

Jorge Egas Peña
Director

Derecho Societario

Revista No. 14

**Análisis sobre las Sociedades por Acciones
Simplificadas en el Ecuador (SAS)**

Sociedades por acciones simplificadas en el Ecuador (SAS)

El consorcio mercantil

Las compañías holding

**Las sociedades de garantías recíprocas: una propuesta jurídica de
necesaria introducción en la legislación ecuatoriana**

La fusion de las compañías (II Parte)

**Concentraciones societarias que determinan controles.
Su necesidad de conocerlas para aplicarlas en
el fenómeno del poder de Mercado**

**Escenarios para el deudor en insolvencia por
causa de la cuarentena**

**Aporte de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario a la
Comisión Económica de la Asamblea Nacional sugiriendo cambios
al Capítulo V del Proyecto de la Ley Orgánica de
Apoyo Humanitario, que se refiere al Concordato Preventivo**



Derecho Societario

Revista No. 14

Emilio Romero Parducci
Fundador

Derecho Societario

Revista No. 14

Jorge Egas Peña
Director

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





**MIEMBROS DEL DIRECTORIO
2020 -2022**

ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

PRESIDENTE	DR. RICARDO NOBOA BEJARANO
VICEPRESIDENTE	DR. ANTONIO EMILIO ROMERO PARDUCCI
TESORERA	ABG. ALEXANDRA MARÍA IZA DE DÍAZ
SECRETARIO	ABG. MIGUEL REINALDO MARTÍNEZ DÁVALOS
PROCURADOR	DR. LUIS 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

**PAST PRESIDENTES DE LA ACADEMIA
ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO**

DR. CARLOS ESTARELLAS MERINO

DR. JORGE EGAS PEÑA

ABG. EDUARDO CARMIGNIANI VALENCIA

ABG. CÉSAR DROUET CANDEL

DR. GALO GARCÍA FERAUD

DR. CÉSAR CORONEL JONES



ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

MIEMBROS

Ab. Luis Esteban Amador Rendón	Dr. Roberto Gabriel González Torre
Dr. Xavier Antonio Amador Rendón	Ab. Alexandra María Iza de Díaz
Dr. Fernando Alfredo Aspiazu Seminario	Ab. Miguel Reinaldo Martínez Dávalos
Dr. Rafael Américo Brigante Guerra	Dr. Gustavo Xavier Ortega Trujillo
Dr. Luis Alberto Cabezas Parrales	Dr. Andrés Emilio Ortiz Herbener
Ab. Roberto Abad Caizahuano Villacrés	Dr. Nicolás Vicente Parducci Sciacaluga
Ab. José Eduardo Carmigniani Valencia	Dr. Gerardo Carlos Peña Matheus
Dr. Nicolas Cassis Martínez	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
Ab. Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos	

UN BREVE MENSAJE

Apreciados lectores:

El 11 de marzo pasado, la Asamblea de la Academia de Derecho Societario designó al Directorio que dirigirá a la institución por el bienio 2020-2022, el cual quedó integrado de la siguiente manera: presidente, Dr. Ricardo Noboa Bejarano; vicepresidente, Dr. Emilio Romero Parducci; tesorera, abogada Alexandra Iza de Díaz; procurador, Dr. Luis Cabezas Parrales; secretario, Abg. Miguel Martínez Dávalos; vocales principales, los doctores Juan Trujillo Bustamante y Gerardo Peña Matheus; y, vocales suplentes, los doctores Rafael Brigante Guerra y Andrés Ortiz Herbener. Los miembros de la Asamblea tuvieron la bondad de elegirme presidente, lo que agradezco.

El derecho societario es o debe ser, en el mundo actual, un vehículo para que el sector empresarial y las personas en general, puedan generar negocios y actividades tendentes a la creación de actividades productivas y generación de empleo. No puede concebirse simplemente como un derecho formal y rígido que permanezca inmutable frente a la vertiginosidad de la época. Ciertamente, en los últimos años han existido avances importantes en la legislación y en la actualización de las doctrinas societarias, lo que permite, justamente, que se convierta en un derecho dinámico y adaptado a la realidad contemporánea.

En ese camino, la Academia llega a la publicación del número 14 de su revista, la cual trata, justamente, de las nuevas modalidades creadas por la legislación ecuatoriana, analizadas desde el punto de vista de los autores de cada artículo. La revista, por lo tanto, seguirá siendo una fuente de criterios y opiniones que enriquecerán nuestro derecho societario. Igualmente, mantendrá una relación fluida con el órgano de control de las sociedades, a través del flujo de información

y el intercambio de ideas, vitales para los objetivos que tienen o deben tener tanto el sector público como el privado. Hoy no se concibe un sector público aislado y lejano de las visiones del sector privado, el cual debe siempre colaborar con el aporte de nuevos criterios que apunten a fortalecer a las entidades productivas.

Continuaré por el camino ya trazado por los presidentes que me han antecedido en el ejercicio de esta función. Mantendremos a la revista como el órgano de difusión de nuestras ideas, agradeciéndole a Jorge Egas Peña, a César Drouet Candel y a Emilio Romero Parducci por su reiterado compromiso con la Academia y con lo académico. Trataremos de ver la posibilidad de que la revista pueda difundirse *online*, a fin de que sea accesible a través de la página web de la institución, lo que hoy en día debería ser una aspiración indispensable. Cuenten los apreciados lectores con el compromiso del Directorio para mantener la independencia y el profesionalismo de la Academia durante el bienio venidero.

Con todo afecto,

Dr. Ricardo Noboa Bejarano

PRESENTACIÓN

Continuando con nuestro empeño de brindar a nuestros lectores motivos jurídico-societarios de su interés, presentamos esta nueva edición de la *Revista de Derecho Societario*, que aspiramos satisfaga sus aspiraciones y necesidades profesionales y académicas.

En primer lugar, hemos incluido dos estudios sobre las *Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)*, que contienen un análisis exhaustivo sobre esta nueva especie societaria, recientemente incorporada a la legislación nacional.

También presentamos dos estudios sobre los *Consortios y las Compañías Holding*, que constituyen contratos de organización societaria a los que se está recurriendo con mucha frecuencia en nuestro país.

Por otra parte, nos ha parecido interesante la inclusión de un estudio sobre la nueva modalidad societaria denominada *Las Sociedades de Garantía Recíproca*.

Asimismo, se agregó un alcance al estudio de la *Fusión Societaria* que consideramos puede motivar alguna confrontación de criterios entre los cultores de esta disciplina.

Finalmente, y no por ello menos importante, cerramos con broche de oro esta edición, con un estudio sobre *Concentraciones Societarias*, presentado por el doctor Nicolás Cassis Martínez como tema de su incorporación como miembro de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario; y, un oportuno análisis sobre la situación de los deudores fallidos, con ocasión del estado de excepción ocasionado por la Pandemia del COVID-19.

Guayaquil, mayo de 2020

El Director

ÍNDICE

Un breve mensaje	XI
Presentación	XIII
Análisis sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas en el Ecuador (SAS)	
Dr. Roberto González Torré.	1
Sociedades por acciones simplificadas en el Ecuador (SAS)	
Dr. Jorge Egas Peña	35
El consorcio mercantil	
Dr. Roberto Salgado Valdez	45
Las compañías holding	
Abg. Eduardo García Fabre	85
Las sociedades de garantías recíprocas: una propuesta jurídica de necesaria introducción en la legislación ecuatoriana	
Abg. Marena Franco Zarie/Abg. Belén Guambo Rodríguez	121
La fusión (II Parte)	
Dr. Jorge Egas Peña	159
Concentraciones societarias que determinan controles.	
Su necesidad de conocerlas para aplicarlas en el fenómeno del poder de mercado	
Dr. Nicolás Cassis Martínez	173
Escenarios para el deudor en insolvencia por causa de la cuarentena	
Dr. Gustavo Ortega Trujillo/ Abg. María Alexandra Maridueña Vargas	197
Miscelánea:	
Aporte de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario a la Comisión Económica de la Asamblea Nacional sugiriendo cambios al Capítulo V del Proyecto de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, que se refiere al Concordato Preventivo.	
	215

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

ANÁLISIS SOBRE LAS SOCIEDADES POR
ACCIONES SIMPLIFICADAS EN EL ECUADOR (SAS)

Contenido:

- I. Aspectos Introductorios*
- II. Orígenes de las SAS*
- III. Características sustanciales de las SAS*
- IV. Formalidades para su constitución*
- V. Particularidades relativas al capital, los accionistas y las acciones*
- VI. Administración de la sociedad*
- VII. Disposiciones relativas a reformas, reorganización y otros actos societarios relevantes*
- VIII. Sobre la exclusión de accionistas*
- IX. Atribuciones de la Superintendencia de Compañías*
- X. Conclusiones*

ANÁLISIS SOBRE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS EN EL ECUADOR (SAS)

*Dr. Roberto González T.
Marzo 27 de 2020*

I.- ASPECTOS INTRODUCTORIOS

En el Suplemento del Registro Oficial n.º 151 del 28 de febrero de 2020 se publicó la *Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación* que, en lo que nos ocupa, introdujo reformas a la Ley de Compañías, agregando todo lo relativo a las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), a continuación de su sección VIII.

Resulta importante destacar uno de sus considerandos, que indica que con las reformas que introdujo la «Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del sector Societario Bursátil publicada en Registro Oficial Suplemento 249 de 20 de mayo del 2014, se redujo el tiempo para constitución de compañías».

Así mismo, consta que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) cuenta con leyes modelo sobre ámbitos materia del fomento al emprendimiento y la innovación. En este sentido, es importante recalcar que, precisamente UNCITRAL, desarrolló la Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, aprobada por la

Organización de Estados Americanos el 20 de junio de 2017, que se inspiró en el éxito colombiano de la ley 1258 de 2008.¹

Y una declaración importante es aquella que afirma: «Que, resulta necesario fomentar un entorno propicio para la formación de compañías y para que los emprendimientos sean formalizados, y para facilitar que emprendedores y organizaciones ya existentes encuentren un entorno propicio para crear nuevos emprendimientos;» la que está en íntima relación con los

1 AG/RES. 2906 (XLVII-O/17) LEY MODELO SOBRE SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA1/ (Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 20 de junio de 2017)

LA ASAMBLEA GENERAL,

CONSIDERANDO el Informe del Comité Jurídico Interamericano “Recomendaciones sobre la propuesta de proyecto de Ley Modelo sobre Sociedad por Acciones Simplificada” (CJI/doc.380/11 corr.1), aprobado en marzo de 2012;

TENIENDO EN CUENTA la contribución que estas nuevas formas de organizaciones corporativas pueden realizar al desarrollo económico en los Estados Miembros; y,

TENIENDO EN CUENTA, ADEMÁS, la resolución AG/RES. 2886 (XLVI-O/16) que solicitó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente que evalúe la posibilidad de que dicha Ley Modelo sea sometida a consideración de la Asamblea General en el presente período ordinario de sesiones,

RESUELVE:

1. Tomar nota de la Ley Modelo sobre Sociedad por Acciones Simplificada anexa a la presente resolución.
2. Solicitar al Comité Jurídico Interamericano y a su Secretaría Técnica, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, que le dé la más amplia difusión posible entre los Estados Miembros.
3. Invitar a los Estados Miembros para que de conformidad con su legislación y normatividad interna, adopten lo que sea de su interés de la Ley Modelo sobre Sociedad por Acciones Simplificada.
4. Encomendar a la Secretaría General que, a través de su Departamento de Derecho Internacional, en su capacidad de Secretaría Técnica de Comité Jurídico Interamericano, brinde a los Estados Miembros que así lo soliciten toda la colaboración y apoyo necesarios para instrumentar el párrafo anterior.

Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2906_XLVII-O-17.pdf
Para ver Ley modelo: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Ley_Modelo_sobre_la_Sociedad_Acciones_Simplificada.pdf

cambios derivados de la «globalización, internacionalización de las economías y apertura de los mercados», que «imponen la obligación de reconocer un nuevo tipo societario que viabilice el derecho de asociación con fines económicos, sin las formalidades exigidas para la constitución de compañías, de acuerdo con la Ley de la materia».

Lo anterior concuerda directamente con uno de los objetivos de la ley que es «simplificar trámites para la creación, operación y cierre de empresas, en todos los niveles de gobierno».

Entre otros, he allí las principales motivaciones para incluir en la legislación societaria ecuatoriana, la Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS), definidas en el artículo 3 de la ley como el «tipo de sociedad mercantil conformada por una o más personas, mediante un trámite simplificado para fomentar la formalización y desarrollo de empresas».

II.- ORÍGENES DE LAS SAS

Su origen se atribuye al derecho francés, que la incluyó en su legislación por Ley n°. 94-1 de 3 de enero de 1994, formando parte de los artículos 227-1, y siguientes, del Código de Comercio, como una innovación que buscaba superar la rigidez para operatividad y desarrollo de negocios de las sociedades anónimas tradicionales. Luego se reformó por Ley n°. 99-587 de 12 de julio de 1999. Es una figura societaria muy utilizada en Francia.

A decir de la abogada argentina María del Carmen Uanini De Tosello, en Francia se cuestionó si era preferible legislar respecto de

una sociedad anónima simplificada o una sociedad por acciones simplificada como categoría específica. Al respecto, indica:

Pese a las ventajas que ofrecía la primera opción debido a que se adaptaría bien a un cuerpo de normas completo y bien conocido, directivas comunitarias de armonización y coordinación del derecho de sociedades que en la de los casos se aplican a supuestos de sociedades anónimas, la denominación sociedad por acciones simplificada por fin fue la adoptada por cuanto se trataba, en realidad, de una nueva categoría dentro de las sociedades por acciones.²

En América Latina, Colombia la adoptó mediante la Ley 1258 en 2008, alcanzando una gran aceptación en el mundo empresarial. Luego México, desde 2016, y Argentina mediante ley 27.349 de 2017. En todas las legislaciones la simplicidad y agilidad en su constitución, incluso por vía electrónica y por instrumento privado, es una característica común, además de otras que expondremos en este ensayo.

Hoy, nuestro país sigue estos ejemplos, como pasamos a revisar a continuación, inspirado en la Ley colombiana y en la Ley Modelo UNCITRAL ya mencionada, siendo la SAS una nueva especie de compañía de comercio.³

2 VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, 1995). Recuperado de <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1187/CDS06020389.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

3 Ley de Compañías:

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

La compañía en nombre colectivo;

La compañía en comandita simple y dividida por acciones;

La compañía de responsabilidad limitada;

III.- CARACTERÍSTICAS SUSTANCIALES DE LAS SAS

1.- Compañía uni o pluripersonal.- La ley permite que las SAS puedan constituirse e incluso subsistir con al menos un accionista, sea este persona natural o jurídica.

Precisamente, esta característica deriva en una reforma del art. 1 de la Ley de Compañías, que establece:

El contrato de compañía es aquel por el cual una o más personas **dependiendo de la modalidad societaria utilizada** unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles, participar de sus utilidades y otros beneficios sociales, colectivos y/o ambientales. 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. (El resaltado es nuestro).

Recordemos que desde la publicación de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, ninguna sociedad mercantil podía incorporarse con menos de dos socios. Hoy cabe la posibilidad de un solo accionista, pero exclusivamente para las SAS.

Si bien con esta definición se rompe la característica usual de que todo contrato involucra al menos dos partes, ello deviene de la incorporación específica de las SAS, que sería la única especie de compañía mercantil o de comercio bajo control y supervisión de la

La compañía anónima;

La sociedad por acciones simplificada; y,

La compañía de economía mixta.

Estas seis especies de compañías constituyen personas jurídicas.

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

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS) que puede crearse o subsistir con un solo accionista, tratándose de su creación mediante acto unilateral.

Además de lo anterior, la simplicidad para su formación y el poder remarcado de la autonomía de la voluntad, sumado a aspectos interesantes como el voto múltiple, la exclusión de accionistas y el reconocimiento de los mecanismos alternativos de solución de controversias entre accionistas, probablemente lleguen a constituir factores determinantes para la preferencia de las SAS, incluso a nivel unipersonal. De darse lo expuesto, se acentuaría el desuso de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada de aprobación judicial; figura jurídica que pese a estar vigente al amparo de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, publicada en el Registro Oficial n.º 196 del 26 de enero de 2006, ha tenido escasa aplicación.

Volviendo a la SAS, pueden otorgarse también por varios accionistas, incluso por sociedades extranjeras, caso en el que deberá agregarse una certificación que acredite la existencia legal de dicha sociedad en su país de origen.

2.- Por regla general, los accionistas tienen responsabilidad limitada.- Si bien puede constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, estas solo serán responsables hasta por el monto de sus respectivos aportes.

Excepción a aquello: a) si judicialmente se hubiere desestimado su personalidad jurídica con el consecuente efecto de trasladar la responsabilidad a sus accionistas, con base al trámite previsto en la ley; b) cuando haya uno o varios accionistas que por voto abusivo ocasione daño a la compañía, a otros accionistas o

a terceros, para obtener una ventaja injustificada; y, c) Si el o los accionistas renuncian de manera expresa y por escrito al principio de responsabilidad limitada en este tipo de compañías, de forma tal de asumir solidariamente las responsabilidades por todos los actos que ejecutare la SAS.

3.- Carácter exclusivamente mercantil.- Por expresa previsión legal «la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre mercantil, independientemente de sus actividades operacionales». Pueden adoptar la categoría de Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo, agregando a su denominación la expresión «Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo», o las siglas BIC.

No obstante, las SAS no podrán realizar actividades relacionadas con operaciones financieras, de mercado de valores, seguros y otras que tengan un tratamiento especial, de acuerdo con la Ley. En este sentido, la legislación recogió una limitación, similar las previstas en la Ley de Compañías para las compañías limitadas, así como las prohibiciones para las empresas unipersonales de responsabilidad limitada.⁴

4 Ley de Compañías: **Art. 94.-** 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.

Ley de Empresas Unipersonales de responsabilidad limitada:

Art. 16.- La empresa unipersonal de responsabilidad limitada, no podrá realizar ninguna de las siguientes actividades:

- a) Bancarias;
- b) De seguros;
- c) De capitalización y ahorro;
- d) De mutualismo;
- e) De cambio de moneda extranjera;
- f) De mandato e intermediación financiera;
- g) De emisión de tarjetas de crédito de circulación general;

Habrà que esperar la reglamentación del caso para entender el alcance de la expresión «otras que tengan un tratamiento especial», puesto que existen sociedades como las del transporte terrestre, explotación minera, operaciones de carga, transporte de desechos peligrosos, que requieren determinadas autorizaciones para su operación y en una interpretación amplia no podrían adoptar la modalidad de SAS.

4.- Simplificación para su constitución.- Basta el instrumento privado y su inscripción en el Registro de Sociedades para tener personalidad jurídica. Además, se publican en la web de la SCVS (art. 19 Ley de Compañías). Se pueden constituir por vía electrónica.

Si se hubiere celebrado el acto constitutivo pero la sociedad no se hubiere inscrito en el Registro de Sociedades de la SCVS, será considerada como una sociedad irregular y no como persona jurídica, quedando solidaria e ilimitadamente responsables frente a terceros quienes ejecutaren u ordenaren la celebración de actos o contratos a nombre de la sociedad.

-
- h) De emisión de cheques viajeros;
 - i) De financiación o de compra de cartera;
 - j) De arrendamiento mercantil;
 - k) De fideicomiso mercantil;
 - l) De afianzamiento o garantía de obligaciones ajenas;
 - m) De captación de dineros de terceros; y,
 - n) De ninguna de las actividades a que se refieren las leyes de: Mercado de Valores; General de Instituciones del Sistema Financiero; de Seguros; y, ni las que requieran por ley de otras figuras societarias.
- En caso de violación a estas prohibiciones, el gerente-propietario será personal e ilimitadamente responsable de las obligaciones de la empresa y, además, sancionado con arreglo al Código Penal.

5.- Es una sociedad con capital dividido en acciones.- La ley no fija un capital mínimo, contempla que puede ser pagado en proporciones, condiciones y plazos distintos que el previsto para las compañías anónimas, pero en un plazo máximo de dos años; todo basándose en lo previsto en el estatuto.

La ley permite incluir en el estatuto restricciones para la negociabilidad de las acciones, las que no pueden inscribirse en el Catastro Público de Valores, ni transarse en las Bolsas de Valores, por lo que se trata —por esencia— de sociedades con capital cerrado.

Lo que se incluya en los estatutos, relacionado con la restricción a la negociación de acciones, autorización para la transferencia de acciones o —incluso— para la resolución de conflictos societarios a través de la mediación o el arbitraje, solo podrá ser incluido o modificado mediante la resolución unánime de los titulares del cien por ciento (100 %) del capital social.

6.- Es una sociedad de capital cerrado, por lo que pone de relieve el interés sobre los socios que la componen.- Al punto tal que ha incluido la posibilidad de la exclusión de los accionistas por las causas previstas en el art. 82 de la Ley de Compañías, que es aplicable a la compañía en comandita simple y nombre colectivo, pero también a la compañía limitada conforme nos referiremos a ello más adelante.

7.- Se rige, por regla general, por las disposiciones legales que le son propias y su estatuto social.- Solo supletoriamente se aplican las normas de las compañías anónimas y, en su defecto, mientras no sean contradictorias, por las disposiciones de las sociedades mercantiles previstas en la Ley de Compañías.

IV.- FORMALIDADES PARA SU CONSTITUCIÓN

Como se indicó, la sociedad por acciones simplificada puede constituirse con un solo accionista, mediante acto unilateral o por contrato cuando son dos o más socios. Podemos resumir aspectos relacionados con su constitución así:

1.- Instrumento privado.- Sea que se constituya con uno o más accionistas, bastará hacerlo por documento privado que se inscribirá en el Registro de Sociedades de la SCVS, teniendo competencia cada uno de los Intendentes de Compañías en su respectiva jurisdicción, para el registro y control de estas sociedades. Los actos societarios posteriores se sujetarán a las solemnidades establecidas por Ley para su constitución.

2.- Constitución por vía electrónica.- También podrá constituirse *online*, es decir por vía electrónica. Mediante reforma del 20 de mayo de 2014, la constitución de sociedades limitadas o anónimas por procesos simplificados ya puede realizarse por vía electrónica, conforme lo contemplan los arts. 136 y 148 de la Ley de Compañías.

3.- Observar el contenido legal básico de su documento constitutivo.- La ley establece que debe contener, al menos:

- a) El lugar y fecha de celebración, así como el nombre, nacionalidad, identidad, correo electrónico y domicilio de los accionistas.
- b) Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras «sociedad por acciones simplificadas» o de las letras SAS.

- c) El domicilio principal de la sociedad y su plazo de duración. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que el plazo es indefinido.
- d) Enunciación clara y completa de las actividades previstas en su objeto social. Se admite expresar de forma general que la sociedad podrá realizar cualquier actividad mercantil o civil, lícita.
- e) El monto de capital social, con la expresión del número de acciones en que estuviere dividido, el valor nominal de las mismas, su clase, así como el nombre completo y nacionalidad de los suscriptores del capital. Se deberá indicar lo que cada accionista suscribe y pagará en dinero o en otros bienes muebles, inmuebles o intangibles y, en estos últimos casos, el valor atribuido a estos.
- f) La forma de administración y fiscalización de la sociedad, si se hubiese acordado el establecimiento de un órgano de fiscalización, así como la indicación de los funcionarios que tengan la representación legal (sea persona natural o jurídica) y la forma de designación del representante legal por la asamblea y de su subrogante, de preverse su existencia en el estatuto social.

El nombramiento de representante legal se inscribirá, con la razón de su aceptación, en el Registro de Sociedades de la SCVS, dentro de los treinta días posteriores a su designación. La fecha de la inscripción del nombramiento será la del comienzo de sus funciones, teniendo facultades para realizar todo lo permitido en el objeto social, salvo que el estatuto haya previsto limitaciones.

- g) La forma de deliberar y tomar resoluciones en la asamblea de accionistas, y el modo de convocarla y constituirarla.
- h) Las normas de reparto de utilidades.
- i) La declaración, bajo juramento de los comparecientes, de la veracidad y autenticidad de la información proporcionada y de la documentación de soporte presentada durante el proceso de constitución de la sociedad.

Un tema importante a considerar en el estatuto de la SAS es la posibilidad de superar diferencias entre accionistas por arbitraje comercial. De incluirse esto en el estatuto, al dorso de los títulos de acciones deberá constar una mención de la correspondiente cláusula compromisoria prevista e incorporada al estatuto de la SAS. Así, el cesionario de una transferencia de acciones queda vinculado, de manera expresa, al convenio arbitral previsto estatutariamente. Si no se incluye el arbitraje, será competente para dirimir conflictos societarios el Juez de lo Civil del domicilio principal de la SAS.

V. PARTICULARIDADES RELATIVAS AL CAPITAL, LOS ACCIONISTAS Y LAS ACCIONES

1.- Sobre el capital y las acciones.-

- a) La suscripción y el pago puede hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos a los de la compañía anónima, conforme a lo que disponga el estatuto, pero en ningún caso el plazo para el pago de las acciones, tanto en la constitución como en los aumentos de capital, excederá de 24 meses.

- b) Los aportes pueden ser en numerario, teniendo las acciones valor de un dólar o múltiplos de un dólar de los Estados Unidos de América. Como ya se indicó, la sociedad por acciones simplificada no tiene un requerimiento de capital mínimo fijado en la ley.
- c) Los aportes en especie deberán integrarse en un ciento por ciento al momento de la suscripción y cuando comprendan bienes que requieran escritura pública, deberá hacerse de igual manera e inscribirse en los Registros Públicos correspondientes. En todo caso de constitución de una SAS, el Registro de Sociedad es precedente al Registro de la Propiedad. Los aportes podrán darse para aumentar el capital social, cabiendo incluso el aporte de bienes intangibles, la compensación de créditos, la capitalización de reservas o utilidades no distribuidas, al igual que en las compañías anónimas.
- d) Las acciones serán nominativas, siendo posible crear clases y series ordinarias o preferidas (sin derecho a voto similar a las previstas para las compañías anónimas), conforme lo prevea el estatuto social. El monto de las acciones preferidas no podrá exceder del cincuenta por ciento del capital suscrito de la sociedad por acciones simplificadas, tope similar a la de las compañías anónimas, previsto en el art. 171 de la Ley de Compañías y en el art. 2 del Reglamento de Emisión de Acciones preferidas. Salvo estipulación en contrario del estatuto social, las acciones serán ordinarias.
- e) Los accionistas gozan del derecho de preferencia, a menos que en el documento constitutivo no se conviniere lo

contrario. De no contemplarse disposición alguna al respecto en el documento constitutivo, los accionistas gozarán del derecho de suscripción preferente, salvo resolución en contrario adoptada por decisión unánime del capital social. El plazo para ejercer el derecho de preferencia será el previsto en el documento constitutivo; de no haberlo, será de treinta días desde la publicación del respectivo acuerdo de la junta general.

- f) Los accionistas gozan del derecho de atribución para capitalizar cuentas patrimoniales de la SAS, a prorrata a su participación en el capital social.
- g) Los accionistas, salvo disposición en contrario del estatuto social, dispondrá de un voto por cada acción que posea o represente.

El estatuto social podrá contemplar distintas series de acciones. De haberse estipulado la existencia de diversas series de acciones, en el estatuto se expresarán los derechos de votación que le correspondan a cada una de las mismas, con indicación expresa sobre la atribución de voto singular o múltiple, si a ello hubiere lugar. Esto constituye una notable diferencia respecto de las compañías anónimas donde el derecho a voto se da en función de su capital pagado.⁵

⁵ A decir de ANGELA JULIANA ÁNGEL MERCADO en su monografía titulada *ACCIONES SOCIETARIAS EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS PARA MITIGAR LOS PROBLEMAS DE AGENCIA ENTRE ACCIONISTAS MAYORITARIOS Y ACCIONISTAS MINORITARIOS*, presentada para su grado de especialista en Derecho Comercial de la Javeriana en Colombia:

1.2.6. Acciones con voto múltiple

Otra de las innovaciones que introdujo la ley 1258 de 2008 en materia de acciones en las S.A.S. fue el artículo 11 por medio del cual se estableció la posibilidad de establecer estatutariamente el derecho a que el titular de una acción pueda tener

2.- La transferencia de acciones.- Se transfieren mediante nota de cesión, surtiendo efectos frente a la compañía y terceros, a partir de su inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas. El procedimiento de transferencia y notificación a la SCVS es el aplicable para las compañías anónimas.

3.- Restricciones a la libre negociación de acciones.- En el estatuto podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del plazo de diez (10) años, contados a partir de la correspondiente emisión. Al dorso de los títulos deberá hacerse referencia expresa sobre la indicada restricción.

4.- Sujeción de la transferencia de acciones a autorización previa.- Por previsión estatutaria se podrá someter toda negociación de acciones o de alguna clase de ellas a la autorización previa de la asamblea de accionistas, lo que hace asimilar aquello a la negociación de participaciones sociales en las compañías limitadas. Cabe también sujetarla a algún tipo de pacto o condición previa a cumplirse. De no haberse pactado estipulaciones, se entenderá que las acciones son libremente transferibles, pero si se ceden o negocian en contravención de las condiciones para ello, tales actos serán nulos.

derecho al número de votos que estatutariamente se establezca, es decir que por ejemplo una acción puede conferir a su titular más de un voto. Vale la pena mencionar, que con anterioridad a la expedición de dicha ley, por regla general cada acción otorgaba derecho a su titular a un voto únicamente. En tal sentido, es de gran importancia esta nueva posibilidad de establecer el voto múltiple en una acción, pues es otra forma en la cual el control de una compañía se puede mantener en cabeza de personas determinadas, quienes serán los que tomen las decisiones más importantes.

Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/38891/Ángela%20Juliana%20Ángel%20Mercado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

5.- Acuerdos de accionistas.- Expresamente son admitidos por la ley, pudiendo recoger temas como la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas o para aumentar el capital social, las restricciones a su libre negociación y transferencia, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto con objeto y causa lícita.

Estos acuerdos son obligatorios para la compañía, siempre que hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En caso contrario, a pesar de producir efecto entre las partes, serían inoponibles para la SAS. Los acuerdos de accionistas tendrán un plazo de hasta diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen el mismo lapso máximo.

De enorme relevancia es el hecho de que los accionistas podrán promover, ante el Juez de lo Civil del domicilio social de la sociedad por acciones simplificadas, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

VI. ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

1.- La estructura se determina libremente en el estatuto social.- A falta de previsiones estatutarias, se entenderá que las atribuciones de las juntas generales de las compañías anónimas serán ejercidas por la asamblea o el accionista único de la SAS y la administración por el representante legal. Tanto a los administradores como al representante legal les resultarán aplicables las normas de responsabilidad previstas en la Ley de Compañías.

2.- Asambleas.- Se pueden reunir el o los accionistas en su domicilio o fuera de él, previa convocatoria a realizarse de conformidad con la ley.⁶

Además, pueden instalarse, sesionar y resolver por videoconferencia o cualquier otro medio tecnológico, pero se dejará constancia en actas las deliberaciones y asentarse dentro de treinta días siguientes a aquel en la que tuvo lugar la asamblea. La falta de firma del presidente de la asamblea (normalmente el representante legal de la sociedad) y su secretario acarreará la nulidad del acta.

6 Art (...) Convocatoria a la asamblea de accionistas.- La asamblea será convocada por el representante legal de la sociedad por acciones simplificada, mediante comunicación escrita dirigida a cada accionista, o por los medios previstos en el estatuto social, con una antelación mínima de cinco (5) días hábiles, por lo menos, al fijado para la reunión. Si el estatuto contempla un plazo mayor, se estará a lo dispuesto en él, de acuerdo con el artículo 1561 del Código Civil.

En el aviso de convocatoria se insertará, al menos, el lugar de la reunión, día, hora y el orden del día correspondiente a la asamblea.

