Con estas referencias, lo primero que hay que decir con respecto a esta Ley es que contiene disposiciones anteriores a las que se introdujeron posteriormente en la Ley de Compañías y el Código de Procedimiento Civil por la expedición de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil (Suplemento del Registro Oficial 249 de 20 de mayo del 2014), lo cual es muy importante destacar. De modo que mientras no existía esta última normativa introducida en la Ley de Compañías y el Código de Procedimiento Civil, dicha Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, debía aplicarse prácticamente, solo en base a su artículo 1 que

cía:

“Artículo 1.- Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de **personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliadas en el Ecuador.**

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán **motivadamente**, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros exista indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.

Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden”. (Las negrillas son nuestras).

De lo señalado en el presente artículo se obtienen las siguientes conclusiones:

- a) **Solo las instituciones del Estado que por Ley tienen jurisdicción coactiva y las autoridades**

de trabajo o los jueces de trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, se encontraban legitimados para actuar en los términos establecidos en dicha Ley, con el objeto de hacer efectivo el cobro de las acreencias

Una garantía fundamental desarrollada en la Constitución es la de "El debido proceso", lo cual implicaba que los sujetos legitimados para actuar en los términos establecidos en la referida Ley, debían ceñir sus actuaciones a lo previsto en dicha Constitución y consecuentemente en dicha Ley. Eso no ocurrió y la razón fundamental estriba en que los "jueces" de coactivas en realidad no tienen tal calidad de jueces ni ejercen jurisdicción por lo que, por obvias razones, constituyen más bien la parte actora en el proceso coactivo, convirtiéndose en simples empleados de recaudación (su objetivo es simplemente cobrar, lo que les quita la imparcialidad tan necesaria y consustancial con la calidad de juez). En estas circunstancias, por cumplir su objetivo —que no los exime de responsabilidad— los recaudadores no se atrevieron, como correspondía, a cumplir con un debido proceso incumpliendo, de esta manera, con las claras normas previstas en la Ley especial y se convirtieron, sin rubor alguno, en "juez y parte" llegando, en algunos casos, inclusive a verdaderas extorsiones disfrazadas de vicios de legalidad. Lo mismo puede decirse con respecto a las autoridades de trabajo y a los jueces de trabajo.

- b) Los recaudadores podían utilizar el mecanismo establecido en esta Ley solo subsidiariamente, esto es solo en el caso de que no se hubiere podido cobrar total o parcialmente al deudor y obligado principal, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario**

Sí. La Ley, con toda claridad, establecía que las acciones solo podían ejercerse subsidiariamente, es decir que debía agotarse previamente la acción de cobro en contra del obligado principal ya que los deudores subsidiarios, gozan de los beneficios de orden y excusión previstos en los artículos 2258 y 2259 del Código Civil. Esa subsidiaridad no fue respetada y, muy mal, fue convertida arbitrariamente en "solidaridad".

- c) En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica) y, por tanto, en especial tratándose de sociedades o compañías, podía, para efectos de la cobranza, llegarse hasta el último nivel de propiedad, que debía recaer siempre sobre personas naturales, quienes respondían con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliadas en el Ecuador. Dicho en otras palabras, se incluía a los accionistas o socios de la compañía deudora como responsables con sus personales patrimonios**

Es importantísimo destacar que para poder actuar en la forma prevista en esta Ley en contra de las personas jurídicas, necesariamente, de acuerdo a lo que conste en el proceso, debía probarse que

las mismas habían sido “usadas para defraudar” y, para el efecto, motivadamente, debía así determinarse. Nunca se lo hizo e irrespetándose los efectos de lo que constituye un “deudor subsidiario”, en forma directa se emitieron en su contra órdenes de pago —en algunos casos y, en otros, ni siquiera eso— conminándoseles al pago. Concretamente se lo hizo contra todos los socios y accionistas de las compañías deudoras y por el total de la deuda y ni siquiera con respecto proporcional al número de acciones o participaciones que poseían en el capital social de dichas empresas. Tales son los casos conocidos de SAETA y de EDIMPRESS (Diario Hoy), en que las notificaciones se realizaron inclusive en base a simples correos electrónicos, haciéndoles conocer que se habían ejecutado medidas precautorias graves.

d) Las medidas cautelares o precautorias podían disponerse en contra del deudor principal o de las personas señaladas anteriormente

Así, sin un debido proceso y con evidentes violaciones al espíritu y letra de la Ley especial, prevalecidos de su “jurisdicción”, en forma indiscriminada, se pusieron medidas cautelares en contra de los bienes y del libre tránsito de los ciudadanos —con prohibiciones de salida del país— a ciudadanos honestos constituidos, por meras presunciones, como supuestos defraudadores por el mero hecho de haber realizado aportaciones en empresas, en circunstancias que lo hicieron inclusive cuando ni siquiera esta Ley especial se encontraba

vigente, porque entendieron —como no puede ser de otra manera— que hicieron tal aportación porque las leyes garantizaban la limitación de su responsabilidad frente a terceros solo hasta el monto de dichos aportes.

- e) Para adoptar las medidas precautelares con respecto a los bienes que estando a nombre de terceros existían indicios, de público conocimiento, que eran de propiedad de los referidos sujetos, indicios que se desprendían de lo que constaba en el proceso, en forma motivada podía ordenárselas, siempre y cuando el obligado principal no cumpliera su obligación, es decir, subsidiariamente**

Lo dicho en el literal d) anterior se aplica también para comentar que la Ley especial estableció que las medidas precautelares podían ser adoptadas, respetando la “subsidiaridad”, con respecto a los bienes de terceros, siempre y cuando motivadamente se hubiera demostrado que eran de propiedad de los deudores principales. Igualmente, sin un debido proceso y con evidentes violaciones al espíritu y letra de la Ley especial, se pusieron medidas precautelares en contra de estos terceros, sin motivación jurídica alguna.

Lo brevemente señalado que constituyó, sin duda, históricamente uno de los mayores abusos que el Estado haya cometido en contra de los ciudadanos, desechando abiertamente las garantías constitucionales, en especial las del debido proceso, puso al país en una situación de absoluta desconfianza, de modo que resultó obvio

fundamentalmente que la inversión extranjera —siempre escasa en nuestro país— bajó a niveles alarmantes y lógicos. Por supuesto la inversión nacional también declinó frente a semejante “espada de Damocles”.

Por eso, todo aquello que va contra la lógica jurídica y que hace un daño esencialmente económico al país y a las personas, y sobre todo, dentro del ejercicio de una auténtica democracia, el abuso debía terminar y así lo entendieron las nuevas autoridades del país y procedieron a derogar el artículo 1 de esta Ley, a través del artículo 46 de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial 309 del martes 21 de agosto del 2018, dejando en vigencia, por cierto, las normas jurídicas sobre desestimación de la personalidad jurídica establecidas en el artículo 17 y en la Disposición General Tercera de la Ley de Compañías.

Resultó determinante e imperiosa la referida derogatoria porque, solo así, podía comprenderse la expedición de una Ley para incentivar y desarrollar el fomento productivo, para atraer las inversiones que puedan generar empleo que, sumados, concedan una estabilidad y un equilibrio fiscal. Por eso en el Considerando Vigésimo Cuarto de la referida Ley se dejó constancia:

“Que, es necesario reconocer que el fomento a la inversión privada es uno de los ejes transversales de la política pública, que permite identificar fuentes de recursos y definir el uso de los mismos a favor de los intereses del Estado y de la ciudadanía;

Y en el Considerando Trigésimo también se dejó constancia:

“Que, el proyecto de ley busca dinamizar la economía, fomentar la inversión y el empleo, así como la sostenibilidad fiscal de largo plazo, a través de un ajuste en el marco jurídico que rige la actividad económica, financiera y productiva en el país, a fin de garantizar la certidumbre y seguridad jurídica, como mecanismo para propiciar la generación de inversiones, empleo e incremento de la competitividad del sector productivo del país”.

VII. EFECTOS DE LA DEROGATORIA DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES

El artículo 46 de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal derogó totalmente el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, en los siguientes términos:

“Artículo 46.- Elimínese el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales”.

La referida Ley se publicó en el Suplemento del Registro Oficial 309 de 21 de agosto del 2018, fecha trascendente e importante para estos fines y para los efectos correspondientes ya que, a partir de entonces, la derogatoria tuvo plenos efectos.

Como, de acuerdo al artículo 7 del Código Civil *“La Ley no dispone sino para lo venidero: No tiene efecto*

retroactivo...”, todas las instituciones del Estado que por Ley tienen jurisdicción coactiva, ni las autoridades o los jueces de trabajo pueden utilizar ahora los elementos contenidos en dicho artículo 1, para hacer efectivo el cobro de las acreencias ni el ejercicio subsidiario en contra de todos los obligados por Ley, ni en el caso de personas jurídicas usadas para defraudar, para poder llegar hasta el último nivel de propiedad que debía recaer siempre sobre personas naturales, quienes debían responder con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. Lo mismo se dice con respecto a las medidas precautelatorias que ya, en base a esta disposición legal derogada, no pueden ser adoptadas por los recaudadores fiscales de dichas instituciones del Estado ni tampoco por las autoridades de trabajo o los jueces de trabajo. Este asunto es absolutamente claro.

Sin embargo se presentan, obviamente, algunas inquietudes, tomando en consideración que con seguridad existen procesos coactivos en curso, instaurados anteriormente de conformidad con lo dispuesto en el ahora artículo derogado. ¿Qué pasa con ellos? ¿Deben continuar en cuanto se refiere a los deudores “subsidiarios” y en cuanto a las medidas precautelatorias dictadas en su contra? ¿Deben levantárselas? ¿Los agentes recaudadores de las instituciones del Estado ya no pueden para el futuro ejercer acciones con respecto a la desestimación de la personalidad jurídica y proceder al levantamiento del velo societario, cuando así corresponda? Brevemente vamos a dar adecuada respuesta, desde nuestro punto de vista, con respecto a estas inquietudes.

1. ¿Deben continuar los juicios en contra de los deudores “subsidiarios” y mantenerse las medidas precautelatorias dictadas en su contra?

Si se toma en consideración que la derogatoria del artículo 1 de la Ley para la Defensa de los Derechos Laborales tuvo efecto el 21 de agosto del 2018 y que la Ley no tiene efectos retroactivos, ello significaría que tal derogatoria no afectó el ejercicio ni el desarrollo de dichos procesos.

Justamente, para despejar esta inquietud es que la Quinta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal estableció:

“A partir de la vigencia de la presente Ley, no podrán iniciarse acciones de cobro en virtud del artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Aquellos procesos coactivos en los que se hubieren realizado acciones de cobro amparados en la mencionada disposición, previo a la entrada en vigencia de la presente Ley, deberán finalizar en aplicación de la misma”.

En nuestro criterio esta disposición transitoria no es definitivamente clara: ¿Acaso dispone que los procesos coactivos que se iniciaron antes de la derogatoria del artículo 1 de la mencionada Ley deben continuar adelante manteniéndose las acciones de cobro amparadas en la mencionada disposición, que en ese entonces se encontraba en vigencia, debiendo continuar dichos procesos hasta

el final con aplicación de dicha norma jurídica o acaso dispone que esos procesos iniciados con anterioridad a la derogatoria de la norma deberán finalizarse pero aplicando lo que corresponde, esto es en base a su derogatoria, dejando libres a los deudores subsidiarios y revocando las medidas precautorias dictadas en contra de ellos?

El artículo 18 del Código Civil en su numeral 1 establece que "Cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella mismo, o en la historia fidedigna de su establecimiento". En consecuencia, si la Disposición Transitoria Quinta no fuera clara —si alguien así lo pensara— habría que recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella mismo y también, por cierto, a la historia fidedigna de su establecimiento, que ya quedó señalada en los inicios de este ensayo.

Cuando tratamos sobre los breves antecedentes por los cuales nació la figura de la "desestimación de la personalidad jurídica" o "levantamiento o develamiento del velo societario" señalamos que el artículo 1562 de nuestro Código Civil establece que "los contratos deben ejecutarse de **buena fe**" y que este aspecto es el que debe fundamentalmente tomarse en consideración por parte del juez, a fin de determinar si existen o no motivos para el levantamiento de un velo societario ya que, la actuación contraria, es decir con mala fe por parte

de socios o accionistas, tratándose de compañías, mala fe originaria o sobreviniente, extiende su responsabilidad patrimonial personal frente a los acreedores de la compañía. Esta es la imputación de la que nace su responsabilidad. No puede haber responsabilidad sin previa imputación y estas actuaciones pueden presentarse no solo en fraude de la Ley sino como abuso de derecho e inclusive por ciertas vías de hecho. En otras palabras —esta es nuestra concepción— la actuación judicial, la aplicación del Derecho, debe basarse fundamentalmente en el principio de Justicia.

Efectivamente la historia fidedigna de la Ley también constituye un elemento a ser tomado en cuenta: Se la dictó, en su momento, discriminadamente, en favor de las instituciones del Estado que por Ley tienen jurisdicción coactiva y de las autoridades de trabajo y jueces del trabajo. Cabe recordar también que, en cuanto a personas jurídicas, solo en aquellas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podía llegar hasta el último nivel de propiedad que recaería siempre sobre personas naturales. Se ha comentado también, en varios foros e importantes publicaciones —esencialmente de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario en la Revista número 10— la serie de abusos que se cometieron ya que, lo que constituía una excepción, fue utilizada como regla general causando graves perjuicios a ciudadanos inocentes a quienes se imputó, por el mero hecho de ser socios o accionistas, prácticamente calificativos de “abusivos” y de “defraudadores”.

La derogatoria del artículo 1 de la mencionada Ley constituye historia fidedigna de ella y tiene como fundamento, sin duda, el restablecimiento de bases de Justicia de modo que no pueda continuar actuándose en la forma lesiva en que se lo hizo. Si así es, tampoco cabe duda, que si bien la derogatoria tiene efectos hacia el futuro no es menos cierto que su espíritu y letra es el evitar la continuación de la ejecución de esos abusos, por lo que no puede consagrar jamás que aquellos que se cometieron en el pasado queden indemnes, en perjuicio de personas inocentes, ya que eso significaría no actuar con justicia y realizar una apología del abuso permanente en contra de la ley.

Por consiguiente, para definir esta situación, somos de la opinión, basándonos en esa **Justicia**, que la Disposición Transitoria Quinta a la que nos estamos refiriendo no puede menos que interpretarse en el sentido de que tratándose de aquellos procesos coactivos iniciados con anterioridad a la derogatoria del artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, deben finalizar con respecto a aquellos socios o accionistas a los que se haya constituido injusta e ilegalmente en víctimas de medidas precautelatorias, debiendo ordenarse, de inmediato, y hasta de oficio, su cancelación. Por cierto, no escapa a nuestro criterio la situación distinta y claramente determinada en el artículo 1 de la tantas veces referida Ley en el sentido de que si en esos procesos existiere ya fehacientemente la prueba de que las compañías fueron usadas para defraudar —dentro de un debido proceso— deberá

continuarse adelante con el desarrollo procesal hasta concluir en sentencia. Para el efecto los recaudadores y autoridades y jueces del trabajo deberán haber motivado dentro del proceso, con toda claridad, las razones por las cuales consideraron que las compañías habían sido usadas para defraudar, es decir, aplicando correctamente lo que establecía la Ley. Ya no podrían hacerlo actualmente.

No tiene ningún sentido de Justicia el que se mantengan medidas precautorias dentro de los procesos instaurados si se encuentra claramente demostrado de que dentro de ellos no ha podido evidenciarse que las compañías hayan sido usadas para defraudar. Eso sería simplemente actuar en contra de la justicia y, de ser el caso, encontramos plenamente justificado que si no existiera ya una consistente motivación, los perjudicados puedan iniciar las acciones correspondientes en contra de los agentes y autoridades que continuaren procediendo en forma injusta en su contra.

2. ¿Los agentes recaudadores de las instituciones del Estado ya no pueden en el futuro proceder a la desestimación de la personalidad jurídica y, por tanto, al levantamiento del velo societario?

Es importante aclarar que la derogatoria del artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales no implica, en modo alguno que, para el futuro, los recaudadores, a través de la legitimación por parte de los personeros de las instituciones del Estado que corresponda, se encuentren imposibilitados de obtener la desesti-

mación de una personalidad jurídica o de que se levante un velo societario. Sí pueden obtenerlo — obviamente, no en base al derogado artículo— de conformidad con lo establecido en las normas de la Ley de Compañías, esto es en base al inicio de la acción judicial de inoponibilidad de la personalidad jurídica, ante un Juez de lo Civil prevista en el artículo 17 y en la Disposición General Tercera de la Ley de Compañías.

Demás está señalar, por cierto que, con mayor razón por tratarse de una acción judicial, deberá probarse que el contrato social fue celebrado para violar la Ley, el orden público o la buena fe, para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la Ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. Lo señalado anteriormente se extiende a todas las modificaciones al contrato social referidas en el artículo 33 de la Ley de Compañías y a cualquier actividad de la compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros.

En cuanto se refiere a la actuación de las autoridades y jueces del trabajo, somos de la opinión de que por tener jurisdicción y atribuciones muy especiales, no podrían intentar esta acción judicial, pero sí podrían hacerlo las personas involucradas en los temas laborales, en defensa de sus derechos.

Abg. Miguel Martínez Dávalos

SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA LEY DE COMPAÑÍAS
EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y SU ÍNTIMA RELACIÓN
CON LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

Contenido:

- I. Introducción*
- II. La creación de la Intendencia de Compañías anónimas*
- III. La reforma a la Ley de Compañías*
- IV. La creación de la Superintendencia de Compañías*
- V. Las normas para el funcionamiento de la Superintendencia de Compañías*
- VI. Las cuatro codificaciones de la Ley de Compañías*
- VII. Las reformas posteriores*
- VIII. Epílogo*



SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA LEY DE COMPAÑÍAS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y SU ÍNTIMA RELACIÓN CON LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

Abg. Miguel Martínez Dávalos

I. INTRODUCCIÓN

En una línea de armonía con las demás instituciones del sector público del cual forma parte, la Superintendencia de Compañías ha respondido manteniendo una ejemplar línea de continuidad histórica, como organismo idóneo de control superior del Estado ecuatoriano respecto a las sociedades mercantiles en todo el territorio nacional.

Tal coherencia y continuidad histórica se deben indudablemente a que la institución misma se mantuvo en el pasado, se mantiene en el presente y a no dudarlo se mantendrá en el futuro, fiel al espíritu que le insufló vida.