Las convocatorias también serán enviadas por correo electrónico dirigido a cada uno de los accionistas. Los accionistas tienen la obligación de comunicar al representante legal la dirección de correo electrónico en el que recibirán las convocatorias, cuando corresponda. Es responsabilidad del representante legal de la sociedad mantener el registro de dichos correos. En el caso de que el representante legal no cuente con los correos electrónicos de todos los accionistas, podrá hacer una publicación por la prensa con cinco (5) días hábiles, por lo menos, al fijado para la reunión.

Art (...) Derecho de inspección de los accionistas.- Cuando se tenga que aprobar estados financieros de fin de ejercicio u operaciones de transformación, fusión o escisión, el derecho de inspección de los accionistas podrá ser ejercido durante los cinco (5) días hábiles anteriores a la reunión, a menos que en el estatuto se convenga un término superior.

Art (...) Posibilidad de inclusión de fecha de segunda convocatoria.- La primera convocatoria para una reunión de la asamblea de accionistas podrá incluir, igualmente, la fecha en que habrá de realizarse una reunión de segunda convocatoria en caso de no poderse llevar a cabo la primera reunión, por falta de *quorum* de instalación. La segunda reunión no podrá ser fijada para una fecha anterior a los diez (10) días hábiles siguientes a la primera reunión, ni posterior a los treinta (30) días hábiles contados desde ese mismo momento.

Podrán llevar sus libros sociales y asientos contables de manera electrónica, cuya documentación llevará la firma electrónica de la o las personas responsables de su elaboración, conforme lo previsto en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

3.- Renuncia a la convocatoria.- Mediante comunicación escrita al representante legal, los accionistas podrán renunciar a su derecho a ser convocados a una reunión determinada de la asamblea. Los accionistas también podrán renunciar a su derecho de inspección respecto de la aprobación de estados financieros de fin de ejercicio u operaciones de transformación, fusión o escisión, por medio del mismo procedimiento indicado.

Aunque no hubieren sido convocados a la asamblea, se entenderá que los accionistas que asistan a la reunión correspondiente han renunciado al derecho a ser convocados, a menos que manifiesten su inconformidad con la falta de convocatoria antes que la reunión se lleve a cabo.

4.- Quorum de instalación y decisión para la asamblea de accionistas.- Salvo estipulación en contrario que refuerce el *quorum* de instalación, en primera convocatoria, la instalación requiere uno o varios accionistas que representen, cuando menos, la mitad del capital social con derecho a voto. En segunda convocatoria, la junta se instalará con los accionistas presentes y que estuvieren habilitados para votar, incluso con uno solo.

Las resoluciones se adoptan con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen, cuando menos, la mitad más uno de las acciones con derecho a voto presentes en la respectiva

reunión, salvo que en el estatuto se prevea una mayoría decisoria superior para algunas o todas las decisiones.

En las sociedades con accionista único las determinaciones que le correspondan a la asamblea serán adoptadas por aquel. En estos casos, el accionista dejará constancia de tales determinaciones en actas debidamente asentadas en el libro correspondiente de la sociedad.

5.- Asambleas universales.- Similar a lo que son las Juntas Generales Universales en las compañías anónimas. Es decir, se dan cuando: a) Está presente la totalidad del capital social en cualquier tiempo y lugar (no se exige dentro del territorio nacional); y, b) los asistentes unánimemente resuelven instalarse en asamblea universal.

Claramente contempla la ley que las asambleas universales se puedan instalar con la comparecencia de los accionistas mediante medio digital o tecnológico, caso en el cual todos los accionistas cursarán, obligatoriamente, un correo electrónico dirigido al presidente y al secretario de la asamblea, consintiendo su celebración con el carácter de universal. Los correos electrónicos deberán ser incorporados al respectivo expediente de la sesión.

Por disposición de la ley, tal comparecencia será especificada en la lista de asistentes y en el acta de la asamblea que deberán suscribirlos el presidente de la asamblea de accionistas, y su secretario. La falta de dichas firmas acarreará la nulidad de dichos documentos como medios de prueba. En caso de que la asamblea universal se reuniere físicamente, todos los asistentes deberán suscribir el acta, bajo sanción de nulidad del acta.

Un detalle importante es que, salvo que el estatuto disponga lo contrario, en cuanto a la representación convencional de los accionistas en las asambleas, no resulta aplicable la prohibición del art. 211 de la Ley de Compañías.⁷

6.- Junta directiva.- El estatuto puede contemplar la existencia de junta directiva o no preverla. A falta de estipulación, las funciones de administración corresponderán a la asamblea y la de representación legal al representante designado. Es decir, bien pudiere conferírsele por estatuto la representación legal de la SAS a la Junta Directiva.

7.- Representante Legal.- Como hemos dicho, sus funciones comienzan a partir de la inscripción de su nombramiento en el Registro de Sociedades de la SCVS. La asamblea general podrá removerlo o reemplazarlo en cualquier tiempo, tal como ocurre en las compañías anónimas.

La ley regla su renuncia indicando que debe anotarse al margen de la inscripción de su nombramiento por parte de la SCVS, para lo cual entregará copia del acta de la asamblea o de la junta directiva (si fuere el caso) que haya conocido su renuncia. Si la asamblea o el organismo pertinente no se instalan a conocer la renuncia, el representante legal saliente podrá presentar una copia a cualquier personero administrativo de la SAS.

8.- Prohibición de autocontratación.- Ningún administrador o representante legal podrá negociar o contratar, por cuenta

⁷ Art. 211.- Los accionistas podrán hacerse representar en la junta general por persona extraña, mediante carta dirigida al gerente, a menos que los estatutos dispongan otra cosa. No podrán ser representantes de los accionistas los administradores y los comisarios de la compañía.

propia, directa o indirectamente, con la SAS que administra, salvo las excepciones contenidas en la ley.⁸

8 Art. (...).- Prohibición del representante legal.- El representante legal de las sociedades por acciones simplificadas, o los miembros de su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere, no podrán negociar o contratar, por cuenta propia, directa o indirectamente, con la sociedad por acciones simplificada que administran, salvo las excepciones previstas en este artículo. Se presume de derecho que existe negociación o contratación indirecta del representante legal con la sociedad por acciones simplificadas cuando:

- a) La operación se realizare con el cónyuge o conviviente legalmente reconocido, o cualquier pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad; y,
- b) La operación se realizare con una persona jurídica en la que el representante legal, su cónyuge, conviviente legalmente reconocido o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren intereses relevantes en cuanto a inversiones o les correspondieren facultades administrativas decisorias. Para este efecto, se considerarán intereses relevantes los que correspondan al representante legal, a su cónyuge, conviviente legalmente reconocido o a sus parientes comprendidos en el grado antes citado, como consecuencia de que cualquiera de ellos sea propietario del diez por ciento o más de las participaciones o acciones en que se divida el capital suscrito de una compañía.

Se exceptúan de la prohibición constante en este artículo, los siguientes actos y contratos:

1. La contratación de nueva sociedad entre el representante legal, a título individual, y la sociedad por acciones simplificada que este represente;
2. Las entregas de dinero hechas por los representantes legales a favor de las sociedades por acciones simplificadas que administren, a título de mutuo sin intereses o de simple depósito;
3. La suscripción de acciones, en los casos de aumento de capital, sin límite alguno, así como los aportes o compensaciones que para pagar tales acciones se deban efectuar;
4. La enajenación de acciones a favor de la sociedad por acciones simplificadas;
5. El comodato en que la sociedad por acciones simplificada fuere la comodataria o cualquier otro acto o contrato gratuito ejecutado o celebrado en beneficio exclusivo de la sociedad por acciones simplificadas;
6. La prestación de servicios profesionales y de servicios personales en relación de dependencia, siempre que se pacten en condiciones normales de mercado y sin beneficios especiales para el representante legal o sus partes relacionadas, de acuerdo con este artículo;
7. La celebración de contratos que sean de la actividad en que la sociedad opere, y siempre que se pacten en las condiciones normales del mercado y para la satisfacción de necesidades del representante legal; y,
8. Los demás actos o contratos cuya celebración hubiere sido aprobada por la asamblea de accionistas, con el consentimiento unánime de la totalidad de ellos, con excepción de los actos o contratos expresamente prohibidos por la Ley.

9.- Comisión de vigilancia.- En las SAS podrá integrarse una comisión de vigilancia como organismo de fiscalización de la actuación de los administradores. Estará integrada por tres miembros que pueden ser accionistas o no de la compañía.

VII. DISPOSICIONES RELATIVAS A REFORMAS, REORGANIZACIÓN Y OTROS ACTOS SOCIETARIOS RELEVANTES

1.- Reformas estatutarias y reorganización de la sociedad.- Por decisión del voto de la mitad más uno de las acciones con derecho a voto, presentes en la respectiva reunión, salvo *quorum* reforzado que prevea el estatuto social, la asamblea podrá adoptar las reformas del caso. Si la resolución implica transferencia de bienes, se hará mediante escritura pública.

Todo acto societario surtirá efectos a partir de su inscripción en el Registro de Sociedades de la SCVS. Si fuere necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad, esta se hará posteriormente a la inscripción del acto societario en el Registro de Sociedades de la SCVS.

Expresamente, se ha incluido la exención a los aportes en sociedad que no causarán impuestos, contribución o tasa de ninguna clase, así como ninguna carga tributaria, bien sea fiscal, provincial, municipal o especial. Por lo tanto, habría que entender que si se aportan inmuebles a una SAS no habría lugar a impuestos de alcabalas.  Lo aplicarán los notarios y registradores o harán prevalecer el COOTAD?

Considero deberán aplicar la exoneración en estricta observancia del art. 32 del Código Tributario que dispone:

Art. 32.- Previsión en ley.- Sólo mediante disposición expresa de ley, se podrá establecer exenciones tributarias. En ellas se especificarán los requisitos para su reconocimiento o concesión a los beneficiarios, los tributos que comprenda, si es total o parcial, permanente o temporal.

2.- Fusión y escisión.- Las reformas incorporan disposiciones especiales, pero más allá de ellas le resultarán aplicables las normas que regulan la transformación, fusión y escisión de compañías previstas en la Ley de Compañías, siempre que no contraríen las disposiciones previstas en el capítulo para las SAS.

La fusión puede ser:

- a) Fusión con otra sociedad de la misma especie por unión o absorción. Cuando una SAS tiene el noventa por ciento o más de las acciones de otra SAS, la absorción será abreviada, dando lugar al derecho de separación en favor de los accionistas ausentes y disidentes.
- b) Fusión de una SAS con una compañía de otra clase de las reguladas por la Ley de Compañías.

En cuanto a la escisión, pueden ser:

- a) Escisión de una SAS en otras SAS surgiendo una o más sociedades de la misma especie. Se observarán las disposiciones de los procesos de transformación y fusión de las SAS y a las disposiciones de la escisión en lo aplicable.
- b) Escisión de una SAS en otras compañías de distinta clase.

- c) Escisión de otra especie de compañía mercantil y resultar una o más SAS.

3.- Transformación de otras compañías en SAS.- La junta de socios o accionistas de cualquier compañía puede resolver con el voto de las dos terceras partes de su capital social transformarse en SAS, teniendo los socios o accionistas disidentes o no concurrentes a la reunión derecho de separación.

4.- Transformación de la SAS en otra clase de sociedad de los tipos previstos en la Ley de Compañías.- Cabe por decisión de las dos terceras partes del capital social reunido en asamblea, siguiendo las solemnidades propias de la compañía a adoptarse.

5.- Disolución, liquidación, reactivación y cancelación de las SAS.- La ley introdujo disposiciones específicas, aplicables para las SAS.

VIII. SOBRE LA EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS

Como hemos dicho, la SAS es una sociedad por acciones pero a la vez tiene importantes matices relacionados con las sociedades de personas. Uno de ellos es precisamente la posibilidad de excluir accionistas.

La ley se refiere a esa posibilidad principalmente así:

1.- En el cambio de control en la sociedad accionista.- Se faculta incluir en el estatuto la obligación de las sociedades accionistas, de informar al representante legal de la SAS cualquier operación que signifique cambio de control en aquellas socieda-

des accionistas. Surge en estos casos, la facultad para la asamblea de excluir a las sociedades cuyo control se modificó así como cuando no informen del particular.

Esto tiene importancia en aquellos casos en que la SAS haya incluido restricciones para la venta de acciones, ya que de darse un cambio vía indirecta a través de las sociedades accionistas, sería un fraude al pacto, no obstante que sería recomendable incluir esa posibilidad también como una prohibición.

En todo caso, la exclusión implicará el pago del valor de la acción y la correspondiente disminución de capital, si resulta aplicable.

En los casos referidos por este artículo, las determinaciones relativas a la exclusión requerirán aprobación de la asamblea de accionistas, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones con derecho a voto, presentes en la respectiva reunión, excluido el voto del accionista que fuere objeto de estas medidas.

2.- Cuando el accionista se ausenta o siendo requerido judicialmente no vuelve ni justifica la causa de su ausencia.- En estos casos podrá ser excluido de la SAS.

3.- Por incurrir en las causales previstas en el art. 82 de la Ley de Compañías.- La ley aplicable a las SAS recoge una disposición para la exclusión de socios, prevista para las compañías en comandita simple y en nombre colectivo. Además,

los arts. 111 y 118 letra j) de la Ley de Compañías lo contempla para las compañías limitadas.⁹

En el caso de la SAS requerirá el voto favorable de uno o varios accionistas que representen, cuando menos, las dos terceras partes del capital social con derecho de voto, excluyéndose en el cómputo el porcentaje representado por el accionista o los accionistas que fueren objeto de la exclusión.

Debe recordarse que, según nuestra legislación, la exclusión de un socio, realizada de conformidad con la ley, no es causal de disolución, salvo que aquello se hubiere pactado de modo expreso.¹⁰

Para el procedimiento de exclusión, luego de ser adoptado a nivel de asamblea, deberá seguirse por analogía lo previsto para la sociedad limitada, por ende la escritura correspondiente deberá pasar a conocimiento y aprobación de la Superintendencia de Compañías, que por expresa previsión de la SAS tiene competencia para aprobar los actos relativos a las exclusiones de accionistas en esta nueva especie de sociedades.

9 Art. 82.- Pueden ser excluidos de la compañía:

1. El socio administrador que se sirve de la firma o de los capitales sociales en provecho propio; o que comete fraude en la administración o en la contabilidad; o se ausenta y, requerido, no vuelve ni justifica la causa de su ausencia;
2. El socio que interviniere en la administración sin estar autorizado por el contrato de compañía;
3. El socio que constituido en mora no hace el pago de su cuota social;
4. El socio que quiebra; y,
5. En general, los socios que falten gravemente al cumplimiento de sus obligaciones sociales.

El socio excluido no queda libre del resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiere causado.

10 Art. 302.- La exclusión o separación del socio comanditado no es causa de disolución, salvo que ello se hubiere pactado de modo expreso.

No obstante lo expuesto, dada la versatilidad de las SAS, va a ser necesario en muchos casos regular in extenso en el estatuto todo lo relativo al proceso de exclusión de un accionista.¹¹

IX. ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

La nueva legislación dispone que las SAS se sujeten a la inspección, vigilancia y control de la SCVS a quien le confiere varias atribuciones, siendo las principales:

1.- Comprobación de la veracidad de la información proporcionada por los fundadores y control previo de legalidad del documento constitutivo.- Si bien la información goza de la presunción de veracidad y autenticidad, la SCVS en caso de verificarse lo contrario durante las labores de control previo de legalidad, el trámite y resultado final de la gestión podrán ser negados y archivados, sin perjuicio de las responsabilidades a las que haya lugar. Este control se dará antes de inscribir la sociedad en el Registro de Sociedades a su cargo.

La SCVS negará la inscripción del documento constitutivo cuando aquel omitiere alguno de los requisitos previstos en la ley. Esta negativa se mantendrá hasta que las observaciones formuladas sean subsanadas. Si la negativa de inscripción registral

11 Como indica el Dr. Jorge Egas Peña, en opinión anterior a la vigencia de las SAS: «La normativa legal existente en nuestro país es insuficiente, aplicándose la regulación de las colectivas por expresa remisión de la ley, en lo que no estuviere previsto en la sección de las compañías de responsabilidad limitada; o, en el contrato social». Y agrega: «Muchas de las falencias de la ley pueden ser superadas en el contrato social y sus reformas, siempre que no atenten contra la ley o la naturaleza de la institución». Revista de Derecho Societario n.º 10, Julio de 2010, página 63, Editorial Edino. Guayaquil, Ecuador.

se da a través de resolución administrativa, podrá ser objeto de un recurso de apelación ante la misma SCVS, de acuerdo con el Código Orgánico Administrativo.

Como dispone la ley, la inscripción en el Registro de Sociedades del documento de constitución, goza de las presunciones de estabilidad, exigibilidad y ejecutoriedad. Por lo tanto, una vez efectuada, en debida forma, la inscripción registral del acto constitutivo en el Registro de Sociedades, la misma no podrá revocarse en sede administrativa, cancelarse, dejarse sin efecto o anularse, salvo disposición expresa emitida por Juez competente en tales sentidos.

2.- Cancelación de la inscripción de constitución o de actos societarios indebidamente otorgados.- De desvirtuarse la presunción de veracidad de la información proporcionada por los administrados con posterioridad a la inscripción registral de la constitución de una sociedad por acciones simplificada o de un acto societario ulterior, o de constatarse la infracción de normas jurídicas en su otorgamiento, la sociedad podrá subsanar la situación irregular advertida a través del acto societario de convalidación.

De persistir el incumplimiento, la SCVS, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieren concurrir sobre quienes hubieren consagrado información incompleta, falsa o adulterada, podrá ordenar la cancelación de la inscripción de la constitución o de los actos societarios indebidamente otorgados, en cuyo caso se retrotraerán las cosas al estado anterior de la inscripción efectuada.

3.- Aprobar los siguientes actos societarios.- a) Disminución de capital social; b) Transformación; c) Fusión; d) Escisión; e) Disolución, liquidación y cancelación abreviada; f) Exclusión de accionistas; g) Reactivación; h) Cualquier acto societario cuya aprobación requiera de una inspección de control; e i) Convalidación de actos societarios.

4.- Certificar la existencia de la sociedad.- La certificación de la SCVS servirá para acreditar la existencia de la SAS.

5.- Control de legalidad de la designación del representante legal.- Si se cumplen requisitos, la SCVS inscribirá el correspondiente nombramiento en el Registro de Sociedades; en caso contrario, la negará siendo la resolución objeto de un recurso de apelación ante la propia SCVS, de acuerdo con el Código Orgánico Administrativo (COA).

La inscripción en el Registro de Sociedades del nombramiento del representante legal de una SAS solo podrá dejarse sin efecto o anularse por decisión judicial.

6.- Designación de administrador temporal.- En casos de acefalía y cuando no se hubiese podido elegir a un nuevo administrador mediante asamblea de accionistas, cualquiera de los accionistas enviará una comunicación a la SCVS, para que nombre a un administrador temporal. Dicho administrador encargado no podrá realizar nuevas operaciones y se concretará a la conclusión de las pendientes.

También, la SCVS podrá, de oficio, designar un administrador temporal en caso de acefalía.

El administrador temporal debe, en diez días improrrogables a partir de su designación, convocar a la asamblea de accionistas, para designar al nuevo representante legal. En caso de no efectuarse dicha convocatoria, cualquiera de los accionistas podrá recurrir a la SCVS, solicitándola.

7.- Facultad para intervenir la SAS.- De darse las situaciones previstas para ello, de conformidad con la ley.

8.- Facultad para declarar, de oficio, disuelta la SAS.- La SCVS podrá hacerlo por las causas previstas en la ley.¹²

No cabrá disolución por pérdidas operacionales durante los cinco primeros ejercicios económicos.

12 Disolución de las sociedades por acciones simplificadas por decisión del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros.- La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, o su delegado, podrá, de oficio, declarar disuelta una sociedad por acciones simplificadas cuando:

1. Exista imposibilidad manifiesta de cumplir el objeto social para el cual se constituyó, en caso de haberlo previsto en su estatuto o cuando se vea impedida, en forma definitiva, por circunstancias fácticas o jurídicas, de realizar cualquier actividad operacional;
2. Hubieren concluido las actividades para las cuales se constituyó, cuando su estatuto hubiere limitado su capacidad operacional a una o varias actividades empresariales;
3. La sociedad inobserve o contravenga la Ley, los reglamentos, resoluciones y demás normativa expedida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera o la Superintendencia, según corresponda, o los estatutos de la sociedad;
4. La sociedad cuya intervención ha sido dispuesta por la Superintendencia, se niegue a cancelar los honorarios del interventor o no preste las facilidades para que este pueda actuar;
5. La sociedad que impida o dificulte a la Superintendencia cumplir con los objetivos de las inspecciones de control societario, conforme lo previsto en el artículo 440 de esta Ley;
6. No haya superado las causales que motivaron la intervención de la sociedad, previo informe del área de control de la Superintendencia que recomiende la disolución; y,
7. La sociedad registre pérdidas operacionales que asciendan al 50 % o más de su patrimonio, de acuerdo con sus estados financieros.

X. CONCLUSIONES

1.- La SAS tiene características que sugieren una posible aplicación masiva de las mismas en el mundo empresarial, desde pequeños hasta grandes negocios que no se originan con intenciones de llegar al mercado de valores como sociedades de capital abierto.

2.- Permite concebir diversas clases de acciones y proteger el control del capital, para fundadores o innovadores, con el concepto del voto múltiple, en donde el titular tiene más de un voto, de conformidad con lo previsto en el estatuto de la SAS.

3.- Por su versatilidad, es posible que surjan nuevas formas de preferencia para las acciones preferidas que emitan las SAS, por ejemplo, las acciones preferidas de pago, previstas en el derecho colombiano como forma de remunerar los servicios de los administradores. Recordemos que el Reglamento para la emisión de acciones preferidas en el Ecuador, establece modalidades, de preferencia, de forma no taxativa.

4.- La facilidad y velocidad de incorporación es un elemento que alienta a su uso.

5.- La posibilidad de sujetar la venta de acciones a pactos que pueden ir desde el derecho de preferencia de los accionistas a la aprobación previa de los accionistas, constituyen ejemplos interesantes para asegurar la presencia de personas, muchas veces consustanciales en la *affectio societatis*, tan importante para el desenvolvimiento y éxito de los negocios.

6.- La exclusión de accionistas es un tema que probablemente ameritará creatividad en los estatutos, al contar apenas con remisiones a las disposiciones existentes de la Ley de Compañías.

7.- La inclusión de mecanismos alternativos para resolver las controversias en el estatuto social, es una herramienta notable para la solución de disputas entre accionistas.

8.- Queda pendiente dilucidar, si determinadas actividades que requieren autorizaciones especiales del Estado quedan excluidas para la modalidad SAS, así como todas las menciones en las leyes aplicables que se refieran a la compañía anónima. Habrá que esperar las disposiciones reglamentarias al respecto.

9.- La exoneración de impuestos de toda índole en el aporte de bienes inmuebles a una SAS puede contribuir al desarrollo de negocios y a utilizar la sociedad como herramienta de planificación patrimonial, según los casos.

Dr. Jorge Egas Peña

SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (SAS)

SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS EN EL ECUADOR (SAS)

Dr. Jorge Egas Peña

01. La legislación societaria ecuatoriana incluye entre sus principales especies a la sociedad anónima regulada, con la intención de que sirva para el desarrollo de las grandes empresas (por lo menos cinco socios, luego dos) con un capital representado por acciones libremente negociables (al principio nominativas y al portador, posteriormente eliminadas estas últimas), en que los socios solo respondían por el pago del aporte ofrecido y no por las deudas sociales, principio hoy cuestionado por la introducción de preocupantes excepciones legales al mismo.

Con posterioridad (1964), se creó una nueva especie de sociedad denominada compañía de responsabilidad limitada, constituida por lo menos por tres socios (luego dos y no más de quince), cuyo capital estaba dividido en participaciones sociales, que no constaban de títulos negociables, aun cuando solo podían cederse con autorización de los demás socios, cuya responsabilidad frente a terceros estaba, también como la anterior, limitada al pago del aporte ofrecido y no por las deudas sociales.

Estas sociedades estaban destinadas a las pequeñas y medianas empresas, generalmente familiares o de grupos cerrados; pues se suponía que las anónimas serían abiertas y para grandes emprendimientos. Estas compañías, aun cuando son calificadas de capital para efectos tributarios, tienen mucho de sociedades de personas (no libre negociabilidad de las participaciones sociales).

Posteriormente (2006), se creó la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, destinada al emprendedor o comerciante que deseaba desarrollar actividades empresariales de escaso volumen, con limitación de su responsabilidad a cierto monto, a diferencia del comerciante individual que respondía por sus negocios con todos sus bienes. Es preciso resaltar que no eran sociedades sino empresas, surgidas de un acto unilateral y no de un contrato, basado en el principio de que todo contrato presupone la concurrencia de por lo menos dos o más personas.

Esta figura, por su excesiva reglamentación y dificultades en su formación, no ha tenido una acogida favorable y podría sostenerse que su existencia está llamada a desaparecer.

En este estado de la evolución de la legislación societaria, haciendo exclusión de las compañías colectivas, en comandita y de economía mixta, que también tienden a desaparecer por su escasa utilización, surge la tendencia a adoptar las llamadas Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) que supuestamente persiguen sortear las dificultades que mantiene la **formación** de las otras especies de sociedades existentes, por la demora y costo en su formación, por la rigidez de sus

regulaciones y por la intención de facilitar la adopción de regulaciones que mejor convengan a los interesados en su formación y funcionamiento.

En el Ecuador hemos tenido un régimen legal societario definido y disciplinado, más o menos completo, que rige a las distintas especies de sociedades en todos los momentos de su existencia, desde sus inicios o hasta su extinción, con normas generalmente no derogables por la voluntad de los socios y ahora se pretende incursionar con una nueva especie de compañía que se adapte al interés particular de los socios, cuyas regulaciones quedan sujetas a su arbitrio.

El propósito que anima la introducción de esta nueva modalidad societaria podría sintetizarse en los siguientes aspectos:

- 1) Reducir el carácter imperativo de las normas reguladoras de las sociedades existentes, permitiendo una mayor flexibilidad en su constitución, atendiendo al interés particular de sus participantes;
- 2) Eliminar el capital social mínimo;
- 3) Permitir las sociedades unipersonales;
- 4) Eliminar la intervención de notarios y otros intermediarios en el proceso de constitución de sociedades y otras operaciones societarias (ver Revistas #12 y #13 de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario), a fin de disminuir formalidades y costos.

Es decir, tales lineamientos se inspiran en el principio de la autonomía de la voluntad, el cuestionamiento de ciertos

axiomas societarios como son el capital social, la limitación o no de la responsabilidad de los socios, la naturaleza contractual de tal figura y la personalidad jurídica de las sociedades y las formas o tipología societaria tradicional, a través de las cuales no solo se regulaban las relaciones internas de los socios, sino también las relaciones con los administradores y frente a terceros.

02. Para el efecto, el Ejecutivo ha remitido a la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, que incluye la incorporación a la legislación societaria nacional de un nuevo tipo o especie de sociedad, denominada Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS), cuyos principales lineamientos se dan a continuación:

- 2.1 Se facilita la constitución de las mismas mediante acto unilateral o por contrato privado celebrado entre dos o más personas; el mismo que será inscrito en el Registro de Sociedades que llevará la Superintendencia de Compañías, previa su autenticación notarial.

- 2.2 Por regla general, los socios de la SAS tendrán responsabilidad limitada; es decir, solo responderán por el pago de las acciones por ellos suscritas; aun cuando se pueda pactar una mayor responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales.

- 2.3 El plazo de duración de las SAS podrá ser indefinido, definido, o determinado.

- 2.4 El objeto de las SAS podrá ser concreto o ampliado, pudiendo realizar cualquier tipo de actividad lícita, incluidas actividades sin fines de lucro.

2.5 Existirá libertad para designar uno o más administradores, por tiempo limitado o indefinido; pero necesariamente deberá existir un representante legal de la sociedad.

2.6 Las SAS no tendrán un capital mínimo. Estará dividido en acciones nominativas o al portador, las cuales tendrán un valor mínimo de un dólar de los EE. UU.

2.7 Este tipo de compañías serán controladas por la Superintendencia de Compañías y existirán legalmente desde su inscripción en el Registro de Sociedades a cargo de la misma.

Como puede deducirse, las SAS constituyen una mixtura de las características de las otras especies de compañías contempladas en nuestra legislación comercial, reguladas a criterio o conveniencia de sus asociados.

03. Esta nueva especie de sociedad surge como consecuencia de la experiencia exitosa de Colombia en este ámbito; y, la recomendación de su adopción a los países miembros de la OEA, a través de la Ley Modelo de la Organización de los Estados Americanos.

En el Ecuador se ha iniciado el debate sobre la conveniencia de su adopción, partiendo de la realidad nacional, que a diferencia del país vecino posee un espectro de compañías mucho mayor que el nuestro, con un mayor número de accionistas y con verdaderas sociedades abiertas que cotizan sus acciones en un pujante mercado bursátil que en el Ecuador no existe, pues la mayor parte de las sociedades anónimas ecuatorianas son cerradas y solo tienen dos accionistas.

Por otra parte, no podemos desconocer que la Legislación Societaria Ecuatoriana es producto de las innovaciones que en esta materia se introdujeron a partir de la mitad del siglo pasado, en que se adoptó nuestra primera Ley de Compañías (1964), pero no es menos cierto que algunas de sus falencias se han venido superando con una serie de reformas que han tendido a agilizar la aprobación y funcionamiento de las sociedades anónimas, tales como la eliminación de la aprobación de la constitución de las compañías; la facilitación de la constitución de las mismas en línea; la eliminación de la publicación del extracto de la escritura de constitución; el sistema abreviado de liquidación de las compañías; la celebración de sesiones de las juntas generales a distancia; la facilitación de la convalidación de ciertos actos nulos, etc.

Lo dicho no importa desconocer que faltan por introducirse otras reformas al sistema societario vigente. Sin embargo, la introducción de nuevos tipos societarios, producto de la especulación de sus autores, antes de las realidades y necesidades nacionales, no posee justificación suficiente; más aún la de adoptar la figura de las sociedades de un solo socio, cuyo supuesto beneficio se podría obtener mediante una simple reforma a la vigente Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, permitiendo una forma de constitución de las mismas, sin necesidad de pasar por su aprobación judicial y bastando la escritura de formación y su inscripción en el Registro Mercantil respectivo.

Tampoco pretendemos ocultar que el órgano de control societario, frente a los evidentes aciertos que ha tenido durante las casi cinco décadas de existencia, ha tenido

también falencias, como fueron las de impulsar la expedición de la Ley de Concordato y de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, con las mejores intenciones pero con pésimos resultados; y, más aún, el de no haber alcanzado la apertura de las sociedades anónimas, que permitan la democratización del capital, la diversificación del riesgo y la dinamización de la economía con el ingreso de flujos considerables de dinero hacia nuevos proyectos socio-económicos o la ampliación de los existentes. Solo así tendríamos un activo Mercado de Valores, a través de bolsas de comercio y de productos, capaces de dinamizar la economía nacional y generar nuevos empleos que tanta falta hacen en nuestro país.

En resumen, consideramos inconveniente la adopción de este nuevo tipo societario, cuyo proyecto contiene una serie de inconsistencias que convendría analizar más detenidamente en otro artículo.

Diciembre de 2019

EL CONSORCIO MERCANTIL

Contenido:

1. *Concepto de Consorcio Mercantil*
2. *Necesidad de legislar sobre el Consorcio Mercantil*
3. *El Consorcio Mercantil no es una Sociedad y no tiene personalidad jurídica*
4. *Responsabilidad solidaria de los miembros de un Consorcio Mercantil*
5. *Características del contrato de Consorcio Mercantil*
6. *Integrantes de un Consorcio Mercantil*
7. *Constitución de un Consorcio Mercantil*
8. *Características del contrato de Mandato en un Consorcio Mercantil*
9. *El poder general en un Consorcio Mercantil*
10. *El apoderado general de un Consorcio Mercantil*
11. *Solemidades y formalidades que debe cumplir para su validez el poder general de un Consorcio Mercantil*
12. *Efectos venideros de las normas del nuevo Código de Comercio con respecto a la constitución de un Consorcio Mercantil y al poder general de su mandatario*
13. *El consorcio en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*
14. *El consorcio en la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública*
15. *El poder general otorgado por los miembros de un consorcio en caso de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública*
16. *Caso especial presentado en el IESS, con respecto a poder general, en contratación pública*

EL CONSORCIO MERCANTIL

Dr. Roberto Salgado Valdez

1.- CONCEPTO DE CONSORCIO MERCANTIL

El nuevo Código de Comercio, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 497 de 29 de mayo de 2019, por primera ocasión en la legislación ecuatoriana dedica el Capítulo Segundo del Título Octavo del Libro IV, para tratar sobre la figura jurídica de *El Consorcio Mercantil*.

Guillermo Aguerrondo, en su obra *La Empresa Consorcio* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980), lo define como «una **agrupación de unidades de producción, independientes, que cumplen el mismo objetivo y operan sin estar asociadas; porque cada una produce por su cuenta**». (Las negrillas son nuestras).

Por su parte, Jaime Arrubla Paucar, citado por Gaspar Caballero Sierra (*Los Consorcios Públicos y Privados*, Editorial Temis, Bogotá, 1985) señala:

El Consorcio es un contrato de **colaboración** entre dos o más empresarios con la finalidad de unir esfuerzos para lograr **determinado objetivo**, generalmente la construcción de una obra, la prestación de un servicio o en general, la ejecución de una empresa determinada, **sin que se establezca una sociedad entre ellas**. (Las negrillas son nuestras).

En el Ecuador, antes de la vigencia del actual Código de Comercio, el doctor Jorge Egas Peña, en las páginas 105-113 de la *Revista de Derecho Societario* n.º 8 de 2005, sostenía —lo que compartimos plenamente— que el Consorcio era la unión circunstancial y transitoria de un grupo de personas (naturales o jurídicas) para ejecutar una determinada actividad, que no tenía el carácter de permanente, en orden a organizar de mejor manera su actividad, conservando cada una de ellas su individualidad y responsabilidad frente a los terceros con quienes negociaba. La unión se realizaba sin *affectio societatis*, es decir, sin ánimo de contraer Sociedad por lo que, en consecuencia, el Consorcio no tenía personalidad jurídica. Cada integrante debía desarrollar la actividad convenida, respondiendo personalmente frente a terceros por las obligaciones que contrajere en relación con la parte de la obra, servicio o suministros a su cargo, sin solidaridad, salvo pacto expreso en contrario o —agregamos— cuando existiera disposición legal en ese sentido.

Así mismo, la Superintendencia de Compañías, al referirse a los «Consorcios», citaba a Saúl A. Argeri:

Asociación de dos o más sociedades unidas para realizar operaciones civiles o comerciales de gran envergadura económico-financiera, **con objetivos limitados**, dividiéndose la labor según aptitudes, posibilidades y soportando los riesgos correspondientes según convenios que se establezcan entre ellos. (Las negrillas son nuestras).

Esta institución infirió: «... se puede concluir que el consorcio **no constituye una sociedad de derecho**, carece de personería jurídica...». (*Consultas Societarias 2005*, páginas 78 y 79). (Las negrillas son nuestras).

Si bien es cierto esta figura no fue considerada en forma específica en la legislación ecuatoriana, no podemos dejar de señalar que con respecto a ella sí se expidieron normas tanto en la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública como en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Por su parte, el artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno establecía y establece que para efectos de dicha Ley, el término «Sociedad» comprende también al «Consortio de Empresas».

Pues bien, el nuevo Código de Comercio, en su artículo 606 lo define así:

Artículo 601.- El Consorcio o acuerdo consorcial, consiste en un contrato mediante el cual dos o más personas, sean éstas naturales o jurídicas, o empresas se unen entre sí con el objeto de participar de manera unívoca (consorcial) en un determinado concurso, proyecto o contrato o en varios a la vez. (Las negrillas son nuestras).

Esta es ya, en definitiva, la definición que establece la Ley con respecto a los Consorcios Mercantiles.

2.- NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE EL CONSORCIO MERCANTIL

El propio doctor Jorge Egas Peña nos recordó que en la Ley de Compañías Consultoras, en algo se regulaba esta figura en el artículo 9, Asociación o Consorcio que debía constituirse

mediante escritura pública en la que constaría la designación de un Procurador Común, de acuerdo al artículo 10.

Por eso el doctor Egas manifestaba «la conveniencia de regular la existencia y funcionamiento de estos entes, por la gran trascendencia que conlleva su existencia». Siempre compartimos totalmente ese criterio de modo que, por ello, justamente, años antes, en el 2002, enviamos como Superintendencia de Compañías, dentro del Proyecto de Reformas a la Ley de Compañías, normas jurídicas para regularlos, estableciendo en ellas que las Compañías y entes constituidos en el Ecuador y los comerciantes individuales domiciliados en él, así como las Compañías o empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas podían, mediante contrato de Consorcio, asociarse para el desarrollo o ejecución de una obra, la prestación de un servicio o el suministro de bienes, dentro o fuera del territorio nacional.

Esta regulación del «Consorcio» que se hizo en el Proyecto de Reformas a la Ley de Compañías fue calificada, en ese entonces, como un «acierto» por parte de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario y muchos de sus elementos, en lo principal, han sido tomados en cuenta en el nuevo Código de Comercio.

3.- EL CONSORCIO MERCANTIL NO ES UNA SOCIEDAD Y NO TIENE PERSONALIDAD JURÍDICA

El Consorcio no está destinado a obtener y distribuir ganancias entre los partícipes sino a regular las actividades de cada uno de ellos, pudiendo cumplir por separado sus obligaciones, aun cuando también pueden organizarse y cumplir en conjunto

sus obligaciones, mediante un fondo común (el mismo que no es necesario si es que cada una de las partes asume y paga la tarea o trabajo que le corresponde, pero contemplando la provisión de los recursos que sean necesarios para entregar las actividades comunes, dando origen a ingresos y gastos por separado).

El Consorcio no es una Sociedad, ya que los ingresos no se distribuyen como beneficios y en proporción a los aportes. No hay un afán, ni *affectio societatis*, de los contratantes, sino que constituye un medio para llevar adelante la ejecución de un proyecto que beneficia a las partes, las que, de ser comerciantes o Sociedades Mercantiles, son los que tienen afán de lucro.

El Consorcio no está destinado a obtener y distribuir ganancias o utilidades, sino a **regular las actividades** de sus integrantes para que ellos obtengan ganancias.

En consecuencia, el Consorcio no tiene personalidad jurídica —aunque en algún fallo judicial se le confirió equivocadamente la calidad de Sociedad Civil— y, por tanto, no tiene representantes legales, como es el caso de las compañías sino representantes convencionales o mandatarios. Por eso es que sus representantes deben acreditar su representación mediante un mandato o poder general otorgado en su favor por los integrantes del consorcio e inscrito en el Registro Mercantil y no por nombramiento inscrito en dicho Registro como ocurre en el caso de las compañías.

Este tema ha quedado absolutamente claro cuando el artículo 605 del nuevo Código de Comercio señala: «El Consorcio **no constituye una persona jurídica**, pero tiene el trato de sociedad de conformidad con la Ley de Régimen Tributario Interno».

Nuestra legislación ha ratificado, en consecuencia, que el Consorcio no constituye una persona jurídica y, por ende, no es una Sociedad, ni tampoco puede ser representada, al no ser una persona jurídica, por un representante legal sino solo a través de un mandatario general, celebrando sus integrantes un contrato de mandato; solo para efectos tributarios se los considera como una «Sociedad».

4.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS MIEMBROS DE UN CONSORCIO MERCANTIL

Antes del advenimiento del nuevo Código de Comercio, frente a terceros, los integrantes del Consorcio podían responder solidaria e ilimitadamente si así lo pactaban expresamente o si así lo establecía la Ley como era el caso señalado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El nuevo Código de Comercio, en cambio, dispone imperativamente que los integrantes del Consorcio responderán frente a terceros de manera solidaria. Específicamente, así lo determina reiterativamente en los artículos 602, 603 y 604.

En el artículo 602, al referirse a que el acuerdo consorcial que se celebre genera efectos jurídicos entre las partes que lo celebran y también para con el destinatario de la oferta o de la contraparte contractual cuando se presenta la oferta de manera consorcial, o se suscribe un contrato a nombre del Consorcio, aclara que todo ello es sin perjuicio de que «los integrantes del consorcio dejen de estar individual y solidariamente obligados al cumplimiento de sus obligaciones».

En el artículo 603, al referirse a que las obligaciones que se contraigan a nombre del consorcio, así como por los daños atribuibles a las actividades desarrolladas por los consorcios, reitera que «responderán, de manera solidaria, los integrantes del mismo».

En el artículo 604, al tratar sobre el acuerdo consorcial, se exige que en él «constará necesariamente la declaración de que su responsabilidad es solidaria para el cumplimiento de los compromisos, obligaciones y daños derivados de las actividades del mismo».

Es decir que, no cabe duda, frente al destinatario de la oferta o de la contraparte contractual o en el caso de cualquier contrato, todos los miembros del consorcio responden solidariamente, pero ello no significa que entre sus integrantes o miembros no puedan, para efectos internos, establecer, «a su vez, los alcances de las responsabilidades que le corresponde asumir a cada uno», como lo establece el inciso segundo del artículo 603.

En este último caso «de no haberse pactado aquello, el miembro del consorcio que solucione las obligaciones que existan a cargo de éste, procederá de la misma manera que el codeudor solidario, según las disposiciones del Código Civil».

Efectivamente, al respecto, el artículo 1538 del Código Civil establece que el deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada, respecto de cada uno de los codeudores, a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Lo que establece el Código Civil, en consecuencia, aplicándolo al caso concreto de los consorcios, es que, **si no se pactó internamente entre sus integrantes alcances distintos con respecto a las responsabilidades que les correspondía asumir**, si uno de los codeudores solidarios paga o extingue la deuda, queda subrogado en la acción del acreedor, con todos sus privilegios y seguridades, pero con la posibilidad jurídica limitada de recobrar lo que pagó, respecto a cada uno de los otros codeudores, pero solo sobre la parte o cuota que tengan esos otros codeudores en la deuda. Así, por ejemplo:

Un Consorcio integrado por A, B, C y D contrae una obligación solidaria por 10.000 dólares. A paga los 10.000 dólares, extingue la obligación y desaparece la solidaridad, quedando subrogado en la acción del acreedor originario para recuperar la parte del pago que realizó con respecto a las obligaciones que debían también cubrir B, C y D, pero solo a prorrata de la cuota de cada uno de ellos, es decir que B, C y D deben reembolsarle, cada uno de ellos, la suma de 2.500 dólares, por cuanto se trataba de una obligación que interesaba a todos los integrantes del Consorcio.

Pero si, en cambio, los miembros del Consorcio internamente **sí pactaron alcances distintos con respecto a las responsabilidades que les correspondía asumir**, y uno de los codeudores solidarios paga o extingue la deuda, también queda subrogado en la acción del acreedor, con todos sus privilegios y seguridades, pero con la posibilidad jurídica limitada de recobrar lo que pagó, respecto a cada uno de los otros codeudores, pero solo con respecto a la cuota o proporción que se haya establecido en los alcances de responsabilidad que se pactaron. Así, por ejemplo:

Un Consorcio integrado por A, B, C y D, contrae una obligación solidaria por 10.000 dólares pero internamente pactan que la solidaridad la responderán en un 10 %, 20 %, 30 % y 40 %, respectivamente. A paga los 10.000 dólares, extingue la obligación y desaparece la solidaridad, quedando subrogado en la acción del acreedor originario para recuperar el pago que realizó con respecto a las obligaciones que debían también cubrir B, C y D, pero solo a prorrata de la cuota que internamente pactaron, es decir que B solo debe reembolsarle el 20 % (2.000 dólares), C debe reembolsarle el 30 % (3.000 dólares) y D debe reembolsarle el 40 % (4.000 dólares), por cuanto se trataba de una obligación que interesaba a todos los integrantes del Consorcio.

5.- CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONSORCIO MERCANTIL

Este contrato tiene las siguientes características:

- a) Es **solemne**: Porque debe constituirse por escritura pública.
- b) Es **oneroso**: Por cuanto obliga a cada una de las partes a dar, hacer o no hacer alguna cosa.
- c) Es **aleatorio**: Porque las ventajas que se obtengan son inciertas.
- d) Es de **colaboración**: Porque su éxito depende de que todos sus miembros apoyen la gestión.
- e) Es **temporal**: Porque debe fijarse la condición o plazo de terminación.

6.- INTEGRANTES DE UN CONSORCIO MERCANTIL

No existe limitación alguna en cuanto se refiere a quienes pueden integrar un Consorcio. El doctor Roberto Caizahuano, en el artículo *Consortio*, en la página 181, de *Las otras clases de Compañías en el Ecuador*, editado por la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, manifiesta:

Consideramos que pueden integrar un Consorcio una pluralidad de empresas, públicas o privadas, compañías constituidas en la República y/o sucursales de compañías extranjeras establecidas en el país y también empresarios, personas naturales, nacionales o extranjeras domiciliados en el país, que se agrupan mediante un contrato para desarrollar en conjunto una o varias fases de determinada actividad empresarial, como la prestación de un servicio o para el desarrollo o ejecución de una obra de gran escala, cuando ninguno de las integrantes reúna la capacidad suficiente para desarrollar individualmente esa actividad u obra, pudiendo también desarrollar y ejecutar obras y prestar servicios complementarios y conexos al objeto principal.

Considera que el Consorcio puede ser público o privado cuando el desarrollo de la prestación de un servicio o la ejecución de una obra pueden ejecutar entidades del sector público o del privado.

7.- CONSTITUCIÓN DE UN CONSORCIO MERCANTIL

El nuevo Código de Comercio en su artículo 604 establece:

Artículo 604.- El acuerdo consorcial deberá constar por **escritura pública** y en él, independientemente de otras disposiciones o regulaciones de las relaciones entre los participantes, constará necesariamente la declaración de que su responsabilidad es solidaria para el cumplimiento de los compromisos, obligaciones y daños derivados de las actividades del mismo. (Las negrillas son nuestras).

Se trata, en consecuencia, de un contrato **solemne** que debe otorgarse por **escritura pública** ante un notario público y al que deben concurrir, obviamente, como en todo contrato, directamente los integrantes del Consorcio expresando su consentimiento y cumpliendo adicionalmente los otros requisitos de todo contrato como lo son los de capacidad, objeto lícito y causa lícita.

En ese contrato necesariamente debe hacerse constar la declaración de que la responsabilidad de los integrantes es solidaria para el cumplimiento de los compromisos, obligaciones y daños derivados de las actividades del mismo, sin perjuicio de que se haga también constar, cuando así se haya convenido, otras disposiciones o regulaciones de las relaciones entre los participantes incluyendo el correspondiente pacto interno por el cual sus integrantes establezcan alcances distintos con respecto a las responsabilidades que les corresponde asumir entre ellos.

Por no constituir persona jurídica el Consorcio no tiene estatutos, sin perjuicio de que se puedan establecer disposiciones regulatorias internas con respecto a su manejo y actuación del apoderado general.

Aparentemente este contrato no debiera ser aprobado por ninguna autoridad por cuanto no lo establece como requisito

el Código de Comercio; sin embargo, cabe señalar que, de conformidad con las reformas introducidas al artículo 432 de la Ley de Compañías, por la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, **desde el 20 de mayo del 2014**, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros debe aprobar, de acuerdo al literal i) de ese artículo, en forma previa, «los contratos de asociaciones y consorcios que las compañías nacionales formen entre sí y que ejerzan sus actividades en el Ecuador».

8.- CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE MANDATO EN UN CONSORCIO MERCANTIL

El Consorcio debe ser administrado por un **apoderado general** —sujeto al contrato de mandato—, de modo que no existe la figura del representante legal, por cuanto no existe personalidad jurídica en el Consorcio. Los partícipes o sus representantes legales si son compañías, son quienes deben otorgar directamente ese poder general, cumpliendo con las solemnidades y formalidades previstas en el nuevo Código de Comercio.

El contrato de mandato en un consorcio tiene las siguientes características:

- a) Es **solemne**: Se perfecciona por escritura pública inscrita en el Registro Mercantil.
- b) Es **bilateral**: Porque las partes contratantes se obligan recíprocamente.
- c) Es **conmutativo**: Porque una de las partes se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar, hacer o no hacer a su vez.

- d) Es **principal**: Porque subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.
- e) Es de **confianza**: Porque se basa en la seguridad que se deriva de la confianza entre las partes.

9. - EL PODER GENERAL EN UN CONSORCIO MERCANTIL

¿Por qué el nuevo Código de Comercio en el artículo 606, inciso primero, exige que el poder sea «general» y no «especial»? La respuesta es que se aparta de los lineamientos civilistas del contrato de mandato, según los cuales un poder «general» solo confiere naturalmente al mandatario el poder de efectuar actos de administración y conservación (artículo 2036 del Código Civil) y además que todos los actos que salgan de estos límites, necesitan de poder especial, es decir, los actos de disposición. Por lo que cabe recordar que el mandato, en lo mercantil, difiere sutilmente de este concepto civilista, ya que cuando se trata de «mandato general» o «poder general», no solo incluye actos de administración sino también de disposición. El profesor español Joaquín Garrigues así lo explica:

Lo que en general distingue la representación mercantil de la civil es su exteriorización en apoderamientos típicos. En la vida civil quien contrata con un representante debe examinar por acaso los poderes de éste para ver si responderá o no el poderdante, ya que lo hecho por el apoderado fuera de los límites del poder no obliga al poderdante si no lo ratifica. En el derecho mercantil, al contrario, la ley dota al poder del factor, apoderado o representante en una extensión fija (contenido típico) de modo que todo tercero pueda saber, sin necesidad de

particular indagación, en qué medida queda obligado el poderdante por su apoderado, representante o su factor. (*Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Imprenta Aguirre-Madrid, 1968, página 554)

El propio nuevo Código de Comercio ecuatoriano ratifica, en el artículo 50, que tratándose del contrato de mandato mercantil, este se regula por lo previsto en el Código de Comercio y que solo en lo no previsto en dicho Código se regula por el Código Civil. En este caso, el derecho mercantil dota al apoderado general de un contenido típico, de modo que todo tercero pueda saber, sin necesidad de particular indagación, en qué medida queda obligado el poderdante a través de su apoderado.

Este aserto es obvio, más aun tratándose de consorcios mercantiles.

10.- EL APODERADO GENERAL DE UN CONSORCIO MERCANTIL

Con respecto al apoderado general de un consorcio, el primer inciso del artículo 606 del nuevo Código de Comercio establece lo siguiente: «Los miembros del consorcio **podrán** designar un administrador del mismo y lo harán mediante el otorgamiento de un **poder general**». (Las negrillas son nuestras).

Se observa, entonces, que no constituye una obligación el que los miembros de un consorcio deban designar un apoderado general, pero ello no significa que si desean hacerlo lo puedan designar para que administre al consorcio.

En este segundo caso, es decir si los integrantes resuelven designar un apoderado general, lo obvio es que cada uno de ellos comparezca ante el notario público y, en escritura pública todos ellos otorguen ese poder general.

Pero, el segundo inciso del artículo 606 establece: «Los miembros del consorcio responderán por todos los compromisos que dicho mandatario contraiga, **aun cuando no hayan participado en el otorgamiento del respectivo poder**». (Las negrillas son nuestras).

Extraña disposición legal que rompe absolutamente lo que es un contrato y, en este caso, lo que es el contrato de mandato común ya que da a entender que la designación de apoderado general no necesariamente debe ser realizado por todos los miembros del consorcio sino solo por algunos, o por uno solo, ya que establece que uno o más miembros del consorcio responderán por todos los compromisos asumidos por el mandatario «aun cuando no hayan participado en el otorgamiento del respectivo poder».

La disposición es, sin duda, claramente absurda pero su tenor literal, se encuentra vigente y de ella se infiere que facultativamente uno o más de los miembros de un consorcio pueden designar un apoderado general, pero que no es necesario que todos ellos lo hagan y, si así ocurre, aquel o aquellos que no hubieren participado en el otorgamiento del poder general, no por no haberlo hecho, dejarán de responder por los compromisos que dicho mandatario haya contraído sino que, de todas formas, responderán solidariamente por esos compromisos. Dicho en otras palabras, esta norma no se refiere a la figura del «apoderado común» porque basta que uno de los miembros no concurra al

otorgamiento del poder para que ese apoderado designado ya no sea común, sino que representará solo a aquellos que le otorgaron el poder y no a quien no se lo otorgó pero este último, por ese hecho, de todas formas responderá solidariamente por los compromisos contraídos por el mandatario de los otros integrantes del consorcio. Por supuesto, a ese poder deberá concurrir, al menos, uno de los participantes.

Pero el asunto va mucho más allá cuando el artículo 607 señala lo siguiente: «**Cualquiera de los miembros del consorcio** podrá actuar a nombre de éste y con su sola actuación obligará al resto de los consorciados en los términos que se señala en este capítulo». (Las negrillas son nuestras).

La disposición legal, al referirse a «cualquiera de los miembros del consorcio» involucra tanto al miembro que haya designado apoderado general como a quien no lo haya hecho.

Otra extraña disposición legal de difícil interpretación, ya que confiere a cualquier miembro del consorcio la facultad de que —unilateralmente— hasta sin el consentimiento de los otros miembros, o hasta en contra de dicho consentimiento, pueda actuar por sí solo obligando al resto de los consorciados.

Hay que dilucidar, en consecuencia, previamente, el contenido de la frase «en los términos que se señala en este capítulo» y, obviamente, la misma se refiere a la responsabilidad de los consorciados de modo que si, unilateralmente, cualquiera de los miembros del consorcio actúa a nombre de éste, los demás consorciados quedan obligados solidariamente.

Con este antecedente cabe revisar los casos que podrían presentarse por la aplicación de este artículo 607:

- a) Caso en el que todos los miembros del consorcio hayan designado a uno de ellos como apoderado común y, si así fuera, resulta obvio que su actuación a nombre del consorcio obliga a todos los consorciados, porque no lo está haciendo a título personal sino como apoderado común. No hay ningún problema.
- b) Caso en el que todos los miembros del consorcio designaron un apoderado común, pero que un consorciado, que no es el apoderado común, actúa a nombre del consorcio, con lo que con su sola actuación obliga al resto de los consorciados.
- c) El hecho de que un consorciado sí haya intervenido en el otorgamiento del poder de apoderado común no significa, en modo alguno, que haya perdido su capacidad de ejercicio o de obrar, de modo que es perfectamente concebible y válida su actuación de acuerdo al artículo 607 del Código de Comercio.
- d) Caso en el que alguno o algunos de los miembros del consorcio, hubieran designado un apoderado (de acuerdo al artículo 606, inciso primero), pero que, un consorciado que no otorgó dicho poder (de acuerdo al segundo inciso del referido artículo), actúa unilateralmente a nombre del consorcio, (de conformidad con lo establecido en el artículo 607) y con su sola actuación obliga al resto de los consorciados.

De conformidad con las normas legales citadas, en este caso, con su actuación, el miembro del consorcio obliga al resto de los consorciados.

- e) Caso en el que alguno o algunos de los miembros del consorcio, hubieran designado un apoderado (de acuerdo al artículo 606, inciso primero), pero que, un consorciado, que sí otorgó dicho poder, actúa también pero unilateralmente a nombre del consorcio y con su sola actuación obliga al resto de los consorciados.

El hecho de que un consorciado sí haya otorgado poder no significa, en modo alguno, que haya perdido su capacidad de ejercicio o de obrar, de modo que es perfectamente concebible y válida su actuación de acuerdo al artículo 607 del Código de Comercio.

Corolario de este verdadero caos jurídico que, sin duda rompe todos los requisitos esenciales de los contratos civiles y mercantiles, al permitirse que sea facultativo la designación de un administrador de un consorcio mediante un poder general, es que debía ser obligatoria la designación de este apoderado común, ya se trate de derecho público o de derecho privado. El consorcio solo debería actuar a través de apoderado común. Es importante reformar urgentemente este asunto.

Por ello resulta obvio que si del contrato de mandato se trata, a su otorgamiento deberían concurrir todos los miembros del consorcio sin que exista posibilidad alguna de que prevea que uno o más no participen en el otorgamiento de ese poder.

En tal virtud no cabría tampoco posibilidad alguna de que

cualquiera de los miembros del consorcio pueda unilateralmente actuar a nombre de este obligando a los demás miembros.

En consecuencia, en cuanto al contrato de consorcio mercantil, debería derogarse, de inmediato —por todos los problemas que esta normativa legal va a traer— lo relativo al artículo 606, inciso segundo y 607 y debería reformarse el artículo 606, inciso primero, estableciéndose de manera obligatoria la designación de un apoderado común, sobre todo si de contratación pública se trata.

11.- SOLEMNIDADES Y FORMALIDADES QUE DEBE CUMPLIR PARA SU VALIDEZ EL PODER GENERAL DE UN CONSORCIO MERCANTIL

El artículo 606 del nuevo Código de Comercio, como ya lo vimos, expresa que los miembros del consorcio podrán designar un administrador y lo harán mediante el otorgamiento de un poder general. ¿Ese poder debe ser otorgado por escritura pública? La respuesta es afirmativa: Al respecto el artículo 50 del mismo Código establece:

Artículo 50.- En materia mercantil el **mandato** es un acto por medio del cual el comerciante o empresario otorga la representación voluntaria, general o especial de su empresa. **Se regulará por este capítulo** y en lo no previsto por las disposiciones del Código Civil. (Las negrillas son nuestras).

En «este capítulo», el artículo 51 del Código establece:

El mandato ya sea **general** o especial concedido por el comerciante o empresario, se otorgará por **escritura**

pública y deberá inscribirse en el «Libro de Sujetos Mercantiles» a cargo del Registro Mercantil. El tercero que contrate con el mandatario general o especial podrá, en todo caso, exigir de este que justifique sus poderes mediante la entrega de una copia auténtica del mismo. (Las negrillas son nuestras).

Como se observa, el poder general en el caso de consorcios al que se refiere el artículo 605, inciso primero del nuevo Código de Comercio, no solo que como contrato solemne debe otorgarse por escritura pública (a la que deben comparecer directamente los integrantes del consorcio) sino que, para su validez, debe además inscribirse en el «Libro de Sujetos Mercantiles» a cargo del Registro Mercantil. Así lo ratifica el artículo 22, literal e) del mismo Código cuando establece que deberá inscribirse en este Libro «los mandatos **generales** o especiales que los comerciantes o empresarios otorgan para administrar sus empresas».

En consecuencia, como conclusión, queda confirmado que obligatoria e imperativamente para ostentar la calidad de apoderado general de un consorcio se requiere de las siguientes solemnidades y formalidades: a) Que el mandato general se lo otorgue por **escritura pública** (a la que deben concurrir directamente todos o parte de los integrantes del consorcio); y, b) Que la correspondiente escritura pública que contiene el mandato debe **inscribirse en el Registro Mercantil**. Todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 606, 50, 51 y 22, literal e) del Código de Comercio. **No hay ninguna otra forma para su válida designación** y si no se cumple estrictamente con todas estas solemnidades y formalidades, simplemente no existe mandato válido, es inexistente y nulo, y acarrea la consecuencia

de que siendo nulo, nulos serán todos los actos que celebre el falso mandatario.

12.- EFECTOS VENIDEROS DE LAS NORMAS DEL NUEVO CÓDIGO DE COMERCIO CON RESPECTO A LA CONSTITUCIÓN DE UN CONSORCIO MERCANTIL Y AL PODER GENERAL DE SU MANDATARIO

El artículo 6 del Código Civil establece que la Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y que por ende será obligatoria y se entenderá conocida desde entonces. Si esta norma jurídica se la aplica al caso del nuevo Código de Comercio se establece que este y todas sus normas **entraron en vigencia el 29 de mayo del 2019** cuando se lo promulgó en el Registro Oficial.

Por su parte, el artículo 13 del mismo Código Civil establece que la Ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna, por lo que **en el caso del nuevo Código de Comercio, sus normas son obligatorias y se entienden conocidas desde el 29 de mayo del 2019.**

Hay que realizar, entonces, un breve análisis con respecto a la aplicación de las normas del nuevo Código de Comercio y, para el efecto, lo que cabe es aplicar el artículo 7 del Código Civil que dice: «La Ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo».

Demás está señalar entonces, que en todos los consorcios que se constituyan a partir del 29 de mayo del 2019 y en los

contratos de mandato que los integrantes otorguen a partir de esa fecha, tales contratos deben observar plenamente lo establecido en las nuevas normas del Código de Comercio; por consiguiente, lo que queda por determinar son simplemente los efectos de las nuevas normas legales con respecto a los contratos de mandato que otorguen a partir de esa fecha los integrantes de un consorcio que se haya constituido en fecha anterior. La respuesta es muy obvia:

Cabe aclarar que tanto los nuevos contratos de mandato que los integrantes de consorcios ya constituidos con anterioridad al 29 de mayo del 2019 o posteriormente, otorguen, a partir de esa fecha, deben cumplir con los requisitos previstos en las nuevas normas establecidas en el Código de Comercio, esto es **celebrarse por escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil**. Si no cumplen con esos requisitos simplemente dichos contratos de mandato son nulos de **nulidad absoluta** como nulas de **nulidad absoluta** las actuaciones realizadas por los supuestos mandatarios. Así, por ejemplo, obviamente lo señala David Stitchkin Branover, en *El Mandato Civil*, Editorial Jurídica de Chile, 1975, páginas 125, 126, cuando al tratar sobre el «mandato solemne» señala: «Tampoco presenta dificultad el mandato solemne por disposición de la Ley; en este caso habrá que atender a las formalidades que establece la disposición pertinente», para luego agregar: «La omisión de la solemnidad prescrita por la ley acarrea la nulidad **absoluta** del mandato, artículos 1681 y 1682» (las negrillas son nuestras), que corresponden a los artículos 1697 y 1698 del Código Civil ecuatoriano, que trata sobre la nulidad y la nulidad absoluta.

13.- EL CONSORCIO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN

También este Código, vigente en el Ecuador desde el 19 de octubre del 2010, ya en forma específica reconoció al «Consortio» y también estableció un procedimiento para su conformación y para la separación del mismo. Así, el artículo 290 establece que los gobiernos autónomos descentralizados de distintos niveles o que no fueren contiguos podrán formar Consortios con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las competencias concurrentes y la prestación de servicios públicos pertenecientes a su ámbito de competencia, en los términos establecidos en la Constitución y de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos en el Código.

El artículo 291 establece que las normas para la conformación y el funcionamiento de los Consortios son similares a las establecidas en el mismo Código para las mancomunidades señaladas en el artículo 287 del mismo Código, esto es:

- a) *La resolución de cada uno de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados integrantes mediante la cual se apruebe crear el Consortio;*
- b) *La suscripción del convenio de Consortio acordado por los gobiernos autónomos descentralizados, por parte de los representantes legales de cada uno. El convenio de Consortio deberá contener, por lo menos los siguientes elementos: Denominación del Consortio, identificación de los gobiernos autónomos descentralizados que lo integran, su objeto o finalidad específica, el plazo del mismo y los*

recursos que aporte cada miembro y que constituirán su patrimonio.

- c) La publicación del Consorcio y de las resoluciones habilitantes de cada gobierno autónomo descentralizado, en el Registro Oficial; y,*
- d) La inscripción de la conformación del Consorcio en el Consejo Nacional de Competencias, quien será responsable de evaluar la ejecución del cumplimiento de las competencias señaladas en el Consorcio.*

Cualquier reforma deberá realizarse cumpliendo el mismo procedimiento y requisitos que los exigidos para su conformación, requiriendo la resolución de cada uno de los órganos legislativos, debiéndose establecer una adenda al convenio de creación.