Las finalidades que inspiraron hace más de medio siglo la creación de esta institución bien pueden resumirse en cuatro aspectos básicos:

- Precautelar los intereses de los accionistas, evitando los fraudes que puedan producirse en la marcha de las sociedades.
- Estimular el desarrollo de las sociedades anónimas llamadas a satisfacer grandes propósitos

de carácter económico-social, dando confianza y seguridad al aglutinamiento de los capitales.

- Controlar eficazmente la organización y funcionamiento de las sociedades anónimas, para convertirlas en un poderoso atractivo para la inversión nacional y extranjera.
- Ser un instrumento eficaz para la promoción del mercado de valores.

Hoy marcando un nuevo rumbo institucional acorde con el carácter de una sociedad moderna, competitiva y dinámica, en un escenario global cada vez mas universal y diversificado, la institución orienta la potestad que le ha confiado el Estado para estimular y al propio tiempo regular la actividad productiva de los sectores privado y mixto de la economía, aplicando la ley con imparcialidad y eficacia, en búsqueda conjunta y armónica de la promoción y desarrollo de la empresa, en un marco de transparencia, ética y eficiencia.

En estos últimos años el desarrollo empresarial y el propio derecho corporativo, así como el marco constitucional y legislativo han propuesto la necesidad de modificar las normas de vigilancia y control societario, tanto en referencia a la Ley de Compañías, como a la del Mercado de Valores y en el ámbito de los Seguros, tal esquema hizo exigible una nueva estructura orgánica y de gestión organizacional por procesos.

La denominación de la misma institución hubo de variar por la de SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS. (La Disposición General Décimo Segunda

de la Ley de Compañías sustituyó la denominación por Superintendencia de Compañías y Valores; posteriormente la Disposición Reformatoria Primera No. 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero cambia su denominación por Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.332 del 12 de septiembre del 2014)

Por ello, juzgué necesario referirme en este breve esquema a los orígenes de la institución y a su íntima conexión con la Ley de Compañías —nieta del venerable Código Civil— que nació con su advenimiento al escenario legislativo y jurídico de la República, sus codificaciones y las reformas y actualizaciones de su normatividad, para que guarde armonía con la exigencia de los tiempos.

II. LA CREACIÓN DE LA INTENDENCIA DE COMPAÑÍAS ANÓNIMAS

En virtud de la Primera Disposición Transitoria constante en la Ley dictada mediante Decreto Supremo No.142 de 27 de enero de 1964, promulgada en el Registro Oficial No.181 del 15 de febrero del mismo año, que entró en vigencia **el 17 de marzo siguiente, fue creada la Intendencia de Compañías Anónimas como un Departamento dependiente de la Superintendencia de Bancos**, entre cuyas funciones constaban el control, fiscalización y vigilancia de las compañías anónimas y en comandita por acciones domiciliadas en el Ecuador, sean éstas Nacionales o Extranjeras, hasta que sea creada la Superintendencia de Compañías Anónimas. Con posterioridad dichas funciones comprendieron a las

sucursales de compañías extranjeras y a las compañías de economía mixta. Hasta ese entonces el control y vigilancia había estado a cargo de los jueces provinciales.

El 20 de abril de 1964 comenzó a funcionar la Intendencia de Compañías Anónimas y como era un Departamento adscrito a la Superintendencia de Bancos, se iniciaron sus labores en el edificio de esa Institución en Quito; su organización se extendió a los meses de mayo y junio de dicho año; seleccionándose a las personas más calificadas para ocupar los diferentes puestos de los tres Departamentos en que fue dividida dicha Intendencia de Compañías Anónimas:

- Departamento Legal;
- Departamento de Inspección, Análisis de Balances y Estadística; y,
- Departamento Administrativo.

Fue nombrado como primer Intendente de Compañías Anónimas el doctor René Bustamante Muñoz a quién le correspondió la organización Institucional, y el escogimiento del personal que habría de desempeñar las funciones en esta Oficina. Para tal efecto, se creó la Subintendencia de Compañías Anónimas, procediendo a nombrar para el cargo de Subintendente de Compañías de Guayaquil, al doctor Ramón Vela Cobos, hecho que acaeció en agosto de 1964.

El 14 de septiembre del año precitado, se organizó la Oficina en Guayaquil con la denominación de Subintendencia de Compañías Anónimas, la misma que

luego pasó a constituir lo que hoy es la Intendencia de Compañías de Guayaquil.

II.1. La primera Ley de Compañías

La **primera Ley de Compañías** a que nos hemos referido en el número anterior y que fue dictada mediante Decreto Supremo No.142 de 27 de enero de 1964, promulgada en el Registro Oficial No.181 del 15 de febrero del mismo año, entró en vigencia treinta días después, esto es el 17 de marzo siguiente, además de la **creación de la Intendencia de Compañías Anónimas**, dispuesta en la Primera de sus Disposiciones Transitorias, hasta que se cree la Superintendencia de Compañías Anónimas, el precitado texto legal trajo las siguientes novedades:

- Legisló con mejor orden y detalle sobre las Compañías Mercantiles.
- Creó dos nuevas especies de compañías mercantiles: las de Responsabilidad Limitada y las de Economía Mixta.
- Se restituyó a la Compañía Anónima la facultad de emitir "obligaciones".
- Se estableció para dicha compañía el número mínimo de cinco accionistas.
- Se definió la constitución "simultánea" y la "sucesiva".
- Se crearon las acciones "preferidas".
- Se amplió y mejoró la normativa que ya existía en el Código de Comercio para la domiciliación

en el Ecuador de las agencias de las “compañías extranjeras”.

- Se institucionalizaron oficialmente la “transformación” y la “fusión” de las compañías de comercio.
- Se obligó que los nombramientos de los administradores de las compañías anónimas sean inscritos en el Registro Mercantil y creó el “acta de posesión” del administrador para las compañías de responsabilidad limitada, con la obligación de igualmente inscribirlas en el Registro Mercantil.

III. LA REFORMA A LA LEY DE COMPAÑÍAS

Por el Decreto Supremo 766 del 8 de marzo de 1965, que entró en vigencia desde la fecha de su publicación en el R.O., 485 del **23 de abril de 1965, surge la primera reforma a la Ley de Compañías.**

Entre los aspectos más destacados de esta reforma constan el traslado de las atribuciones de los Jueces Provinciales en relación a la aprobación de las compañías a la Superintendencia de Compañías, que hasta su expedición correspondió a los Jueces Provinciales, así como dotar al Intendente de Compañías de facultades para que pueda delegar a los Subintendentes de Compañías cualquiera de sus atribuciones.

Fue con esta primera reforma que la atribución de aprobar la constitución de las compañías y disponer su inscripción en el Registro Mercantil, pasó de la Justicia ordinaria a la Superintendencia de Compañías.

Tres días después, esto es el 26 de abril de 1965, el Intendente de Compañías, doctor René Bustamante Muñoz, expidió la Resolución No. 005 del 16 de abril de 1965, mediante la cual, con actitud evidentemente descentralizadora, delegó al Subintendente de Compañías de Guayaquil casi todas sus atribuciones; desde entonces, en esta ciudad fue factible atender y resolver lo mismo que en la Intendencia de Compañías en Quito.

IV. LA CREACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

La creación de la Superintendencia de Compañías se realiza mediante la aprobación de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano del 25 de mayo de 1967, por la H. Asamblea Nacional Constituyente 1966-1967 (artículos 232 a 234), Carta Magna cuyo "Ejecútese" correspondió al doctor Otto Arosemena Gómez, Presidente Constitucional de la República habiendo tenido lugar su publicación en el Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967.

Por tal razón, la fecha exacta de la creación de la Superintendencia de Compañías, debiera ser el 25 de mayo de 1967, fecha en que entró en vigencia la Constitución Política del Estado Ecuatoriano, que consagró a la Superintendencia de Compañías como Organismo de Control, Técnico y Autónomo del Estado, elevando así la Superintendencia de Compañías a la categoría de **organismo constitucional**.

LA CREACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA QUEDÓ PERFECCIONADA MEDIANTE DECRETO No.059 DEL 1 DE JUNIO DE 1967, PROMULGADO EN EL REGISTRO OFICIAL No.140 DEL 5 DE LOS MISMOS MES Y AÑO.

En este último Decreto aparte de crear la Superintendencia de Compañías, se le atribuyó personalidad jurídica propia y se le concedió las facultades de vigilancia y fiscalización de las compañías anónimas, en Comandita por Acciones y de Economía Mixta domiciliadas en el Ecuador, nacionales o extranjeras, además de las que le habían sido otorgadas en el Decreto Supremo No.766 del 8 de marzo de 1965; en tal Decreto No.059 del 1 de junio de 1967 se dispuso además, que la **primera autoridad sería el Superintendente de Compañías**, desapareciendo el cargo de Superintendente de Compañías Anónimas.

V. LAS NORMAS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

Corresponde a la Ley 059 dictada el 1 de Junio de 1967 y publicada en el R.O. 140 del 5 de junio de 1967, fecha desde la cual entró en vigencia dotando al organismo de su marco jurídico; en esta Ley se encarga a la Superintendencia de Compañías la expedición y la preparación de la Codificación de la Ley de Compañías.

La Ley aludida completó el estatuto jurídico ya establecido en la Constitución Política de la República y en la Ley de Compañías. Por lo que se puede afirmar que la Institución no solamente fue creada por la Ley sino por la propia Constitución del Estado.

Será muchos años después que mediante Resolución No.08.G.DSC.001 del 25 de julio del 2008, publicada en el Suplemento del R.O. No. 400 del 11 de agosto del propio año, fue establecida como Sede principal de la

Superintendencia de Compañías y como lugar para el Despacho del Superintendente de Compañías la ciudad de Guayaquil, debido a la dinámica societaria que representa el 60% de las compañías sujetas al control y vigilancia que existen en la ciudad y sus afines.

La Superintendencia de Compañías para desempeñar su labor dispone de una **estructura organizacional** integrada por las Intendencias de Compañías de: Guayaquil, Quito, Cuenca, Portoviejo, Ambato, Machala y Loja.

El nivel directivo que representa el mayor grado de autoridad, está constituido por:

1. Superintendente de Compañías y Presidente del Consejo Nacional de Valores.
2. Intendente de Compañías de Guayaquil.
3. Intendente de Compañías de Quito.
4. Intendenta Nacional Administrativo y Financiero.
5. Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría.
6. Intendente Nacional de Gestión Estratégica.
7. Intendente Nacional de Tecnología de Información y Comunicaciones.
8. Intendente de Mercado de Valores de Guayaquil, e;
9. Intendente de Mercado de Valores de Quito.

Adicionalmente cuenta en su estructura organizacional con los niveles: Asesores, de Apoyo y Operativo.

La Superintendencia de Compañías para atender más eficiente y oportunamente al público usuario, ha creado los Centros de Atención al Usuario a nivel nacional, que se localizan en las ciudades de: Guayaquil, Ibarra, Santo Domingo de los Tsáchilas, Latacunga, Riobamba, Manta Esmeraldas, Cuenca, una ubicada en la CAPEIPI en el Centro de Exposiciones de Quito, en la Cámara de Comercio de Guayaquil y Quito, en Otavalo, la ciudad de La Libertad (provincia de Santa Elena) y, recientemente en la ciudad de Quevedo.

Con posterioridad y para responder a sus obligaciones y atribuciones así como a la ampliación de su radio de control y vigilancia, y a cumplir cabalmente con la MISIÓN Y VISIÓN Institucionales, la Institución adoptó la Gestión Organizacional por Procesos, dictando un ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS (Resolución No. ADM-13-003 dictado el 7 de marzo del 2013 y en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial Edición Especial No.420 del jueves 28 de marzo del 2013).

De acuerdo a estas normas los procesos que elaboran productos y servicios como respuesta a esa demanda, se clasifican en: procesos gobernantes, procesos agregadores de valor, procesos habilitantes y procesos desconcentrados.

Los puestos directivos son:

- Superintendente de Compañías;
- Intendentes Nacionales;
- Directores Nacionales y Secretario General;

- Intendentes de Compañías de las Intendencias Regionales;
- Directores Regionales y Secretario General de la Intendencia Regional de Quito y Subdirectores.

El referido Estatuto Orgánico establece en detalle cada uno de los Procesos, las atribuciones y responsabilidades, en cada estamento.

VI. LAS CUATRO CODIFICACIONES DE LA LEY DE COMPAÑÍAS

▪ **La PRIMERA CODIFICACIÓN de la Ley de Compañías:**

Se expide por **Resolución 319 dictada por el Superintendente de Compañías el 6 de mayo de 1968 y publicada en el Registro Oficial 424 del 19 de julio de 1968.**

▪ **La SEGUNDA CODIFICACIÓN de la ley de compañías:**

Fue obra de la Comisión Jurídica, habiendo sido **promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 197 del 6 de abril de 1971**, teniendo como fuentes:

1. El Decreto Supremo No. 199 del 8 de febrero de 1971;
2. La Ley General de Bancos; y,
3. El Código de Comercio codificado el 6 de abril de 1960.

En esta Codificación se recoge la **segunda gran reforma a la Ley de Compañías**, que introduce

trascendentales cambios a la misma, debemos referirnos al citado Decreto Supremo No. 199 del 8 de febrero de 1971, publicado en el Registro Oficial del 10 de febrero del propio año, entre los avances destacados se encuentran los siguientes:

- La institucionalización de la figura jurídica de la "convalidación", posteriormente perfeccionada en la Ley vigente (Arts. 34 y 35).
- La incorporación del "trámite de cautela" para la supradicha "convalidación" y para los actos posteriores que comprenden reformas trascendentales de los contratos sociales, como la "disminución de capital", el "cambio de la denominación social", el "cambio de domicilio" y la "disolución anticipada", tal como consta en el actual artículo 33 de la vigente Ley de Compañías.
- La unificación y mejora del régimen de los "nombramientos" de los administradores de la Compañía Anónima y Responsabilidad Limitada, en esta última desaparecen las "Actas de Posesión" de sus funcionarios y se convierten en "nombramientos" o "notas de nombramiento".
- Se aclara que las "notas de nombramiento" que debían inscribirse en el Registro Mercantil eran solamente las de los administradores que ejercieran la representación legal y que el funcionario designado debía dejar constancia de su aceptación expresa en la misma nota de su nombramiento antes de la inscripción del mismo.
- Se extendió el control de la Superintendencia de Compañías a las compañías de Responsabilidad

Limitada que lo hubieren solicitado o que estuvieren sujetas al mismo por Decreto Ejecutivo.

- Se creó el Registro de Sociedades a cargo de la Superintendencia de Compañías.
- Se suprimió la obligación de inscribir a las compañías en la Matrícula de Comercio.

▪ **La TERCERA CODIFICACIÓN de la ley de compañías:**

Data del 28 de junio de 1977 y fue publicada en el R.O. 389 del 28 de julio de 1977, tuvo como base 11 Decretos Reformatorios que introducen medulares reformas justificativas de dicha codificación, las que facilitaron al empresario ecuatoriano los medios legales para enfrentarse a la revolución que significó el Pacto Andino en los aspectos agropecuario, financiero e industrial.

Entre los aspectos más importantes deben destacarse:

- Que con la publicación en el Registro Oficial del 12 de julio de 1971, de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (conocido como “Pacto Andino”), se afirmó una nueva época para el Derecho Societario ecuatoriano relacionada con controles estatales tanto a la “inversión extranjera” como a los “inversionistas extranjeros”, así en 1975 se terminaron las acciones al portador, pasando todas las acciones a ser nominativas.
- La obligada domiciliación en el país de las empresas extranjeras que deseaban participar en la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales.

- La transformación de las compañías anónimas a compañías de Economía Mixta, y viceversa.
- Nuevas normas relacionadas con la disolución de las compañías de comercio.
- El fin de las sociedades en predios rústicos al expirar su plazo de duración, según la Disposición Transitoria Quinta de la Ley de Reforma Agraria de 1973.
- La reforma de dos artículos de la Compañía de Economía Mixta. (R.O. 10 mayo 1974)
- Las normas sobre “inactividad”, “disolución” y “liquidación” de las compañías de comercio. (DS. No.676. R.O. 11 de julio 1974)
- La **tercera gran reforma a la Ley de Compañías** dictada en el Decreto Supremo No.1353-A, publicado en el Registro Oficial del 13 de enero de 1975, en el cual se:
 - Recogió el ejercicio del control exclusivo de la Superintendencia de Compañías sobre las compañías de responsabilidad limitada, cuya aprobación aún se mantenía en la justicia ordinaria; reformas que fueron incorporadas por el Decreto Supremo No. 1353-A del 31 de diciembre de 1974, publicado en el R.O. 720 del 13 de enero de 1975.
 - Institucionaliza la figura de la “intervención”.
 - Concreta la desaparición de las acciones al portador.
- La exoneración de todos los impuestos a las constituciones y más actos societarios y la

simplificación de la mecánica de la inscripción en el Registro Mercantil.(D.733 R.O. 29 agosto 1975)

- El establecimiento de nuevos mínimos de capital permisibles para las compañías anónimas, en Comandita por Acciones, de Economía Mixta y de responsabilidad limitada. (R.O. 31 agosto 1976).
- La permisión de aceptar la modalidad de aumentar el capital social por compensación de créditos producidos por dividendos declarados y no retirados, pues ya se había reformado la Ley de Impuesto a la renta que trataba de los “dividendos en acciones”.(D.1593. R.O. 11 julio 1976).
- Se reforma la Ley de Compañías en la parte alusiva a los capitales mínimos ya mencionados. (D. No. 1848-D. R.O. 13 octubre 1977).
- **La cuarta gran reforma a la Ley de Compañías** fue dictada por el DS. No.3135-A. R.O. 29 enero 1979, en lo relacionado a la vigilancia y control de las compañías de Responsabilidad Limitada. Establece el número mínimo de socios en tres y se incorpora un artículo para asemejar a las compañías de Responsabilidad a las Anónimas en todo lo que no se oponga a la naturaleza de aquellas.
 - Normas especiales para la “Sociedades en Predios Rústicos”. Se admite la transformación de tales sociedades en una cualquiera de las especies previstas en la Ley de Compañías (DS. No.3172. R.O. 1 febrero de 1979)
 - El 9 de febrero de 1979 se publican en el R.O algunas “fe de erratas” a la publicación anterior.