Cuando un gobierno descentralizado decida separarse de un Consorcio o de una empresa en Consorcio, deberá previamente asumir los compromisos económicos que le correspondan derivados de la gestión compartida y en ningún caso afectará el objeto del Consorcio.

Los gobiernos autónomos descentralizados que conformen Consorcios podrán crear empresas públicas de acuerdo con la Ley que regula a dichas empresas, para dar cumplimiento a las finalidades del Consorcio.

Como puede observarse, la legislación positiva ecuatoriana, forzosamente, frente a una actualidad y una realidad societaria y comercial —aun cuando existía falta de la determinación legislativa y reconocimiento propio de la figura del Consorcio— a

través de leyes secundarias se vio en la necesidad de incorporarla, dentro de los términos señalados que, prácticamente, consisten en los mismos que hemos señalado, con la gran diferencia de que hoy se requiere de escritura pública para su constitución y que el mandato que se confiera a un representante a más de celebrarse por escritura pública requiere de inscripción en el Registro Mercantil.

14.- EL CONSORCIO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Ley Orgánica de Servicio Nacional de Contratación Pública —desde antes de la expedición del nuevo Código de Comercio— ya aceptó la presencia de los Consorcios Mercantiles cuando, legislando al respecto de ellos, a partir del 4 de agosto del 2008, estableció en su artículo 67 lo siguiente:

Artículo 67.- Consorcio o Asociaciones.- En cualquier proceso precontractual previsto en esta Ley, pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, constituidas o por constituirse, en este último caso, presentando el compromiso de asociación o consorcio...

La escritura pública de constitución y disolución de la asociación o consorcio deberá contener los requisitos establecidos en el Reglamento de esta Ley. (Las negrillas son nuestras).

Efectivamente, en el artículo 30 del Reglamento correspondiente, de 8 de agosto del 2008, se estableció el contenido del acuerdo de consorcio, especialmente con respecto a las calidades de los consorciados, la designación de los representantes, con

poder o representación suficiente para actuar durante la fase de estudio de ofertas, de formalización, de ejecución contractual y para trámites de pago, el detalle de los aportes de cada uno de los miembros, el porcentaje de participación de cada uno de los consorciados, la determinación de la responsabilidad solidaria e indivisible de los mismos para el cumplimiento de todas y cada una de las responsabilidades y obligaciones emanadas del contrato, el plazo del acuerdo, con noventa días adicionales a la terminación del contrato.

Por su parte, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, mediante Resolución n.º RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, en su artículo 37 estableció los requisitos para la formalización del compromiso de asociación o consorcio en el Registro Único de Proveedores, que incluyó principalmente, entre otros, el correspondiente contrato de constitución del consorcio y la designación del o los representantes, con poder suficiente conferido en los términos del Código Civil con capacidad para representar a la asociación o consorcio, bien sea en la fase precontractual o en la fase contractual, según sea el caso.

15.- EL PODER GENERAL OTORGADO POR LOS MIEMBROS DE UN CONSORCIO EN CASO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El artículo 30 del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, entre otros requisitos exige en el literal b), el siguiente:

Artículo 30.- Contenido del acuerdo de asociación.- El acuerdo de asociación deberá suscribirse en instrumento público. Contendrá al menos los siguientes requisitos:

... b) *Designación de los representantes, con **poder o representación suficiente** para actuar durante la fase de estudios de ofertas, de formalización, de ejecución contractual y para trámites de pago.* (Las negrillas son nuestras).

Por su parte, la Resolución n.º RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, emitida por el Servicio Nacional del Contratación Pública SERCOP, que contiene los requisitos para la formalización del compromiso de Asociación o Consorcio en el Registro Único de Proveedores en su artículo 37, entre otros requisitos, exige en el punto 4.2., el siguiente:

4.2. Designación del o los representantes, con poder suficiente conferido en los términos del Código Civil con capacidad para representar a la asociación o consorcio, bien sea en la fase precontractual o en la fase contractual, según sea el caso.

Con estos breves antecedentes, cabe mencionar que para los efectos del otorgamiento y validez de un poder general otorgado por los miembros de un consorcio, en especial **cuando se trate de un caso de contratación para los efectos previstos en la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública** se exige, por supuesto, que el referido poder forme parte o se encuentre incluido en la escritura pública de constitución del consorcio, conforme lo determina el artículo 30 del Reglamento de dicha Ley cuando dice que el acuerdo de asociación «contendrá» la «designación de los representantes, con poder o representación suficiente para actuar durante la fase de estudios de ofertas, de formalización, de ejecución contractual y para trámites de pago».

Por consiguiente, dicha designación debe incluirse en la escritura pública de constitución del consorcio, con lo cual se cumple el requisito de solemnidad previsto en la Ley tanto para dicha constitución (artículo 67 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, artículo 30 de su Reglamento y artículo 604 del nuevo Código de Comercio) como para el otorgamiento del poder general (artículo 51 del nuevo Código de Comercio).

Para los efectos exigidos por el artículo 51 del Código de Comercio, esa escritura pública de constitución del consorcio, a **partir del 29 de mayo del 2019**, en que entró en vigencia el nuevo Código de Comercio, por contener el correspondiente poder general, debe adicionalmente, por dicho mandato, inscribirse en el Registro Mercantil para tener validez la representación.

Las escrituras de constitución de un consorcio que, **antes del 29 de mayo del 2019**, para efectos de contratación pública, contuvieron la designación de un apoderado general, sin haberse inscrito en el Registro Mercantil tendrán plena validez ya que las normas del nuevo Código de Comercio solo se aplican para lo venidero y no tienen efecto retroactivo.

¿Qué sucede, en cambio, en el caso de un consorcio que, cumpliendo con los requisitos previstos para la contratación pública se constituyó **antes del 29 de mayo del 2019**, conteniendo en la correspondiente escritura pública la designación de un apoderado general pero, **con posterioridad a esa fecha**, designa un nuevo apoderado general. ¿Debe inscribirse el nuevo poder en el Registro Mercantil?

La respuesta es absolutamente afirmativa en virtud de que, al momento de la nueva designación de apoderado general —

designado por un contrato de mandato autónomo y diferente al contrato de constitución del consorcio— ya se encontraban vigentes las normas del nuevo Código de Comercio que exigen la inscripción del nuevo poder general en el Registro Mercantil. El artículo 7, regla 18, del Código Civil, para este caso, establece: «En todo contrato —este de mandato— se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración».

16.- CASO ESPECIAL PRESENTADO EN EL IESE, CON RESPECTO A PODER GENERAL, EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

Nos ha parecido muy importante —y sobre todo para conocimiento del foro ecuatoriano— referirnos a una situación práctica, presentada en el IESE, con respecto a un supuesto poder general otorgado también supuestamente por miembros de un consorcio, **luego del 29 de mayo del 2019** (en que entró en vigencia el nuevo Código de Comercio).

Tres compañías integrantes de un consorcio constituido antes de la vigencia del nuevo Código de Comercio, se reúnen en forma privada, reunión a la que denominan «junta», el 23 de septiembre del 2019 —es decir, cuando ya se encontraba vigente el nuevo Código de Comercio— y autorizan designar una procuradora común estableciendo en **acta privada** la disposición de *«suscribir todo documento y realizar todas las gestiones que fueren necesarias para perfeccionar jurídicamente el punto acordado y resuelto en esta junta, así como para instrumentar la presente decisión según los requisitos previstos en la legislación ecuatoriana vigente»*, específicamente con el único objeto de *«realizar las debidas notificaciones a todas las instancias que tengan interés y competencia para el proceso y finalización que el consorcio mantiene*

con el IESS en la actualidad y demás instituciones relacionadas». Adicionalmente, la presidenta de la «junta», ese mismo día, extiende un **nombramiento privado** de Procuradora Común, documentos privados. Debía, en consecuencia, instrumentarse esa decisión *«según los requisitos previstos en la legislación ecuatoriana vigente»*, esto es que los miembros del consorcio, en virtud de la decisión adoptada por ellos, debían comparecer por **escritura pública** ante un notario para conferir el mandato. No lo hicieron. Simplemente la persona autorizada en el acta y en el nombramiento privados se otorga **ella misma** poder en su favor —siendo mandataria y no mandante—, el 30 de septiembre del 2019 (**sin que ninguno de los miembros del consorcio comparezca**), fundamentándose en *«los derechos que representa en su calidad de procuradora común y debidamente facultada por los asociados del consorcio»* en una escritura pública en la que *«reforma los estatutos del consorcio»* (???) y en la cláusula tercera se autodesigna a sí misma procuradora común del consorcio, autoconfiriéndose amplias facultades mucho más de aquellas para las que fue autorizada, que fueron solo las de *«realizar las debidas notificaciones a todas las instancias que tengan interés y competencia para el proceso y finalización que el consorcio mantiene con el IESS en la actualidad y demás instituciones relacionadas»*. **Nunca esa escritura pública se inscribió en el Registro Mercantil.**

Con estas anomalías se **presentó este supuesto poder al IESS**, que como institución de derecho público, tenía la obligación de comprobar que se haya cumplido con todas las formalidades, porque de no hacerlo es nulo, de **nulidad absoluta**, conforme lo determinan los artículos 1697 y 1698 del Código Civil, pero, al contrario, lo aceptó como válido basándose en:

- a) El memorando n.º IEES-PG-2019-1414-M de 25 de octubre del 2019 suscrito por el Procurador General del IEES, en el que basándose en el acta privada de junta de asociados del consorcio y en la escritura pública otorgada el 30 de septiembre del 2019, manifiesta que «se entiende» que la misma *«reviste de legalidad y potestad legítima para que intervenga»* a nombre del consorcio. En el razonamiento constante en el referido memorando el señor Procurador General omite referirse a los artículos 606, 51 y 22, literal e) del nuevo Código de Comercio que exigen que, en los consorcios, el poder general que se otorgue a un mandatario debe realizarse por escritura pública otorgada por los miembros del consorcio e inscrita en el Libro de Sujetos Mercantiles a cargo del Registro Mercantil.
- b) El oficio n.º IEES-PG-2020-0015-OF de 20 de enero del 2020, en el que un nuevo Procurador General del IEES, doctor Paúl Alfonso Aúz Jarrín, se ratifica en el informe presentado por su antecesor y, con respecto a la aplicación de los referidos artículos del Código de Comercio manifiesta que el artículo 67 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto del 2016, en su artículo 37, expresa que dichas normas prevén que basta que un consorcio, *«presente su constitución en escritura pública para que pueda ser adjudicado, situación que se traduce a que en materia de contratación pública, las entidades contratantes así como los consorcios, por principio de especialidad normativa es decir por preferencia aplicativa de la norma, se sujetan a*

los requisitos y formalidades establecidos en la materia específica, entendiéndose que no existe incumplimiento de requisitos, como usted argumenta, de acuerdo al artículo 51 del Código de Comercio que refiere la inscripción del poder en el "libro de sujetos mercantiles" a cargo del Registro Mercantil». (Las negrillas son mías).

En consecuencia, el fundamento jurídico en que se basa el señor Procurador General del IESS para pretender superar la omisión que su antecesor realizó con respecto a los artículos del Código de Comercio es prácticamente el siguiente: Que para efectos de la validez de la supuesta procuración judicial otorgada el 30 de septiembre del 2019 el único requisito que debe cumplirse es que exista una escritura pública (aunque a ella no concurren los mandantes, es decir ninguno de los miembros del consorcio) y que no es necesaria su inscripción en el Registro Mercantil por cuanto el artículo 67 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública *«es la norma específica que regula la contratación pública»*.

Esta actuación a la ligera solamente puede entenderse que ha sido adoptada posiblemente por una presión, sin tomar en consideración que, al no ser una compañía, la única forma de acreditar la calidad de apoderado general de un consorcio mercantil es por medio de una escritura pública otorgada por sus miembros e inscrita en el Registro Mercantil.

En síntesis, la posición del IESS, a través de su nuevo Procurador General es gravísima: Sostiene que, tratándose de contratación pública, no se requiere que la escritura pública que contenga el poder de procurador común de un consorcio

deba inscribirse en el Registro Mercantil, porque así no lo ha previsto el artículo 67 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública y su Reglamento. Esta posición es muy grave frente a la seguridad jurídica que deben revestir todos los actos y contratos que se celebren en contratación pública, y con absoluta seguridad, nunca será aceptada ni por la Contraloría General del Estado ni por el SERCOP.

¿Con estos antecedentes, ostenta la persona autorizada por la junta de miembros del consorcio la calidad de procuradora común? La respuesta es absolutamente negativa, por las siguientes razones:

- a) Porque al no ser el consorcio una compañía no tiene ninguna validez la extensión de un acta o de un nombramiento, por documentos privados, en virtud de que la única forma de acreditar la calidad de apoderado general de un consorcio es por medio de una escritura pública (artículo 51 del nuevo Código de Comercio) inscrita en el Registro Mercantil (artículo 51 del nuevo Código de Comercio), porque así lo exigen *«los requisitos previstos en la legislación ecuatoriana vigente»*. La Ley no permite ningún documento privado para acreditar la calidad de procurador común de un consorcio y peor para acreditarla ante un notario público.
- b) Porque al no ser el consorcio una compañía, si bien es cierto sus miembros pueden reunirse en «junta» y tomar decisiones privadas. Dichas decisiones, como se señala en la propia acta privada —debían instrumentarse *«según los requisitos previstos en la legislación ecuatoriana*

vigente»—, lo cual significaba (aun cuando no lo hubieran señalado) cumplir con que los miembros del consorcio debían otorgar una **escritura pública** (artículo 67 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, artículo 30 de su Reglamento y artículo 604 del nuevo Código de Comercio) de designación formal y legal de procuradora común, escritura que debía inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 51 del nuevo Código de Comercio). **Nada de esto ocurrió.**

- c) Porque al supuesto contrato de mandato **no concurrió ninguno de los mandantes**, de modo que dicho «contrato» es inexistente, es nulo.
- d) Porque la notaria que otorgó esa escritura pública debió observar esencialmente si el contrato de mandato que se iba a celebrar ante ella cumplía con los requisitos previstos en el artículo 27 de la Ley Notarial, con respecto a la capacidad de la otorgante. Dicho artículo dice: *«Antes de redactar una escritura pública debe examinar el Notario: a) La capacidad de los otorgantes»*. La compareciente, para acreditar que lo hacía en calidad de procuradora común del consorcio, debía haber presentado ante la notaria una escritura pública en la que los mandantes miembros del consorcio la habían designado, escritura pública que, además, debía encontrarse inscrita en el Registro Mercantil. Lo único que presentó fue un acta y un nombramiento privados que no acreditaban la calidad que decía ostentar y con la que otorgó la escritura pública.
- e) Porque el único objeto de la designación fue la de *«realizar las debidas notificaciones a todas las instancias que tengan*

interés y competencia para el proceso y finalización que el consorcio mantiene con el IESS en la actualidad y demás instituciones relacionadas», lo cual constituye un poder especial y no un poder general como lo exige el artículo 606 del nuevo Código de Comercio.

Nos permitimos manifestar esto con mucha preocupación, más aun cuando conocemos que la institución competente para tratar sobre los temas de inscripción de actos y contratos en el Registro Mercantil, como lo es la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos DINARDAP, con respecto a la absolución de una consulta relativa expresamente a la aplicación de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, mediante Oficio n.º DINARDAP-DINARDAP-2020-0030-OF de 15 de enero del 2020, ha determinado, frente a la consulta: «(...) se sirvan indicarme que, de acuerdo con el artículo 606 del Código de Comercio vigente, los poderes generales que los miembros de un Consorcio Mercantil otorgan por escritura pública, deben inscribirse en el «Libro de Sujetos Mercantiles» a cargo del Registro Mercantil, de conformidad con lo establecido en los artículos 51 y 22, literales d) y e) del mismo «Código», lo siguiente:

- a) Que en función del artículo 22, literales d) y e) del Código de Comercio, consta la obligatoriedad de inscribir en el Libro de Sujetos Mercantiles la información y los actos que permitan identificar a los representantes de las personas jurídicas; así como los mandatos generales o especiales que se otorguen para administrar empresas.
- b) Que el artículo 51 del Código de Comercio señala que el mandato, ya sea general o especial, concedido por el

comerciante o empresario, se otorgará por escritura pública y **deberá inscribirse en el libro de Sujetos Mercantiles, a cargo del Registro Mercantil.**

- c) Que respecto al **poder general**, que los miembros del consorcio mercantil otorgan al administrador, en función a su naturaleza jurídica, se celebra mediante un contrato de mandato, que por su finalidad u objeto se constituye como un **mandato mercantil**, el cual a diferencia del mandato civil que puede ser documento privado, por carta, verbalmente y hasta por simple aquiescencia conforme al artículo 2027 del Código Civil, **existe una disposición expresa en el artículo 51 del Código de Comercio, que establece la obligatoriedad de que se celebre por escritura pública y se lo inscriba en el Registro Mercantil como una solemnidad sustancial para su validez jurídica y, si se omiten dichas solemnidades, no existirá mandato y los actos y contratos celebrados sin esta formalidad serán nulos.**

Por tanto, la posición del IESS resulta absolutamente increíble por los efectos que pueden derivarse de la misma, con respecto a la legalidad y seguridad jurídica de las contrataciones que celebre dicha institución pública con los consorcios, porque resulta absolutamente violatorio de la Ley sostener que los poderes de procuradores comunes de consorcios no requieren ser otorgados por sus miembros y no deben inscribirse en el Registro Mercantil, porque de mantenerse dicho ilegal criterio, simplemente tanto dichos poderes como los contratos que se celebren con el IESS serán nulos con los correspondientes efectos que determina dicha nulidad y la responsabilidad en que incurrían quienes intervienen en los procesos de contratación pública.

★

Aspiramos que estos comentarios sirvan tanto para las urgentes reformas que se requieren como para la correcta interpretación y actuación de las instituciones públicas, muy especialmente cuando se trate de contratación pública, en la que hay que actuar con absoluto respeto al estado de derecho y con la mayor seguridad jurídica para evitar nulidades y responsabilidades de quienes, en su nombre, intervengan, por ellas, en los correspondientes procesos.

LAS COMPAÑÍAS HOLDING

Contenido:

- I. *Normativa*
 - 1. *Ley de Compañías*
- II. *Responsabilidad*
- III. *Conclusiones*

LAS COMPAÑÍAS HOLDING

Abg. Eduardo García Fabre

Este breve ensayo busca aportar información sobre las compañías tenedoras de acciones o *holdings* desde la perspectiva de su participación en otras compañías, a partir de elementos constitutivos de dicho instituto jurídico, tales como la gestión y administración de ellas, así como su responsabilidad ante terceros.

I. - NORMATIVA

En la legislación ecuatoriana existen tres diversos grupos normativos regulatorios de interés, a los que haré referencia en el desarrollo de este artículo: 1. Ley de Compañías. 2. Ley de Mercado de Valores y 3. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Se consideran, además, las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF). A partir de ellas, utilizando de forma inicial las definiciones y entorno dispositivo determinado en la Ley de Compañías, se darán a conocer sus elementos característicos.

1. Ley de Compañías

Art. 429.- Compañía Holding o Tenedora de Acciones, es la que tiene por objeto la compra de acciones o participaciones de otras compañías, con la finalidad

de vincularlas y ejercer su control a través de vínculos de propiedad accionaria, gestión, administración, responsabilidad crediticia o resultados y conformar así un grupo empresarial.

Las compañías así vinculadas elaborarán y mantendrán estados financieros individuales por cada compañía, para fines de control y distribución de utilidades de los trabajadores y para el pago de los correspondientes impuestos fiscales. Para cualquier otro propósito podrán mantener estados financieros o de resultados consolidados evitando, en todo caso, duplicidad de trámites o procesos administrativos.

La decisión de integrarse en un grupo empresarial deberá ser adoptada por la Junta General de cada una de las compañías integrantes del mismo. En caso de que el grupo empresarial estuviere conformado por compañías sujetas al control de las Superintendencias de Bancos y Compañías, las normas que regulen la consolidación de sus estados financieros serán expedidas y aplicadas por ambos organismos.

El desarrollo normativo planteado por el legislador, permite aseverar que la definición legalmente propuesta, ofrece matices profundamente funcionales. Doctrinariamente, se sugiere discriminar y reconocer dos formas básicas o elementales de sociedades *holding*: las puras y las mixtas.

Las sociedades holdings puras son aquellas cuya actividad u objeto social es la mera tenencia de acciones o participaciones sociales de sus filiales.

Las sociedades holding mixtas o impuras, son aquellas cuya actividad u objeto social, además de la tenencia de acciones o participaciones, implica la realización de otras actividades: servicios corporativos (administración, contabilidad, servicios legales, actividades comerciales, industriales, servicios financieros. Recuperado de <https://www.iberley.es/temas/tipos-holding-63727>

A lo largo de este artículo, vista la definición aquí destacada, nos concentraremos en las tenedoras de acciones mixtas, o también denominadas impuras, pues ellas generan una mayor influencia en el mercado y en la dinámica económica.

I.1. Elementos característicos

Los elementos característicos de la compañía tenedora de acciones se perciben de la lectura del primer inciso de la disposición antes transcrita:

a. Objeto.- La sociedad *holding* tiene como objeto la compra o adquisición de acciones o participaciones de otra compañía, a través de cualquier medio lícito establecido en las leyes nacionales.

En este punto, es oportuno aseverar que es más adecuado utilizar el vocablo «adquirir» que el más restrictivo de «comprar», porque en la prosecución de su objeto, no les es prohibido a este tipo de sociedades intervenir en los procesos societarios de otras compañías; así, por ejemplo, bien podría una compañía tenedora de acciones suscribir el aumento de capital de otra y por esa vía, cumplir el requisito primario de control y realizar uno o más de los fines para los cuales fue creada. Otra manifestación es el intercambio de acciones, operación que no es inusual en los

procesos globales de adquisición que grandes empresas realizan de otras de gran volumen y valor (caso SABMiller que, como parte de la absorción del Grupo Bavaria, pagó a los accionistas de esta última un importante porcentaje de acciones en la adquirente).

Dado que el propósito de este ensayo no es ahondar en el antecedente histórico y el proceso de evolución de este tipo de compañías, es innecesario enumerar y comentar respecto de las distintas formas de asociación empresarial, que a lo largo de los tiempos permitieron a las sociedades advertir las ventajas que una ejecución integrada y coordinada de actividades, que motiva sinergias traducidas en eficiencia económica, libera en beneficio de quienes forman ese conglomerado creado a través de la actuación corporativa sometida a comentario.

Ahora bien, aún habiendo sido superadas esas formas primarias de asociación y colaboración empresarial, que comentaré someramente más abajo solo para efectos informativos, en la actualidad, la naturaleza de la operación de adquisición de acciones de una compañía por parte de un *holding*, tiene como propósito general el devenir en eficiencia económica, toda vez que si la transacción se ejecuta de manera vertical, en términos generales propiciará un proceso empresarial integral, que finalmente nos presente una unidad económica productiva integrada, cuyo fin último será la optimización de recursos, para lograr una mayor participación en el mercado y potenciar beneficios para sus miembros.

Por otra parte, si tal integración se produce de forma horizontal, ello implicaría que se trata de un proceso de concentración con efectos concurrenciales, que afectarán inevitablemente la

distribución o composición de un mercado relevante; este tipo de operaciones siempre propiciarán perturbación en la competencia que se suscita en un entorno de negocios, aun cuando para efectos prácticos, existan rangos de análisis por parte de las autoridades regulatorias en esa materia, que vinculen a las adquirentes a determinadas obligaciones. Sobre este punto, comentaré con un poco de mayor extensión, más adelante.

En relación a las distintas formas de asociación que a lo largo del tiempo han existido, a continuación mencionaremos a breves rasgos el alcance de ellas. El grado del énfasis concedido a cada uno de sus respectivos aspectos definidores, dependerá en gran parte del tiempo que se le otorgue a cada asociación.

Para conocerlos, recurriré a la clásica separación efectuada por Enrique Pardo del Alcázar, quien ofrece el concepto de estas, dividiéndolas en tres tipos de asociaciones:

ASOCIACIONES A CORTO PLAZO: Estos son los tipos de organización más pasajeros y, por tanto, menos formales. En su mayoría pueden darse por rescindidos, previo aviso, a corto plazo o en una fecha fija. Por lo regular, no entrañan cambios en organización de las compañías ya sea en su aspecto técnico o financiero, pues se apartan de la premisa que pasado un período corto, poco más o menos, se reanudará la competencia. Aunque no se presuponga lo anterior, debe dejarse a cada empresa capacidad de retirarse y obrar independientemente, siendo estas de las más importantes características de este grupo. Sus tipos más importantes son:

Acuerdos de productores o comerciantes, en competencia acerca de los precios o áreas de venta.

ASOCIACIONES PARA LA REGULACIÓN DE PRECIOS.- Estas significan un acuerdo formal entre productores o comerciantes que se asocian para fijar precios mínimos de venta.

ASOCIACIONES PARA REGULAR LA PRODUCCIÓN.- En estas se fija el volumen de producción de cada producto, bajo pena de multa en caso de excederse.

ASOCIACIONES PARA FORMAR UN FONDO COMÚN.- El tipo más simple es el de que cada empresamiembro dé su cuota para el fondo común, el que periódicamente se repartirá después de dejar alguna reserva. Un arreglo más complicado es el que fija a cada asociado un porcentaje de la producción total con las consiguientes multas, etc.

ASOCIACIONES DE DISTRIBUCIÓN DE CONTRATOS.- Se encuentran estas en ciertas industrias en que se asignan los contratos según las ofertas que hagan las diversas empresas-miembros. El consorcio determina a qué sociedad o compañía le corresponde el contrato, estando en el acuerdo que ninguna de las demás compañías lo pueda tomar. En algunos casos se distribuyen las zonas o mercados.

En las formas enumeradas no se altera la organización interna de cada sociedad. Estas conservan no solo su independencia técnica y financiera sino también

sus personales de ventas y compras. Así pues, la característica fundamental de estas asociaciones de poca duración es que no se altera la estructura de la competencia en la industria. Esto superpone a ella alguna organización central que limita la concurrencia.

FORMAS TRANSITORIAS.- Entre las organizaciones a corto plazo de duración limitada y las formas de organización a largo plazo se encuentra un grupo que se distingue por su carácter transitorio, si bien a veces es de larga duración. Dentro de este grupo, las asociadas se conservan fundamentalmente independientes; conservan su identidad financiera y técnica. Dentro de la asociación existen conflictos que se manifiestan de cuando en cuando en la desintegración de la cohesión; pero cada empresa o sociedad sacrifica cierta parte de su estructura de competencia, por lo general su organización individual de ventas, y se ponen todas de acuerdo en este aspecto de sus funciones.

Regularmente ocurre que este grupo de asociaciones es de carácter transitorio, es decir, una forma de organización media entre la competencia y la consolidación final. Pero en ocasiones perdura, especialmente en Alemania, ya que la experiencia ha demostrado que el consorcio de breve duración, en el cual se toma parte sin contrato que tenga fuerza legal, resulta sumamente inestable. En Alemania, gracias a la idiosincrasia de su raza y al apoyo de la ley, estas organizaciones han tenido mucho éxito, y el auge financiero-técnico del sistema económico

propiciado por el Dr. H. Schacht en el régimen del nacionalsocialismo se debió a que tal organización fue fundamentalmente el perfeccionamiento en la aplicación de los principios cartelianos. En Estados Unidos por lo regular no han tenido fuerza legal estos contratos, llegando a ser ilegales, no habiendo tenido éxito por estas circunstancias. Los tipos más importantes son los que siguen:

Las agencias de venta.- Cierta número de empresas que fabrican los mismos artículos se comprometen a remitir su producción a una agencia de ventas común, con el objeto de evitar la competencia ruinosa. No es necesaria la regulación de la producción.

Cartel de participación con agencias de ventas.- Este tipo fue creado en Alemania y es donde más ha sido adoptado en diversas industrias. Los productores acuerdan establecer, por un período determinado, una agencia exclusiva para la venta de sus productos y se adjudica a cada productor una proporción en la producción total. Los que excedan su participación pagan una cuota, los que producen menos de lo que les corresponde reciben una participación o compensación. La agencia de ventas es una sociedad anónima, donde los accionistas son los asociados, teniendo cada uno de ellos un número determinado de acciones de acuerdo con su porcentaje de producción. Los asociados fijan un precio de costo básico para sus productos, y venden a la agencia a un precio contable superior al del costo.

La agencia venderá en el mercado al mayor precio que pueda obtener, aunque no acostumbra vender a un precio mayor que el contable.

Asociación financiera de intereses

(Interessengemeinschaft).- Se establece cuando dos o más empresas convienen, por cierto número de años (en algunos casos hasta cincuenta), reunir en un fondo común la totalidad de las ganancias de sus miembros y repartirlas en proporciones determinadas de antemano. Teóricamente esta organización o asociación es de carácter transitorio y cada compañía conserva su existencia propia y administración independiente; pero ocurre que trabajan en forma muy estrecha mediante las comisiones mixtas. La experiencia demuestra que tienden y forman un consorcio más completo. Los dos ejemplos más conocidos en el mundo son el de la IG Farben (alemana) y el de la Imperial Chemical Industries (británica).

ASOCIACIÓN DE SOCIEDADES DE LARGA

DURACIÓN.- Es difícil precisar los límites exactos entre los diversos tipos que componen el grupo de las formas transitorias que acabamos de estudiar con los de larga duración. Además, como antes lo manifestamos, muchas de las formas transitorias han tenido vida por más de 50 años. La pauta diferencial más importante consiste en el grado que sobrevive la estructura de competencia e independencia de las compañías o empresas. Hecha la salvedad, indicaremos las formas más importantes de larga duración, que son:

El fideicomiso de votos (Trust o Voting Trust).- Este procedimiento de asociación de sociedades prevaleció en los Estados Unidos por algún tiempo hasta ser declarado ilegal por la Corte Suprema. Cierta número de Compañías acordaban traspasar el total de sus acciones a un grupo de fideicomisarios, recibiendo a cambio de ellas certificados de fideicomiso por su valor. Así los fideicomisarios quedaban capacitados para controlar completamente la dirección de los negocios de un grupo de empresas. Teóricamente la asociación era permanente. El ejemplo típico es el de la Standard Oil Company. En la actualidad se da el nombre de Trust a las asociaciones que más bien merecen el nombre de "Intercambio de Acciones" u "Holdings".

Intercambio de acciones.- Dos o más compañías pueden enlazar su suerte con el intercambio de acciones. Los resultados dependen de la magnitud de las empresas y del número y proporción de las acciones intercambiadas. Cuando predomina una empresa en cuanto a volumen y adquiere una mayoría de acciones, la otra es virtualmente una subsidiaria, y bien puede tener voz y voto en la dirección de la empresa más grande. En algunos casos se crea el intercambio para dar una mayor estabilidad a las asociadas, o a los accionistas de las compañías que se asocian, pero casi siempre se constituyen con el fin de llegar a las otras dos formas: "Compañía Tenedora" (Holding Company o Trust Holding) o a la Consolidación o Fusión. De la primera forma, la Holding Company,

nos ocuparemos en forma más extensa a través de los capítulos siguientes. La Fusión o Consolidación no requiere explicación, por ser la unión, que como el propio nombre lo dice, absorbe la identidad de las asociadas, en beneficio de una de ellas...

Es cierto que algunas de las formas de asociación referidas en la cita anterior, han mutado, caído en desuso o son en la actualidad proscritas por las autoridades de competencia, por los efectos anticompetitivos que poseen en su esencia (v.gr. acuerdos de fijación de precios, distribución de mercados, etc.). No obstante ello, otras han aparecido, con mayor o menor permanencia en el tiempo, producto de un intercambio globalizado que demanda formas más dinámicas para acometer emprendimientos conjuntos, de interés para diversas compañías. Una de ellas, de utilización difundida por largo tiempo y ya de antigua data, es el *joint-venture*, que ha permitido la ejecución sindicada de proyectos mineros de gran magnitud alrededor del mundo y obras civiles de similar importancia. De este, otrora un contrato innominado, cuyas reglas y características en Ecuador se fundamentaban exclusivamente en la autonomía de la voluntad de las partes, hoy existe una regulación que permite dilucidar claros elementos que lo definen, normativa comercial que no por precaria deja de ser útil (art. 525 y siguientes del Código de Comercio).

Coincido con quienes han opinado sobre esta materia en el país y consideran que la definición recogida en la Ley de Compañías es inadecuada; creo que el legislador ha trascendido en su definición, al delinear el objeto de las compañías tenedoras de acciones, convirtiéndolas en tales no solo por el hecho de poseer acciones de otras sociedades, sino por el énfasis que se impone a

la vinculación y control sobre estas por una de ellas, cualquiera de las formas consideradas en el artículo 426 reproducido *ut supra*.

Esta apreciación tiene asidero, si nos remitimos al tenor de las disposiciones pertinentes de la Ley de Mercado de Valores, cuyos artículos 191 y 193 es oportuno reproducir:

Art. 191.- Concepto.- Para efectos de esta Ley se considera empresas vinculadas al conjunto de entidades que, aunque jurídicamente independientes, presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados que hacen presumir que la actuación económica y financiera de estas empresas está guiada por los intereses comunes, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o respecto de los valores que emitan.

El C.N.V., mediante norma de carácter general determinará los criterios de vinculación por propiedad, gestión o presunción.

El C.N.V., fijará la forma, contenido y periodicidad de la información que deberán remitir las empresas vinculadas a fin de difundirla al mercado.

Art. 193.- De las sociedades matriz, afiliada y subsidiaria.- Sin perjuicio de las normas que sobre esta materia dicte el C.N.V., se entenderá por:

Sociedad matriz como aquella persona jurídica que hace las veces de cabeza de grupo de sus empresas.

Sociedad subsidiaria como aquella que posee personería jurídica propia y en la cual otra sociedad, que será su matriz, tenga una participación directa o indirecta, superior al cincuenta por ciento del capital de la compañía receptora de la inversión.

Sociedad afiliada como aquella persona jurídica que posee en otra, denominada subsidiaria, directa o indirectamente entre el veinte y el cincuenta por ciento del capital de aquella, sin controlarla. También se denomina sociedad afiliada aquella que ejerce en la subsidiaria una influencia en su gestión, por la presencia de accionistas, directores, administradores, funcionarios o empleados comunes.

Dado que por una elemental práctica hermenéutica debe apreciarse el alcance de una disposición jurídica por el propósito regulatorio de ella y reconociendo que el universo de compañías afectadas por la Ley de Mercado de Valores será el de aquellas que participen en el mismo como emisores, operadores u otros, por ser la estructura que determine su vinculación, precedente a un acto de mercado, por ejemplo, a una emisión de obligaciones, es útil para el entendimiento de las compañías *holding* el desarrollo conceptual proporcionado por el legislador en ese cuerpo legal, dada la concordancia que esta pone de manifiesto con la definición legal proporcionada por la Ley de Compañías.

Es igualmente irrelevante, para efectos puramente societarios y sus consecuencias de mercado, en referencia a una integración corporativa como la someramente analizada, el porcentaje de participación accionaria que posea un *holding* en las compañías que a ella se vinculen por la vía de adquisición del capital social,

pues como se explicará posteriormente, lo que subyace en los procesos de integración horizontal y vertical, no es más que el legítimo deseo de fortalecer una actividad, para consolidarse en un mercado relevante cualquiera y propiciar una sinergia a través de los fines distintos establecidos en la norma jurídica comentada, esto es, gestión, administración, responsabilidad crediticia o resultados y conformar así un grupo empresarial.

En sustento de lo aseverado, basta con revisar la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 28, que considera como participación significativa aquella que exceda el 20 % del capital social de la subsidiaria o subordinada. Me remito al texto pertinente, que manifiesta:

1. Influencia significativa

5 Se presume que la entidad ejerce influencia significativa si posee, directa o indirectamente (por ejemplo, a través de subsidiarias), el 20 por ciento o más del poder de voto de la participada, a menos que pueda demostrarse claramente que tal influencia no existe. A la inversa, se presume que la entidad no ejerce influencia significativa si posee, directa o indirectamente (por ejemplo, a través de subsidiarias), menos del 20 por ciento del poder de voto de la participada, a menos que pueda demostrarse claramente que existe tal influencia. La existencia de otro inversor que posea una participación mayoritaria o sustancial no impide necesariamente que una entidad ejerza influencia significativa. Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_publ/con_nor_col_no_oficializ/nor_internac/ES_GVT_IAS28_2013.pdf

Hago referencia a esa Norma, pues ella nos dota de un rango específico para evaluar y dilucidar la importancia de la propiedad de acciones por parte de la compañía controladora en una subsidiaria. Más adelante, al hablar del control como elemento fundamental de la *ratio* de una tenedora de acciones, abundaremos en los ejemplos que las NIC ofrecen para concluir formas de influencia (control), supuesto que es el que determina la esencia de la compañía *holding*.

Lo aseverado se apoya en la descripción del fin propuesto por el legislador que, para este tipo de sociedades comerciales que se declara, es vincular y controlar a otras compañías. Esa finalidad tiene como propósito, como se manifestó con anterioridad, tornar más eficiente una operación empresarial, a través de desarrollos verticales, ligando en vertientes inferiores todos aquellos procesos básicos para la obtención del objetivo principal del *holding*. Las instituciones jurídicas deben auspiciar avances progresivos en todos los órdenes a los que ellas afectan, uno de estos, el económico. Pretender restringir el concepto de un *holding* a la mera tenencia de acciones para obtener un beneficio, desnaturaliza el potencial que el establecimiento de una tenedora de acciones posee, más cuando de múltiples disposiciones legales se puede concluir que la vinculación, observada como uno de los vocablos que proveen la identidad de ella, conlleva a la relación de control y, por lo tanto, no es estéril.

b. Vinculación. Como lo anticipé, el nexo entre las *holding* y sus subsidiarias y afiliadas, posee un núcleo que se manifiesta a través de variados hilos conductores, que se ponen de manifiesto a través de «... propiedad accionaria, gestión, administración, responsabilidad crediticia o resultados y conformar así un grupo empresarial», como reza la disposición legal.

La codificación de resoluciones del Consejo Nacional de Valores, en su Título VII, capítulo IV, define de manera adecuada el vocablo «vinculación» y manifiesta:

2. Vinculación: a la relación entre personas domiciliadas o no en el Ecuador, en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra, que conlleve a un comportamiento sistemáticamente concertado.

A pesar de que la Resolución mencionada busca afectar únicamente al mercado de valores, el vocablo definido nos da luces sobre el verdadero rol del mismo en la concepción de una compañía tenedora de acciones. Dado que lo determinante es el resultado en la conformación del ente económico productivo, la interpretación de la vinculación se evidenciará en la participación en la gestión o administración de la entidad controlada o sometida.

En la disposición regulatoria citada, el Ente competente agregó el elemento conductual corporativo que debe ponerse de manifiesto entre el dominante y el subordinado, a través de la gestión, administración, control o capital de la otra, de forma sistemáticamente concertada. Esto implica, en materia de estructuras corporativas, que esas maneras de vinculación coadyuvarán al objetivo empresarial principal del grupo, por la ejecución de políticas que auspicien el cumplimiento del proyecto empresarial principal de la dominante o *holding*.

Es importante entonces recurrir a la definición que el artículo 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno contempla sobre la parte relacionada o vinculada. La norma citada reza:

Art. (...).- Partes relacionadas.- Para efectos tributarios se considerarán partes relacionadas a las personas naturales o sociedades, domiciliadas o no en el Ecuador, en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra; o en las que un tercero, sea persona natural o sociedad domiciliada o no en el Ecuador, participe directa o indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas.

Se considerarán partes relacionadas, los que se encuentran inmersos en la definición del inciso primero de este artículo, entre otros casos los siguientes:

- 1) La sociedad matriz y sus sociedades filiales, subsidiarias o establecimientos permanentes.
- 2) Las sociedades filiales, subsidiarias o establecimientos permanentes, entre sí.
- 3) Las partes en las que una misma persona natural o sociedad, participe indistintamente, directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de tales partes.
- 4) Las partes en las que las decisiones sean tomadas por órganos directivos integrados en su mayoría por los mismos miembros.
- 5) Las partes, en las que un mismo grupo de miembros, socios o accionistas, participe indistintamente, directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de éstas.
- 6) Los miembros de los órganos directivos de la socie-

dad con respecto a la misma, siempre que se establezcan entre éstos relaciones no inherentes a su cargo.

7) Los administradores y comisarios de la sociedad con respecto a la misma, siempre que se establezcan entre éstos relaciones no inherentes a su cargo.

8) Una sociedad respecto de los cónyuges, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los directivos; administradores; o comisarios de la sociedad.

9) Una persona natural o sociedad y los fideicomisos en los que tenga derechos.

Para establecer la existencia de algún tipo de relación o vinculación entre contribuyentes, la Administración Tributaria atenderá de forma general a la participación accionaria u otros derechos societarios sobre el patrimonio de las sociedades, los tenedores de capital, la administración efectiva del negocio, la distribución de utilidades, la proporción de las transacciones entre tales contribuyentes, los mecanismos de precios usados en tales operaciones.

También se considerarán partes relacionadas a sujetos pasivos que realicen transacciones con sociedades domiciliadas, constituidas o ubicadas en una jurisdicción fiscal de menor imposición, o en Paraísos Fiscales.

Así mismo, la Administración Tributaria podrá establecer partes relacionadas por presunción cuando las transacciones que se realicen no se ajusten al principio de plena competencia. Podrá considerar también partes relacionadas por presunción a los sujetos pasivos y a

la persona natural, sociedad, o grupo económico con quien realice ventas o compras de bienes, servicios u otro tipo de operaciones, en los porcentajes definidos en el Reglamento.

Serán jurisdicciones de menor imposición y paraísos fiscales, aquellos que señale el Servicio de Rentas Internas.

En el reglamento a esta Ley se establecerán los términos y porcentajes a los que se refiere este artículo.

En definitiva, el vínculo es la relación generadora, que debe identificarse como nexo integrador de la actividad de varias compañías, organizadas en un grupo liderado por una sociedad tenedora de acciones, manifiestas en la confluencia voluntaria y orgánica de los objetivos de cada una de las sociedades parte del grupo.

c. Control. También las Normas Internacionales de Información Financiera nos dan luces sobre el alcance del vocablo control. En efecto, las NIIF 10 proponen al respecto una importante definición de compañía controladora, afirmando que es aquella que controla una o más entidades. A pesar de que ella es tautológica, es oportuno recurrir a la Codificación de Resoluciones *ejusdem*, que en capítulo ya referido señala:

Art. 6.- Control del grupo económico.- Se presume la existencia de control del grupo económico, cuando:

1. Por la propiedad directa o indirecta de acciones, participaciones, contratos de usufructo, prenda, fideicomisos o cualquier otro acuerdo entre accionistas

o socios, se cuente con más de la mitad de los derechos de votos en las juntas generales de accionistas o socios de una persona jurídica.

2. Sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en un órgano de gobierno de una persona jurídica, se ejerza influencia significativa, directa o indirectamente, tanto en la gestión como en las decisiones para designar o remover a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno.

Lo transcrito permite afirmar que existen dos vertientes de determinación del control de una compañía sobre otra: i. Contar con más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas, y ii. Ejercer influencia significativa en gestión y adopción de resoluciones en la designación de miembros de los órganos de gobierno.

La influencia significativa a que se refiere el regulador es aquella que otorga a la controladora, el poder de intervenir en la adopción de políticas financieras y de operación de la participada, sin llegar a tener el control ni el control conjunto de esta.

Al respecto, la misma NIC 28 dice:

7 Una entidad puede poseer certificados de opción para la suscripción de acciones (warrants), opciones de compra de acciones, instrumentos de deuda o de patrimonio que sean convertibles en acciones ordinarias, u otros instrumentos similares que tienen el potencial, si se ejercen o convierten, de dar a la entidad poder de voto adicional, o de reducir

los derechos de voto de terceras partes, sobre las políticas financieras y de operación de otra entidad (es decir, derechos de voto potenciales). Cuando se esté evaluando si una determinada entidad tiene influencia significativa, se tendrá en cuenta la existencia y efecto de los derechos de voto potenciales que sean, en ese momento, ejercitables o convertibles, incluyendo los derechos de voto potenciales poseídos por otras entidades. No tendrán la consideración de derechos de voto potenciales ejercitables o convertibles en ese momento los que, por ejemplo, no puedan ser ejercidos o convertidos hasta una fecha futura, o hasta que haya ocurrido un suceso futuro.

8 Al evaluar si los derechos de voto potenciales contribuyen a la existencia de influencia significativa, la entidad examinará todos los hechos y circunstancias (incluyendo las condiciones de ejercicio de tales derechos potenciales de voto y cualesquiera otros acuerdos contractuales, considerados aislada o conjuntamente) que afecten a los mismos, salvo la intención de la gerencia y la capacidad financiera de ejercer o convertir dichos derechos potenciales.

Un ejemplo válido de lo afirmado, en cuanto a la injerencia efectivamente influyente, que genere un *holding* en control de una sociedad subsidiaria, lo ofrece la sentencia C-18/14 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Transcribo en lo pertinente aquella resolución:

Derecho neerlandés.

9 El DNB es la autoridad competente para aprobar

la adquisición o la transmisión de una participación cualificada en una empresa de seguros en los Países Bajos.

10 Conforme al artículo 3:95, apartado 1, de la Ley de supervisión de los mercados financieros (*Wet op het financieel toezicht*), de 28 de septiembre de 2006, en su versión aplicable a los hechos del litigio principal (en lo sucesivo, «Wft»), la adquisición de una «participación cualificada» en una empresa de seguros está sujeta a la previa expedición de una «certificación de no oposición» emitida por el DNB. Según el artículo 1:1 de la Wft, se entiende por **«participación cualificada» la «tenencia directa o indirecta de al menos el diez por ciento del capital suscrito de una empresa, o la posibilidad directa o indirecta de ejercer al menos el diez por ciento de los derechos de voto en ella, o la posibilidad directa o indirecta de ejercer un control comparable en la misma»**. (La negrita es nuestra).

A la vista del tenor referido, cobra aún mayor sentido la aseveración propuesta en este artículo, de que un *holding* no necesariamente debe poseer un porcentaje mayoritario de acciones en su subsidiaria, pues como se dijo, bastará que ejerza un efectivo control sobre la misma, para que se la pueda considerar sometida y por ende, parte del grupo sujeto a la compañía tenedora de acciones.

c.1 Gestión. Además de la influencia accionaria, otra de las formas de control reconocidas en la creación de un grupo empresarial, es la gestión; es oportuno dotar a esta expresión

el contenido que debe otorgársele en términos económicos. «La gestión empresarial es la **planificación de los procesos para llevar a cabo los objetivos de la corporación**». Expuesto en otras palabras, ella cobra sentido pues es la que permite desarrollar todas aquellas actividades productivas en una empresa, con el objetivo de generar rendimientos de los factores que suelen intervenir en el desarrollo de la misma.

Comprendido que el énfasis regulatorio tiene una profunda raigambre económica, la Comisión Nacional de Valores ha establecido varios presupuestos de vinculación empresarial por gestión:

Art. 4.- Vinculación por gestión.- Se entenderá que existe vinculación por gestión entre personas jurídicas cuando:

1. Uno o más de los miembros de su directorio o de sus organismos administrativos, ejerzan funciones en ambas.
2. Una persona natural, miembro del directorio o de los organismos administrativos de una de las personas jurídicas, haya ejercido alguno de tales cargos en alguna oportunidad, durante el último año o tiene, directa o indirectamente, una participación representativa en el capital social de la otra persona jurídica.
3. El pariente de uno de los miembros del directorio o de uno de los miembros de los organismos administrativos es miembro del directorio o de los organismos administrativos de la otra.

Ejercer funciones implica una activa participación en la adopción de estrategias dirigidas a cumplir el objeto social de la controladora y la subsidiaria. La NIIF 10 y la NIIF 28 aportan definiciones válidas para comprender el alcance de esa vinculación. Por otra parte, la NIC 24 provee definiciones claras sobre la definición de partes relacionadas y dice de estas: «Una parte relacionada es una persona o entidad que está relacionada con la entidad que prepara sus estados financieros (en esta Norma denominada “la entidad que informa”)».

La NIC 28 ofrece parámetros de evaluación de influencia de una empresa en otra, el mismo que resulta útil para acogerlo como elemento determinador de la señalada gestión. Dice esa norma, en el párrafo 6:

La existencia de la influencia significativa por una entidad se pone en evidencia, habitualmente, a través de una o varias de las siguientes vías:

(b) participación en los procesos de fijación de políticas, entre los que se incluyen la participación en las decisiones sobre dividendos y otras distribuciones...

En suma, puede afirmarse que, en este caso, el medio determinante de la vinculación entre una y otra, no es otro que aquel reflejado en la activa injerencia del *holding* sobre la dominada, por medio de un involucramiento en la consecución del objetivo esencial de esta, a través de la gestión estratégica de ella.

Dicha gestión estratégica fundamentalmente se concentrará en crecer en el mercado, posicionarse, adoptar políticas de

competencia, fortalecimiento de la eficiencia de las empresas del grupo y satisfacer, en esencia, las necesidades de sus clientes con una visión a largo plazo.

c.2 Administración. Continuando con el análisis de los elementos que estructuran jurídicamente a las compañías tenedoras de acciones, es también oportuno compartir una definición del concepto administración. Según James A. F. Stone, administración «Es el proceso de planear, organizar, liderar y controlar el trabajo de los miembros de una organización y de utilizar todos los recursos de la empresa para alcanzar objetivos organizacionales establecidos».

La American Management Association define la administración como «la actividad por la cual se obtienen determinados **resultados a través del esfuerzo y la cooperación de otros**» (la negrita es nuestra).

Al resultar tales definiciones, a la postre, útiles para comprender la naturaleza económico-empresarial que reviste al vocablo «administración», nuevamente recurrimos a la Norma Internacional de Contabilidad 28 para buscar dar contenido a ese sustantivo. El párrafo 6 de dicha norma, también determina: «a) representación en el consejo de administración u órgano equivalente de dirección de la entidad participada».

La codificación de la Comisión Nacional de Valores, a la que se ha recurrido en este artículo, en el Título VII, Capítulo IV también se refiere a esa forma no accionaria de controlar a una compañía subordinada:

Art. 6.- Control del grupo económico.- Se presume la existencia de control del grupo económico, cuando:

1. Por la propiedad directa o indirecta de acciones, participaciones, contratos de usufructo, prenda, fideicomisos o cualquier otro acuerdo entre accionistas o socios, **se cuente con más de la mitad de los derechos de votos en las juntas generales de accionistas o socios de una persona jurídica.**

2. Sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en un órgano de gobierno de una persona jurídica, **se ejerza influencia significativa, directa o indirectamente, tanto en la gestión como en las decisiones para designar o remover a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno.** (La negrita es nuestra).

Recuérdese que en este artículo ya se ha conceptuado —de acuerdo a las NIC— lo que debe considerarse como influencia significativa, por lo tanto, ha de reiterarse que para que se dé esta condición, bastará con que se produzca la administración de recursos de la subsidiaria, como consecuencia de la intervención externa de la tenedora de acciones, de forma determinante en los resultados de aquella.

Por otra parte, la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de casación n.º 357-2011 dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso no ha dado luces, aunque fuere de manera limitada, sobre las compañías relacionadas y grupos económicos; de hecho, confunde dramáticamente la estructura de un grupo económico, en los cuales una de las características es la existencia y convivencia de diferentes personas jurídicas, con existencia y obligaciones que

le son propias y que se encuentran relacionadas, argumentando lo siguiente:

La justificación de la Administración para considerar que se trata de provisión de fondos y no de crédito está sustentada en el hecho de que se trata de una operación entre compañías que constituyen un «conjunto económico», por tratarse de empresas relacionadas que no es negado por la actora, que no existe relación deudor-acreedor, pues nadie puede contratar consigo mismo. Estos argumentos para que desvirtúe la existencia del crédito y sustente a tesis de la prevalencia de la sustancia sobre la forma, obedece al hecho de que, recurrir a la figura de un crédito entre partes relacionadas, materializa un efecto económico, que es la deducción de los intereses pagados, lograr beneficiarse de la deducción contemplada en el numeral 3 del art. 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente en esa fecha, perjudicando el resultado final del ejercicio, ya que con similar razonamiento, y como lo reconoce la propia empresa actora, sus mecanismos de financiamiento de las obligaciones contractuales están dados por recursos propios, provisiones de casa matriz y estos llamados «prestamos» con partes relacionadas, que bien pudieron ser atendidos mediante el mecanismo de provisión de fondos, de la propia empresa o de la casa matriz, solo que en estos casos, no habría obligación de cubrir intereses...

En desmedro de dicha decisión judicial, la Codificación de resoluciones *ut supra* regula, en el artículo 2, la forma de participación indirecta, esbozando el concepto de administración, que debe entenderse como «la participación representativa que

posee una persona natural o jurídica en el órgano de gobierno de otra persona jurídica» y expresa:

5. Participación indirecta: a la participación representativa que posee una persona natural o jurídica en el órgano de gobierno de otra persona jurídica, a través, de por lo menos, un pariente o persona jurídica.

Inmediatamente el regulador complementa tal delineamiento, determinando de forma sucinta a quienes debe considerarse miembros de organismos administrativos, a efectos de identificar el nexo entre *holding* y subsidiaria:

6. Miembros de organismos administrativos: al representante legal, el gerente general, los gerentes, administradores, asesores, apoderados, directores y todas aquellas personas que, manteniendo o no vinculación laboral con una persona jurídica, tengan una influencia en las decisiones de esta última, conforme a las normas que la regulan.

De la transcripción de las disposiciones arriba citadas, fácilmente permite intuirse que para que exista participación indirecta (es decir, por gestión o administración) deben existir por lo menos dos personas, jurídicamente capaces, por lo que la expresión jurisprudencial comentada «... que no existe relación deudor-acreedor, pues nadie puede contratar consigo mismo» denota confusión por parte de los jueces; en un razonamiento *a contrario sensu*, se debe analizar en qué consiste la vinculación por administración y al hacerlo se concluye que se manifiesta notorio que, aun cuando tanto la doctrina como las normas especializadas

de contabilidad y auditoría universalmente aceptadas, elaboran con amplitud y permiten desentrañar la naturaleza propia de una sociedad tenedora de acciones, el Órgano Jurisdiccional cuya resolución se comenta, yerra al desconocer la verdadera esencia jurídica de ese tipo de compañías y sus grupos de influencia, en los que es carácter determinante la existencia de entes jurídicos autónomos que lo constituyen.

Ahora bien, esa capacidad de influir se expresa por medio del poder de decisión que ejerza el *holding* sobre la subsidiaria. Ese poder puede surgir de derechos, de forma directa como cuando el poder sobre una participada se obtiene los derechos de voto concedidos por los instrumentos de patrimonio, tales como acciones y pueden ser evaluados mediante la consideración de los derechos de voto procedentes del accionariado. En otros casos, la evaluación será indirecta, cuando el poder proceda de uno o más acuerdos contractuales que le permitan influir en actividades relevantes de la compañía dominada, así por ejemplo, la tenedora que posee la capacidad presente para significativamente influir sobre los rendimientos variables de la participada y acceder a ellos, tiene el poder sobre esta.

II.- RESPONSABILIDAD

A partir del concepto civil de responsabilidad ante terceros, el *holding*, en términos generales, tendrá la misma exposición que cualquier accionista enfrenta, según la normativa societaria. Así, la misma estará claramente acotada por el nivel de aportación que la tenedora de acciones adquiera en la participada, hasta por el monto de su participación en la sociedad subordinada.

Los artículos 92 y 143 de la Ley de Compañías incluyen una declaración al respecto, delimitando la responsabilidad de los accionistas de las compañías limitadas y anónimas, en su orden.

Debe aceptarse que la creación de ese instituto jurídico, tiene sus antecedentes en la responsabilidad aquilina. Acogida esta última en la mayoría de legislaciones civiles de nuestro entorno, ha devenido al punto de sustentarse en dos presupuestos, que la definen en relación a la distribución de riesgos sociales. Estos son la culpa y la responsabilidad estricta (*strict liability*). Mediante el sistema de atribución de la culpa, existe un espectro relativamente determinado de aquellas actividades que el autor del daño debe asumir, estableciéndose un área en la que el agraviado debe asumirla.

Por otro lado, los sistemas de responsabilidad estricta u objetiva se caracterizan por endilgar la misma a quien ejecute una actividad de la que se genera un riesgo intrínseco. La responsabilidad objetiva yace en la *teoría de la garantía*, según manifiesta Saavedra Becerra (2003), quien cita al jurista francés Boris Starck (1947) y reconoce de este la autoría de ella. El análisis de la responsabilidad totalmente objetiva debe efectuarse desde la perspectiva de quien sufre el daño, pues es este a quien se le ha menoscabado su derecho y no solo a partir de la culpa o falta, que hace hincapié en al autor del gravamen, en tanto este debilita la garantía que poseen las personas para no ser víctimas ni sufrir daños que legítimamente, como se ha dicho antes, no deben soportar. Al citar a Starck, expresa:

Ahora, por hipótesis, la víctima del daño ha sufrido un atentado a sus derechos. Cada uno tiene derecho a

su vida y a su integridad corporal así como a la de sus allegados, a la integridad material de los bienes que le pertenecen, y, más generalmente, a su seguridad material y moral. Estos derechos, es cierto, no son definidos expresamente por la ley, pero no se podría desconocer su existencia sin negar los imperativos elementales de la vida social... Si esos derechos existen, ¿no deben ellos ser protegidos, es decir, garantizados por el derecho? Y los daños que uno sufre por el hecho ajeno: heridas, muerte, destrucción de objetos, entre otros, ¿no son también atentados a esos derechos? (Saavedra Becerra, 2003 pp. 372-373).

Es decir, el enfoque de la responsabilidad objetiva radica en el «defecto de unidad», que resulta de la actividad cuyo resultado es lesivo. Ahora bien, para adjudicar esa responsabilidad, entonces habrá que determinar cuándo ella puede o no ser imputada a quien haya incurrido en la misma. Según Isabel Beladiez Rojo, un daño puede imputarse a un sujeto jurídico cuando la acción causante del mismo haya generado un resultado típico, siempre que este haya creado un riesgo que se realice en el resultado lesivo.

El autor chileno Barros dice que: «La responsabilidad por culpa tiene un elemento objetivo que la aleja del reproche personal; pero esa objetividad es radicalizada en el caso de la responsabilidad estricta, porque esta no requiere siquiera que la conducta sea objetivamente reprochable».

Desde mi perspectiva, la responsabilidad que la ley ecuatoriana atribuye a los accionistas de una compañía, sean persona natural o jurídica, tiene el doble afluente aquí analizado.

Observemos el tenor de la disposición legal pertinente, la Ley de Compañías:

Art. 17.- 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:

1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;
2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,
3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.

La responsabilidad vía atribución de culpa está mediatizada por el vocablo fraude, que implica actuación dolosa, reflejada en el ordinal 1 de la norma transcrita. Los otros dos ordinales, bien podrían llevarnos a concluir que se trata de asignación de esa responsabilidad, por el resultado. Pues bien, puede ocurrir que las personas beneficiarias de la actuación abusiva o fraudulenta, desconociendo tal cariz, se hayan beneficiado de los resultados de ella o fueren tenedores de buena fe de los bienes que deben obligatoriamente restituir.

Por último, y resumiendo, la responsabilidad de los accionistas estará indefectiblemente unida a presupuestos de inconductas claramente dolosas o, como en el caso de la desviación o abuso del derecho, que desnaturalicen el contenido esencial del derecho que los cuerpos normativos les reconozcan.

III.- CONCLUSIÓN

Las compañías tenedoras de acciones tienen un régimen propio en Ecuador, el mismo que debe sustentarse más en las definiciones y prácticas establecidas en las normas NIIF, que en el desarrollo normativo propuesto por el legislador nacional, resultando este incipiente.

En apoyo a la estructuración de ellas, debe recurrirse a las disposiciones que constan tanto en la Ley de Mercado de Valores como en las resoluciones de la Comisión Nacional de Valores, a las que es imprescindible hacer acopio, a fin de fortalecerlas.

Esta pretensión no creo sea ilegítima, pues no estando regulado por la autoridad societaria nacional la actuación de los *holdings*, salvo en el caso de aquellas tenedoras de acciones que actúen en el mercado de valores del país, es posible y adecuado, en apego estricto a la autonomía de la voluntad de las partes y al derecho de empresa, crear elementos estatutarios de consolidación y actuación comercial de una compañía tenedora de acciones, a partir de los preceptos diseminados en los aludidos instrumentos regulatorios.

Abg. Marena Franco Zarie

Abg. Belén Guambo Rodríguez

**LAS SOCIEDADES DE GARANTÍAS RECÍPROCAS:
UNA PROPUESTA JURÍDICA DE NECESARIA INTRODUCCIÓN EN LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

Contenido:

- I. *Sociedad***
- II. *Esquema general del vacío legal existente en la normativa ecuatoriana
respecto al sistema de garantías recíprocas***
- III. *Conclusiones***
- IV. *Recomendaciones***

LAS SOCIEDADES DE GARANTÍAS RECÍPROCAS: UNA PROPUESTA JURÍDICA DE NECESARIA INTRODUCCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

*Abg. Marena Franco Zarie
Abg. Belén Guambo Rodríguez*

Las Sociedades de Garantía Recíproca componen una figura jurídica especial y distinta dentro del Derecho Societario y Mercantil. Su naturaleza de sociedad mutua, capital variable, esencia heterogénea, entre empresa contemporánea de asistencia financiera y cooperativa gremial, dan lugar a una composición brillante que resulta fascinante como objeto de análisis.

Su condición de herramienta de apoyo a la pyme y a la microempresa, la bautizan como una *rara avis* tanto en el campo de régimen económico como herramienta que incide en un grupo empresarial habitualmente abandonado por los poderes públicos como en el sector societario a manera de instrumento social.

Es admirable ver cómo estas sociedades, difícilmente, han sobrevivido en el tiempo dentro de las diferentes legislaciones europeas, y cómo estas han comenzado a implementarse en las legislaciones de América. Por ello, su estudio es tan valedero, tanto por su notoria novedad como por el útil y lógico establecimiento de sus características.

La proposición de esta figura jurídica nos lleva a invitar a los poderes públicos, responsables del sistema, a superar las incomprensiones y renuencias para apoyar a las Sociedades de Garantía Recíproca, que en su noble labor, no buscan sino cumplir con una mejor financiación hacia las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES), que tanta ayuda y credibilidad necesitan en el Ecuador por parte del Estado.

En este estudio se analizará al sistema de Sociedades de Garantía Recíproca como un instrumento de política económica que permite mejorar la financiación de las micro, pequeñas y medianas empresas, y se intentará explicar los antecedentes históricos respecto a esta institución mercantil, su significado, conjuntamente con su naturaleza, sin dejar de lado su objeto y, finalmente, sus características y/o elementos.

I.- SOCIEDAD

I.1.- Para definir a la Sociedad se debe partir de lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 319, con la que el Estado Ecuatoriano garantiza la libertad de asociación en sus diversas formas de organización de producción en la economía, donde se destacan tanto las empresas públicas como privadas.

Por otro lado, como norma general, el Código Civil en su art. 1957 manifiesta:

Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La

sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados. (2005)

Por lo tanto, se puede afirmar que la finalidad de la sociedad o compañía es crear una persona jurídica separada de los socios, en las que estos últimos aportan ya sea en dinero o en especie para ejecutar operaciones mercantiles y, finalmente, generar utilidad para los socios.

En la doctrina también encontramos al jurista Víctor Cevallos Vásquez (2015), quien cita el artículo 1832 del Código Civil Francés, que indica: «La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen poner cualquier cosa en común, con la esperanza de compartir beneficios que puedan resultar de ello». (pág. 17)

Se entiende, por lo tanto, que el concepto de Sociedad emana de una de las principales garantías que brinda el Estado a través del derecho de libertad de asociación; por lo que se puede colegir que esta institución jurídica es un contrato en el que dos o más personas unen sus capitales y esfuerzos, y emprenden operaciones mercantiles con la finalidad de repartir los beneficios entre sí.