▪ **La CUARTA CODIFICACIÓN de la ley de compañías:**

Fue **resuelta por la Comisión de Legislación y Codificación del H. Congreso Nacional el 20 de octubre de 1999 y publicada en el R.O. 312 del 5 de noviembre del propio año.** Tuvo como base la tercera codificación de la Ley de Compañías e importantes reformas y Leyes Especiales, entre ellas:

- La Ley de Regulación económica y Control del Gasto Público, (R.O. 453, 17 de marzo 1983) que establece la reserva de los informes de inspección y sus conclusiones.
- Importantes reformas a la Ley de Compañías (Ley No. 25 de 29 mayo 1986. R.O. No.450 de 4 de junio de 1986). Cuya vigencia apenas duraría seis meses.
- Derogatoria a la Ley No. 25 citada, por la Ley No. 57 de 2 de diciembre de 1986, R.O. No. 577 de 3 de diciembre de 1986, que suprimió muchos artículos que fueron sustituidos por la ante dicha Ley No. 25, dejando algunos vacíos en la Ley de Compañías.
- La Ley No. 58 de 19 de diciembre de 1986. R.O. No. 594 de 30 de diciembre de 1986, que constituye la **quinta gran reforma a la Ley de Compañías** y comprende en síntesis los siguientes temas:
 - Recoge algunos pasajes de las reformas de la Ley No. 25.
 - Vuelva a la vigencia algunos pasajes desaparecidos de la Ley No. 57.

- Instituye la “auditoría externa” para compañías importantes.
 - Flexibiliza el control de las compañías de Responsabilidad Limitada.
 - Obliga a las compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas a domiciliarse en el Ecuador antes de la celebración del contrato correspondiente bajo amenaza de su nulidad.
- La **sexta gran reforma a la Ley de Compañías** puede ubicarse en la Ley No. 31 del 7 de junio de 1989 R.O. No. 222 del 29 de junio de 1989. Esta Ley se ocupa de la “inactividad”, “disolución”, reactivación” y “liquidación” de la compañías ecuatorianas, así como de la “cancelación” del permiso de operación de las compañías extranjeras.
 - La Ley No.31, Ley de Mercado de Valores (Suplemento del R.O. 199, de 28 de mayo 1993), su artículo 74 introduce importantes reformas a la Ley de Compañías a saber:
 - La compañía Anónima con un solo socio (hasta ese entonces su número mínimo era de cinco a excepción de aquellas en que fueren accionistas instituciones del sector público que podían subsistir con dos o más accionistas).
 - La adopción del sistema de “capital autorizado” para las compañías anónimas, para que el aumento de capital suscrito hasta la cifra del autorizado no requiera la aprobación de la Superintendencia de Compañías.

- Modificaciones al régimen de la transferencia de determinadas acciones.
 - La nueva figura jurídica de la “escisión”.
 - Modifica y absorbe toda la normativa que existía sobre las “obligaciones” para las Compañías Anónimas.
 - A partir de esta Ley los capitales mínimos de las compañías sujetas al control de la Superintendencia de Compañías deben ser fijados por el Superintendente previa autorización del Presidente de la República.
- La Ley No. 46 del 2 de diciembre de 1997, Ley de promoción y Garantía de las Inversiones, cuyo artículo 35 reformó el artículo 10 de la Ley de Compañías sobre aportaciones de bienes o de activos tangibles o intangibles que se entenderán traslativas de dominio, no tomó en cuenta todos sus incisos.(R.O. No. 219. del 19 diciembre de 1997).
 - La Ley 53 de 21 de enero de 1998 (R.O. No. 242 de 23 de enero de 1998), Ley Interpretativa del Art. 220 de la Ley de Compañías (actual Art. 207) sobre la renuncia al derecho de voto en Junta General. (Posteriormente la Doctrina No. 145 explicó la falta de razón de la mencionada Ley Interpretativa).
 - La Ley No. 107 de 30 de junio de 1998, (R.O. No. 367 del 23 de julio de 1998) segunda Ley de Mercado de Valores. Entre los temas destacados se hallan los siguientes:

- Reforma el artículo 10 de la Ley de Compañías regresando tal disposición legal a su texto original.
 - Corrige algunos errores deslizados en la primera Ley de Mercado de Valores.
 - Institucionaliza una nueva generación de Compañías Anónimas especiales según su objeto, que girarán en el nuevo mundo del Mercado de Valores, tales como las Casas de Valores, los Depósitos Centralizados de Compensación y Liquidación de Valores, las Calificadoras de Riesgos y las Sociedades Administradoras de Fondos y Fideicomisos.
 - Crea una normativa especial para las compañías inscritas en el Registro de Mercado de Valores y para las que tuvieran “valores” de su propia emisión, inscritos en dicho Mercado.
-
- En el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998, se publica la nueva Constitución Política de la República del Ecuador en cuyos artículos 222 y 223 y en la Disposición Transitoria Trigésima Primera, se menciona genérica e indeterminadamente a las “Superintendencias”, sin hacer distinción alguna.
 - En el R.O. No. 326 publicado el 25 de noviembre de 1999 constan veintitrés “Fe de Erratas” que afectan a la Cuarta Codificación a la que nos hemos referido.

VII. LAS REFORMAS POSTERIORES

Esta es la codificación actualmente vigente, que rige con algunas reformas posteriores, entre las que se cuentan las introducidas por las siguientes leyes:

- **Ley No. 2000-4 para la Transformación Económica del Ecuador** (conocida como "Trole"), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 del 13 de marzo del 2000, que reforma los artículos: 102 (respecto al capital de la compañía de responsabilidad limitada que formado por las aportaciones de los socios no será inferior al monto que fijare por resolución el Superintendente de Compañías); 297 (que previene que el porcentaje de las utilidades líquidas anuales para la formación del fondo de reserva, queda sujeto a la disposición estatutaria en contrario); y, 415 (sobre las normas para que una compañía constituida en el extranjero pueda ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador). Además en razón de la dolarización se dispuso que toda referencia al sucre debía entenderse expresada en dólares de los Estados Unidos de América. Esto hizo necesaria la expedición de varios Reglamentos, entre los cuales pueden destacarse la Resolución No.02.Q.ICI.014 dictada el 25 de octubre del 2002, publicada en el Registro Oficial No. 696 del 4 de noviembre del propio año,. Que trata de sobre las: "Normas para la elevación del valor nominal de las participaciones o acciones a un dólar o múltiplos de un dólar de los Estados Unidos de América o para la fijación de ese valor en fracción de dólar".

- **Ley 12 Ley de Vigilancia y Seguridad Privada**, publicada en el Registro Oficial No. 130 del 22 de julio del 2003. Esta Ley estableció entre los requisitos para las compañías que presten estos servicios, adopten objeto social único, se constituyan y funcionen como compañías de responsabilidad limitada; su inscripción en un libro especial en el Registro Mercantil; y algunas incapacidades o inhabilidades particulares para ser socio en estas compañías.
- **Ley de Consultoría**, publicada en el Registro Oficial No. 455 del 5 de noviembre de 2004, en la cual se exige que las compañías que ejerzan la consultoría deben ser de responsabilidad limitada.
- **Codificación del Código Civil**, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24 de junio del 2005, en sus artículos 1957 al 2019 se norma a las compañías civiles.
- **Ley No. 2005-27 sobre las Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada** (R.O. 196 de 26 de enero de 2006). Imprime reformas a la Ley de Compañías en particular al número mínimo de socios y accionistas y causales de disolución de las compañías de comercio.
- **Resolución No. 0038-2007-TC dictada el 5 de marzo del 2008, del Tribunal Constitucional**, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 336 del 14 de mayo del 2008, que declara la inconstitucionalidad en el fondo de la obligación impuesta en el artículo 417 de la Ley de Compañías

a los Agentes de Compañías extranjeras, de inscribirse en la Cámara de Comercio del domicilio principal de sus negocios.

- **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 del 4 de agosto del 2008, que deroga la Codificación de la Ley de Consultoría (del Registro Oficial No. 455 del 5 de noviembre de 2004); se elimina la exigencia de que las compañías que ejerzan consultoría sean de responsabilidad limitada.
- **Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No.449 del 20 de octubre de 2008**, aprobada en el Referéndum del 28 de septiembre del propio año. En sus artículos 283, 315, 316, 319 y 321 se alude directa o indirectamente a las compañías de Economía Mixta y en el artículo 213 se menciona indeterminada y genéricamente a las Superintendencias, sin distinción.
- **Ley s/n que se refiere al Código Orgánico de la Función Judicial** publicado en el Suplemento del Registro Oficial. No.544 de 9 de marzo de 2009. Incorpora reformas a los artículos 249 y 250 de la Ley de Compañías sobre la demanda de la acción de apelación de las decisiones de la mayoría de la junta general y la interposición de los recursos.
- **Ley Reformatoria s/n (R.O. No. 591 de 15 de mayo de 2009) incorpora reformas a la Ley de Compañías** a los artículos 6, 36, 42, 59, 100,

115, 131, 137, 145, 150, 158, 221, 263, 207, 301, 307, 354, cuatro Disposiciones Transitorias y un Artículo Final.

- **Ley s/n, Ley Orgánica de Empresas Públicas**, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 del 16 de octubre del 2009, manda a incorporar a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías un artículo innumerado, que norma el control por parte de la Superintendencia de Compañías de las sociedades anónimas según el origen de los recursos que integran el capital societario.
- **Ley s/n, Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos**, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.162 del 31 de marzo del 2010. Entre los más importantes aspectos deroga el artículo 444 y sustituye el texto del 443 de la Ley de Compañías.
- **Ley s/n, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** (Suplemento del R.O. No. 555 del 13 de octubre de 2011) incorpora reformas a los artículos 439 y 440 de la Ley de Compañías.
- **Ley s/n, Ley Orgánica Derogatoria a la Ley de Burós de Información Crediticia** y reformatoria a la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario y a la Ley de Compañías (Registro Oficial Segundo Suplemento No.843 del 3 de diciembre del 2012). El Art.8 de la Ley s/n aludida agrega

a la Ley de Compañías la Sección XVII sobre el Registro Crediticio, Arts.458 al 460

- **Ley s/n, Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil** (Suplemento del Registro Oficial No.249 del 20 de mayo del 2014). El artículo 98 de esta Ley sustituye el texto del Art.17 de la Ley de Compañías sobre los fraudes, abusos y vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales y jurídicas asignando responsabilidades personales y solidarias, que la inoponibilidad de la persona jurídica solamente se pueda declarar judicialmente de manera alternativa o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica ante juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía. Y que tal acción seguirá el trámite previsto en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

La Ley referida en el párrafo anterior incorpora las siguientes Disposiciones Generales a la Ley de Compañías:

TERCERA: Sienta el principio de que la compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia y que en consecuencia constituye sujeto de derecho distinto a sus socios. Pero que tal distinción no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la Ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía, o como mero recurso para evadir alguna

exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la Ley o cualquier otro medio semejante, siempre que se derivaren perjuicios a terceros.

CUARTA: se expresan taxativamente cuales son los actos societarios (en número de 12 desde la constitución sucesiva hasta la convalidación de cualquiera de dichos actos) que requerirán resolución aprobatoria de la Superintendencia de Compañías y Valores previa a su inscripción en el Registro Mercantil.

QUINTA: Sobre los procesos de cancelación.

SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA y NOVENA: Normas sobre el procedimiento simplificado de constitución

DÉCIMA: Normas sobre la inspecciones ex post a la concesión de las licencias, permisos o autorizaciones de otras autoridades.

DÉCIMA PRIMERA: Señalamiento que en vez de mencionarse: “salarios mínimos vitales” se mencione: “salarios básicos unificados”.

DÉCIMA SEGUNDA: La nominación de Superintendencia de Compañías y Valores en lugar de Superintendencia de Compañías. Igual aclaración respecto al Superintendente.

- **Código Orgánico Monetario y Financiero** (Segundo Suplemento del Registro Oficial 332 del 12 de septiembre de 2014) Según la Disposición Reformativa Primera No. 2. La Denominación de Superintendencia de Compañías y Valores, queda sustituida por Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

- **Código s/n (Suplemento del Registro Oficial 506 del 22 de mayo de 2015) Código Orgánico General de Procesos (COGEP).** La Disposición Reformatoria Novena, agrega a la Ley de Compañías los Artículos:

17 A: Sobre el desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica que se tramitará en juicio ordinario y las providencias preventivas de prohibición de enajenar o gravar bienes y derechos relacionados con la pretensión procesal y de manera especial de acciones o participaciones o partes sociales, así como la suspensión del proceso de liquidación o cualquier orden de cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de las compañías demandadas.

17 B: Sobre la prescripción de seis años contados a partir del hecho correspondiente, para la acción de desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica.

- **Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera** (Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 150 del 29 de diciembre de 2017). El artículo 6 incorpora a la Ley de Compañías las siguientes reformas:

1. Sustituye el literal b) del Art. 20 incorporando en la nómina de administradores y representantes legales y socios o accionistas, incluyendo tanto los propietarios legales como como los beneficiarios efectivos, atendiendo a estándares internacionales de transparencia en materia

tributaria y de lucha contra las actividades ilícitas conforme a resoluciones de la Superintendencia.

2. Manda a agregar un inciso al Art.191 señalando que serán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones. Sin embargo tales pactos no serán oponibles a terceros sin perjuicio de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, y en ningún caso podrán perjudicar los derechos de los accionistas minoritarios.

3. Agrega a continuación del Art.419 los siguientes artículos:

a) Art. 419 A: Toda sociedad constituida y como domicilio en el extranjero, siempre que la ley no lo prohíba, puede cambiar su domicilio al Ecuador, conservando su personalidad jurídica y adecuando su constitución y estatuto a la forma societaria que decida asumir en el país.

Para ello debe cancelar la sociedad en el extranjero y formalizar su domiciliación mediante el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo siguiente.

b) Art.419 B: Para que una sociedad constituida y con domicilio en el extranjero pueda establecer su domicilio en el Ecuador, deberá presentar a la Superintendencia una escritura pública extendida en Ecuador, que deberá contener el texto de la resolución o acta emitida por el órgano competente, con los siguientes acuerdos:

a) La decisión de radicar en el Ecuador;

b) La adopción de la forma societaria escogida,

conforme a la legislación ecuatoriana; la adecuación del pacto social y el texto del estatuto;

c) La designación de la persona autorizada para la representación legal y para suscribir la escritura pública en el Ecuador, que formalizará el acuerdo de cambio de domicilio.

- **Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal** (Suplemento del Registro Oficial No. 309 del 21 de agosto de 2018). Incorpora las siguientes reformas a la Ley de Compañías:

1. A continuación del Art.352 agréguense los siguientes artículos innumerados:

Artículo (...): Transformación de la Sucursal de compañía extranjera.-

La Sucursal de compañía extranjera establecida en el Ecuador puede ser transformada para adoptar alguna de las formas societarias reguladas por la Ley de Compañías, cumpliendo los requisitos legales exigidos para ello. La compañía resultante de la transformación tendrá personalidad jurídica independiente de la compañía extranjera que estaba domiciliada; sin embargo ésta responderá solidariamente por las obligaciones contraídas hasta esa fecha por la sucursal de compañía extranjera.

El capital de la sociedad resultante de la transformación será igual al capital asignado a la sucursal y las acciones o participaciones

correspondientes a ese capital serán emitidas a nombre de la sociedad extranjera que estableció la sucursal que se transforma, sin que se entienda producida enajenación alguna. En el plazo improrrogable de seis meses desde el perfeccionamiento de la conversión la nueva compañía deberá tener el mínimo de socios o accionistas establecidos en la normativa vigente.

Artículo (...) Trámite para la transformación de Sucursales de Compañías Extranjeras.-

La transformación de sucursales de compañías extranjeras establecidas en Ecuador se regirá por lo dispuesto en las normas que rigen la transformación en esta ley, en cuanto sea aplicable.

2. Sustitúyase el Art. 297:

Se establecen normas para:

- La formación del fondo de reserva legal tomando de las utilidades no menos del 10% hasta que se alcance al menos el 50% del capital social;
- La reintegración del tal fondo de reserva caso de resultar disminuido; para la formación de una reserva especial para prever situaciones indecisas;
- Asignar por lo menos un cincuenta por ciento para dividendos en favor de accionistas;
- La obligación en caso de las compañías emisoras inscritas en el Catastro Público del Mercado de Valores, en las que obligatoriamente se repartirán como dividendos en favor de los accionistas por lo menos el 30% de las

utilidades líquidas y realizadas, previéndose anticipos trimestrales o semestrales con cargo a resultados;

- En el caso de emisores con acciones inscritas en el Catastro Público del Mercado de Valores, no se podrá destinar más del 30 % de las utilidades líquidas y realizadas del respectivo ejercicio económico a la constitución de reservas facultativas; éstas reservas facultativas no podrán exceder del 50% del capital social;
- Que todo el remanente de las utilidades líquidas y realizadas en el respectivo ejercicio económico por los emisores cuyas acciones se encuentran inscritas en el Catastro Público del Mercado de Valores que no se hubiere repartido o destinado a la constitución de reservas legales o facultativas deberá ser capitalizado.

VIII. EPÍLOGO

Se concluye la presente Síntesis Evolutiva de nuestra legislación societaria, expresando que después de más de medio siglo de servicio al país la Institución forma parte indisoluble de la historia de nuestra Nación. Su honor y su prestigio es el orgullo de sus servidores y a través de ella a todo el pueblo ecuatoriano, cuyas empresas mercantiles permiten la circulación de la riqueza nacional, son fuentes de empleo y manifestaciones del esfuerzo creativo del ecuatoriano que ama a esta tierra de sus mayores y respeta su historia con amor y veneración.

Por eso ha sido incomprensible que la Institución haya abandonado (en estos últimos tiempos) la línea académica deprimiendo sus propias publicaciones, como la "Gaceta Societaria"; abandonando las "Convenciones Nacionales" que eran cenáculos en los cuales se examinaban –con amplitud de criterios– los grandes problemas de aplicación de la ley y se exponían soluciones que se plasmaban en las llamadas "Doctrinas Jurídicas"; y, resulta más inexplicable aún la derogación en bloque de más de un centenar y medio de tales estudios, que fueron valiosas herramientas para el propio colaborador como para el público usuario.