Por su parte, la Ley de Compañías, en su artículo 1, establece:

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. 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 (1999).

De la norma de especialidad se determina que el contrato de compañías es aquel en que dos o más socios unen sus capitales para realizar una serie de operaciones mercantiles y que finalmente buscan obtener un fin de lucro, es decir generar utilidad.

- ***Tipos de Sociedades en el Ecuador.***- En el artículo 2 de la Ley de compañías se definen los diferentes tipos de compañía que existen en el Ecuador, entre los que se encuentran las compañías en nombre colectivo, compañías en comandita simple y dividida por acciones, compañías de responsabilidad limitada, compañías anónimas y las compañías de economía mixta.

El artículo 36 de la Ley de Compañías precisa a las compañías en nombre colectivo como:

La compañía en nombre colectivo se contrae entre dos o más personas naturales que hacen el comercio bajo una razón social. La razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios, o de algunos de ellos con la agregación de las palabras y compañía. Sólo los nombres de los socios pueden formar parte de la razón social. (1999).

Asimismo, nuestra legislación societaria ecuatoriana, en su artículo 59, define a las compañías en comandita simple como:

La compañía en comandita simple existe bajo una razón social y se contrae entre uno o varios socios solidaria e ilimitadamente responsables y otro u otros, simples suministradores de fondos, llamados socios comanditarios, cuya responsabilidad se limita al monto de sus aportes... (1999).

Por otro lado, el artículo 92 del citado cuerpo normativo, sobre las compañías de responsabilidad limitada, indica:

La compañía de responsabilidad limitada es la que se contrae entre dos o más personas, que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que se añadirán, en todo caso, las palabras “Compañía Limitada” o su correspondiente abreviatura... (1999)

Finalmente, Roberto Salgado Valdez (2015) en concordancia con el artículo 143 de la Ley de Compañías define a las sociedades anónimas como «una sociedad capitalista cuyo capital se encuentra dividido en acciones de libre negociación, formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones». (pág. 252).

I.2.- Breve Reseña Histórica de las Sociedades de Garantías Recíprocas

Existe una consuetudinaria tradición en el derecho ecuatoriano de adaptar las diferentes instituciones españolas al mundo institucional ecuatoriano. La cercanía o mayor grado de conocimiento del mundo español, a diferencia de la clase anglófona ha conllevado a favorecer una implantación más ágil respecto a figuras jurídicas, económicas y sociales españolas en suelo ecuatoriano.

Sin embargo, muchas instituciones han sido llevadas al fracaso puesto que sus implantaciones han sido de manera parcial, dejando de lado que no únicamente se deben copiar instituciones sino verificar y analizar el entramado social que hay de por medio,

para así dar continuidad o viabilidad a una institución. Ejemplo de ello, tal como lo afirma Vásquez (1994), es la adopción del Código de Comercio Español a la legislación ecuatoriana en 1882, expedido por la Corte Suprema de Justicia entre 1873 y 1875, y sancionado por el presidente de la República y capitán general de la República de ese entonces, Ignacio de Veintemilla. (pág. 35)

Lo que no podíamos imaginar, seguramente, es que así como el proceder ecuatoriano, también España, muchas veces sin el análisis preciso, ha optado por trasplantar el derecho francés a sus instituciones, olvidando el verdadero sostén de las sociedades del sistema francés, como es la Banca Popular (Real Decreto 1885/1978 sobre régimen jurídico, fiscal y financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca, 1978).

El modelo legal de Sociedades de Garantía Recíproca es francés y franceses son también los procedimientos y la estructura de las primeras sociedades (Caballero Sanchez-Izquierdo, 1976). Es en este modelo que se basó la primera bibliografía española. De hecho, cuando se promulgó la legislación que permitió la creación de las Sociedades de Garantía Recíproca en España se impuso el criterio legislativo de basarse en la banca popular, tal cual como acostumbraba el modelo francés y el belga, por consiguiente. En la actualidad, a decir verdad, las sociedades de garantía recíproca son reguladas por la banca española.

El fundador del primer movimiento cooperativo fue el empresario británico Robert Owen; quien en 1799 inició un experimento sobre unas condiciones de vida y de trabajo más dignas en su fábrica de hilatura de algodón en Nueva Lanark (Escocia). En el año 1844, se creó la primera cooperativa, la

Rochdale Society of Equitable Pioneers, donde 28 trabajadores de la industria textil residente en Rochdale, en el norte de Inglaterra, fundaron una cooperativa.

La corriente o tendencia de las cooperativas de avales comenzó en Suiza y se extendió hasta Alemania; estas propuestas de creación de sociedades cooperativas comenzarían a causa del doctor Johann Christian Eberle (1869-1937). Por su procedencia, conocía bien las necesidades y los problemas de los trabajadores autónomos; es así que en su calidad de alcalde de la caja de ahorros municipal, reconoce rápidamente el gran potencial económico en estos depósitos para ayudar a las pequeñas y medianas empresas mediante préstamos; además de reconocer la necesidad de modernizar el sistema de las entidades de ahorro.

Posteriormente, en países como Bélgica, Francia y Holanda se desarrollaron las primeras cooperativas de avales. En Francia ya podían observarse, a partir de 1917, regulaciones específicas para financiar a las pequeñas empresas. No fue sino hasta 1936 que se constituyó la *Caisse National des Marches de l'Etat* que se fundaron las primeras sociedades de garantías mutuas. Y, a su vez, en Holanda la *Borgstellingsfondsen voor Kleine Middenstanders*, en español *Fondo de Garantías para los pequeños comerciantes*, fundado en 1936; tiempo después se crearían 35 sistemas de garantías regionales.

Por otro lado, Luxemburgo, fundó en 1949 la *Mutualité d'Aide aux Artisans* y en la actualidad, de hecho, aún subsiste bajo el nombre de *Mutualité des P.M.E.* Fue la primera sociedad de garantía mutua en Luxemburgo y fue creada por iniciativa conjunta de la Cámara de Oficios y de la Federación de Artistas.

Funcionan hasta el presente día bajo el régimen de las sociedades cooperativas y se han propuesto como objetivo, desde su creación, suplir los problemas de financiación de las pyme artesanales ofreciendo su superficie financiera en garantía a los bancos y a otras instituciones financieras. Es decir, que estas sociedades mediante la concesión de una fianza a las pequeñas y medianas empresas, actúan como garante ante las entidades de crédito autorizadas, cuando las garantías aportadas por el contratista resultan insuficientes.

A excepción de Suiza, el Sistema de Garantías Recíprocas antes de la Segunda Guerra Mundial no tenía gran acogida. Fue después de 1945, luego de la postguerra, cuando alcanzaron su máximo exponente con motivo de la reconstrucción europea.

En suma, todo indica que la bibliografía sobre Sociedades de Garantía Recíproca proviene del fenómeno europeo de las garantías mutuas. Prácticamente, las Sociedades de Garantía Recíproca crecieron y se expandieron en los años cincuenta y sesenta. Empero, la historia de esta clase de sociedades es relativamente reciente.

I.3.- Sociedad de Garantías Recíprocas: Definición y Objeto

Se ha podido visibilizar previamente, en contexto, los tipos de compañías que imperan en el marco jurídico del Ecuador; sin embargo, existen motivaciones de orden jurídico, económico, fiscal y de conservación de la empresa que motivan a que se cree una nueva figura jurídica societaria; esto es, la Sociedad de Garantía Recíproca. Todo esto, debido a la necesidad de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) de acceder al mercado de capitales.

Gabriel Binstein y Haydée Kravetz (2008) respecto a este tipo de sociedades indican: «Las Sociedades de Garantías Recíprocas son sociedades comerciales que tienen por objeto facilitar el acceso al crédito a las pymes a través del otorgamiento de garantías líquidas a los socios partícipes para mejorar sus condiciones de acceso al crédito». (pág. 21)

Una visión similar la posee el tratadista Daniel Roque Vítolo (2017) al definir a las Sociedades de garantía recíproca, como: «una sociedad que tiene por objeto facilitar el acceso al crédito de las Pequeñas y Medianas Empresas a través del otorgamiento de garantías para el cumplimiento de sus obligaciones». (pág. 843)

Por lo cual, se concibe que las Sociedades de Garantías Recíprocas, son aquellas sociedades cuya función es prestar u otorgar garantías a favor de sus socios para que puedan emprender operaciones dentro del giro del negocio, y que están constituidas por socios partícipes y socios protectores; en la que los primeros son los titulares de pequeñas y medianas empresas, sean personas naturales o jurídicas; y los segundos, socios protectores, donde pueden intervenir personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. Para efectos del presente trabajo, en adelante se denominarán «SGR» y se considerarán como entidades solidarias o mutuales de capital variable y de carácter mercantil.

La poca claridad respecto a la naturaleza del tema en cuestión dificultaría sobremanera la labor del legislador al momento de aplicarlo a nuestro ordenamiento. Sin embargo, la misión de las SGR es clara, puesto que consiste básicamente en posicionarse de forma estratégica como intermediario financiero entre los bancos u otras instituciones financieras y las empresas pymes y mipymes.

Sin embargo, por lo mencionado, previamente, las instituciones no pueden ser implementadas a cabos sueltos. Por ello, pareciera que tan loable propósito de constituir una sociedad de garantía recíproca fuera una mera utopía si nos remitimos únicamente a incorporarlas en el panorama societario como un novedoso tipo social; ya que conllevan algo más que ello, estas dependen de una política económica que busque beneficiar a nivel nacional a un importante sector del mercado productivo; esto es, que busquen facilitar crédito a las micro, pequeñas o medianas empresas.

De acuerdo a Nissen, R. (2015) el objeto de las sociedades de garantía recíproca consiste en «el único y exclusivo objeto de prestar garantías en favor de sus socios partícipes, para las operaciones que éstos realicen dentro del giro ordinario de sus empresas». (págs. 606-607)

De hecho, el Real Decreto 1885/1978 que regulaba el régimen jurídico, financiero y fiscal de las Sociedades de Garantía Recíproca en España, especificaba en su articulado primero lo siguiente:

Podrán los empresarios constituir Sociedades de Garantía Recíproca con capital variable, y cuyo objeto exclusivo consiste en prestar garantías por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho, a favor de sus socios para las operaciones que estos realicen dentro del giro o tráfico de las Empresas de que sean titulares. (1978)

El objetivo de los sistemas de garantía recíproca entonces comprende el de mejorar la financiación de las micro, pequeñas y medianas empresas mediante la concesión de avales o garantías

en favor de las operaciones de créditos que sus socios partícipes realicen o busquen realizar.

Estas sociedades serían las encargadas de garantizar a cada empresa frente a las entidades de crédito. Dichas garantías, dadas por parte de las SGR a las empresas, tendrían su soporte en un fondo común aportado por todas las empresas avaladas por ellas. Este fondo de garantía es una pieza clave y fundamental de este sistema para su subsistencia.

En definitiva, las empresas partícipes obtienen un mejor financiamiento por el hecho de pertenecer al Sistema de Garantías. Mejor financiación que puede deberse al conseguir a través de estas unos fondos financieros de mayor calidad y cantidad de las que obtendrían en el mercado si se presentaran individualmente; o bien porque obtienen menores costos financieros al acudir al mercado a través de las SGR.

No obstante, una sociedad de garantía recíproca también hace las veces de asesora y se convierte en el asesor financiero de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) que le solicitan un aval. Es decir, no se trata de una simple concesión de aval, sino que se realiza un estudio de riesgo para la concesión de estas.

En un primer momento, las SGR reciben por parte de las mipymes la presentación de posibles fuentes de financiación para la viabilidad de sus proyectos y posterior análisis. En caso de que necesiten modificarlos, que es lo usual, lo harán para aumentar las alternativas de financiación, y si es el caso de rechazar la concesión del aval, de igual forma, proporcionará las recomendaciones que sean necesarias para que el proyecto pueda optar a la concesión de un aval nuevamente.

Es así que la Sociedad de Garantía Recíproca tiene la capacidad de dar a conocer a las mipymes mecanismos financieros en condiciones óptimas, o las que mejor se adapten a sus necesidades, de las que pretendían por sí mismas usar las mipymes.

Finalmente, en palabras de Claudio Ribó Durán y Juan Tarrida Roselló (1980) nos podemos cerciorar de lo mismo: «La finalidad de las Sociedades de Garantía Recíproca es la de facilitar a las PYME su acceso a la financiación y, por supuesto, que prestarle un aval es una de las maneras de proporcionarles esta accesibilidad, pero no la única». (pág. 23) .

I.4.- Conceptualización: Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)

Como se ha mencionado en líneas anteriores, el dinamismo económico, jurídico y social del mercado, ha hecho que surjan la Sociedades de Garantía Recíproca como aquel entorno en el que se desenvuelven las micro, pequeñas y medianas empresas en la mayoría de las legislaciones, y que en el entorno ecuatoriano estarían destinadas a la evolución de las mipymes.

Las definiciones y componentes de las pymes o mipymes difiere cortamente en sus siglas de país a país ya que, aunque las micro, pequeñas y medianas empresas comparten los mismos elementos, dependerá del nivel de desarrollo económico o general de cada nación para poder determinar una igualdad o desigualdad en las mismas.

De acuerdo a Binstein (2008) «Son pequeñas y medianas empresas respecto de su estructura, volumen de venta, niveles de producción, activos, pasivos, y consecuentemente del personal ocupado en ellas». (pág. 22)

Siendo así que las mipymes, a menudo, se enfrentan a las imperfecciones que existen en el mercado, como obtener capital o crédito para emprender sus actividades, sobre todo cuando se empieza a constituir este tipo de empresas. Por lo general, este es el motivo por el cual en el Ecuador las mipymes, al emprender sus operaciones, usan como fuente de financiamiento el ahorro personal u optan por el préstamo convencional en las entidades financieras.

En cuanto a la legislación ecuatoriana, el Capítulo I *Del Fomento y Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)* del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI, art. 53, *Definición y Clasificación de las MIPYMES*, estipula:

La Micro, Pequeña y Mediana empresa es toda persona natural o jurídica que, como una unidad productiva, ejerce una actividad de producción, comercio y/o servicios, y que cumple con el número de trabajadores y valor bruto de las ventas anuales, señalados para cada categoría, de conformidad con los rangos que se establecerán en el reglamento de este Código. (2010).

Por otra parte, el portal de la SCVS referente a «EMPRESAS SUJETAS AL CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS Basada en información entregada del ejercicio económico del 2019-Compañías Activas», destaca lo que define el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones como *ranking* u orden de las compañías, basándose en su tamaño:

1.- Microempresa: entre 1 a 9 trabajadores o ingresos menores a \$100.000,00

2.- Pequeña empresa: entre 10 a 49 trabajadores o ingresos entre \$100.001,00 y \$1'000.000,00

3.- Mediana empresa: entre 50 a 199 trabajadores o ingresos entre \$1'000.001,00 y \$5'000.000,00

4.- Empresa grande: más de 200 trabajadores o ingresos superiores a los \$5'000.001,00

Predominando siempre los ingresos sobre el número de trabajadores

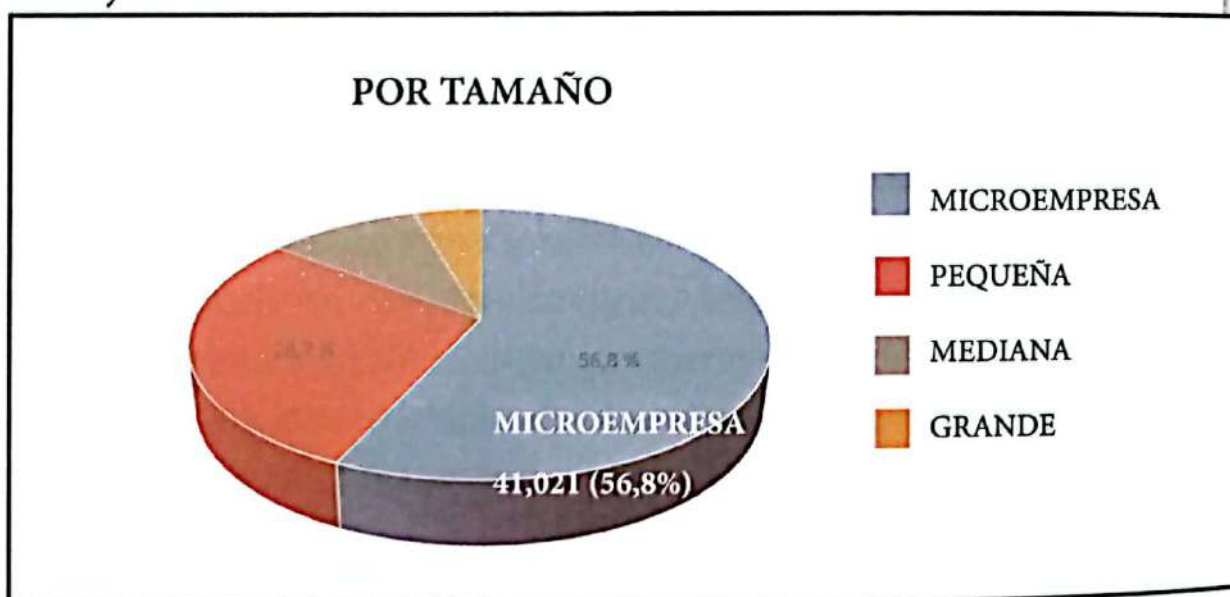


Figura 1. Tamaño de las empresas.
Fuente: Superintendencia de Compañías

La importancia de este tipo de empresas reside en que son de ágil adaptación a las variaciones del mercado y son fuentes de empleo e incluso pueden ser base de modelos económicos sustentables; empero, su gran desafío es el acceso al crédito, por lo tanto, ahí es donde interviene este sistema de garantías para brindar el aval suficiente para que estas acudan al mercado financiero a obtener el crédito que precisan.

1.5.- Naturaleza y características de las Sociedades de Garantías Recíprocas

La Sociedad de Garantía Recíproca tiene una labor negociadora con los organismos de crédito de las que se sirven las mipymes. Gracias a la solvencia que representa la Sociedad de Garantía Recíproca a su grupo de pequeñas empresas, posibles clientes de las instituciones financieras y el provecho o utilidad que supone el aval de la Sociedad de Garantía Recíproca para las entidades de crédito, estas consiguen financiación de mejores condiciones que las obtenidas por las mipymes en el mercado.

Además de ello, las SGR pueden brindar otro tipo de servicios, tales como el direccionar a sus socios; es decir, darles un asesoramiento eficaz o recomendaciones técnicas, económicas y financieras de forma directa o a través de terceros con los que se ha convenido para tal fin. A través de esta capacidad informadora se les da a conocer a las mipymes de mejores condiciones crediticias en cuanto a costo y plazos, o los que mejor se adapten a sus necesidades. Así como también analiza, evalúa y aconseja en la formulación y presentación de proyectos.

En vista de que estas sociedades resultan ser un instrumento para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, responsabilidades y acuerdos de índole monetario de las mipymes, se puede decir que las características de las sociedades de garantía recíproca son las siguientes:

1. Tienen un carácter personalista, ya que son muy similares a las sociedades cooperativas. Sus similitudes comprenden un capital social variable, igual régimen de exclusión de socios,

igualdad de valor y votos por cada acción y un constante acceso a nuevos socios.

2. Su característica más esencial es la mutualidad, lo cual se traduce en la gestión destinada de forma exclusiva al servicio de sus miembros.

3. Su naturaleza es mercantil, ya que como citó Nissen en un primer momento, su único y exclusivo objeto es el de otorgar garantías a los socios partícipes y la captación de comisiones por dicho servicio; por lo cual se puede concluir que existe un espíritu de lucro por parte de sus socios; y por consiguiente, la repartición de los beneficios sociales adquiridos, dando a notar una actividad netamente comercial.

De esta manera, se puede observar que las SGR han surgido como respuesta a problemas tales como falta de financiamiento a largo plazo, necesidad de garantías hipotecarias con alto margen de cobertura, credibilidad de cumplimiento de contratos que deben afrontar las mipymes en sus relaciones comerciales y de negocios en los sectores de mayor transcendencia.

A continuación se procederá a contrastar las características que imperan en los diferentes Sistemas de Garantía Recíproca, haciendo un breve análisis de la transcendencia de esta figura jurídica en las más relevantes legislaciones tanto de Europa como de América. En esta segunda parte se explicará la incorporación de las Sociedades de Garantías Recíprocas en el sistema legislativo ecuatoriano.

II.- ESQUEMA GENERAL DEL VACÍO LEGAL EXISTENTE EN LA NORMATIVA ECUATORIANA RESPECTO AL SISTEMA DE GARANTÍAS RECÍPROCAS

II.1.- El vacío legal existente respecto a las Sociedades de Garantía Recíproca en el Ecuador y la gran singularidad que refleja esta institución nos ha dejado notar que el entorno social donde se desenvuelven determina su existencia y el posible desarrollo de su objeto social. Sin embargo, graves limitaciones en el funcionamiento regular de nuestras entidades, instituciones y respecto a nuestra normativa significarían una seria dificultad para su creación, desarrollo y posterior crecimiento.

En consecuencia, el objetivo de este estudio es facilitar a los interesados, profesionales, inversores, pequeños y medianos empresarios, el conocimiento y la adopción de esta herramienta, que además de ser social, es también financiera. De igual manera, se busca dar respuesta a las inquietudes que las micro, pequeñas y medianas empresas puedan tener respecto a la obtención de financiamiento en el mercado local, con las condiciones actuales; e informar sobre cómo, con la figura de las Sociedades de Garantía Recíproca, se podría dar solución a las necesidades financieras que el mercado no garantiza en forma equitativa y que estas sí ofrecen al momento de respaldar la asistencia crediticia necesaria para su desenvolvimiento. Asimismo, se dará a conocer sus limitaciones, posibles interrogantes y repercusiones; aportando además, una propuesta de su aplicación en el Ecuador.

Finalmente, se espera que sirva como base —a tener muy presente— para los legisladores, al momento de acometer una propuesta de ley referente a la regulación de las Sociedades de Garantía Recíproca.

II.2. ¿Tienen vigencia en otros países?: Legislación comparada

En la actualidad, prácticamente en toda Europa existen sistemas de garantía dirigidos a la pyme, con una suerte de carácter más o menos mutualista. Es en seis países de la comunidad europea, donde los cimientos de los sistemas están más auténticamente formados por Sociedades de Garantía Recíproca, estos son: Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia y Luxemburgo.

Aunque la forma legal de las SGR varíe de nación a nación; suelen tener la apariencia de sociedad cooperativa, como es el caso de la mayoría de los países previamente mencionados; aunque también se encuentran sociedades anónimas, como en Alemania.

A continuación se hará una descripción de los Sistemas de Garantía Recíproca, según la terminología española; y los de Garantía Mutua, según la terminología francesa; que, aunque mantienen líneas comunes como la igualdad en sus objetivos, tales como facilitar la financiación de la pyme, su metodología de actuación, asociación y prestación de avales conjuntas poseen particularidades diferenciales que los hacen distintos a cada uno de ellos.

II.3. Las Sociedades de Garantía Recíproca en Argentina

La figura de la Sociedad de Garantías Recíprocas ha existido desde hace algún tiempo en legislaciones latinoamericanas como El Salvador, Chile, Brasil, Perú y Argentina.

La introducción financiera de las pequeñas y medianas empresas es de vital importancia para el crecimiento económico de un país, por lo tanto, Argentina, inspirada en la legislación

española, implementa esta institución jurídica, que nace con la Ley Nacional 24467, Ley de PYMES, en el año de 1995, con la cual se establece el marco normativo por el que se rigen las Sociedades de Garantías Recíprocas.

Pero antes de arribar a la actualidad de las SGR en Argentina, es preciso dar a conocer los precedentes jurídicos como la Ley 20568 de «Corporaciones para el Desarrollo de la Pequeña y Mediana Empresa» del año 1973, que consecuentemente fue derogada por la Ley 21542 de 1977 y, por último, el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 2586/92, que estableció el «Programa Trienal de Fomento y Desarrollo de la Pequeña y Mediana empresa», cuerpos normativos que sirvieron de impulso para la implementación de las SGR en Argentina, pero que sin lugar a dudas, el paso decisivo fue la promulgación de la Ley 24467.

La finalidad de las SGR en el referido marco legislativo es promover el crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, impulsando políticas de alcance general a través de la creación de nuevos instrumentos de apoyo y la consolidación de los ya existentes.

En la actualidad, la ley 24467 sigue vigente en la legislación argentina, aunque fue reformada parcialmente por la ley 25300, con la que se busca la intervención del sector privado, otorgando estímulos bajo la forma de beneficios tributarios para aquellas personas naturales o jurídicas que contribuyeran a los fondos de riesgo de las SGR.

Se encuentran también los entes reguladores y de control de las SGR en Argentina: Inspección General de Justicia (IGJ),

que se encarga de la inscripción de las SGR; la Subsecretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional (SSEPYMEYDR), que es la autoridad de aplicación de las SGR; el Banco Central de la República Argentina (BCRA), ejerce funciones de superintendencia concerniente a las vinculaciones de las SGR con bancos; y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), quien se encarga del control de los aportes de las SGR; organismos que vigilan la buena marcha de esta figura jurídica.

II.4. Las Sociedades de Garantía Recíproca en España

En vista de que las pequeñas y medianas empresas, impulsadas casi siempre por sus propietarios, contaban con escasos capitales iniciales que limitaban sus aptitudes financieras, se expide el Real Decreto 18/1976 del Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial el 08 de octubre del mismo año.

Dichas limitaciones se traducían en insuficiencias de garantías, dificultades para acceder al mercado de capitales, distanciamiento de los centros de decisión financiera y falta de información y asesoramiento. De hecho, así lo menciona la Ley 1/1994, del 11 de marzo del mismo año, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca en su Exposición de Motivos con última modificación 28 de abril de 2015.

Si bien es cierto, las entidades de crédito, bajo su propio lente, temen asumir un riesgo con las pequeñas empresas debido a su pequeño tamaño, aplicándoseles mayores intereses, existiendo falta de garantías en la devolución de créditos; ello hacía que las pyme se encontraran poco a poco más endeudadas a corto plazo, a diferencia de las grandes empresas debido a la clara

discriminación a la hora de conceder créditos por parte de las entidades financieras.

Por ello, el Real Decreto 1885/78 de julio 26 de 1978 autorizaba en España la creación de las Sociedades de Garantía Recíproca y el Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, que en el art. 16 de su reglamento establecía lo siguiente:

La División de Financiación e Inversiones tendrá como función primordial la promoción y desarrollo de Sociedades o agrupaciones para el mejor afianzamiento de las operaciones de crédito de este tipo de industrias o para la capacitación de recursos para las mismas, así como cualesquiera otras actividades promocionales que puedan ayudar a la Pequeña y Mediana Empresa industrial a obtener financiación.

En la actualidad, se encuentra vigente la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, misma que ha sido modificada a través de diferentes leyes tales como Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; y, por último, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

No obstante, las características fundamentales del sistema siguen basándose en las Sociedades de Garantía Recíproca establecidas por el Real Decreto 1885/1978, que contribuyó al éxito de la institución, precepto que en su artículo primero brinda la siguiente definición de Sociedades de Garantía Recíproca:

Podrán los empresarios constituir Sociedades de Garantía Recíproca con capital variable, y cuyo objeto exclusivo consiste en prestar garantías por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho, a favor de sus socios para las operaciones que estos realicen dentro del giro o tráfico de las Empresas de que sean titulares. (1978)

En cuanto a las instituciones con las que se da la existencia de los antecedentes de la constitución y objetivos de las Sociedades de Garantía Recíproca, podemos dar el ejemplo de dos de ellas: por una parte, tenemos a ASICA y por otra a CEAM.

ASICA o Agrupación Sindical de Caución para Actividades Agrarias se fundó como proyecto de la antigua Hermandad Nacional de Labradores y Ganaderos que tenía como finalidad garantizar las operaciones de crédito de sus miembros. Era ASICA quien daba frente a las instituciones de crédito, tanto públicas como privadas, por los préstamos adquiridos con réditos agrícolas o ganaderos para ser empleados en actividades agrarias por parte de los miembros de la Asociación, sean estos personas naturales o jurídicas

El CEAM o Centros de Estudios Metalúrgicos tuvo entre las empresas a él afiliadas al denominado «Grupo para el Descuento en Común», cuyo nombre indicaba además de un descuento en común, facilitar el acceso a préstamos a las pequeñas y medianas empresas, avalando así la solidez del descuento comercial.

Fue la Cámara de Comercio Industria y Navegación la precursora que llevó a cabo un anteproyecto de ley de Sociedades de Garantía Recíproca. Y su reelaboración, a su vez, fue presentada

en marzo de 1974 por parte del profesor Alberto Bercovitz durante su ponencia en el I Symposium Nacional de la Distribución Comercial que tuvo lugar en San Sebastián, España.

Dos años más tarde, de igual forma, el Instituto de Reforma de las Estructuras Comerciales, IRESCO, presentaría un Anteproyecto de Ley sobre Sociedades de Garantía Mutua y algunos otros relacionados a las sociedades de capital.

Finalmente, el CEAM, a petición del Ministerio de Industria, realizaría un estudio sobre las Sociedades de Garantía Mutua y, asimismo, solicitaría al profesor Bercovitz la creación de las Sociedades de Garantía Recíproca mediante un anteproyecto de Ley. Sería este último anteproyecto de Ley, en definitiva, la base mediante la cual se elaboraría el Real Decreto 1885/1978 de 26 de julio, mismo que regularía la constitución y funcionamiento de dichas sociedades, desde su creación hasta nuestros días.

II.5. Las Sociedades de Garantía Mutua en Francia

En Francia, la necesidad de instaurar sistemas de garantía de crédito para las pyme, impulsó a buscar como respuesta a estas necesidades crediticias de las empresas francesas, la concesión de garantías a través de un órgano que estuviere asociado a ellas. En el mismo sentido, coincidiendo con momentos económicos difíciles y con la caída de bancos locales pequeños, mediante la Ley de marzo 13 de 1917, se establecen dos instituciones complementarias: los Bancos Populares y las Sociedades de Caución Mutua.

Sin embargo, desde su fundación hasta el año 1936, varios intentos de creación de Sociedades de Caución Mutua fracasan. No es sino hasta el año 1945 que se produce el auge de las Sociedades

de Garantía Mutua y a razón del éxito de estas, se solicita por parte de las autoridades de gobierno el control y seguimiento del sistema a la «Chambre syndicale des banques populaires» y a la «Caisse nationale des marches de l'Etat».

Ambas instituciones posteriormente se fusionaron. La «Chambre syndicale des banques populaires» se fusionó con la «Caisse centrale des banques populaires» para formar el «Banque fédérale des banques populaires». Sin embargo, este último desapareció el 31 de julio de 2009, tras la fusión con la Caja Nacional de Ahorros, en beneficio de BPCE, nuevo órgano central de los Bancos Populares y de las Cajas de Ahorro en Francia.

La «Caisse nationale des marches de l'Etat» a su vez se fusiona el 1 de enero de 1980 con el «Crédit hôtelier commercial et industriel» para formar el «Crédit d'équipement des PME, mismo que en la actualidad aún existe.

El régimen jurídico de estas las considera como «Sociedades Financieras». Dos tipos de sociedades son las existentes:

En primer lugar, podíamos ver a Sociedades creadas bajo el régimen estipulado en la Ley de 1917/Société Cooperative Caution Mutuelle afiliados a la Banca Popular. La creación de estas debía ser autorizada por la Cámara Sindical de Bancos Populares y por el Comité de los Establecimientos de Crédito. En segundo lugar, están aquellas sociedades creadas con la única y simple autorización por parte del Comité de Establecimientos de Crédito.