Con absoluta imparcialidad de juicio creemos necesario, citar la importante reflexión de uno de los distinguidos ex Superintendentes –el economista Fabián Albuja Cháves– quien hace muy pocos días manifestó su pensamiento en Diario "El Universo" refiriéndose a las "Tareas de la Superintendencia", él nos dice:

"La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ya no es solamente el organismo de control societario de las compañías, es decir, el encargado de vigilar la vida jurídica de éstas desde su constitución hasta su disolución y liquidación. A esta tarea se sumó otra muy importante relativa al control de las instituciones y partícipes en el mercado de valores, y recientemente se le encargó controlar y vigilar las compañías de seguros.

En lo societario la Superintendencia ha cumplido su misión en forma competente y muy profesional. No así en el ámbito del mercado de valores, en que la tarea se vio truncada, pues el gobierno anterior y la Junta de Regulación se encargaron de extinguirlo. En cuanto a los

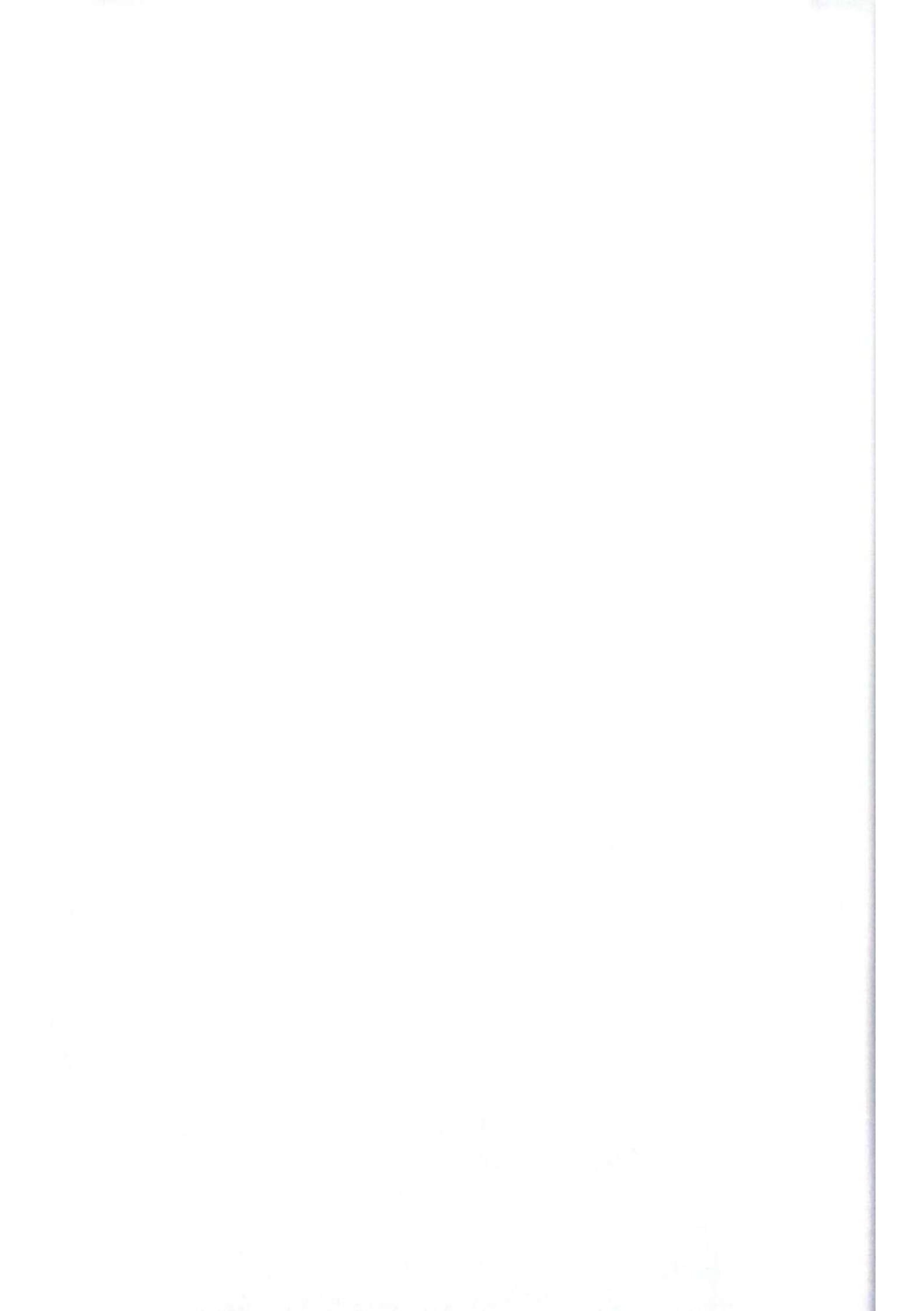
seguros la función apenas empieza, la tarea en conjunto es grande.(....) Las tareas urgentes que dicho organismo de control debe cumplir en materia societaria, de valores y seguros son, al menos para dar fuerza y practicidad al decreto ejecutivo que expidió el presidente Gutiérrez, considerando al mercado de valores como política de Estado, insertar a dicho mercado en todas las estrategias de desarrollo del actual gobierno. Proponer a la Junta de Regulación Monetaria y Financiera depuración profunda de las regulaciones que entraban el fluido desarrollo y funcionamiento del sistema empresarial, societario, de valores y de seguros.(....) La Superintendencia debe coadyuvar a que los procesos de asociación público-privada funcionen con parámetros, criterios y prácticas de la gestión privada, de modo que se asegure productividad, rentabilidad y competitividad en la generación de riquezas y empleo. Reintroducir los principios de autorregulación controlada especialmente en el mercado bursátil. Propiciar inserción proactiva y paulatina del mercado de valores ecuatoriano en el grupo de países del Pacífico sur. “

Mientras hayan estudiosos y ecuatorianos preocupados de mejorar el quehacer societario no perderemos la esperanza de que el Ecuador cuente con una legislación que sea el soporte del progreso empresarial y corporativo.

FUENTES

Han servido de fuentes para el presente trabajo:

- Registros Oficiales.
- Memoria 1964-1979 editada por la Institución.-
- Cartas a la Redacción de Diario “El Universo”
Edición del 7 de septiembre de 2018, pág. 9.
- Notas personales de mi autoría ya expresadas en
varias intervenciones.



SECCIÓN ALEGATOS



JUICIOS COACTIVOS DEL IESS CONTRA LOS ACCIONISTAS DE COMPAÑÍAS

Juan Falconi Puig

Ingeniero
Santiago Andrade Montenegro
Director Nacional de Recaudación y Gestión de cartera
Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
Quito

REF.: JUICIO COACTIVO 4...

DR. JUAN FALCONI PUIG, en mi calidad de abogado de los juzgados y tribunales de la República, en el juicio coactivo No. 4..., a usted atentamente digo:

I

ANTECEDENTES

- 1) Me he enterado de este juicio coactivo por una retención hecha en mi cuenta con el Banco... que correspondería a una mora, falta de pago o alguna otra obligación a cargo de Editores... SA., y por haber sido accionista del 0,03%, determinada en un título de crédito que, al igual que este juicio coactivo, no me ha sido notificado, ni citado el auto de pago.

Por tanto, lo primero que solicito es copia certificada de la glosa, del título de crédito y del auto de pago

derivado de ese título de crédito, cuya nulidad, en lo que mí respecta, expresamente alego por falta de notificación del título y de la citación con el auto de pago, aparte de la falta de causa y legalidad, asimismo, en lo que a mí respecta.

La Constitución de la República garantiza el derecho de defensa que no se puede ejercer sin la notificación, aviso o en definitiva, comunicación de un acto administrativo como es el título de crédito o un auto de pago en un juicio coactivo, como ocurre con el que se ha dictado en este juicio.

Es más, en razón de tener mi domicilio profesional en Guayaquil he pedido a un abogado de Quito que acuda a revisar personalmente el expediente, que es público, pero le ha sido imposible, pues se maneja ese expediente como una especie de documento secreto a los que, los interesados como el suscrito, no tenemos acceso. No escapará a su información que la justicia secreta porque si así se la quiere manejar, se superó desde la Revolución Francesa cuando el súbdito sin derechos pasó a ser ciudadano con derechos.

- 2) Como el título sería emitido contra Editores... S.A., la notificación que pueda haberse hecho a ellos, no implica notificación a quienes se pretenda que son obligados solidarios o "subsidiarios"; que yo no soy ni uno ni otro, como explico a continuación.
- 3) De acuerdo con el Art. 1480 del Código Civil,

"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones,' ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la

*aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos: ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos: **ya por disposición de la ley**, como entre los padres y los hijos de familia.”.*
(negrillas son mías)

De ahí que **NO** conozco la ley que establece mi supuesta solidaridad o *subsidiariedad* respecto de las obligaciones que se establezcan en el título de crédito, que tampoco conozco porque no me ha sido notificado, motivo de nulidad que implica clara violación del Art. 76, número 1, de la Constitución de la República; y, para ejercer mi derecho constitucional de defensa consagrado en el Art. 76, numeral 7, a) b) e) y d) de la misma Constitución necesito conocer la motivación de hecho y de derecho del acto de que se trata tanto más que, siendo un título de crédito, debe provenir de una glosa que daría lugar a una supuesta e inexistente *solidaridad* que se persigue en este juicio coactivo.

Además, ocurre que yo no fui accionista fundador, ni promotor de la compañía sino que, en algún momento compré acciones de esa empresa, apenas del 0,03%. Esas acciones fueron adquiridas en su momento por compra a ...

- 4) Con estos antecedentes, el acto administrativo de emisión de título de crédito debió serme notificado, **después de la glosa**, como a todas y cada una de las personas que se pretende obligar con dicho título de crédito; y, como no me fue notificado y la notificación que se haya hecho a la compañía no me ha llegado, no me ha sido informada, y en ningún caso implica notificación al suscrito, tal título de crédito no surte

efectos legales en mi contra porque, repito, se estaría violando FLAGRANTEMENTE mi derecho constitucional de defensa y de petición, entre otros.

De manera que, para ejercer mi derecho a defensa necesitaba y necesito conocer y que se me notifique el título de crédito, la glosa que debe antecederlo, como el auto de pago en este juicio coactivo, actos que de plano impugno y cuya nulidad reitero por las razones antes señaladas. Por ende, expresamente solicito la revocatoria del auto de pago.

Para mayor abundancia y contribuir al entendimiento natural y obvio de las leyes de la República que, respecto de una supuesta solidaridad de los accionistas se ha venido distorsionando de manera absurda e inadmisible, debo agregar las siguientes consideraciones.

II LA LEY

Los derechos constitucionales y tantos otros derechos son sistemática y permanentemente violados, a veces, inclusive, por empleados de ventanilla que deciden qué derechos de petición se pueden ejercer o, a que requisitos, simplemente burocráticos o de horario, están sujetos; y, qué derechos no se pueden ejercer. Pero esto ya resulta alarmante cuando las normas constitucionales son pasadas por alto o las leyes mal interpretadas y peor aplicadas en los niveles más altos de la administración pública. Hecha esta precisión debo señalar lo siguiente:

El Art. 11 de la Constitución Política de la República establece en los numerales que se indican, los principios y mandatos siguientes:

Numeral 2), inciso 3:

“El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

Numeral 3): *“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.*

Numeral 4): *“Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.*

Numeral 8), inciso 2: *“Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.*

Numeral 9): *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos”.*

en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”.

La Disposición Transitoria Décimo Novena del Código Orgánico General de Procesos que reforma el primer inciso del Art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, textualmente manda que:

*“Art 1. - Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. **En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica) se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador”.***

(negrillas son nuestras)

De la transcripción anterior se deduce con claridad meridiana que, en el caso de las personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica) se podría llegar hasta el último nivel de propiedad... pero lo primero que hay que destacar es que, para que una persona jurídica sea considerada creada para defraudar **mediante el abuso de la personalidad jurídica** y para entender lo que jurídicamente significa abuso de la personalidad jurídica, debe quedar absolutamente claro que es indispensable **una declaración judicial** que establezca ese *abuso de la personalidad jurídica*, pues tal disposición no implica una presunción que deba ser probada y menos una presunción de derecho que no admita prueba en contrario y esto, repito, tiene que dilucidarse en un juicio específico.

Así, la teoría del abuso de la personalidad jurídica que viene del derecho anglosajón desde mediados del siglo pasado es clarísima en señalar las características de ese abuso que podría estar dado en esas compañías que se conocen como de "papel" que no tienen una actividad real, que no tienen un establecimiento o patrimonio, ni siquiera una oficina o teléfono y efectivamente, pueden ser *usadas* solo para mantener la propiedad de ciertos bienes y no necesariamente para defraudar, como también para para cometer ilícitos, claro está, pero que tienen que ser demostrados porque no se presumen, de acuerdo con la ley.

En estas compañías se configura el abuso de la personalidad jurídica cuando algunas que no tienen actividad real han sido utilizadas, por ejemplo, para emitir facturas que han sido deducidas como *gasto* por otras compañías, obviamente afectando sus resultados y pagando menos

impuestos de los que les correspondería. En esta época el Servicio de Rentas Internas tiene amplia información y experiencia, pues ha iniciado juicios inclusive por defraudación por lo que, expresamente, solicito se dirija oficio al Servicio de Rentas Internas para que informe si acaso la empresa Editores... S.A., estaría considerada entre aquellas compañías que puedan haber sido creadas para defraudar, (abuso de la personalidad jurídica) bien entendido que tal supuesto jurídico es sustancialmente distinto de una compañía que, por cualquiera que haya sido la razón o las razones, pierde su capital después de años de actividad y pasa, por Ley, a un estado de liquidación como bien podría ocurrir hasta con empresas públicas y a nadie se le ocurriría asumir que, por ello, la compañía ha sido usada para defraudar y menos a los trabajadores.

De otro lado, no debería escapar a su información que, en el caso de compañías dedicadas, real o supuestamente al comercio, en el evento de una quiebra, esta deber ser calificada y puede ser fortuita, culpable o fraudulenta y siendo aplicable el Código de Procedimiento Civil, hay que remitirse al Art. 508 de ese cuerpo legal que, a la letra dice:

“La cesión de bienes presupone la insolvencia del deudor y ésta puede ser fortuita, culpable o fraudulenta.

Fortuita, la que proviene de casos fortuitos o de fuerza mayor;

Culpable, la ocasionada por conducta imprudente o disipada del deudor; y,

Fraudulenta, aquélla en que ocurren actos maliciosos del fallido, para perjudicar a los acreedores”.

El equivalente en el COGEP de la disposición anterior es el Art. 417 que a la letra señala:

“Clases de insolvencia.- *La insolvencia puede ser fortuita, culpable o fraudulenta.*

Es fortuita la que proviene de casos, fortuitos o de fuerza mayor; es culpable, la ocasionada por conducta imprudente o disipada de la o del deudor; y es fraudulenta aquella en que ocurren actos maliciosos del fallido, para perjudicar a los acreedores”:

De lo anterior, se deduce que los accionistas de Editores ... S.A. y yo de 0.33%, no podríamos estar incursos en la disposición legal que comentamos:

1. Porque no está demostrado que Editores ... haya sido usada para defraudar;
2. Porque en la especie no existe solidaridad *subsidiaria*; y,
3. Por el hecho de que una compañía cae en mora de obligaciones de cualquier tipo y aun laborales no permite asumir y menos presumir, de hecho, que la compañía, por sus accionistas haya sido **usada para defraudar sin que haya declaración judicial previa y ejecutoriada que así lo establezca**. Esto menos podría darse en mi caso porque no fui creador, fundador, ni promotor de la compañía ... , que no fue fundada o creada para defraudar a nadie y de la que sólo fui un accionista que compró sus acciones a otro accionista de la compañía que no representan más del 0.33%, que nunca fui parte del Directorio y menos de la administración y que, por tanto, jamás

podría ser obligado solidario porque, para este caso no existe establecido en la legislación ecuatoriana, con excepción del supuesto del último nivel de propiedad de compañías fantasmas o de papel (abuso de la personalidad jurídica), que es distinto de la solidaridad; que no está establecida como solidaridad "*subsidiaria*" Y esto es diametralmente distinto de las personas naturales, accionistas, que responderían hasta el último nivel, por haber sido parte de una compañía **usada** para defraudar.

Tan cierto es esto que se invoca en el auto de pago dictado en este juicio el Art. 92 de la Ley de Compañías, que trata de la compañía limitada y expresamente manda que los socios "***solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales***". Esto implica, como lo comprenderá cualquier persona de buen criterio sin que necesariamente sea abogado, que **solo** responden hasta el monto pagado por sus aportaciones. Si la compañía pierde más de su capital, los socios de la compañía limitada que es sociedad de personas, no de capital, pierden el valor de su aportación y no responden por nada más, salvo que hubieren firmado alguna obligación por aparte, como bien podrían hacerlo voluntariamente producto de la convención o el acuerdo.

Y la solidaridad, que conceptualmente viene del Código Civil, el nuestro del de Costa Rica y este con el de Colombia y Chile derivados del proyecto de Andrés Bello que se inspira en el de Napoleón. Este último de la Ley de las XXII tablas de Alfonso X, el Sabio y dicha ley del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano año 529 D.C, no ha variado hasta ahora.

¿Cómo un funcionario de alto nivel y menos un abogado puede, en un par de renglones, destrozar la teoría o doctrina jurídica que vienen de siglos atrás? Obviamente que resultaría absurdo y por ello clamo por volver al imperio del Derecho puesto que el sistema legal es, efectivamente, un sistema que no puede tomar las leyes de forma aislada como si no tuvieran conexión unas con otras. De ahí que, si el Art. 1480 del Código Civil, define con claridad meridiana que: *"Las obligaciones nacen... **ya por disposición de la ley**, como entre los padres y los hijos de familia"*.

Y en el mismo cuerpo legal el Art. 1527, último inciso, manda con claridad meridiana, lo siguiente: *"la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley"*.

La obligación puede ser subsidiaria, como puede ser alternativa a plazo, diferida, novada, etc. Pero salvo el convenio, en la especie no existe por ley obligado *subsidiario*. ¿Cuándo se expidió esa Ley? ¿En qué Registro Oficial se publicó? No está invocada por ninguna autoridad.

Este es el contexto del sistema jurídico en el que hay que entender y por supuesto aplicar la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales y no forjar una interpretación para que exista en este deplorable caso de ..., una supuesta solidaridad por parte de sus accionistas que, lejos de ser responsables en el último nivel la compañía, son también perjudicados por haber perdido el monto de sus aportaciones o capital invertido.

Y esa responsabilidad vendría como si Editores... hubiese sido utilizada para defraudar (abuso de la

personalidad jurídica) no obstante que también son perjudicados por haber perdido totalmente el monto del capital invertido, **que es hasta donde llega la responsabilidad del accionista**, bien entendido que no se puede aplicar de manera extensiva una ley como **la Ley Orgánica para la defensa de los Derechos Laborales**, porque no se ha declarando una responsabilidad hasta el último nivel de propiedad de las personas naturales, ex accionistas de Editores ..., porque solo en los casos de la persona jurídica que tenga: 1.- Responsabilidad laboral; y, 2.- Que haya sido usada para defraudar abusando de la personalidad jurídica, cabe ir hasta ese último nivel de propiedad.

Es claramente bien entendido que, por las consideraciones estrictamente legales anteriores, y en atención al principio legal de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es apenas obvio que tampoco deviene aplicable el Reglamento de aplicación por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de la Ley Orgánica para la defensa de los Derechos Laborales.

III

DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

LA DESESTIMACIÓN Y EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Respecto de la desestimación y el abuso de la personalidad jurídica, hoy por hoy, en Ecuador llevada a extremos inadmisibles como parte del, ese sí, real abuso del derecho, puesto que no escapará al conocimiento hasta de un estudiante de Derecho que el fraude es delito tipificado hoy en el COIP, antes en el Código Penal de 1983.

En sentido contrario, las manifestaciones inocentes son frecuentes y deben encontrar un remedio efectivo en la equidad con base en señalar y reconocer, por ejemplo, que los entes jurídicos denominados “compañías de papel” han sido la herramienta para el abuso y a veces el fraude. De ahí la doctrina del levantamiento del velo societario para las compañías o sociedades, mercantiles o no, que sin ánimo alguno de operar como tales en el mercado solo sirven para cobijar la identidad de los verdaderos propietarios que —no siempre, pero ocurre— crean un ente jurídico para burlar su responsabilidad, legal o convencional, y a través de él, perjudicar o tratar de perjudicar, por ejemplo, al Estado, a contratantes, cónyuges o terceros ...

Guillermo Cabanellas¹ dice:

“INTRODUCCIÓN. 1. La personalidad societaria se basa en un conjunto de reglas que determinan qué conductas se imputan a la sociedad en cuanto persona jurídica. Los efectos generales de esas reglas pueden verse modificados en función de ciertas normas que alteran tal atribución, pasando a imputar las conductas que normalmente serían atribuibles a la sociedad como persona jurídica, a otras personas físicas o de existencia ideal como pueden ser sus socios u otras que ejercen de hecho el control de la sociedad. Esta modificación de las reglas en materia de imputación propias de la personalidad societaria es denominada desestimación de la personalidad societaria”.

Juan M. Dobson², especifica que,

1 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho Societario, la personalidad jurídica societaria*, Editorial Heliasra S.R.L. de Argentina, pág. 65

2 Dobson, Juan M., en su obra *El abuso de la personalidad jurídica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, página 31

"14. Las condiciones de aplicación del abuso del derecho. Por cierto que resulta de alto interés para este estudio el determinara cuándo aparece el abuso del derecho. Las conclusiones obtenidas por la doctrina establecen como 'indicadores' del abuso:

Cuando el ánimo de causar perjuicio aparece como exclusivo fin del acto.

Cuando fueren contrariados los fines propuestos por las leyes para establecer la protección a determinados actos. Es éste el criterio de los códigos civiles soviéticos y polaco.

Cuando el ejercicio de un derecho haya excedido los límites que impone la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

López Mesa y Cesano³, agregan:

"Conclusiones sobre el empleo de la doctrina en el Brasil.

En primer lugar, es necesario consignar que la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, que venía siendo objeto de numerosas discusiones tanto por parte de los doctrinarios como de los tribunales, lejos está de poseer en el Brasil al presente, una interpretación pacífica y sistematizada.

Sentado en ello, del repaso de los diversos antecedentes de aplicación de la idea en el Brasil, y conforme a las enseñanzas doctrinarias, la legislación brasileña y los criterios jurisprudenciales aplicable al tema analizado, se puede concluir que:
a) La doctrina del "disregard of legal entity" es de gran alcance y eficiencia para impedir el abuso y los fraudes en sentido amplio;

³ López Mesa, Marcelo J. y Cesano, José Daniel. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, editorial Depalma Buenos Aires, Argentina, página 122

b) *Debe ser aplicada sólo en aquellos casos concretos en que se den cabalmente los presupuestos esenciales para su empleo.*

c) *Solo debe ser invocada cuando los socios y/o los gestores utilicen la sociedad con mala fe, y se haya comprobado la existencia de fraude, abuso del derecho o violación de la ley;*

d) *La responsabilidad del socio en la aplicación del instituto es ilimitada”.*

Hurtado Cobles⁴, dice:

“1. PROCEDIMIENTO Y ORDEN JURISDICCIONAL.

Si bien la doctrina del levantamiento del velo viene siendo aplicada en los procedimientos de tipo declarativo y en su fase cognoscitiva, surge la duda de si la misma también puede encontrar aplicación en otros procedimientos especiales o en la fase ejecutiva de los declarativos.

La formulación sistemática más extendida y comúnmente utilizada en nuestra doctrina y jurisprudencia, y proveniente del derecho alemán es la que distingue los siguientes cuatro grandes grupos o clasificaciones:

1. Casos de existencia de identidad de personas o de esteres, o confusión de patrimonios. Diferenciándose entre aquellas situaciones en las que el patrimonio de los individuos que integran la sociedad no puede distinguirse del propio de ésta —confusión de patrimonios— y aquellas otras en las que es la separación externa entre sociedad y socios la que no puede distinguirse -confusión de esferas-

2. Casos de infra capitalización o insuficiencia de capital, que podrá ser de tipo nominal, cuando el

⁴ Hurtado Cobles, José. *La doctrina del levantamiento del velo societario, Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Editorial Atelier, Barcelona, página 79

patrimonio neto de la sociedad aparece por debajo del capital social, financiándose en la práctica con créditos o préstamos de los socios; o de tipo material, cuando la sociedad se constituye con un capital y patrimonio muy por debajo de las exigencias reales del proyecto emprendido.

3. Casos de dirección o control efectivo externo que se da en todas aquellas situaciones en las que existe un grupo de sociedades y la voluntad social de la sociedad controlada es la de la dominante que, generalmente, participa de forma mayoritaria en su capital social.

4. Casos de abuso de la persona jurídica que engloba una multiplicidad de casos. a modo de cajón de sastre, tales como, por ejemplo, las tercerías de dominio.

Sin embargo, entendemos que la generalidad y falta de concreción de este último grupo debe poner en duda el rigor de la sistematización formulada, a la vez que observamos la inexistencia de un criterio único y universal que rija y ordene la clasificación llevada a cabo, animando, de esta forma, a aquellos autores que excluyen de su estudio esta dialéctica de los [grupos de casos] por calificarla de reduccionista de una calidad demasiado compleja".

Entonces, es oportuno señalar que la jurisprudencia de casación ecuatoriana ya ha recogido esta teoría que pone —como corresponde a la razón de ser del derecho— a la Justicia por encima de la ley, pues aunque haya *personas* que, lamentablemente, no lo entiendan, la primera es el verdadero fin y motivo del Derecho.

Aquí deviene oportuno recordar la definición de justicia del jurista romano Ulpiano, "de dar a cada cual lo

que le corresponde” como usualmente se la conoce pero, aprovecho la oportunidad para consignar completa esa definición: *“Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”*.

Y esto es fundamental porque no es “justo” darle la razón a una persona y sobre el mismo caso, aplicar la ley errónea y deliberadamente distinta a otros, en inadmisibles desconocimiento de los principios básicos del Derecho, como se lo hace en este juicio coactivo y en tantos otros.

Así las cosas, las mismas Leyes y Reglamentos de la Seguridad Social, complementan las Normas Constitucionales, del Código Civil, de la Ley de Compañías, y del Código de Procedimiento Civil, todo parte del sistema jurídico y legal ecuatoriano. Este cuerpo legal es el que rige para los juicios coactivos por la Disposición Transitoria Segunda del COGEP y esas leyes, en su orden, establecen lo siguiente:

- A) El Art. 38 de la Seguridad Social describe las atribuciones y deberes del Director Provincial en la jurisdicción a su cargo y entre ellas la representación legal; y, el Art. 288, ibídem señala que la jurisdicción coactiva se ejercerá por medio del Director General o Provincial del Instituto, según el caso, quien expedirá las órdenes de cobro e iniciará, sin más, los juicios de coactiva, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.
- B) Por su parte, el Instructivo para la Aplicación del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo, publicado en el R.O. 595 del 21 de mayo del 2009, Art. 73, del Título Tercero, De la Coactiva, dispone textualmente, lo siguiente:

*“El Juez de Coactivas, previa la emisión del título de crédito verificará el cumplimiento de las formalidades para su legalización. **No podrán emitirse títulos de crédito cuyas glosas no hayan sido notificadas previamente, de conformidad a la ley dentro de los treinta días posteriores a su emisión.***

La emisión del título de crédito se efectuará en el sistema Historia Laboral, para lo cual se observará lo siguiente:

Los títulos de crédito contendrán:

- *Número secuencial.*
- *Identificación de la autoridad encargada del cobro.*
- *Nombre o razón social de la persona natural o jurídica deudora o del representante legal cuando corresponda.*
- *Registro patronal en el IESS.*
- ***Detalle de las obligaciones adeudadas conforme el formulario Anexo No. 22.***
- ***Dirección domiciliaria y electrónica del deudor, claramente determinada y actualizada.***

***Emitidos los títulos de crédito,** se los remitirá al Juez de Coactivas que corresponda quien dispondrá que se proceda al sorteo electrónico de los títulos de crédito entre los abogados que hubieren sido seleccionados para el impulso de los juicios coactivos a fin de que se inicie inmediatamente el respectivo proceso.*

No se emitirán títulos de crédito cuando la glosa se encuentra impugnada o sujeta a plazo, cuyos dividendos se estén cancelando con normalidad.

De no cumplir con estos requisitos se devolverán para su rectificación a la Unidad de Afiliación y Control Patronal.

El Juez de Coactivas cumplirá las resoluciones

judiciales que dictaren los jueces pertinentes en lo referente al proceso coactivo.”

(Negrillas son mías)

De manera que, si el antecedente para todo juicio coactivo es un título de crédito que deriva de una obligación y en el caso específico de la Seguridad Social, una glosa, requiere que tal glosa sea expresamente notificada previamente, de conformidad con la Ley para que pueda dicho título de crédito ser emitido y si la glosa no ha sido notificada, **no podrá emitirse el título de crédito y para emitirlo la glosa no debe ser impugnada**; y, en mi caso al menos, no he recibido notificación de glosa alguna o menos aún del título de crédito y ni siquiera citación con el auto de pago del juicio coactivo que se ha iniciado incluyéndome y por supuesto, violando mi más elemental derecho a la defensa porque no he sido citado.

En este mismo instructivo el Art. 74, señala que: *“expedidos y legalizados los títulos de crédito, se procederá al sorteo”...*

Luego, a continuación el Art. 75 del mismo Instructivo ordena que:

“El Juez de Coactiva iniciará el proceso... dictará las medidas cautelares que sean del caso de conformidad con las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil, y observará el procedimiento establecido en el Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo”. (Negrillas son mías)

En el Código de Procedimiento Civil, que es el aplicable, se define lo que es citación en el Art. 73, en los siguientes términos:

“Citación es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos.

Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez”.

Y en el Art. 346 ibídem, se consigna las solemnidades sustanciales comunes en todos los juicios e instancias y entre ellas, la número 4 que a la letra dice: *“Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente”.*

En artículo anterior, esto es el 344 ibídem, se dispone que: ***“...el proceso es nulo, cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código”.***

Y estas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, son aplicables al juicio coactivo por expreso mandato de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, en la Disposición Transitoria Segunda del COGEP.

- C) Para mayor abundancia, el Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del IEISS, en su Art. 154, ciertamente se remite a las leyes del juicio coactivo para dictar el auto de pago y entre ellas la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, que no es aplicable sino para el último nivel de propiedad derivado de los accionistas de las compañías usadas para defraudar, abusando de la

personalidad jurídica, que no es el caso de Editores... y por ello, no hay declaratoria judicial en tal sentido mientras el texto manda que: *“el auto de pago contendrá la orden de cobro inmediata y dispondrá a cada uno de los obligados principales”*.

No dice el auto de pago obligados **“subsidiarios”**, que no están definidos en esta ley ni en ninguna otra, como tampoco dice obligados solidarios en los términos del Art. 1554 del Código Civil, cuyo tercer inciso, textualmente dispone que: *“La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en los que no lo establece la ley”*.

Solamente se refiere a los **obligados principales**, no a otros, ni siquiera a los fundadores y menos a los **inexistentes subsidiarios**.

- 2) En el mismo Reglamento se señala como causales de **error evidente**, las acciones o inobservancias estrictamente administrativas imputables al IESS, de manera que la enumeración siguiente no es limitativa:
- 1) **Falta de notificación de la glosa**, que es lo que ha ocurrido en este caso.
 - 2) **Incumplimiento del debido proceso**, que es lo que ha ocurrido en este caso.
 - 3) **Inobservancia o falta de aplicación de Resoluciones o Acuerdos**, dictados por los órganos competentes en sede administrativa, relacionados con el mismo coactivado, que es lo que ha ocurrido en este caso.
 - 4) **Error en el cálculo de la determinación de la obligación, debidamente verificado**, que es lo que ha ocurrido en este caso, pues se está calculando

proporcionalmente como obligados a pagar una cantidad a unos accionistas de una compañía que jamás pudo haber sido usada para defraudar, aunque haya pasado a un estado de disolución y liquidación obligatoria por pérdida económica, que es algo absolutamente distinto.

Entendido que en todos estos casos tendré el derecho de ejercer las acciones administrativas o judiciales que sean del caso, obviamente, que es independiente del prevaricato en que podría estar incurso el juez de coactiva, pues no obstante ser un juez administrativo, es un juez; y los demás funcionarios por el daño que nos causan a particulares no obligados “solidariamente” con Editores... y menos “subsidiariamente” solo por haber sido accionistas, que ya hemos perdido el capital aportado.

Por todo lo anteriormente expuesto y de acuerdo con el Art. 157 de ese Reglamento, **solicito expresamente, la revocatoria del auto de pago**, por la suma de errores evidentes incurrido en un auto de pago sin base legal y sin haber sido notificado con el título de crédito, ni tampoco con la glosa que dé lugar a tal título.

- E) El Art. 75 de la Constitución que consagra el acceso a la justicia que, obviamente no es posible, cuando no hay notificación o citación, entendido que, en mi caso, apenas he podido conseguir una fotocopia del auto de pago, ni siquiera del proceso, después de varios días de pedir e insistir a un colega de Quito que lo obtenga. Por ello, se viola también el debido proceso señalado en el Art. 76 de la misma Constitución, el numeral 3

de esta Disposición el numeral 7 y particularmente sus literales a), b), d) Y 1) que, textualmente, mandan que:

“3) Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

7) El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
- b. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
- c. Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.*
- d. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.*

- F)** Para terminar el análisis de las disposiciones derivadas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, reitero que está claro que, por las consideraciones estrictamente legales anteriores y en atención al

principio legal de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tampoco es aplicable el Reglamento de aplicación por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de la Ley Orgánica para la defensa de los Derechos Laborales.

Puesto que no he conocido la motivación ni notificación de la glosa, ni del título de crédito, ni oportunamente el auto de pago, solicito se me confiera fotocopias certificadas íntegras de todo el proceso y los documentos pertinentes, se revoque el auto de pago y se levante la retención en mi cuenta con el Banco...

Como está hecha la retención en mi cuenta no tengo que hacer consignación alguna ni proponer juicio de excepciones, puesto que no he sido citado y las excepciones serían extemporáneas, siendo suficiente reclamar la nulidad, en lo que a mi respecta, de la glosa y del título de crédito que no me han sido notificados, así como del auto de pago no me ha sido citado.

IV

JURISPRUDENCIA SOBRE EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La jurisprudencia de casación, en cuanto al abuso de la personalidad jurídica mantiene el criterio reiterado que en distintos fallos de los que transcribimos la parte pertinente, señalando la fuente.

- 1) No. 1152-95, Primera Sala de lo Civil y Mercantil.
R.O. No. 273 del 9 de septiembre de 1999.

“En el juicio ordinario (recurso de casación) No. 1152-95 que, por daño moral, sigue Rubén Morán Buenaño en contra de Ricardo Antonio Onofre González y Leopoldo Morán Intriago, sea dictado lo siguiente:

Es principio inconcuso que no se confunde la persona jurídica con la de sus integrantes, que los actos que ejecutan las personas jurídicas les son atribuibles a el/as y de su exclusiva responsabilidad y ni son atribuibles a sus miembros ni generan responsabilidad a su cargo, y que los actos del representante de una persona jurídica, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la persona jurídica; y en cuanto exceden de estos límites, solo obligan personalmente al representante, aunque debe anotarse que, como consecuencia de la deformación del concepto de la persona jurídica y del uso abusivo de la misma, en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación extranjeras se ha ido abriendo paso la teoría del “levantamiento del velo de la persona jurídica” o del “desentendimiento de la personalidad jurídica”; que “puede constituir instrumento adecuado o incluso necesario para la obtención de soluciones ajustadas a la justicia material, en cuanto fundadas en la exacta valoración de los intereses que realmente se encuentran en juego en cada caso; lo que significa despojar a la persona jurídica de su vestidura formal para comprobar qué es lo que bajo esa vestidura se halla o, lo que es lo mismo, desarrollar los razonamientos jurídicos como si no existiese la persona jurídica”~ (La Doctrina del “Levantamiento del Velo” de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia, Ricardo de Angel Yágüez, 4ª. Edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 54), pero advirtiéndose que el empleo de este instrumento no es abierto ni indiscriminado, sino que lo será en “aquellas hipótesis en que el intérprete del Derecho llegue a la apreciación de que la persona jurídica se ha constituido con ánimo de defraudar o a la ley o a los intereses de terceros, o cuando -no como objetivo, sino como resultado- la utilización de la cobertura formal en que la persona

jurídica consiste conduce a los mismos efectos defraudatorios” (ibídem, p. 55). Aunque los casos más frecuentes de utilización indebida de la personalidad jurídica se da en el campo societario, sin embargo no debe excluirse la posibilidad de que el incorrecto empleo de la figura se dé respecto de las personas jurídicas sin finalidad de lucro, sea porque se simula su constitución para eludir el cumplimiento de un contrato, burlar los derechos de un tercero o eludir la ley, sea porque se utilice la cobertura formal de una entidad de esta clase con los mismos propósitos.