En ese entonces, la Ley de 1917/Société Cooperative Caution Mutuelle, ya dividía a sus socios en «partícipes», que podían

tomar beneficio de los avales o garantías; y, los «no partícipes» que no podían hacer uso de dichos avales. Sus socios podían ser tanto personas naturales como jurídicas.

Hoy por hoy, existe la Asociación Europea de Caución Mutua (AECM), misma que con su constitución ha cambiado el panorama europeo ya que los intereses de los sistemas de caución mutua en la Unión Europea se han agrupado dentro de esta. Esta Asociación representa el fruto del esfuerzo de los sistemas de garantía por prevalecer en el tiempo desde 1991, siguiendo el principio de solidaridad que las caracteriza.

II.6.- La necesaria aplicación de las Sociedades de Garantía Recíproca en el Ecuador

Se trata de una sociedad que se constituye con el único y exclusivo objeto de prestar garantías en favor de sus socios partícipes, para las operaciones que estos realicen dentro del giro ordinario de sus empresas. El objetivo es permitir el acceso al crédito de las micro, pequeñas y medianas empresas previendo la existencia de un sujeto de derecho que garantice, frente a bancos o cualquier otra entidad de crédito, las obligaciones crediticias asumidas por aquella.

Desde luego, el acceso al crédito de las micro, pequeñas o medianas empresas depende de una política económica que tienda a beneficiar globalmente a este enorme sector del mercado productivo.

Lo primero con lo que se debe contar es con las herramientas jurídicas y económicas que le den el marco y los parámetros en los que se sustente la incorporación al panorama societario de este

novedoso y útil tipo de sociedad. Esto es, que no solo se necesita una ley para las sociedades de garantía recíproca, sino, además, ventilar y aclarar la relación difusa que existe actualmente entre el Estado y este importantísimo sector de las mipymes en nuestro país, que incluye lo legal-societario, lo económico-financiero, así como lo fiscal-tributario, entre otros.

Este tipo de sociedad es innovadora porque visibiliza dos segmentos de nuestra sociedad que siempre han sido dispares o alejados en nuestro país: las sociedades solidarias o personalistas y las sociedades mercantiles o de capital.

Aquí se encuentran o se conjugan los dos estamentos y proponen una interesante y singular mezcla de los elementos de las Cooperativas y las características de las sociedades anónimas. El producto es la Sociedad de Garantía Recíproca, que puede servir de excelente instrumento en nuestro país para que esta atípica o suigénereis tipo de sociedad pueda brindar la o las garantías que necesitan las micro, pequeñas o medianas empresas y que la banca las haga sujetos de crédito.

La base legal para ello proviene de la propia Constitución de la República de 2008, que —a través de diversas disposiciones, citadas a continuación— dio apertura para la creación y fomento de este tipo de sociedades:

En el art. 308, se menciona que «las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley (...) El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito». (2008)

Asimismo, el art. 283 estipula:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado (...) La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. (2008)

Finalmente, el art. 66, en sus numerales 13 y 15, que trata sobre los Derechos de Libertad, sostiene lo siguiente:

Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria (...) 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. (2008)

En cuanto a los socios, se define que deben contar con dos categorías de socios:

1.- Los Socios Partícipes, que deben ser titulares de establecimientos comerciales y únicos que pueden ser beneficiados con los contratos de garantías otorgados por la sociedad y a quienes asiste el derecho de retirarse del ente con reembolso del valor de sus participaciones.

Obviamente, este tipo de socios en nuestro país serían los competentes de las mipymes, en la cantidad que la ley regule en número para cada sociedad. Cada socio partícipe no podrá tener

más del 5 % del paquete accionario de la sociedad o del Capital Social, conformando así un total del 51% los socios partícipes de tal accionariado.

Asimismo, estos socios deberán tener una minoría calificada no menor del 30 % tanto en el *quorum* de instalación como en el de decisión en las Juntas Generales de Socios, con el objetivo de preservar un obvio equilibrio de fuerzas entre los dos tipos de socios integrantes de estas sociedades.

2.- Los Socios Protectores, que pueden ser tanto personas físicas o naturales como jurídicas y cuya titularidad no puede exceder del 49 % del Capital social. Estos socios solo tienen derecho a las utilidades obtenidas por la sociedad, pero no pueden ser beneficiarios de garantías.

Nos atreveríamos a configurar tres propuestas audaces para que las Sociedades de Garantías Recíprocas tengan asidero y dinámica en el Ecuador:

a) Que se parta de la creación de un fondo especial que lo establezca el Estado para apoyar estas iniciativas de Sociedades de Garantías Recíprocas y específicamente, para que vaya dirigido a alimentar el inicial fondo de riesgo de estas sociedades;

b) Que se exonere del pago del impuesto a la renta a las personas naturales o sociedades mercantiles que adquieran — en igual proporción— acciones en las Sociedades de Garantías Recíprocas; y,

c) Que la Banca Pública, por disposición de ley, establezca créditos privilegiados cuando las Sociedades de Garantías Recíprocas utilicen sus mecanismos endógenos.

En cuanto al Órgano de Control o Regulador de las Sociedades de Garantías Recíprocas, por tratarse de una sociedad de tipo mercantil, consideramos que se debería determinar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; además, porque su carga de trabajo no aumentaría en proporciones considerables, por obvias razones; y, porque las pequeñas y medianas empresas en el Ecuador ya están, en gran proporción, bajo su control.

Referente al capital social, en toda sociedad y en el caso en concreto de la sociedad de garantía recíproca, es necesario que exista un capital social, que se conforme con los aportes de los socios, en dinero en efectivo pagado en un 25 % al momento de la suscripción y el remanente dentro del plazo de un año. Además, debe estar representado por acciones ordinarias nominativas de igual valor y número de votos.

Asimismo, el capital debe ser suscrito por los socios protectores, como máximo en un 49 %, y la participación de cada socio partícipe no puede superar el 5 % del capital social. Cabe resaltar que el capital es variable, puesto que podría modificarse según las necesidades de la compañía, lo cual sucederá en caso de admisión de nuevos miembros.

Como complemento, encontramos que el fondo de riesgo integra el patrimonio de ellas y tiene como exclusivo objeto hacer frente a los pagos que haya de realizar la sociedad en cumplimiento

de las garantías otorgadas, ya que las SGR tienen como política invertir dichos fondos con el objeto de no desvalorizarse.

Dicho fondo de riesgo estará constituido por las asignaciones de los resultados de la sociedad aprobadas por la Junta General, esto es, el 50 % de los beneficios de los socios partícipes; las donaciones, subvenciones u otras aportaciones que hubiese; y aportes complementarios de los socios protectores.

Para concluir, como punto último y más importante, es el Contrato de Garantía Recíproca el que lleva a plantearse el siguiente cuestionamiento ¿cuándo en una Sociedad de Garantía Recíproca constituida habrá contrato de garantía? La respuesta a ello es: cuando una Sociedad de Garantía Recíproca se obligue, accesoriamente, por el socio partícipe que integra la misma y el acreedor de esta acepte la obligación accesoria. El Contrato de Garantía Recíproca será consensual y deberá constar por escrito, sea por instrumento público o privado por una suma fija y determinada.

Este es realmente el objeto principal de la actividad de las denominadas SGR, así entonces ¿qué partes intervienen? El deudor principal será el socio partícipe; el acreedor que es contraparte del deudor y el tercero que será la SGR, tercero que asume la obligación con el acreedor como una suerte de garante o deudor solidario ya que la obligación accesoria principal estará a cargo del socio partícipe.

¿Qué finalidad tendrá el Contrato de Garantía? Su objeto será asegurar prestaciones dinerarias u otras prestaciones susceptibles de prestación dineraria, que asume el socio partícipe

para el desarrollo de su actividad económica u objeto social. El instrumento del contrato será título ejecutivo por el monto de la obligación principal, intereses y gastos.

Y, finalmente, al interior de las SGR se le exigirá contragarantías al socio partícipe (el que requiere el beneficio) puesto que de lo contrario no se podría asegurar toda vez que las mipymes pueden atravesar un sinfín de causas como la quiebra, disminución del capital del deudor, entre otras.

III.- CONCLUSIONES

Con la ayuda del Departamento de Investigación y Estudios de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se puede concluir que, basándose en el número de empresas por tamaño para el año 2019, 40 977 de ellas comprendían a las microempresas; 20 721 a las pequeñas empresas; 7309 a las medianas empresas y, finalmente, 3088 de ellas abarcaban a su vez las grandes empresas. Significando ello, que un 95,70 % de un 100 % de empresas constituidas en el Ecuador corresponden a mipymes (microempresas y pequeñas y medianas empresas); un 38,80 % únicamente a pequeñas y medianas empresas; y, apenas un 4,30 % a las grandes empresas.

En definitiva, las mipymes son mayoría en el territorio ecuatoriano y son estas una fuente de generación de empleo como de incremento en un aspecto económico; razón por la cual requieren de mayores incentivos y protección, necesitando no solo una legislación que se dedique única y exclusivamente a ellas sino también una figura jurídica para sí, como es el caso de las Sociedades de Garantía Recíproca para que las apoye y desarrolle.

Es evidente que no todos los sistemas nacionales funcionan de la misma manera; las peculiaridades que existan a nivel nacional son muy importantes para definir la existencia de este medio eficaz que pretende dar solución a la falta de garantías de las mipymes. A nuestro parecer, tres son los puntos fundamentales que diferencian los otros sistemas nacionales como el de Argentina, Francia y España, siendo estas, el apoyo o confianza del público al reaval, las relaciones que se sostengan con la banca y la importancia económica del sistema.

Si bien es cierto que en Europa existe una cultura de confianza, y ello difiere de nuestra realidad ecuatoriana, la necesidad de adoptar políticas comunes a ellos sigue persistiendo. Si se logra que los poderes públicos y el mundo financiero se consideren instrumentos eficaces de promoción para las mipymes; y, además de ello se logra armonizar nuestra normativa y modos de actuación en nuestra sociedad, finalmente podremos decir que habremos actuado de forma coordinada y homogénea para su creación.

IV.- RECOMENDACIONES

Aunque los Sistemas de Garantía Recíproca no son la única solución a los problemas derivados por la falta de garantías de las mipymes, sí que resultan un medio idóneo y eficaz para solucionarlos. A decir verdad, las micro, pequeñas y medianas empresas son propias de la estructura empresarial de nuestro país, y estas resultan al final del día el refugio de toda crisis.

La inestabilidad económica dentro de nuestro país, así como situaciones críticas continuas que acontecen a falta de confianza,

préstamos y/o garantías hacen necesaria la creación de las Sociedades de Garantía Recíproca.

Teniendo en cuenta que las mipymes son un factor clave de estabilidad en los ámbitos económicos y sociales; y por consiguiente, necesitan de una figura en la que se apalanquen para su continua protección y desarrollo, resultan la solución necesaria en los actuales momentos de nuestro país para superar la crisis económica que vivimos.

BIBLIOGRAFÍA

- AECM, Asociación Europea de Instituciones de Garantía. (01 de enero de 2020). Obtenido de <https://aecm.eu/es/aecm-asociacion-europea-de-instituciones-de-garantia/>
- Antal Szabó. (2004). *La situación de los sistemas de garantías de la Unión Europea*. Obtenido de http://www.redegarantias.com/fotos/editor2/REGAR/Publicaciones/2004/europa_completo.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador . (2008). Constitución de la República del Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (1999). Ley de Compañías. *Registro Oficial 312 de 05-nov.-1999*.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil. *Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005*.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. *Registro Oficial Suplemento 351*.
- Caballero Sanchez – Izquierdo, E. (1976). *Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca*.
- Centre des Archives Économiques et financières. (03 de enero de 2020). Obtenido de https://www2.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/caef/Documents/Archives/aef/pages/08/08-01-06-07-02.html
- CEPME. Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises. (20 de diciembre de 2019). Obtenido de https://data.bnf.fr/fr/11872508/credit_d_equipement_des_pme_france/
- Chamber of Commerce Luxemburgo. (03 de enero de 2020). <http://www.cautionnement.lu/>. Obtenido de http://www.cc.lu/uploads/tx_userccpublications/MC.Pdf
- Cruz Roche, P. (1982). *Las Sociedades de Garantía Recíproca (I)* en "II Curso de Economía de la Mediana y Pequeña Empresa. Madrid: Universidad Complutense Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.

- Deloitte Haskins & Sells. (1989). *Systems of Mutual Guaranties in Favour of SME's Report. Assignment of The Comision of European Comunities, Task Force SME*".
- Ernesto., C. S.-I. (1979). *Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Instituto de la Pequeña y la Mediana Empresa Industrial. 1ª. Edición. Madrid 1979. Madrid.*
- Federation Des Artesans. (03 de Enero de 2020). Obtenido de <https://www.fda.lu/fda/partenaires/mutualite-des-pme>
- Gabriel Binstein, H. K. (2008). *Manual de Sociedades de Garantía Recíproca*. Buenos Aires: Osmar Buyatti Libreria Editorial.
- Garcia Villaverde, R. (1988). "Las Sociedades de Garantía Recíproca". *Revista de Derecho Mercantil*, 71.
- Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa industrial. (1978). "Actas de I Seminario Internacional sobre Sociedades de Garantia Reciproca Organizado por el IMPI. Madrid.
- IRESO. (1976). "*Sociedades de Garantía Mutua del Comercio*". Coleccion de Estudios IRESO.
- Ley 1/1994, d. 1. (1994). Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca en su Exposición de Motivos con última modificación . *Ley*. BOE-A-1994-5925.
- Ley 633 de sistema de sociedades de garantias reciprocas. (25 de junio de 2008). *Ley del Sistema de Sociedades de Garantías Recíprocas de las Micros, pequeñas y Medianas Empresas (Ley SGR)*.
- Ministerio de Economia de Francia. (04 de enero de 2020). Obtenido de https://www2.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/caef/Documents/Archives/aef/_pdf/8-1-6-7-2.pdf
- Mora Peña, J. J. (1982). "*Sociedades de Garantía Recíproca y su promoción en las provincias*". Malaga: Sociedad Andaluza de Servicios.
- Mpme Luxemburgo. (03 de enero de 2020). Obtenido de <http://www.mpme.lu/fr/services/garanties>
- Nissen, R. (2015). *Curso de derecho societario* (Tercera ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Nissen Ricardo, A. (2015). *Curso de derecho societario. Las Sociedades*

- de Garantía Recíproca*. (tercera ed.). Buenos Aires: Hammurabi José Luis Depalma.
- Real Decreto 1885/1978 de 26 de Julio de 1978. (s.f.). Sobre régimen jurídico, fiscal y financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca. BOE 11 de Agosto de 1978.
- Real Decreto 1885/1978 de 26 de julio, B. 1. (s.f.). *sobre régimen jurídico, fiscal y financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca*. . Agosto.
- Real Decreto 1885/1978 Sobre el regimen juridico, fiscal y financiero de las Sociedad de Garantia Reciproca. (26 de Julio de 1978). España.
- Real Decreto 1885/1978 sobre régimen jurídico, fiscal y financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca. (26 de julio de 1978).
- Real Decreto Ley 15/1977 de 28 de febrero. (28 de febrero de 1978). Sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública. BOE.
- Ribo Duran & Claudio Tarrida, R. J. (1980). *Las Sociedades de Garantía Recíproca*. Madrid: Papeles de Economía Española.
- Ribo Duran, C., & Tarrida Rosello, J. (1980). *Las sociedades de garantía reciproca*. Madrid: Papeles de economía española.
- Sparkassengeschichts. (03 de Enero de 2020). Obtenido de <https://www.sparkassengeschichtsblog.de/dr-johann-christian-eberle-1869-1937/>
- Valdez, R. S. (2015). *Voces Conceptuales de Derecho Societario*. Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Vásquez, V. C. (1994). *Manual de derecho mercantil* (Primera ed.). Jurídica del Ecuador.
- Vasquez, V. C. (2015). *Nuevo Compendio de Derecho Societario*. Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Vítolo, D. R. (2017). *Manual de Sociedades*. Buenos Aires: Altuna Impresores SRL.

LA FUSIÓN
(II Parte)

Contenido:

1. *Aspectos contables*
2. *Recientes reformas introducidas a la Ley de Compañías*
3. *Operaciones combinadas*
4. *Escisiones múltiples*
5. *Fusiones transfronterizas*

* La primera parte de este artículo está publicado en la Revista #13 de la AEDS, pág. 93.

LA FUSIÓN (II Parte)

Dr. Jorge Egas Peña

1. **ASPECTOS CONTABLES.-** No es mi intención desarrollar en este capítulo la problemática contable que puede generar la aplicación del mecanismo de la fusión, sino exclusivamente la referente al aporte patrimonial de las compañías fusionadas o absorbidas y la correlativa entrega de acciones de la absorbente o nueva compañía a los accionistas de las absorbidas o fusionadas.

Para el efecto es preciso reiterar que en la fusión de una o más compañías en una compañía nueva se acordará primero la disolución y luego se procederá al traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva compañía.

En la fusión por absorción se procederá de manera similar, en cuyo caso, la absorbente adquirirá en la misma forma los patrimonios de la o las compañías absorbidas, aumentando en su caso el capital social en la cuantía que proceda (art. 338 Ley de Compañías).

La misma disposición legal, agrega, los socios o accionistas de las compañías extinguidas participarán en la nueva compañía o en la compañía absorbente, según los casos,

recibiendo un número de acciones o adquiriendo derechos de cuota de capital por un valor proporcional a sus respectivas participaciones en aquellas.

Luego, el art. 339 *ibídem*, agrega: «En caso de fusión de compañías los traspasos de activos, sean tangibles o intangibles, se podrán realizar a valor presente o de mercado».

La enunciación de tales procedimientos justifica que la ley se refiera a las bases de la fusión, como a la necesidad de existencia de un balance final de las compañías intervinientes, como si se tratara de su liquidación.

En efecto, como de lo que se trata es de aportar en bloque el patrimonio de las compañías que se fusionan o son absorbidas, es indispensable valorizar adecuadamente los mismos; más aun cuando la contraprestación que le corresponde recibir a los accionistas de las compañías que son absorbidas o fusionadas van a estar en relación con el valor de su aporte patrimonial efectivamente realizados.

En otras palabras, esta operación no pasa por la simpleza de pretender que el aumento de capital de la compañía absorbente o del capital inicial de la nueva compañía resultante de las que se fusionan ascienda al valor nominal del capital de estas; o, en otras palabras, al valor nominal total de sus acciones, pues tal procedimiento determinaría un valor irreal para el nuevo capital de aquellas, cuando no un manifiesto perjuicio para los accionistas de las compañías absorbidas; pues, el patrimonio que se transfiere puede y, por lo general, tiene un valor real diferente al valor nominal del capital de las mismas.

Por ello la necesidad de la adecuada valoración del patrimonio de las compañías aportantes, a fin de que los accionistas de las mismas reciban el contravalor justo de su aportación.

Para mayor claridad de lo expuesto ejemplificamos el presente caso: si se produce la absorción por parte de una compañía de otras dos que tienen un capital de cuatro y ocho millones de dólares, respectivamente, sin contar con su patrimonio; y, por ende se entregan a los socios de las compañías absorbidas acciones resultantes del aumento de capital de la absorbente por cuatro y ocho millones de dólares, sin contar con el real valor patrimonial del aporte de las mismas, se podría estar cometiendo un perjuicio de grandes proporciones para los accionistas de la compañía absorbente.

De igual manera, se produciría efecto similar bajo el procedimiento cuestionado a los accionistas de las compañías fusionadas con un capital de US\$800,00 cada una; y, con un patrimonio de cuatro millones y ocho millones de dólares, respectivamente, si solamente recibieran ochocientas (800) acciones de USD 1,00 cada una en el aumento de capital de la compañía absorbente, lo cual es a todas luces improcedente.

La enunciación del procedimiento expuesto explica por qué el legislador exige la elaboración de las bases de la fusión (art. 340 LC); que el aumento de capital de la absorbente se haga en la proporción que proceda (art. 338 LC), que los accionistas de las compañías absorbidas o fusionadas reciban un número de acciones por un valor proporcional a sus respectivas acciones en aquellas (art. 338 LC); y, que en caso de fusión de compañías los traspasos de activos, sean tangibles o intangibles, se deban

realizar a valor presente o de mercado (art. 339 LC), lo cual excluye la posibilidad de efectuarlo a valor nominal (art. 339 LC).

Finalmente, la Ley de Compañías (art. 343) prevé que a la escritura de fusión debe agregarse el balance final de las compañías fusionadas o absorbidas y el número de acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas.

En definitiva, la ley dispone que lo procedente es la absorción o traslado del patrimonio (no del capital) de las compañías absorbidas, el cual debe ser considerado previa valuación de sus activos-pasivos, a valor de libros o valor de mercado, lo cual debe ser efectuado por los peritos designados por la Junta General, cuyo informe será aprobado por esta (art. 2 Resolución #00.QICI010 publicada en el Registro Oficial #95 del 09 de junio de 2000), lo cual parece no se observa por parte de la Superintendencia de Compañías; pues, en los trámites de aprobación de escrituras de fusión que hemos revisado, el aumento de capital de la absorbente se ha hecho tomando como base la suma de los capitales (teóricos) de las compañías absorbidas y no al valor patrimonial de las mismas.

Pero la situación se vuelve más grave, cuando revisando las reformas introducidas recientemente a la Ley de Compañías (S.R.O. #100 del 13 de diciembre de 2019) se elimina el requisito de la incorporación a la escritura de fusión del balance final de las compañías fusionadas o absorbidas, elaborado como si fueran para la liquidación de una compañía que, como hemos visto, constituyen uno de los elementos para determinar el valor real de las acciones de las compañías absorbidas o que se fusionan entre sí para constituir una nueva compañía.

- 2. RECIENTES REFORMAS INTRODUCIDAS A LA LEY DE COMPAÑÍAS.-** En el Suplemento al Registro Oficial #100 del 13 de diciembre de 2019, se publica la Ley Reformativa a la Ley de Compañías, en la misma que se introducen algunas modificaciones al régimen societario existente en el país.

Además de las fusiones transfronterizas que trataremos con posterioridad se incluyen cambios en las regulaciones existentes sobre la transformación, fusión y escisiones simples o múltiples que comentaremos brevemente a continuación:

2.1. Requisitos.- Se eliminan requisitos para las escrituras de fusión como la incorporación del balance final de las compañías a fusionarse, elaborado como si fueren para la liquidación de las mismas, que obedecía a la necesidad de formalizar la disolución de la o de las compañías que se extinguen y de conocer el estado patrimonial final de las compañías a repartirse entre los accionistas de la compañía o, en la especie, el estado patrimonial de la compañía al tiempo de la realización de su proceso de fusión.

Ignoramos la intención que ha animado a esta reforma, pero resulta inconveniente pues el requisito del balance final constituye un elemento indispensable para la correcta valoración del patrimonio que va a ser objeto de transmisión al nuevo sujeto resultante de la fusión o de la compañía absorbente.

La reforma agrega que si bien el balance final cerrado al día anterior, no se debe incorporar en la escritura de fusión, sí se lo debe poner a disposición a los accionistas y terceros

interesados para que puedan ejercer sus derechos, en un plazo no mayor de treinta (30) días contados a partir de la fecha de la referida escritura pública.

En todo caso, no queda claro si lo que se ha eliminado es simplemente la incorporación del balance final al acta de las compañías que se fusionan; o, si este, que debe ser elaborado el día anterior a la celebración de la junta que resuelve la fusión, debe ser aprobado en ella, aun cuando no se incorpore a la escritura de fusión.

Es decir, falta transparencia en determinar si el balance final debe ser aprobado o no por la Junta General que acuerda la fusión e incorporado en el acta de la misma; pues, la reforma solo exige la preparación de un balance cortado el día anterior a la fecha de la escritura pública correspondiente, la misma que la compañía debe ponerla a disposición de los socios, accionistas y de los terceros interesados en un plazo no mayor de treinta (30) días contados a partir de la fecha de la referida escritura pública.

No escapa también colegir las dificultades legales que provocará la incertidumbre de conocer los plazos en que los socios que no estén de acuerdo con la fusión puedan ejercer su derecho de separación, si la fecha de la escritura de fusión o dentro de los treinta (30) días posteriores a que se les haga conocer el balance.

Pareciere que se impone una precisión en esta materia, pues al finalizar el plazo posterior a la presentación del balance podría acontecer que la escritura de fusión ya se haya aprobado y se encuentre inscrita.

3. **OPERACIONES COMBINADAS.-** La reciente reforma en comento introduce también la posibilidad de ejecución de otras formas de reorganización societaria bajo el esquema de Operaciones Combinadas; esto es, reuniendo en un mismo acto operaciones de transformación, fusión y escisión, con el fin de crear, absorber, escindir o transformar múltiples sociedades.

Tal sería el caso de una empresa familiar que tiene forma de sociedad colectiva y varias ramas de actividad (pesquera, camaronera, bananera, etc.) y considera necesario descentralizar sus actividades, para cuyo efecto deberá transformarse en sociedad anónima; y, luego escindirse en otras sociedades de la misma especie que se encargarán de la explotación de cada rama de actividad de las que actualmente posee la empresa.

De la misma manera, la sociedad colectiva original podrá escindirse en otras que luego se transformarán en anónimas.

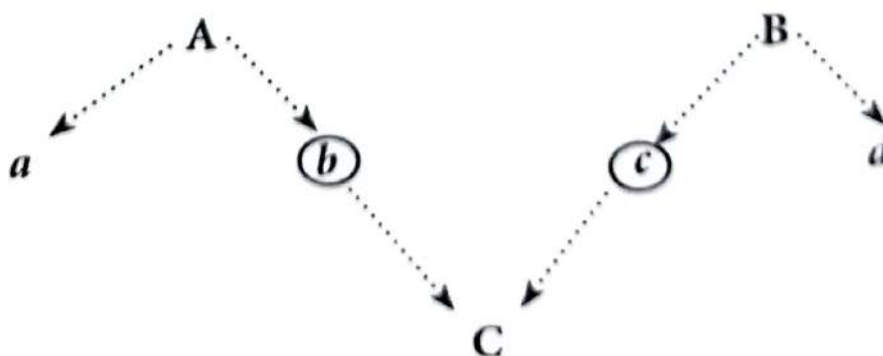
Esta operación, a la fecha, poco frecuente en nuestro medio, recibiría con la solución propuesta una salida más viable, simplificando trámites demorados y engorrosos, gastos innecesarios, etc.

4. **ESCISIONES MÚLTIPLES.-** El artículo primero de las referidas reformas las define:

Son aquellas en las que intervienen dos o más sociedades que se escinden creando una compañía nueva, a la que las sociedades que se escinden

traspasarán activos, parte de su patrimonio y, de considerarlo necesario, pasivos, que permitirán a la compañía a ser creada cumplir su objeto social. Serán socios o accionistas de la sociedad que se crea, por decisión de la junta general de socios o accionistas de cada sociedad que se escinde: i) las sociedades que se escinden; o, ii) los socios o accionistas de las sociedades que se escinden; en ambos casos, a prorrata del aporte y de su participación resultante en la sociedad que se crea, salvo que las juntas generales de accionistas o de socios de las sociedades que se escinden decidan de otra forma.

Esta farragosa operación, cuyo objetivo no es fácil descifrar, se nos ocurre podría utilizarse para fusionar parte del patrimonio o activos de dos sociedades, que a través de la fusión de las partes de aquellas, constituyan un nuevo ente social con el cual emprender un determinado negocio. En el gráfico adjunto pretendemos expresar mejor esta hipótesis, en que las compañías A y B se escinden, la primera en a y b; y, la segunda en c y d; y, posteriormente se fusionan b y c, formando una nueva compañía C; subsistiendo a y d como compañías adyacentes, con sus respectivos capitales.



5. **FUSIONES TRANSFRONTERIZAS.-** La Fusión es una figura societaria con aplicación no solo dentro del derecho interno de cada país sino que, dada la dinámica del mundo moderno, también tiene aplicación a nivel internacional.

Así, las grandes compañías de los países más desarrollados invierten o toman interés en otros países de menor desarrollo; y, suelen hacerlo estableciendo sucursales en ellos, cuando no adquiriendo acciones en las compañías nacionales de los mismos o creando compañías nacionales o aliándose con otras de ellas.

El desarrollo de los negocios determina la naturaleza de las figuras jurídicas que adoptan, sean fusiones, escisiones u otras formas de reorganización societaria.

Por ejemplo, las sucursales se pueden escindir de la principal y constituir una nueva compañía; o, fusionarse con otras nacionales, en la que la compañía extranjera va a tener una presencia accionaria significativa.

Una reciente reforma a la Ley de Compañías viabiliza las llamadas Fusiones Transfronterizas, al considerar como tales a los procesos en que una o más compañías extranjeras se fusionan con una o más sociedades ecuatorianas, para establecerse y operar a través de la compañía ecuatoriana. La referida ley dispone que las compañías absorbidas deberán cancelarse en su país de origen. Podrán participar en fusiones transfronterizas las sociedades anónimas, en comandita y responsabilidad limitada. La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, efectuará una supervisión consolidada y transfronteriza, en lo que sea de su competencia.

Son aplicables a las fusiones transfronterizas las disposiciones de este capítulo (4.º Otras formas de Reorganización.- Sección X de la Ley de Compañías) y supletoriamente las disposiciones que rigen la fusión en general.

Sin embargo, la normativa nacional se aplicará en todos los casos que el interés público lo demande.

Los procesos antes indicados se deberán efectuar por escritura pública y se sujetarán a lo establecido en las normas contempladas en la Ley de Compañías para la transformación, fusión o escisión, en lo que fueren aplicables.

Además, en tales procesos la compañía estará obligada a preparar un balance cortado al día anterior a la fecha de la escritura pública correspondiente. No se requerirá insertar el balance en la escritura pública, pero la compañía debe ponerlo a disposición de los socios o accionistas y de los terceros interesados, en el domicilio social, en un plazo no mayor de treinta días contados a partir de la fecha de la referida escritura pública.

Es preciso tener presente que las compañías son sujetos de derecho, con personalidad jurídica reconocida por la Ley del Estado que las aprueba o en las que ellas funcionan. Por regla general, las compañías constituidas en el extranjero poseen una personalidad jurídica también reconocida por los demás Estados en razón de la práctica internacional o por tratados internacionales, como lo es el Código Sánchez Bustamante.

En tal evento, como sujetos de derechos en su respectivo país de constitución, es también reconocida su existencia

jurídica, pudiendo operar en otros países de manera eventual o permanente. En el primer caso, a través de un apoderado especial con atribuciones suficientes para contestar demandas y participar en juicios contra su representada (art. 6 Ley Compañías); y, en segundo lugar, cuando desean hacerlo de manera permanente, a través del establecimiento de una sucursal de compañía extranjera, sujeta al trámite previsto en los artículos 406 y siguientes de la Ley de Compañías.

Estas compañías extranjeras, en uno y otro supuesto, podrán ser objeto de fusiones o escisiones, conforme a las reformas antes analizadas.

CONCENTRACIONES SOCIETARIAS QUE DETERMINAN CONTROLES. SU
NECESIDAD DE CONOCERLAS PARA APLICARLAS EN EL FENÓMENO DEL
PODER DE MERCADO

Contenido:

- I. *Figuras jurídicas de concentración empresarial*
- II.- *Concentraciones por control interno*
- III. *Clases de control interno*
- IV. *Concentraciones por control externo*
- V. *Concentraciones por control externo contractual*
- VI. *Concentraciones por control externo no contractual*
- VII. *Conclusión*

CONCENTRACIONES SOCIETARIAS QUE DETERMINAN CONTROLES. SU NECESIDAD DE CONOCERLAS PARA APLICARLAS EN EL FENÓMENO DEL PODER DE MERCADO

Dr. Nicolás Cassis Martínez

Este trabajo recoge un aspecto de la actividad societaria de gran movimiento a partir de la segunda mitad del siglo XX y que se ha incrementado durante los años de esta nueva centuria. No es excepcional, sino más bien común, encontrar en las páginas de los medios de comunicación escrita o en los noticieros de la televisión, informaciones de pactos entre grandes empresas multinacionales, en variadas actividades, como de transporte aéreo, farmacéuticas, petroleras, cerveceras, de alimentos, etc. Pactos en los que los montos involucrados son de centenas o hasta de miles de millones de dólares y que, desde hace unos cuantos años atrás, en nuestros lares, también se han dado situaciones de grandes compras o adquisiciones empresariales por parte de multinacionales de gran poder de mercado; como los casos de las cerveceras, de alimentos, de prestaciones de servicios médicos.