Fdo.) Ores. Tito Cabezas Castillo, Santiago Andrade Ubidia y Galo Galarza Paz, Ministros Jueces.”

- 2) No. 36-2003, Primera Sala de lo Civil y mercantil.
R.O. No. 128 del 18 de julio del 2003.

“Esta naturaleza de la persona jurídica ha constituido un motor poderoso para el desarrollo económico de los pueblos, pero al lado de estas ventajas se presentan casos en que se abusa de la persona jurídica para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, particularmente tributarias, o para utilizarla como pantalla para burlar derechos de terceros. Por eso se va afianzando la doctrina que permite que los jueces puedan rasgar el velo de la persona jurídica y adoptar medidas respecto de los hombres y de las relaciones encubiertas tras el Dicha doctrina ha sido acogida por esta sala que la analiza ampliamente en el fallo No. 393-99, publicado en el RO No. 273 del 9 de septiembre de 1999”.

- 3) No. 242-1999, Primera Sala de Lo Civil y Mercantil.
R.O. 350 del 19 de junio del 2001.

“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 señalan 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 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.CO., 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 a esto 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 mucho 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.

Fdo. Doctores Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidiay Ernesto Albán Gómez, Ministros Jueces".

- 4) Sentencia del 10 de febrero de 1994. GJ S.XVI, No. 1, Página 6. Juicio Román vs Román.

"En el juicio ejecutivo que, por dinero sigue Elena Margarita Román Andino al menor Wilson Andrés Román, representado por su madre Rosa Gina Orellana Román,

la sala resuelve:

... Que existiría un fraude a la ley, —o sea una violación indirecta de ésta utilizando negocios jurídicos que en su forma externa son válidos pero que analizando los resultados que persiguen se descubre su finalidad de evadir el cumplimiento de una norma jurídica—.

CONCLUSIÓN

Copia de este alegato será remitido a funcionarios del más alto nivel para que tomen nota del abuso del derecho y la errónea aplicación de un texto legal de claridad meridiana como es la Ley de Defensa de los Derechos Laborales con la que estamos plenamente de acuerdo, pues los derechos de los trabajadores tienen que tener todo el respaldo legal pero no por eso deben permitirse abusos ni establecer responsabilidades por esos derechos en contra de quienes **no tienen esas responsabilidades.**

Autorizo... para que, en mi nombre suscriban y presenten cuanto escrito fuere necesario e intervengan en toda diligencia que fuere menester.

Recibiré notificaciones en los correos electrónicos...; y/o, en la oficina ..., del Edificio ..., situado ... de la ciudad de Guayaquil.

Atentamente,
Juan Falconi Puig

Cc: Juez de Coactiva del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS

LA SUPRESIÓN DE LAS DOCTRINAS
SOCIETARIAS

La Supresión de las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías (SCVS)

La Doctrina es una valiosa fuente del Derecho que contiene los criterios jurídicos de expertos sobre aspectos no claros de las normas jurídicas, que dan motivo a diversidad de interpretaciones o que expresan el origen y real comprensión con que deben interpretarse o aplicarse las mismas, acudiendo a su origen, propósito o real significado gramatical o histórico, en relación al contexto integral de la legislación que rige a una sociedad en un momento determinado.

Históricamente la Doctrina de los juristas ha sido respetada en atención al prestigio del criterio de sus autores, tal el caso de Ulpiano y Justiniano en el antiguo Derecho Romano; o los comentaristas del Código Francés como Pothier, Josserand o Mazeus, hasta los tratadistas en los tiempos modernos, como Claro Solar o Fernando Vélez en América; o, en nuestro país, como L.F. Borja, V.M. Peñaherrera, Juan Larrea Holguín o Jorge Zavala Baquerizo, cuyos conceptos jurídicos constituyen valiosa Doctrina Jurídica de tales autores.

Por supuesto que tales criterios doctrinales no son obligatorios, pero no admite dudas que por su valor específico influyen de manera preponderante en la aplicación o interpretación de las normas jurídicas respectivas.

Pero, en ocasiones, tales criterios jurídicos si son vinculantes, como cuando la ley así lo declara, cual es el caso de las consultas emitidas por el Procurador General del Estado; o, cuando la autoridad superior de una institución pública, como es el caso de la resolución emitida por el Superintendente de Compañías, el Dr. Ignacio Vidal Maspons (1997), quien otorgó tal efecto a las Doctrinas emitidas por dicha institución.

Dentro del mismo orden de ideas, también constituyen Doctrina Judicial los precedentes jurisprudenciales que se expidan en casación en la Corte Nacional de Justicia o en la Corte Constitucional, aún cuando con diferente intensidad vinculatoria; pues, en las primeras, tales pronunciamientos no son de obligatorio cumplimiento para los miembros de la Corte, pero sí para los usuarios; en cambio, la vinculación es total, para unos y otros, en las segundas.

Lejos de nuestra intención es el pretender sostener que los autores de las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías poseen la categoría de los jurisconsultos citados, pero no se puede ocultar que en los cincuenta años de vigencia de las mismas, sus autores han sido connotados juristas del país; y, que las Doctrinas por ellos elaboradas, incluida el autor de la Doctrina #141 recientemente modificada, poseen un alto valor científico.

Las Doctrinas Jurídicas existentes en la hermana República de Colombia, provenientes de la Superintendencia de Sociedades de dicho país, constituyen también, un importante aporte al sector empresarial que, a través de las mismas, encuentran seguridad jurídica

ante soluciones prácticas para sus problemas semejantes a los que justificaron su adopción en nuestro país; y, a pesar de ser vinculantes solamente para sus funcionarios, otorgaron seguridad jurídica a los entes societarios que, teniendo derroteros claros a seguir, siempre estuvieron dotados de la facultad legal de impugnarlas judicialmente.

La seguridad jurídica que existió en la Superintendencia de Compañías del Ecuador se ha visto trastocada por la supresión de las Doctrinas por ella expedidas, que establecieron un derrotero a seguir no sólo a los usuarios de la misma, sino también a los funcionarios obligados a observar una conducta unitaria frente a los casos de dudas resueltas por las Doctrinas.

Sin embargo, tal situación caracterizada por la pacífica aplicación de los criterios contenidos en tales doctrinas, se han visto intempestivamente alterados por la inconsulta decisión del órgano de control de abolirlas.

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS) por Resolución publicada en el Registro Oficial 917 S del 6 de enero del 2017, suprimió todas las Doctrinas Jurídicas expedidas durante más de cincuenta años de vida institucional, a cambio de nada.

Gracias a la reacción del colectivo de abogados societarios, el propio órgano de control dejó insubsistente tal deorogatoria. (R.O. #347 del 15-10-2018)

De la Superintendencia de Compañías

Abg. Suad Manssur Villagrán

Diario el Universo, Enero, 20/2017

En su edición del pasado miércoles, 11 de enero de 2017, se publicó una nota bajo el título de “Supresión de doctrina jurídica genera dudas”, la cual recoge opiniones de abogados que, en su mayoría, concluyen que la supresión de las doctrinas jurídicas de la Superintendencia de Compañías, “contribuye a la inseguridad jurídica” del país. Y la asesora de la Cámara de Comercio de Quito agrega el curioso argumento de que eso “afectaría la actividad empresarial”. Ninguno explica el porqué de sus pareceres. Dos días después, EL UNIVERSO hace suyas las apreciaciones negativas y las eleva al estatus de editorial institucional: es decir, las respalda. Y adiciona una nueva opinión: dice que eso afecta a la “inversión productiva”. Al igual que sus ¿fuentes especializadas? no hace esfuerzo alguno por decirle a sus lectores de qué modo o por qué eso pasaría. Y el sábado pasado, 14 de enero, en lo que podría parecer una campaña (mal) orquestada, un abogado “invitado” da su opinión contraria a la decisión de la Superintendencia que represento. Seguramente, señor director, si algún abogado de este país alega en favor de nuestra medida tendrá la misma acogida, tan amplia y tan veloz, que EL UNIVERSO le ha dado a quienes no están de acuerdo con ella. Seguramente.

Sumariado el copioso antecedente, empiezo a argumentar mi expreso y constitucional pedido de rectificación

resaltando que ni para la primera nota, ni para hacer todo un editoria l institucional, EL UNIVERSO se tomó la molestia de llamarnos; de ir a la fuente primaria de la información para conocer, ya que no nuestros descargos, al menos sí nuestros fundamentos. Tres notas en cuatro días, todas sin el mínimo contraste. ¿Es a eso a lo que ustedes llaman “periodismo de rigor”?

Confío en que esta vez, cumpliendo la ley y, además, honrando a sus lectores, publiquen íntegramente esta carta para que su audiencia conozca los motivos que tenemos para eliminar las doctrinas.

Las doctrinas no son —nunca lo fueron— una norma: la norma especial es la Ley de Compañías y, por encima de ella, la Constitución de la República. ¿A qué inseguridad jurídica se refieren ustedes si existe una Ley vigente y una Constitución que la cobija? Si alguna inseguridad se generó, acaso, fue precisamente por la discrecionalidad que amparaban las “Doctrinas de la SCVS”, que no fueron más que opiniones y análisis que, por respetables que hayan sido, carecieron siempre de naturaleza normativa.

Las “Doctrinas de la SCVS” no tenían un origen legislativo y tampoco se adecuaban a la emisión de un Reglamento. El pretendido argumento de superar la “oscuridad o duda” que generaban ciertas normas siempre ha sido una atribución de la Función Legislativa. Decir esto no impide reconocer, institucionalmente, el aporte que en ciertos casos brindó alguna doctrina.

La Superintendencia por tanto, no tiene ni ha tenido la facultad de “interpretar” la Ley, o de atender “consultas” en el sentido en que lo dice uno de los abogados entrevistados; sí ha tenido y tiene la facultad de emitir Resoluciones o

Reglamentos de carácter general, para aplicar la Ley. Dicha atribución la hemos usado y, en casos muy puntuales, la seguiremos utilizando.

Adicionalmente, si consideramos que fue mediante Resolución (la No. 0011, del 19-VIII-1997) que se puso en vigencia las doctrinas, ¿cómo se puede afirmar que es un “absurdo jurídico” derogarlas por la misma vía? Lo absurdo es decir tamaña contradicción; lo absurdo es haber pretendido en ciertos casos dar naturaleza interpretativa o regulatoria a simples opiniones.

¿Se imagina alguien que criterios, por respetables que fueren, se aplicaran en igual sentido en áreas como la mercantil, la tributaria o la penal? No puede existir una especie de “legislación paralela”, ni tampoco interpretaciones que no sean las legislativas.

La inseguridad jurídica y la discrecionalidad quedan superadas en el momento que la SCVS, en ejercicio de sus atribuciones, emite las Resoluciones o Reglamentos de carácter general y no “Doctrinas” que no están, y nunca estuvieron, previstas en la Ley.

Lo único que podría demostrar la emisión de 150 doctrinas —sí, señor director: ¡150 ‘aclaraciones’ para una ley de 460 artículos!; calcule usted las que requeriría una ley, como la Civil, con más de 2.400 artículos— es la necesidad imperiosa de reformar integralmente la Ley de Compañías. A ese objetivo nos seguiremos dedicando, aunque sean precisamente los defensores de las doctrinas —es decir de los que interpretaban 150 “oscuridades”— los mismos que se oponen a una nueva, moderna, transparente y expedita ley.

Supresión de las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías (1)

Emilio Romero Parducci

El Universo, Enero 28/2017

La actual superintendente de Compañías, Valores y Seguros, mediante Resolución publicada el 6 de enero de 2017, ha suprimido las “Doctrinas Jurídicas” que ese organismo de control venía expidiendo desde hace más de 50 años.

Históricamente, la labor de expedición de las “Doctrinas Jurídicas” prácticamente nació con la nueva Ley de Compañías expedida en 1964, con base en la última oración de la original Disposición Transitoria Quinta de esa Ley de Compañías, relativa a “los casos de duda” en la aplicación práctica de la misma, cuyo texto se encuentra ahora en el vigente art. 433 de la citada Ley, con el siguiente tenor: “El Superintendente de Compañías (...) resolverá los casos de duda que se suscitaren en la práctica”, con respecto a la Ley de Compañías.

Así, en cumplimiento de la disposición legal anteriormente citada, hasta el año 1984 la Superintendencia de Compañías ya había expedido ciento treinta y un (131) “Doctrinas Jurídicas”, para resolver algunos de los mencionados casos de duda; lo cual lo hizo con base en los criterios institucionales de interpretación doctrinal originados en su propio seno.

En línea con lo antedicho, cuando la Superintendencia de Compañías estuvo a cargo de la economista Teresa Minuche de Mera, dicha institución propició, en el citado año 1984, la publicación de una "Edición Revisada" de las 131 "Doctrinas Jurídicas" que hasta entonces esa institución había expedido.

En la presentación de esa publicación, la economista Teresa Minuche de Mera escribió: "Desde su fundación, la Superintendencia de Compañías se ha preocupado siempre de hacer públicos los criterios que a lo largo de los años ha venido adoptando con respecto a determinadas cuestiones de orden legal, dentro del campo del Derecho Societario, a través de sus Doctrinas. Así, las primeras Doctrinas fueron publicadas en los números 1 y 2 de la 'Revista de la Superintendencia de Compañías' (...). Luego, en la publicación oficial denominada 'Aspectos Jurídicos 1977' la Superintendencia de Compañías publicó las ciento veintiún Doctrinas que hasta entonces había producido. (...) Los conceptos jurídicos se decantan y depuran incesantemente, a medida que se viven o cambian las realidades en que aquellos se sustentan, o se afinan y perfeccionan los procesos interpretativos de la Ley. Por eso ha sido necesario actualizar algunas de las doctrinas anteriores y suprimir otras que, por haberse modificado las disposiciones legales en que se apoyaban han perdido validez.

(...)"

Como se podrá deducir fácilmente del texto que antecede, la expedición de cada una de las referidas "Doctrinas Jurídicas" siempre exigió el concurso de los mejores especialistas del Derecho Societario, que prestaban

sus servicios en la Superintendencia de Compañías, entre los que se destacaron ilustres juristas como Ramón Vela Cobos, Lauro Damerval Ayora, Alfonso Trujillo Bustamante, Rómulo Gallegos Vallejo, Jorge Egas Peña, César Toral Vásquez, Carlos Larreátegui Mendieta, Roberto Salgado Valdez, Marcelo Icaza Ponce, Piedad Gálvez de Varea, Oswaldo Villamar Ricaurte, Vladimiro Álvarez Grau, Juan Íñiguez, Ricardo Noboa Bejarano, Alexandra Iza de Díaz, María del Carmen Castro Patiño, Anapha Jiménez Torres, Roberto Caizahuano Villacrés, César Coronel Jones, Miguel Martínez Dávalos, Luis Cabezas Parrales, Xavier Amador Rendón, Rafael Mendoza Avilés, Fausto Haro Montalvo y Gerardo Peña Matheus, entre muchos otros, y, desde luego, esa expedición siempre exigió también la guía y dirección de los propios superintendentes, como aquellos de la talla de René Bustamante, Francisco Salgado, Marco Antonio Guzmán, César Moya Jiménez y Teresa Minuche de Mera.

Y fue precisamente para encauzar mejor ese *trabajo de equipo* que la Superintendencia de Compañías instituyó en su momento las conocidas “Convenciones de Abogados” de la institución (en las que se discutían con especial altura —para su expedición, supresión, modificación o conservación— las referidas Doctrinas), entre las que se destacó la tan conocida “Novena Convención” celebrada en julio de 1997; que precisamente fue la que provocó que el doctor Ignacio Vidal Maspons, entonces superintendente de Compañías, expidiera la Resolución N° 97.1.7.3.0011 por la que la institución declaraba con pleno vigor las “Doctrinas Jurídicas” vigentes.

Como es fácil imaginar por todo lo expresado, las referidas Doctrinas sirvieron siempre a los funcionarios de

ese organismo de control, a sus usuarios, a los abogados y a los respectivos estudiantes universitarios como un complemento de especial importancia para el manejo del Derecho Societario en el Ecuador.

Más aún, como se apreciará en la continuación de estas reflexiones (en la siguiente entrega de estas), el paso del tiempo demostró que la más importante misión que pasaron a cumplir las mencionadas "Doctrinas Jurídicas" fue la de que —con ellas— la Superintendencia de Compañías creó un marco jurídico debidamente delimitado a fin de evitar salirse de ese marco, y caer en arbitrariedades o discrecionalidades impropias ante los casos de duda mencionados al final del citado art. 433 de la Ley de Compañías.

Supresión de las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías (2)

Emilio Romero Parducci

El Universo, Enero 29/2017

Concluyo mi entrega anterior. En otras palabras, según lo expresado al final de mis anteriores reflexiones sobre el asunto, la mencionada Superintendencia de Compañías se autolimitó, con reglas claras, en favor de la seguridad jurídica de las empresas que controlaba, en ese campo tan peligroso de las “dudas”, precisamente con la expedición, respeto y subsistencia de las mencionadas “Doctrinas Jurídicas”.

Y por eso mismo es que las aludidas Doctrinas siempre tuvieron la peculiaridad de ser obligatorias solo para la Superintendencia de Compañías; las cuales obviamente también resultaban circunstancialmente obligatorias para el usuario correspondiente, pero solo en los casos respectivos (sin perjuicio del derecho que siempre tuvo ese usuario de impugnar cualquier resolución del mencionado organismo de control, aun cuando estuviera fundamentada en una de las mencionadas “Doctrinas Jurídicas”, a fin de que el asunto se resolviera por la vía judicial, donde las mismas nunca fueron obligatorias).

Sobra decir que la Superintendencia de Compañías casi siempre se preocupó de mantener al día las referidas “Doctrinas Jurídicas”, actualizando unas y suprimiendo otras, como lo expresó la economista Teresa Minuche de Mera en su presentación de la referida Edición Revisada de tales Doctrinas, publicada en 1984; tal como se puede constatar con el hecho de que hasta octubre de 2009 ese organismo de control —motu proprio— había suprimido 31 doctrinas y modificado 3, por obsolescencia o por haberlas considerado equivocadas (lo que por sí solo tiene un enorme valor histórico, como fácilmente se comprenderá), sin contar las 7 doctrinas más que la ahora Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros puntualmente suprimió por tres ocasiones, en los años 2012, 2014 y 2016.

Pues bien, con todo aquello de por medio, la abogada Suad Manssur, actual superintendente de Compañías, Valores y Seguros, después de seis años de desempeñar su cargo, mediante Resolución del 29 de diciembre de 2016 —oficialmente publicada el pasado Día de Reyes— resolvió suprimir todas las 112 “Doctrinas Jurídicas” que entonces estaban en vigencia, eliminando de un solo plumazo toda su ciencia y toda su experiencia y, de paso, suprimiendo la saludable autolimitación que la misma Superintendencia de Compañías se había impuesto con tales doctrinas desde hace más de 50 años (según lo explicado con anterioridad); lo cual, entre otras cosas, demuestra, veinte años después, cuánta razón tuvo el doctor Ignacio Vidal Maspons cuando, siendo superintendente de Compañías, expidió la Resolución No. 97.1.7.3.0011, antes mencionada, para ratificar oficialmente el valor y el vigor de las doctrinas ahora eliminadas, en pro de la seguridad jurídica del empresariado ecuatoriano que entonces tenía a su cuidado.

Finalmente, viene bien aclarar que, como toda obra humana, las prenombradas “Doctrinas Jurídicas” nunca fueron perfectas, ni mucho menos (yo mismo estoy en desacuerdo con dos o tres de ellas, y particularmente con la No. 143); pero, el tratamiento y el respeto que la Superintendencia de Compañías les dio a ellas durante los últimos 50 años, con la aceptación pública del caso, demuestran que esa indiscutible imperfección humana no pudo ser razón para que fueran eliminadas como lo han sido. El sentido común apuesta a que otra debió ser la razón, como se demuestra con todo lo antedicho y con lo que se agrega a continuación.

Lo que se ha expresado hasta aquí no solo lo confirman los seis años que la superintendente ha estado en ejercicio de su cargo, sin que se le hubiera ocurrido ni siquiera cuestionar la validez, la importancia y la utilidad del referido régimen de las “Doctrinas Jurídicas”, desde la vigencia de la Ley de Compañías de 1964, sino que también lo validan la actitud misma y el propio accionar pacífico que dicha funcionaria ha tenido con respecto a ese régimen de las referidas doctrinas, particularmente en los últimos tiempos, ya que en sus Resoluciones No. SC-IMPA-G-12-0004, SCV-DNCDN-14-016 y SCVS-INC-DNCDN-16-08, publicadas en los Registros Oficiales del 9 de abril de 2012, del 26 de noviembre de 2014 y del 21 de octubre de 2016, ella —reconociendo, respetando y siguiendo ese régimen— suprimió de manera puntual las Doctrinas No. 71, 122, 8, 14, 59, 141 y 142, en ese orden, y, además, reconoció la vigencia y la sobrevivencia de la Doctrina No. 65, cuya supuesta contradicción con la número 141 dizque habría impuesto la supresión de esta última. Por eso es que llama poderosamente la atención

que desde que se posesionó de su cargo hasta fines de setiembre del pasado año 2016, en que la superintendente expidió la última de las tres resoluciones aludidas, ella haya reconocido, respetado y seguido el prenombrado régimen de las "Doctrinas Jurídicas", como lo hicieron durante medio siglo todos sus antecesores, para luego, intempestiva e inexplicablemente, resolver eliminarlo por completo, sin ningún fundamento jurídico valedero, solo tres meses después, con su Resolución del 29 del pasado mes de diciembre.

L.Q.Q.D.

La supresión de las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías

Jorge Egas Peña

El Universo, Febrero, 28/2017

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros por Resolución publicada en el Registro Oficial 917 S del 6 de enero del 2017 suprimió todas las Doctrinas Jurídicas.

La Resolución comentada pretende motivarse en los siguientes considerandos: 1) Que el art. 438 de la Ley de Compañías no señala como atribución de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la emisión de criterios de interpretación doctrinal con carácter obligatorio; 2) Que el art. 425 de la Constitución señala el orden jerárquico de aplicación de las normas, en el cual no constan los criterios jurídicos que publiquen las instituciones del Estado; 3) Que reconociendo el valioso aporte de las Doctrinas Jurídicas al desarrollo del Derecho Societario ecuatoriano, sostiene, sin embargo, que carecen de naturaleza normativa; 4) Que es imprescindible revisar las políticas institucionales en relación a la obligatoriedad de los criterios de interpretación doctrinal contenidos en las Doctrinas Jurídicas, para evitar conflictos en el ejercicio de la facultad de vigilancia y control.

Analicemos entonces la validez de tal motivación.

1. Carencia de facultad de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para emitir Doctrinas Jurídicas vinculantes: a) La cita del art. 438 de la Ley de Compañías para concluir que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros carece de atribuciones para emitir criterios de interpretación doctrinal con carácter obligatorio, omite que el mismo artículo invocado, en la letra k), faculta al Superintendente a “Ejercer las demás atribuciones... que les señalen las leyes y reglamentos que se expidieren”; b) Desde su origen, (Transitorias 1ª y 5ª Ley de Compañías) se otorgó a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros atribuciones para dictar Reglamentos y Resoluciones necesarios para la vigilancia y control; y adicionalmente la atribución específica y distinta de resolver los casos de duda que se suscitaren en la práctica y para aquellos que no estuvieren consultados en esa Ley. Facultades que aún mantiene el art. 433 de la Ley de Compañías; c) Que el objeto de las Doctrinas es resolver los casos de duda que se consideren en la práctica; y, su propósito es facilitar a los funcionarios de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, el conocimiento del criterio institucional, para encuadrar su conducta y evitar los pronunciamientos arbitrarios, que de no existir la Doctrina podrían aplicarse inclusive contradictoriamente; d) Las Doctrinas son vinculantes para la institución mientras estén vigentes, y por ende otorga seguridad jurídica a los usuarios, que adaptan su conducta frente a la institución, en las diversas situaciones que se planteen. Lo dicho no impide la derogatoria o cambios debidamente motivados.

2. Las Doctrinas Jurídicas carecen de naturaleza normativa porque la Constitución de la República no las

contempla dentro del orden jerárquico: a) No es cierta tal afirmación porque el mismo art. 425 de la Constitución citado en la Resolución comentada, sí incluye como actos normativos, las resoluciones y demás actos y decisiones de los poderes públicos y, entre estas se encontraban las Doctrinas Jurídicas; b) Que el art. 213 Constitución refiriéndose a las superintendencias, establece que sus facultades específicas se determinarán de acuerdo con la ley, y la Ley de Compañías contempla las atribuciones que en la Resolución comentada se pretende negar; c) Los arts. 175 y 185 de la Constitución reconocen la aplicación a los menores de la doctrina de protección integral; y la jurisprudencia obligatoria, que no es otra cosa que el reconocimiento de la doctrina emanada del más alto tribunal de justicia; d) La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (art. 76) citada solo para demostrar la importancia de la Doctrina en la interpretación y aplicación de la Ley, sostiene que: "...El control abstracto de constitucionalidad se regirá por..., la jurisprudencia y la doctrina....".

3. Que la Resolución comentada reconoce el aporte positivo de las Doctrinas.

4. Que la supresión de las Doctrinas evita los conflictos en el ejercicio de la facultad de vigilancia y control: a) Motivación también inválida; pues, si hubiere discrepancia con una u otra doctrina, siempre se está en capacidad de impugnarlas por vía administrativa i/o contencioso administrativa; b) En su trayectoria, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros siempre estuvo abierta a escuchar criterios contrarios a las doctrinas, dejándolas insubsistentes o revisándolas. Ejemplo, la sustitución de

la Doctrina #141 sobre los Pactos Parasociales (R.O.# 867 del 21/10/16) adoptada por la actual administración.

Si alguna doctrina amerita su derogatoria o modificación, lo procedente era pronunciarse sobre ella, no derogarlas todas; pues, se provoca inseguridad jurídica al dejar a funcionarios de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en libertad de aplicar la ley con criterio subjetivo y variarlo según la ocasión, con resultados indeseables, lo que contradice con el reconocimiento expreso que se hace del valioso aporte de las Doctrinas.

Careciendo de real motivación la Resolución comentada, se impone el cumplimiento del art. 76 #7 letra l de la Constitución.

Puñalada al Derecho

Luis Cabezas-Klaere

El Universo, Enero 14/2017

Han pasado diecisiete años desde que tuve el honor de incorporarme como abogado de la República. Recuerdo con gran afecto a cada uno de mis profesores universitarios; todos, sin duda alguna, me enseñaron algo. Entre los ilustrados conocimientos que la gran mayoría de doctos catedráticos compartieron con sus alumnos fueron las fuentes del derecho: ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina. La ley, entonces, es la primera fuente, convoyada, sin dejar de lado por las siguientes.

Centrándome en la doctrina, encuentro que el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas la define como la opinión de uno o más autores en una materia o acerca de un punto. Otra de las acepciones indica que es la teoría sustentada por varios tratadistas respecto de importantes cuestiones de Derecho. Podríamos conceptualizar a la doctrina como una opinión generalizada de especialistas en una materia. La doctrina releva su importancia en especial cuando hay temas que no están solucionados por las otras tres fuentes, o sea, cuando hay vacíos o contradicciones en la ley.

Durante décadas, el organismo de control societario se ha caracterizado por tener en su plantilla grandes

estudiosos de la materia —tan larga es la lista que, por temor a olvidarme de alguno de ellos, prefiero omitir nombres—, y estos han ido construyendo a través de los años las Doctrinas Jurídicas de la Superintendencia de Compañías: Un aporte gigantesco al Derecho y en especial a la seguridad jurídica. Estas doctrinas sirven como guía para quienes navegan en el mar de la materia societaria y requieren conocer la posición del ente regulador. Podría considerarse a las doctrinas societarias como una suerte de “jurisprudencia” administrativa, que nos otorga certeza al momento de proceder en determinados casos.

Nada es perfecto y hay algunas doctrinas que han perdido vigencia o relevancia y otras (pocas), en concepto de algunos, contienen un criterio equivocado, pero, sin duda, la gran mayoría ha servido de sustento a la tan cacareada seguridad jurídica.

En el Suplemento del Registro Oficial No. 917 de seis de enero del año ya en curso, como zarpazo a la tan querida materia, se ha procedido a suprimir todas las doctrinas que fueron, según mi leal entender, el resultado de arduo estudio y trabajo de la Superintendencia de Compañías. La motivación para semejante actitud que carece de acierto, es la supuesta falta de atribución para la emisión de criterios doctrinales, no obstante se reconoce el valioso aporte de las mismas; y, por otra parte, evitar conflictos en el ejercicio de la facultad de vigilancia y control de la Superintendencia.

Las superintendencias, conforme señala el artículo 213 de la Constitución de la República, son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control

de las actividades económicas, sociales y ambientales y (...), es decir, organismos expertos en sus respectivas áreas; por lo tanto, es de creer que no requieren atribución milimétrica para emitir los criterios institucionales en el ámbito de su competencia. Pero, aun si se hubiese pensado que la Superintendencia requiere de facultad expresa para expedir doctrinas, esta sí creo (de creer en Dios Padre) que la tiene; y me sustento en el segundo inciso del artículo 439 de la Ley de Compañías que faculta a publicar los pronunciamientos jurídicos de la institución, que no son otra cosa que doctrinas.

En todo caso, si bien son “solo” criterios, de mantenerlos con vida jurídica la misma administración de justicia podrá continuar guiándose por el faro doctrinario.

Lo que hoy se ha hecho no es solo un “reseteo” a décadas de construcción jurídica; lo que se debió hacer fue una revisión para actualizar y dar vigencia a tan precioso instrumento científico. Lo hecho, constituye, en mi opinión, una puñalada al Derecho.

El día de celebración de Reyes coincidió, lamentablemente, con la desventurada supresión de un trabajo tan importante para el sistema societario del país.

Espaldarazo a la seguridad jurídica

Luis Cabezas-Klaere

El Universo, Octubre 21/2018

Los mandamientos, de cualquier ámbito, recogen y guardan principios. En el caso de los letrados, existen juristas que han definido mandamientos que debe cumplir la orden de abogados. Quizás el más conocido decálogo es el de Couture. Acaso para todo estudiante que ha aprobado el preuniversitario de la carrera de derecho, sea fácil recitarlo. Uno de los mandamientos de Couture concuerda con otro de Ángel Osorio y Gallardo: ¡Ten fe! Y explica Osorio que hay que tener fe en la razón, que es lo que en general prevalece. Bueno pues, mantuve la fe.

El 6 de enero de 2017 se publicó en el Registro Oficial la resolución mediante la cual el organismo técnico de control y supervisión de compañías (así define la Constitución a las superintendencias) suprimió todas y cada una de las doctrinas jurídicas que durante aproximadamente cinco décadas se fueron construyendo para dar precisión en el campo societario en casos de duda, oscuridad o vacíos de ley.

Semejante “supresión” –como si los criterios doctrinarios pudieran suprimirse– se sustentó en la dizque falta de facultad del superintendente para dictar doctrinas. Esto fue claramente desvirtuado por juristas como Jorge Egas Peña

y Emilio Romero Parducci en sendos artículos publicados en este mismo diario el año pasado, jurisconsultos que, con claridad meridiana, explicaron que la facultad está prevista en el artículo 433 de la Ley de Compañías que otorga a la Superintendencia la potestad de resolver dudas en casos de la práctica.

El 15 de octubre de 2018 se publicó la resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2018-0036 con la que el superintendente de Compañías, Valores y Seguros “resucitó” (pongo comillas porque la doctrina no se puede suprimir o derogar) las doctrinas societarias, fundamentándose no solo en la potestad señalada en la ley, sino que el considerando que sirve de sustento para darles nueva vigencia plena, resalta que “las Doctrinas Jurídicas constituyen una fuente formal del derecho, convirtiéndose en un medio auxiliar para la determinación y comprensión de las normas jurídicas”. ¡Qué alivio!

Sí, qué alivio ver luces de retorno a principios elementales del derecho, como la derogatoria en meses atrás del mal interpretado artículo 1 de la Ley para la Defensa de los Derechos Laborales que pulverizaba el principio elemental de separación de patrimonios de las compañías respecto de sus socios; y, ahora el renacimiento de doctrinas jurídicas que, como dije antes, requirieron de décadas para su construcción. Solo falta revisarlas y actualizarlas, pero qué avance este renacimiento. Qué trascendente ver a las superintendencias volviendo a tener el señorío de ser organismos técnicos de vigilancia, auditoria, intervención y control y no reducirse a recomendar recetas de arte culinario, como denunciara un columnista en su artículo “Súper de Fanescas”.

Mi congratulación con cada funcionario público que defiende el derecho por sobre cualquier convicción personal. Con estos inmensos granos de arena se avanza hacia la seguridad jurídica y, en consecuencia, a lograr la tan necesaria y ansiada inversión en nuestro país.

No. SCVS-INC-DNCDN-2016-014

Resuelve:

Ab. Suad Manssur Villagrán
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS,
VALORES Y SEGUROS

Considerando:

Que el artículo 433 de la Ley de Compañías faculta a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros a expedir las regulaciones, reglamentos y resoluciones que considere necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías mencionadas en el artículo 431 de dicha Ley, y a resolver los casos de duda que se suscitaren en la práctica;

Que distintos titulares de la Superintendencia de Compañías, hace algunos años, emitieron varios criterios de interpretación doctrinal respecto de ciertos pasajes de la Ley de Compañías, que consideraron oscuros o incompletos. Dichos criterios fueron registrados institucionalmente, con numeración secuencial, con el nombre de "Doctrinas Jurídicas", y publicados a través de los diferentes órganos de difusión de la entidad;

Que mediante resolución No. 97.1.7.3.0011 de 19 de agosto de 1997, publicada en el Registro Oficial No. 141 de 29 de agosto de 1997, la Superintendencia de Compañías declaró con pleno vigor las Doctrinas Jurídicas que no hubieren sido expresamente suprimidas, así como las modificaciones a éstas que se hubieren expresamente ordenado, y aquellas Doctrinas Jurídicas que no hubieren sido tácitamente modificadas por leyes promulgadas con posterioridad; y dispuso su obligatoriedad para la institución y cumplimiento forzoso para las sociedades sujetas a su control y vigilancia;

Que el artículo 425 de la Constitución señala el orden jerárquico de aplicación de las normas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro del cual no constan los criterios doctrinales que publiquen las instituciones del Estado;

Que el artículo 438 de la Ley de Compañías no señala como atribución del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros la emisión de criterios de interpretación doctrinal con carácter obligatorio;

Que sin desconocer el valioso aporte de las precitadas Doctrinas Jurídicas al desarrollo del derecho societario ecuatoriano, es menester puntualizar que éstas carecen de naturaleza normativa. Muchos de los criterios jurídicos vertidos en ellas han perdido relevancia en la actualidad, debido a la modificación de las circunstancias en que fueron emitidos;

Que es imprescindible revisar las políticas institucionales en relación a la obligatoriedad de los criterios de interpretación doctrinal contenidos en las Doctrinas Jurídicas a efectos de evitar conflictos en el ejercicio de la facultad de vigilancia y control de las compañías nacionales y empresas extranjeras que ejerzan actividades en el país;

Y, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley,

Art. 1.- Derogar la resolución No. 97.1.7.3.0011 de 19 de agosto de 1997, publicada en el Registro Oficial No. 141 de 29 de agosto de 1997.

Art. 2.- Suprimir todas las Doctrinas Jurídicas que hayan sido emitidas por la Superintendencia de Compañías.

Art. 3.- Las dudas que se suscitaren en el ejercicio de la facultad de vigilancia y control serán resueltas puntualmente para cada caso, en estricta aplicación de la Constitución, la ley, y los principios generales del derecho.

Esta resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE.- Dada y firmada en la ciudad de Guayaquil, oficina matriz de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, el veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

f.) Ab. Suad Manssur Villagrán, Superintendente de Compañías, Valores y Seguros.

Certifico que es fiel copia del original.- Atentamente.-
 f.) Dra. Gladys Yugcha de Escobar, Secretaria General de la Intendencia Regional de Quito (D).- Quito, 30 de diciembre de 2016.

No. 0147

EL CONCEJO METROPOLITANO DE QUITO

Vistos los Informes Nos. IC-O-2016-114 e IC-O-2016-255, de 21 de enero y 11 de noviembre de 2016, respectivamente, emitidos por la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Considerando:

Que, el artículo 30 de la Constitución de la República (en adelante "Constitución"), determina que: "Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica";

Que, el artículo 31 de la Constitución, determina que: "Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía";

control de las compañías mencionadas en el artículo 431 de la misma Ley, y resolverá los casos de duda que se suscitaren en la práctica; y,

En ejercicio de las atribuciones conferidas en la Ley de Compañías.

No. SCVS-INC-DNCDN-2016-0036

**Ab. Víctor Anchundia Places
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS,
VALORES Y SEGUROS (E)**

Considerando:

Que el artículo 213 de la Constitución de la República establece que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general;

Que el artículo 430 de la Ley de Compañías señala que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades, en las circunstancias y condiciones establecidas por la ley;

Que el artículo 439 de la Ley de Compañías dispone que la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros tendrá como órgano de difusión la Gaceta Societaria, en la que se publicarán entre otros asuntos, todas las resoluciones de carácter general, las absoluciones de consultas de carácter general, los pronunciamientos sobre aspectos jurídicos, contables, financieros, y cualquier otra información que se estime de interés;

Que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, observó entre otras cosas, que al haberse publicado el 9 de marzo de 2009 la última Gaceta Societaria, ha dado lugar a la desinformación que evidenció el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 439 de la Ley de Compañías;

Que es necesario que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros publique la Gaceta Societaria con los contenidos determinados en la ley, a través de los medios tecnológicos de punta, con la finalidad de difundir los hechos y actos societarios relevantes, para contribuir a la seguridad jurídica en el ámbito de su competencia;

Que las visitas diarias al portal web institucional www.supercias.gob.ec son numerosas, por lo cual se ha determinado que éste es el medio idóneo de difusión de la Gaceta Societaria;

Que mediante resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-014, de fecha 29 de diciembre de 2016, se dispuso derogar la resolución No. 97.1.7.3.0011 de 19 de agosto de 1997, publicada en el Registro Oficial No. 141 de 29 de agosto de 1997, y suprimir todas las Doctrinas Jurídicas emitidas por la Superintendencia de Compañías; situación que no permite contar con criterios jurídicos sobre la interpretación de las normas societarias.

Que las Doctrinas Jurídicas constituyen una fuente formal del derecho, convirtiéndose en un medio auxiliar para la determinación y comprensión de las normas jurídicas;

Que de acuerdo con el artículo 433 de la Ley de Compañías, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros expedirá las regulaciones, reglamentos y resoluciones que considere necesarios para el buen gobierno, vigilancia y

Resuelve:

Art. 1.- Disponer que a partir de la vigencia de esta resolución, la Gaceta Societaria sea elaborada de forma electrónica, debiendo mantenerse su publicación y actualización en el portal web institucional www.supercias.gob.ec, medio de difusión en el que se publicarán, todas las resoluciones de carácter general, las absoluciones de consultas de carácter general, los pronunciamientos sobre aspectos jurídicos, contables, financieros, doctrinas y cualquier otra información que se estime de interés.

Art. 2.- Derogar la resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-014, de fecha 29 de diciembre de 2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 917, del 6 de enero del 2017 y disponer la vigencia de las Doctrinas Jurídicas derogadas por ella.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dada y firmada en Guayaquil, oficina matriz de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, el 3 de octubre de 2018.

f.) Ab. Víctor Anchundia Places, Superintendente de Compañías, Valores y Seguros (E).

R.O.S. No. 347 - 15 de octubre de 2018

PERLAS JÚRIDICAS

Aprobación de las escrituras de constitución de las compañías

La Ley de Compañías (Art. 146) sostenía “La compañía se constituirá mediante escritura pública que, por mandato previo de la Superintendencia de Compañías, será inscrita en el Registro Mercantil ...”.

La referida disposición legal fue reformada por el Art. 107 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento del Sector Societario y Bursátil (S. R.O. #249 del 20 de mayo de 2014, que eliminó la aprobación de las escrituras de constitución de las compañías).

La Ley Notarial en su artículo 18 numeral 29 señala que son atribuciones exclusivas de los Notarios aprobar la constitución o reformas de las sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes a la vida de éstas y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción cuando no corresponda a la Superintendencia de Compañías (COGEP S.R.O. # 506 del 22 de mayo de 2015).

Conclusión

Desde la vigencia del COGEP los Notarios deben aprobar la constitución o reformas de estatutos de las sociedades civiles y mercantiles en general.

¿Confiar la aprobación a los notarios no es un retroceso en el Derecho Societario ecuatoriano?

¿Se está cumpliendo con esta obligación legal?

Las sucursales de compañías extranjeras pueden transformarse en compañías en el Ecuador

- 1) La Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, Estabilidad y Equilibrio Fiscal (S. R.O. #309 del 21 de agosto de 2018) introduce una reforma a la Ley de Compañías permitiendo que las Sucursales de Compañías Extranjeras establecidas en el Ecuador se transformen en algunas de las formas societarias reguladas por la Ley de Compañías del Ecuador.

La compañía resultante de la transformación tendrá personalidad jurídica independiente de la compañía extranjera que estaba domiciliada; sin embargo, ésta responderá solidariamente por las obligaciones contraídas hasta la fecha en que tuvo vida jurídica la sucursal de compañía extranjera (art. 60).

- 2) Según la Ley de Compañías vigente (art. 330) se transforma una compañía cuando adopta una figura jurídica distinta, sin que por ello se opere su disolución ni pierda su personería.

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

El art. 331 establece “La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada o viceversa, cualquier transformación de un tipo distinto será nula.

- 3) Es decir, que la transformación de una compañía se produce por el cambio de especie social de las permitidas por la ley, caso contrario, la transformación será nula.
- 4) Sin embargo, la reforma introducida, en la Ley para el Fomento Productivo, etc. permite la transformación de una sucursal de una compañía extranjera, que puede ser compañía anónima, en compañía anónima, lo cual constituye un despropósito jurídico dentro del esquema societario tradicional de nuestro país; primero, porque la transformación sólo se da entre compañías y la sucursal no lo es, sino extensión de una especie de compañía, que necesariamente debe ser de las existentes en el país; y, segundo, porque la transformación presupone el cambio de ropaje jurídico de una compañía, que abandona su especie anterior; y, en el caso examinado no existe cambio alguno en la compañía cuya sucursal se transforma, sino que la compañía primitiva subsiste en la forma original y su sucursal domiciliada en el Ecuador adquiere personalidad jurídica independiente; es decir, que lo que existe no es transformación o cambio de especie societaria, sino conversión de una extensión de la compañía original (sucursal establecida en el Ecuador) en una persona jurídica nueva, lo cual según el arto 331 de la Ley de Compañías es nulo, o por lo menos no es transformación.

Muerte anunciada del Derecho Societario

Luis Cabezas-Klaere

El Universo, Noviembre 12/2017

El segundo inciso del artículo 1957 del Código Civil, en concordancia con la disposición general tercera de la Ley de Compañías, reza que la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados. Esta centenaria disposición es la columna vertebral del derecho societario, pues contiene lo que se conoce como velo societario, esto es, la protección que tienen los socios al separar sus patrimonios del de las compañías, lo cual es a su vez el principal incentivo para promover la inversión. Si no existiera esta protección sería impensable que se invierta en negocios de alto riesgo, como por naturaleza se hace generalmente en las compañías, puesto que como dice la popular enseñanza: no hay que poner todos los huevos en la misma canasta.

No obstante lo anterior, la Ley de Compañías en su añejo artículo 17 sanciona a quienes pretendan abusar de la antes referida protección estableciendo que en caso de fraudes serían responsables quienes los hayan ordenado o ejecutado, quienes hayan obtenido provecho de los mismos o los tenedores de los bienes. Claro está, entre todos los anteriores pueden estar los socios incluidos.

En 2012 se expidió la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, cuyo primer inciso curiosamente

no trata de derecho laboral alguno, sino de las instituciones del Estado que tienen coactiva, la que repetía que en caso de personas jurídicas utilizadas para defraudar habría responsabilidad de los accionistas. Nada nuevo, sin embargo, algunos funcionarios de coactiva en su aberrante criterio decidieron leer el artículo omitiendo las palabras “usadas para defraudar”, o sea, interpretaban que en caso de que una compañía deba a una institución del Estado los accionistas eran también deudores. Tal fue el atropello al derecho que la superintendente de Compañías, Valores y Seguros remitió un oficio a la anterior administración de la Corporación Financiera Nacional, la que estaba haciendo uso de la mencionada interpretación, explicando no solo la barbaridad jurídica que estaban aplicando los mal denominados jueces de coactiva, sino también los perjuicios que causaba esta actuación al sector societario. Pero, pese a la plausible intervención del organismo de control, con la idea de que el Estado no puede perder y debe cobrar, la nefasta situación continuó y para dizque morigerar en algo la situación se reformó en dos ocasiones la disposición: la primera en 2015 en una supuesta reforma incluida en el Cogep y digo supuesta porque la redacción quedó idéntica; y, la segunda, en abril del presente año que restringió la posibilidad de responsabilizar a los socios de una compañía solo en caso de que tengan el 6% o más del porcentaje total del capital. En pocas palabras, señor lector, la recomendación que dan algunos es invertir siempre solo hasta el 5% en el capital de una compañía. ¡Tremenda asesoría!

La última novedad es que en el proyecto de Ley para Impulsar la Reactivación Económica del Ecuador se establece responsabilidad solidaria de todos los accionistas

respecto de las obligaciones tributarias. Esto querría decir que toda persona que pretenda invertir en el capital de una compañía tendrá que encomendarse al Espíritu Santo para que la compañía no llegue a tener un problema tributario. A manera de ejemplo: padres, pensando en el futuro, invierten en acciones de una compañía para sus hijos, los cuales pasan a ser automáticamente responsables por obligaciones tributarias de dicha compañía. ¿Serían estos buenos padres o deberían quitarles a estos hasta la patria potestad por hacerles tamaño favor a sus hijos?

La Asamblea Nacional tiene la obligación de expedir leyes, previa la revisión y atención a principios, características y elementos de cada institución jurídica. En el caso que nos ocupa, la protección que la ley otorga a los socios de compañías es indispensable para atraer la inversión, incongruente sería entonces el aparente fin de la reforma con el real sentido de la misma. Ojalá los apuros no soslayen la importancia que tiene la profunda revisión de estos temas. Claro está, habrá quienes pretendan justificar la reforma con los típicos casos particulares en los que las compañías han sido utilizadas para protervos fines, pero insisto, para eso ya existe desde el siglo pasado el artículo 17 de la Ley de Compañías.

Espanta-inversiones

Óscar A. Del Brutto¹

El Universo, Septiembre 12/2017

Esperpento. Desatino. Verdadero disparate. Eso parece el régimen legal de responsabilidad de los accionistas de compañías en el Ecuador. Un esquema que parece pensado con el objetivo de ahuyentar a la inversión privada.

La regla de responsabilidad limitada de los accionistas es sencilla: la compañía tiene un patrimonio propio distinto al patrimonio de sus accionistas. Los acreedores de la compañía no pueden exigir el pago de sus créditos a los accionistas, y los acreedores de los accionistas no pueden exigir el pago de sus créditos a la compañía. Bajo una regla de responsabilidad limitada, si usted es accionista de una compañía y la compañía quiebra, usted solo pierde lo que aportó a la compañía, pero el resto de su patrimonio personal está a salvo.

En realidad se trata de una regla especialmente importante. Sin esta regla sería imposible explicar el progreso económico del mundo occidental. El comercio marítimo de los europeos con sus colonias durante los siglos XVII y XVIII, las obras de infraestructura en los Estados Unidos durante el siglo XIX, y todos los progresos tecnológicos de los siglos XX y XXI se deben a la regla de responsabilidad limitada. La explicación está en que la regla de responsabilidad limitada permite acumular capital

¹ Profesor de Derecho Corporativo de la UEES.

porque disminuye el riesgo de realizar una inversión. El inversionista sabe que si el negocio no va bien lo máximo que va a perder es el aporte que realizó y, además, que puede diluir su riesgo personal diversificando sus inversiones en más compañías. A menor riesgo, mayor inversión.

Pero aquí parece que se han pasado de largo las enseñanzas históricas y las reglas de la lógica. Las reformas a la Ley de Compañías de los años 2009 y 2014 permiten que los acreedores de la compañía demanden el cobro de sus créditos directamente a los accionistas cuando se considere que ha habido “abuso” o “fraude” o “mala fe”. Pero ni la ley ni las cortes han definido qué quieren decir esas palabras. Además, la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales de 2012 autoriza a cualquier juez de coactiva para demandar directamente a los accionistas por las deudas de la compañía, sin necesidad de un juicio previo en donde se determine si hubo abuso, fraude o mala fe. Así, si usted es accionista de una compañía corre el riesgo de ser demandado personalmente por las deudas de la compañía sin saber exactamente por qué y, si esto ocurre por la vía coactiva, usted solo se entera cuando sus bienes han sido embargados y se le ha prohibido la salida del país, sin que tenga la oportunidad de defenderse primero.

El dinero es cobarde. Un régimen legal que no proteja a los inversionistas, los extingue. En momentos en los que los gobernantes enfatizan la necesidad de atraer inversión, la Ley de Compañías debe reformarse para definir con claridad en qué casos se va a permitir a los acreedores de la compañía dirigir su acción de cobro a los accionistas, y la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales debe derogarse.

Tareas de la Superintendencia

Fabián Albuja Chaves

Diario el Universo, Septiembre 7/2018

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ya no es solamente el organismo de control societario de las compañías, es decir, el encargado de vigilar la vida jurídica de estas desde su constitución hasta su disolución y liquidación. A esa tarea su sumó otra muy importante relativa al control de las instituciones y partícipes en el mercado de valores, y recientemente se le encargó controlar y vigilar las compañías de seguros.

En lo societario la Superintendencia ha cumplido su misión en forma competente y muy profesional. No así en el ámbito del mercado de valores, en que la tarea se vio truncada, pues el gobierno anterior y la Junta de Regulación se encargaron de extinguirlo. En cuanto a los seguros, la función apenas empieza, la tarea en conjunto es grande. La responsabilidad institucional actual además de compleja es trascendente, delicada y de gran impacto en la dinámica económica y social en nuestro país. Debe ser cumplida con gran esmero y competencia para generar estímulo, confianza y sinergia en los sectores y actores vinculados a estos ámbitos. Las tareas urgentes que dicho organismo de control debe cumplir en materia societaria, de valores y seguros son, al menos: para dar fuerza y practicidad al decreto ejecutivo que expidió el presidente Gutiérrez considerando al mercado de valores

como política de Estado, insertar a dicho mercado en todas las estrategias de desarrollo del actual Gobierno. Proponer a la Junta de Regulación Monetaria y Financiera depuración profunda de las regulaciones que entraban el fluido desarrollo y funcionamiento del sistema empresarial, societario, de valores y de seguros. Sugerir iniciativas para estimular y facilitar los emprendimientos para concretarlos en proyectos reales que se canalicen a través de la constitución de nuevas empresas.

La Superintendencia debe coadyuvar a que los procesos de asociación público-privada funcionen con parámetros, criterios y prácticas de la gestión privada, de modo que se asegure productividad, rentabilidad y competitividad en la generación de riqueza y empleo. Reintroducir los principios de autorregulación controlada especialmente en el mercado bursátil. Propiciar inserción proactiva y paulatina del mercado de valores ecuatoriano en el grupo de países del Pacífico sur.



EDITORIAL Y LIBRERÍA
Malecón 904 y Junín
Piso 1. Telefax: 2314471
Teléfonos: 2301975
Guayaquil – Ecuador

SITIO WEB:
www.editorialedino.com.ec
info@editorialedino.com.ec

ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

DIRECTORIO

PRESIDENTE	DR. CÉSAR IRWIN CORONEL JONES
VICEPRESIDENTE	DR. ANTONIO EMILIO ROMERO PARDUCCI
TESORERA	ABG. ALEXANDRA MARÍA IZA DE DÍAZ
SECRETARIO	ABG. MIGUEL REINALDO MARTÍNEZ DÁVALOS
PROCURADOR	DR. LUÍS ALBERTO CABEZAS PARRALES
VOCAL 1 PRINCIPAL	DR. JUAN ALFREDO TRUJILLO BUSTAMANTE
VOCAL 2 PRINCIPAL	DR. GERARDO CARLOS PEÑA MATHEUS
VOCAL 1 SUPLENTE	ABG. RAFAEL AMÉRICO BRIGANTE GUERRA
VOCAL 2 SUPLENTE	DR. ANDRÉS EMILIO ORTÍZ HERBENER

MIEMBROS

Ab. Luis Esteban Amador Rendón	Ab. Alexandra María Iza de Díaz
Dr. Xavier Antonio Amador Rendón	Ab. Miguel Reinaldo Martínez Dávalos
Dr. Fernando Alfredo Aspiazu Seminario	Dr. Gustavo Xavier Ortega Trujillo
Dr. Rafael Américo Brigante Guerra	Dr. Andrés Emilio Ortiz Herbener
Dr. Luis Alberto Cabezas Parrales	Dr. Nicolás Vicente Parducci Sciacaluga
Ab. Roberto Abad Caizahuano Villacrés	Dr. Gerardo Carlos Peña Matheus
Ab. José Eduardo Carmigniani Valencia	Dr. Aquiles Mario Rigail Santistevan
Dr. César Irwin Coronel Jones	Dr. Antonio Emilio Romero Parducci
Ab. César Ignacio Drouet Candel	Dr. Luis Eduardo Salazar Bécker
Dr. Jorge Augusto Egas Peña	Dr. Roberto Salgado Valdez
Dr. Juan Eduardo Falconí Puig	Dr. Juan Alfredo Trujillo Bustamante
Dr. Rómulo Alejandro Gallegos Vallejo	Dr. Ignacio Vidal Maspons
Dr. Galo Enrique García Feraud	Dr. Ricardo Juan Noboa Bejarano
Dr. René Jorge García Llaguno	Ab. Fabricio Stéfano Dávila Lazo
Dr. Roberto Gabriel González Torre	Ab. Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos

editorial
EDINO

TORIAL Y LIBRERÍA
ecón 904 y Junín
o 1. Telefax: 2314471
éfonos: 2301975
ayaquil - Ecuador

IO WEB:
rw.editorialedino.com.ec
o@editorialedino.com.ec



PVP: \$20,00