El objetivo de este estudio es conocer las diferentes modalidades de concentraciones entre sociedades mercantiles, o de uniones empresariales, mediante la sistematización en sus aspectos jurídicos y económicos más utilizados; debiendo entenderse que no son únicos, ya que la diversidad solamente está limitada

por convenciones o acuerdos ilícitos; o, para fines contrarios a las leyes. Y, en este último panorama, surge aquella normativa que busca impedir la concentración del poder de Mercado en reducidos espacios empresariales. Por lo tanto, es necesario entender que la información/conocimiento de esta situación, está íntimamente ligada. Hay que informarse y conocer el espectro concentrador en sus facetas jurídicas y legales, así como la normativa que regula el poder de mercado, para establecer la relación de dichas materias de enorme impacto.

Este trabajo no abarca el aspecto legal sobre la Ley de Poder de Mercado que rige en nuestro país, pues, solamente se refiere a dar información sobre las figuras de concentración societaria o empresarial en el ámbito jurídico.

I.- FIGURAS JURÍDICAS DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

En el campo jurídico, se distinguen las combinaciones de empresas que se efectúan mediante las llamadas o conocidas como, **figuras reales**, esto es, las que son propias del campo jurídico corporativo, entre las que se señalan las compras de empresas (activos, etc.), las adquisiciones de acciones, las permutas de activos y de acciones, las fusiones, las escisiones; y, las otras llamadas **figuras obligacionales** en las que las combinaciones empresariales se efectúan por medio de contratos civiles o comerciales, ciertos u ocultos (arrendamiento de activos, franquicia, consorcio, la permuta «*do ut des*», entre los ciertos, el cártel, el *pooling of interest*, entre los ocultos).

En las «figuras reales» puede perderse la personalidad jurídica de una de las sociedades en juego, como cuando se produce la fusión por absorción en la que la compañía absorbida se extingue, o en la escisión con extinción de la escindida.

En cambio, en las «figuras obligacionales», en ningún caso se pierde la personalidad jurídica de ninguna de las sociedades combinadas, como sucede cuando entre varias de ellas se celebra un contrato de concesión o de prestación de servicios, o uno de asociación concertada o consorcio simple para la ejecución de una obra, o uno de usufructo.

II.- CONCENTRACIONES POR CONTROL INTERNO

Cuando una sociedad, llamada «adquiriente», llega a adquirir acciones o participaciones de otra sociedad o a poseerlas por cualquier otro medio, decimos que se ha generado una estructura de concentración por control interno, de tipo societario, siempre que el porcentaje de participación sea superior al necesario para obtener el poder de decisión y de dirección.

Por lo general, dicho porcentaje es más de la mitad del capital decisorio: más del 50 % de las acciones ordinarias con derecho a voto. Anota Manóvil (ob. cit.) que esta modalidad constituye el modo más natural de crear un grupo de sociedades. A pesar de lo expresado, Champaud referido por Manóvil, afirma que no toda participación de una sociedad en otra es consecuencia de un fenómeno de concentración; cuando una sociedad aporta parte de su patrimonio empresario a otra sociedad que forma a efecto, y que es dominada por ella, más bien debe hablarse de una tendencia a algún tipo de descentralización. Es lo que

algunos autores, dice Champaud, llaman divisionalización, filiarización, sucursalismo, desgajamiento de sociedades filiales o excorporación, como la denomina la Ley de Transformaciones alemana de 1994 (*Umwandlungsgesetz*).

Ante lo anotado, el tema que se estudia adquiere relevancia pues, si bien doctrinariamente podía aceptar que cuando una sociedad se escinde creando una nueva y manteniéndose aquella, no ocurre una concentración, no es menos verdad que para la ley que regula las concentraciones monopólicas y las vinculaciones corporativas, por citar un caso, aquello no es descartable. Claro está que si una empresa, al traspasar parte de su patrimonio a otra que ha creado, las acciones de estas son a su vez transferidas a terceras, desaparecería la imagen de grupo y se entendería que el traspaso patrimonial que se operó no tuvo intenciones concentradoras. De lo contrario sería imposible ingresar en el *animus* de la persona jurídica para aceptar que el solo traspaso patrimonial a otra sociedad que se crea no es concentradora. Así, la posición de Champaud se explica únicamente como un criterio *a posteriori*, como dejamos señalado.

En el grave conflicto de conducta legal y financiera que afectó a la multinacional Arthur Andersen, por su actitud en uno de los más graves casos de conducta ilícita financiera en la historia de Estados Unidos de América, con la Enron Corporation, aquella adoptó inicialmente una serie de estrategias para evitar su total quiebra, ante la huida de sus clientes. Una de esas estrategias estuvo dirigida a separar o escindir las actividades de auditoría con las otras, como las de consultoría financiera y general, creando al efecto una nueva Arthur Andersen consultora, exclusivamente. Para la total independencia de la nueva empresa, y que no le

afecte la situación de su creadora, sería de esperar que esta, o sea la auditora, se desprendiera de todo tipo de control y se despoje de todo poder de decisión y de dirección en la nueva. En la práctica no sucedió y la Arthur Anderson se encaminó a su desaparición.

Siempre que en el tema de una concentración se hable de la participación de una sociedad en otra, en calidad de accionista o de socia, la primera idea que surge es la de control interno.

Pero, no toda participación, como la señalada, desemboca necesariamente en una concentración o en una constitución de un grupo de sociedades. Al respecto, en la obra de Manóvil (ob.cit.) nos encontramos con la opinión de Champaud, quien establece cinco categorías o grados de participación entre sociedades.

- a) La primera consiste en una minoritaria participación, que no da lugar a dominación alguna, pero al respecto el autor refiere:

No obstante, no se excluye toda idea de control, porque si la sociedad en cuestión desea realmente participar en la gestión, utilizará plenamente las prerrogativas dadas por la ley a los accionistas y las protecciones acordadas a las minorías. Por estos medios perturbará el control ejercido sobre el patrimonio social cuya dominación envidia, y su vigilancia —algunos dirán su espionaje— puede tener consecuencias no despreciables.

- b) La segunda sigue siendo poco relevante, pero frente a una situación de control compartido por otros socios o accionistas, la sociedad está en capacidad de constituirse en fiel de la balanza de decisiones, tomando «una

influencia desproporcionada con la importancia del vínculo financiero». Es el caso de la minoría de bloqueo, que permite con su tenencia y en virtud de exigencias de *quorum* de mayoría de la ley o del estatuto, o de cláusulas especiales de este último, impedir que ciertas decisiones se adopten sin su consentimiento, ya sea en las asambleas sociales, ya sea en el directorio o consejo de vigilancia, cuando logran representación en esos órganos, como podría ocurrir en el derecho argentino mediante el ejercicio del voto acumulativo o la elección por clases de acciones. Apuntamos nosotros, que un caso es también aquel en el que según el estatuto, la administración de la sociedad se designa con un porcentaje del 75 %, por ejemplo, ante lo cual el propietario de un porcentaje del 25 % adquiere esa influencia desproporcionada frente a la importancia del vínculo financiero.

- c) La tercera es la que corresponde a un control que Champaud y otros autores llaman minoritario no compartido, con participaciones de propietarios diversos, que individualmente son menores al 50 % pero que, no obstante, constituyen si se unen, en una mayoría óptima, porque aunque es relativa, de hecho es suficiente para prevalecer en las asambleas. Sobre este grado de participación, anota Manóvil (ob. cit. pág. 130):

Es claro, entonces, que para ejercer influencia, incluso para ejercer el dominio y llegar a tener por configurado un grupo, en la práctica es innecesario que la participación en una sociedad represente más de la mitad del capital o de los votos totales: a menudo, por lo menos en las sociedades con cotización bursátil, el

predominio en las asambleas sociales se alcanza con un porcentaje menor a la mitad como consecuencia del fenómeno del ausentismo de gran número de pequeños accionistas dispersos. Pero una situación de este tipo es de carácter práctico, casi puede decirse coyuntural en su esencia, aunque el transcurso del tiempo le vaya dando permanencia: el predominio es susceptible de variar de asamblea en asamblea... En otras palabras, esa estabilidad en la permanencia del predominio no está garantizada, no deriva automáticamente de la participación. Por ello, algunas de las legislaciones que, de uno u otro modo, definen o regulan las situaciones de control societario (v. gr., el art. 33, LS argentina), las diferencian en cuanto a los efectos que le atribuyen, y la doctrina las bautizó como control interno de Derecho (participaciones sociales mayoritarias que permiten conformar la voluntad social) y como control interno de hecho (participaciones menores que la mitad, que de *ipso facto* conducen al mismo efecto).

- d) La cuarta y la quinta corresponden respectivamente a participaciones mayoritarias y a las casi totales o cercanas al cien por ciento.

En conclusión, el control interno deriva de la participación de una sociedad en otra como socia o accionista, mediante el ejercicio de un poder de decisión o de dirección, que casi siempre crea un grupo de compañías o es consecuencia de la actuación propia de un *holding*.

Lo interno se manifiesta porque la adquirente, controladora y dominante, llega a introducir en el interior de la compañía

controlada o dependiente, o sea, en sus órganos de administración como Directorios o Consejos de Administración, un poder de decisión frente a otros accionistas, como claramente observamos en las categorías señaladas por Champaud.

III.- CLASES DE CONTROL INTERNO

Ubicados en la formulación que antecede, del control que una sociedad ejerce sobre otra, mediante la adquisición de acciones, tenemos que precisar que tal dominación no solo ocurre en línea directa entre dos o más sociedades, es decir, cuando una de ellas adquiere las acciones de la otra en el porcentaje necesario para ejercer el poder de decisión. Tal circunstancia puede ocurrir en una variedad de posibilidades que origina lo que analizaremos en las clases de control interno. Así, es posible que una sociedad tenga el control de otra por intermedio de una tercera o que dos o más se controlen recíprocamente o que una controle a dos o más, etc.; todo lo cual da lugar a la clasificación que anotamos enseguida.

Control interno directo

Surge cuando una sociedad es tenedora o matriz frente a otra. La sociedad tenedora o propietaria de acciones de otra, ejerce sobre esta el poder decisorio, al participar de la mayoría de las acciones de aquella o de un porcentaje que le permita el control, como ya lo anotamos anteriormente. Sería el caso de una compañía *holding* frente a sus participantes, o de una matriz y sus sucursales. Esta clase de control es de característica simple.



Control interno indirecto

Aparece cuando una sociedad, compañía o corporación (A), participa en el capital o paquete accionario de otra (B), la que a su vez es propietaria de acciones de una tercera (C). De esta forma la primera sociedad, o sea, la A, obtiene el control de la tercera, es decir, la C, utilizando la segunda sociedad, la B. Observamos que la compañía «A» no tiene acciones de la compañía «C»; la que las tiene es la compañía «B», pero la compañía «A» sí tiene acciones de control de la compañía «B». De esta forma una sociedad logra la dominación o control o el poder decisorio de otra de manera indirecta.

A »»»»»» B »»»»» C

Pero qué sucede en el caso de que en la sucesión arriba señalada, se interpongan otras sociedades. Agreguemos al final una cuarta sociedad, la «D» cuyas acciones están en manos de la compañía «C» o de la «B» que tendría las de esta y las de «D». El resultado sería afirmativo en el control indirecto de «A» sobre «D».

Pensemos también en la posibilidad de que «A» controle a «B» directamente y a «C» y a «D» indirectamente y que éstas dos últimas en conjunto controlen a una quinta, a la «E». También tendríamos el hecho de que «A» controla indirectamente a «E».

Con estos criterios de control indirecto-plural se puede llegar a nuevas y variadas formas de control indirecto-complejo.

Control interno recíproco

Se da cuando dos compañías se invierten o se participan mutuamente en el capital de cada una. Una compañía participa

en el capital decisorio de otra, la que a su vez participa en el capital decisorio de aquella.

A»»»»»»» B

B »»»»»»» A

Control interno circular

Se lo consigue mediante una participación en serie o en conjunto de varias compañías hasta cerrar un círculo, de tal forma que comenzando por una de ellas se concluya en la misma, con la participación de otras más en el intermedio de la serie o conjunto.

Se conoce este tipo de control como **control cerrado**, muy utilizado en grupos que tratan de impedir la inclusión de terceros ajenos al grupo.

La sociedad «A» da comienzo al círculo que termina en ella misma, con la participación intermedia de las otras sociedades «B», «C» y «D».

Es un control en serie, o en conjunto, de compañías que se siguen unas a otras.

Control interno triangular

Se lo consigue cuando una compañía participa directamente en el capital decisorio de otras dos controladas y una de estas, a su vez, participa de la otra controlada. Es un control en el que se combina el control directo con el control indirecto.

La compañía «A», ubicada en el vértice del triángulo, ejerce a la vez el control directo sobre las sociedades «B» y «C», ubicadas en los extremos de la base del triángulo, pero como «B» controla a «C», la compañía «A» ejerce, además, un control indirecto sobre «C» utilizando a la compañía «B».

El triángulo es perfecto cuando las dos sociedades controladas «B» y «C», ejercen entre ellas un control recíproco, ya que de esta forma la sociedad controladora «A» llega a ejercer, al mismo tiempo, un control directo y un control indirecto sobre las dos compañías controladas «B» y «C».

IV.- CONCENTRACIONES POR CONTROL EXTERNO

Ya hemos anotado en páginas anteriores que la concentración por control externo es la contractual, que no incluye la adquisición de acciones ni la participación en el capital de una sociedad, porque estos pertenecen a la concentración por control interno.

Vamos a establecer de qué manera una vinculación contractual entre sociedades, da origen jurídicamente a un poder de decisión o a un control desde afuera o control externo.

Cuando tratamos las combinaciones en el campo jurídico, hablamos de las figuras obligacionales o contractuales, cuya combinación deriva de un contrato, en la que ninguna de las contratantes pierde su personalidad jurídica, pero que pueden construirse estructuras más o menos definidas, tanto de subordinación como de coordinación. En las primeras, de subordinación, una de las contratantes pasa a ser controlada o a

depender de la otra, o sea que el poder decisorio de una queda gravado por el convenio, operándose una concentración; mientras que, en las segundas, en las estructuras de coordinación, ninguna de las sociedades participantes en el contrato o convenio pierde su independencia decisoria, surgiendo más bien entre ellas un concepto de colaboración empresarial. Y señalamos entonces, entre tales contratos de estructura de coordinación, a los consorcios simples, el *joint venture*, las UTE, entre otros contratos reales, o a los cárteles y *rings*, entre otros contratos ocultos. Nos centraremos en el estudio de los que llamamos contratos de subordinación, por medio de los cuales se llega a una concentración por control externo de una sociedad sobre otra.

Explicado así el ámbito del tema, entramos en materia: cómo, por medio de un contrato, llega una sociedad a controlar, desde afuera, a otra sociedad.

V.- CONCENTRACIONES POR CONTROL EXTERNO CONTRACTUAL

Para comprender con mayor facilidad cómo por medio de un contrato, llega una sociedad a controlar, desde afuera, a otra sociedad, vamos a transcribir lo que al respecto dice Manóvil en su obra insistentemente citada en este trabajo.

La dependencia puede reconocer también una fuente contractual. Además de los contratos de dominación propiamente dichos y, en general, de los llamados *contratos de empresas* del derecho alemán... y los grupos contractuales de los derechos brasileños y portugueses, algunos ordenamientos incluyen en su regulación societaria de vínculo dominio-dependencia las

que derivan de ciertas relaciones contractuales con entidad y características adecuadas para predicar que existe una influencia dominante derivada de esos contratos.

Así el Código Civil italiano, artículo 259, inciso 3.º (antes de la reforma de 1991 era el inciso 2.º), como fundamento del ejercicio de la influencia dominante, se refiere, como ya se puso de relieve, a los «*especiales vínculos contractuales*» entre las partes.

Continúa más adelante el autor diciendo que «En ambos ordenamientos la influencia dominante derivará de contratos que no tienen por objeto específico pactar la dominación sobre la sociedad dependiente...».

Se trata, entonces, de contratos que por sus especiales convenciones, determinan —en una o más sociedades— situaciones de dependencia o de control, que no devienen por adquirir la dominante o controlante el poder de dirección o decisorio en las asambleas u órganos de dirección. El poder está dirigido a establecer, en una sociedad, una actividad regulada por la sociedad controladora, constituyendo la base del poder, un interés o fin económico, claramente observable en el contrato celebrado. Tal interés o fin económico lo tiene la sociedad dominante en su aspecto activo, mientras que la dependiente su interés económico es pasivo; es decir, que el contrato es de beneficio preferente para la primera y de beneficio indirecto para la segunda. Esto da como resultado una *dependencia económica* susceptible de abusos, como sucede realmente, por la que una sociedad queda condicionada por dicho contrato en su existencia o supervivencia. Así, un contrato en el que, entre otras cláusulas, se permite a una sociedad designar a administrador de otra, por

convenir a la relación económica, núcleo del contrato, sería uno que establezca un control externo.

Cuando un contrato tiene por objeto explícito que una de las sociedades contratantes adquiere el derecho a ejercer sobre otra sociedad, un dominio suficiente para que esta última adopte alguna o muchas de sus decisiones empresarias, estaremos en la concentración que contiene esas relaciones de dominación.

En Alemania, dice Manóvil (ob. cit. pág. 137), la Ley de Sociedades por Acciones de 1965, define el contrato de dominación como aquel por el cual «una sociedad por acciones o en comandita por acciones subordina la dirección de su sociedad a otra empresa». Además, la misma norma prevé el que llama *Contrato de transmisión de utilidades*, por medio del cual alguna de esas sociedades «se compromete a trasladar la totalidad de sus utilidades a otra empresa» y encuadra dentro de esa designación al «contrato por el cual una sociedad por acciones o en comandita por acciones asume explotar su empresa por cuenta de otra».

Ahora bien, veamos algunos de estos contratos de dominación o de control externo que nos trae la doctrina, entre los que podemos anotar los contratos de riesgo, los de concesionario exclusivo o de exclusividad, de concesión de venta exclusiva, los de venta de toda la producción a un solo cliente, los de agencia y los de franquicia comercial. No debe entenderse que los contratos señalados, en todos los casos, son contratos de dominación que establecen un control externo. Para que esto ocurra es menester que su contenido sea determinante para que surja el dominio suficiente de una sociedad, sobre las decisiones empresarias de otra, es decir, sobre las decisiones de su actividad mercantil, las

que estarían sujetas al cumplimiento del contrato, perdiendo así esta sociedad dependiente su independencia de decisión en su quehacer económico, por no quedarle otro camino a escoger, ante el peligro de que pueda perder el sustento económico de su propia existencia.

Al tratar sobre el **contrato de exclusividad**, Manóvil anota en su obra citada (página 139):

Lo más frecuente es que la relación de dominio, la concentración y la traslación de poder de estructura contractual no se presenten bajo la forma de una convención que tenga ese objeto explícito, sino en contratos en los que tales características aparecen como consecuencia, muchas veces implícita o incidental, de sus cláusulas y condiciones. La autonomía jurídica de los contratantes es acompañada de una estrecha situación de dependencia económica de uno de ellos respecto al otro, **al que el contrato le concede tal facultad de impartir instrucciones obligatorias.** El contratante dependiente “soportará los riesgos coyunturales y jugará el papel de amortiguador. No obstante, el concesionario exclusivo, propietario de su mercadería y único responsable de sus deudas no podrá invocar el carácter lesivo de su contrato” y, en definitiva, ese tipo de convenciones “pueden llevar tan ciertamente a la subordinación económica como una toma de participación de control”. Si pudiera señalarse un elemento común a la múltiple variedad de contratos susceptibles de encuadrarse en esta descripción, éste debería ser el de *exclusividad*.

En el **contrato de suministro** o de venta exclusiva, el fabricante de un producto específico que elabora o de algunos de muy reducida fabricación en cuanto a su cantidad, conviene, por un prolongado tiempo, vender o suministrar a un solo cliente

la totalidad de su producción, convirtiéndose este, a la larga, en el que va a imponer las condiciones del negocio, puesto que el fabricante proveedor habrá perdido su posibilidad de oferta en el mercado y también habrá perdido el acceso a la clientela de demanda de sus productos. De esta forma, el adquirente ejercerá un dominio económico sobre el proveedor fabricante, configurando una estructura de control.

El **contrato de franquicia comercial** es en el que se observa con mayor nitidez la preponderancia del franquiciador sobre el franquiciado, contratos de este tipo imponen las modalidades de concedente en casi todos los aspectos del negocio, de modo tal que el concesionario o franquiciado no tiene otra opción que someterse íntegramente a tales modalidades. La forma de presentación del local de venta de los productos de la marca del franquiciador, los uniformes a ser utilizados por los dependientes, los colores de la pintura del local; los horarios de atención al público, los productos que debe vender y su presentación, la higiene que debe guardarse, los precios de venta y muchas otras especificaciones concretas, son impuestas en el contrato de franquicia por el concedente, con tal intensidad, que el incumplimiento de cualquiera de ellas, es motivo suficiente para dar por terminado el contrato.

VI.- CONCENTRACIONES POR CONTROL EXTERNO NO CONTRACTUAL

En una combinación de sociedades, parecería algo extraño, desde un punto de vista jurídico, que sea posible llegar a controlar a una compañía desde afuera, sin que, entre la dominante y la dominada o controlada, exista un vínculo obligacional.

Sin embargo, en la práctica societaria, dinámica y de constante evolución, impulsada por el fenómeno económico cambiante, sí podemos aislar para su estudio modalidades de control externo que no provienen de un convenio o de un contrato entre las sociedades participantes, sino de *hechos vinculantes* de otro tipo. Entre estos tenemos los que derivan de las personas físicas que ejercen la administración de varias sociedades en común, cuyas estructuras son conocidas como *interlocking directorates*, o las de dependencia económica, o las de influencia dominante, o la de una particular situación de mercado, como lo ampliaremos a continuación.

Interlocking directorates.- «La concentración y la unidad del poder de decisión pueden derivar de entendimientos que no alcanzan a tener la fuerza vinculante de un contrato, sino que descansan sobre relaciones y lealtades de tipo estrictamente personal».

La más conocida de las formas en que se presentan este tipo de estructuras son los llamados *interlocking directorates*, o directorios entrecruzados, mecanismo muy utilizado en la práctica norteamericana de las primeras décadas de este siglo, tanto que fueron mencionados en la Clayton Act de 1914 como uno de los instrumentos que podían dar lugar a su aplicación si eran utilizados para realizar prácticas restrictivas de la competencia...

(...) Son acuerdos no formales por los cuales quienes controlan diversas sociedades se ponen de acuerdo en que representantes de todas y cada una de ellas participarán en los directorios de las demás. Si se quisiera imaginar el directorio de un ferrocarril, el de una acería, el de una petrolera, el de una fábrica de camiones

y el de un banco, será fácil advertir las consecuencias que en cada uno de ellos ha de tener la presencia de los recíprocos intereses involucrados. (Manóvil, ob. cit. Págs. 144-145)

Si bien el citado autor argentino se refiere a los directorios de sociedades, otros tratadistas señalan que esta modalidad de control externo no contractual, o de hecho, se refleja también en los Consejos de Administración y en los Consejos de Vigilancia, cuando se observe la presencia cruzada de las mismas personas físicas o de una mayoría de ellas en esos organismos.

En la legislación ecuatoriana, se establecen las presunciones de vinculación en el caso de administradores cruzados, prohibiéndose que sean instituciones financieras no constitutivas de un grupo financiero, o que una persona física integre más de un directorio; dicho en otras palabras, no puede en dos o más bancos, por ejemplo, integrar una misma persona tales directorios.

En la citada obra de Manóvil, se reseña un caso de la jurisprudencia estadounidense, en la que el célebre juez Brandeis de la Corte Suprema Federal dijo que la práctica de los administradores comunes es la fuente de numerosos males: aplicada a sociedades rivales, tiende a suprimir la competencia y viola la Ley Sherman; que regula a sociedades que comercia entre sí, tiende a la deslealtad y a la violación de la ley fundamental según la cual no se puede servir a dos amos al mismo tiempo.

Otras legislaciones, como la francesa, limitan a ocho el número de cargos en consejos de administración y a dos el número de cargos en directorios, que puede ejercer una misma persona.

Es incuestionable, entonces, que una administración cruzada o de directorios cruzados, como lo hemos señalado, se constituye en una modalidad de control que bien podría ejercerlo una gran corporación frente a otras de menor patrimonio o sobre medianas o pequeñas sociedades, mediante la actuación coordinada de la administración, para imponer el control desde afuera, sin que para ello hayan sido necesarias ni la forma participativa accionaria ni la estructura contractual.

Dependencia económica.- Es posible, sin que sea relevante su frecuencia, que una corporación imponga a otra u otras de menor tamaño, sus propios condicionamientos en sus actividades económicas, de tal forma que tales corporaciones menores no tengan independencia decisoria en su actividad productiva ni para comerciar sus productos. Una corporación de importante patrimonio, por ejemplo, adquiere de otra u otras sociedades productoras la materia prima para elaborar sus productos, en tal cantidad que prácticamente llega a imponer el precio de la compra. Estas sociedades menores dependerán entonces de la compradora para la colocación de sus ventas y para mantenerse en el mercado. Resaltamos que en tal actividad comercial no existe entre la compradora y la vendedora o vendedoras ningún vínculo contractual que las ligue, sino la mayor o menor frecuencia de negocios entre ellas. Esta situación es la que se conoce como de *dependencia económica*, creándose en la adquirente un poder de dominación económico que la convierte en dominante y a las pequeñas en dominadas o dependientes. Lo mismo podría ocurrir con una o pocas exportadoras de productos agrícolas, frente a una extensa gama de productoras.

Puede presentarse también el caso, en los suministros exclusivos o de proveedor exclusivo que se dedica a abastecer a

una gran empresa, relaciones que no constando en un contrato escrito se dan de hecho entre una y otra sociedad.

Interesa como característica que la dependencia se traduzca en el poder de decidir la adquirente qué se produce, dónde se produce, cómo se produce, su calidad, qué tecnología utilizar, la presentación del producto o cómo comercializar.

Se conoce también a esta modalidad como de concentración de grado o de intensidad. Suele ser tal la intensidad de la dependencia económica, que se crea una situación de estable y duradera subordinación de una sociedad (corporación gigante) sobre otra u otras (medianas o pequeñas corporaciones), que estas no pueden actuar de otro modo aunque quisieran.

Influencia por vínculos particulares.- La influencia de dominio puede derivar de una dependencia del sujeto societario y del poder para imponerle conductas desde afuera de su propio seno, por determinados o particulares vínculos.

Una sociedad, verbigracia, se ve obligada a no repartir utilidades, para utilizar estas en aumentar su capital, cuestión que es exigida por otra, como condición para mantener las relaciones comerciales que para aquella son de vital importancia. La administración y los accionistas, dicho en otros términos, el sujeto societario así exigido, percibirá una influencia externa que implica la existencia de un poder extraño, desde afuera, en la toma de sus decisiones.

Lo mismo sucederá si una compañía financiera exige a una sociedad comercial, determinadas normas de conducta comercial, como parte de un proceso de control del crédito otorgado.

Claro que estas modalidades no se encuadran a la perfección en una conducta de concentración, si las tomamos de manera aislada. Pero si el proceder es continuo en la actividad comercial o societaria interna, entre una y otra compañía, entre la influyente y la influida, habremos alcanzado el grado de concentración que interesa al derecho, ya que jurídicamente no sería posible identificar la intención de la actividad sino que necesariamente tendremos que calificar la trascendencia y frecuencia de los hechos, como un resultado cierto.

Tal actitud deriva del poder que un sujeto societario tiene para imponer conductas al otro, para hacerle hacer al otro lo que este último no haría si no estuviera vinculado con el primero. (Manóvil, obra citada, página 149). Para el citado tratadista no es necesario que esta vinculación tenga consecuencias patrimoniales; basta tomar como ejemplo posible la decisión de emprender una actividad riesgosa; puede la decisión externa comprometer cuestiones de ética o de prestigio empresario y hasta afectos nacionales. Los intereses en riesgo, señala el autor, no son, como se nota fácilmente, de naturaleza patrimonial. La *influencia tiene que ser de carácter irresistible*, para que cuando sea ejercida haga que el sujeto dependiente no se vea en condiciones de actuar en sentido diferente.

VII.- CONCLUSIÓN

El tema es, a no dudarlo, apasionante, de investigación compleja, y de una amplia gama de servicio profesional en el ámbito jurídico. Por su naturaleza, no está concentrado en un solo lugar, sino que es aplicable en todo el orbe; igual en Ecuador que en Argentina, España, Alemania, que en cualquier país del

mundo. La Academia, el pénsum universitario o el posgrado tienen un espacio fértil para cultivar y obtener una buena cosecha: el «abogado especialista en lo societario grupal».

Obras consultadas

- 1.- Cassis, Nicolás (2012). *Sociedades por Acciones*. Eduquilingua. Guayaquil.
- 2.- Instituto Mexicano de Contadores Públicos (1995). *Holding Compañías Tenedoras Subsidiarias y Asociadas*.
- 3.- Manóvil, Rafael (1998). *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

Dr. Gustavo Ortega Trujillo
Abg. María Alexandra Maridueña Vargas

ESCENARIOS PARA EL DEUDOR EN INSOLVENCIA POR CAUSA DE LA CUARENTENA

Contenido:

- I. De los concursos preventivos*
- II. Del concurso preventivo administrativo*
- III. Del concurso preventivo judicial*
- IV. Concursos liquidatorios*
- V. Concurso liquidatorio administrativo*
- VI. Concursos liquidatorios judiciales*
- VII. Del concurso liquidatorio judicial voluntario*
- VIII. Concurso liquidatorio judicial necesario*
- IX. Situación del deudor fallido luego de los concursos judiciales*
- X. Posibilidad de reactivación de la empresa en liquidación*
- XI. Nueva propuesta de concursos preventivos excepcionales*
- XII. Lo que requiere nuestra legislación concursal para ser más ágil y eficiente en la prevención de la insolvencia o quiebra*

ESCENARIOS PARA EL DEUDOR EN INSOLVENCIA POR CAUSA DE LA CUARENTENA

Dr. Gustavo Ortega Trujillo
Ab. María Alexandra Maridueña Vargas

A consecuencia de la desaceleración de actividades producida por la cuarentena del coronavirus, se ha producido a nivel mundial una recesión que ha generado —y continuará generando— un proceso de iliquidez generalizado que impedirá a muchos empresarios y no empresarios, nacionales y extranjeros, cumplir con sus obligaciones y mantener en funcionamiento sus negocios, esto con el consecuente riesgo de caer en insolvencia o quiebra y la pérdida masiva de empleos.

I.- DE LOS CONCURSOS PREVENTIVOS

Para evitar estos riesgos, los deudores tienen a su alcance una herramienta jurídica que es el CONCURSO PREVENTIVO DE ACREEDORES el cual, como su propio nombre lo insinúa, previene y evita entrar en estado de cesación de pagos y la quiebra y, por tanto, el cierre de sus negocios. En estos, el deudor propone celebrar un acuerdo universal o colectivo con todos sus acreedores, denominado *Concordato*, que busca reestructurar el pago de sus pasivos y otras medidas rehabilitatorias, al amparo de las normas legales que lo regulan.

En el Ecuador estas normas legales las encontramos en la denominada Ley de Concurso Preventivo vigente desde 1997 y en las normas relativas al Procedimiento Concursal del Concurso de Acreedores o Quiebra contenidas en el Código Orgánico General de Procesos, COGEP, a partir del artículo 414.

De conformidad con estas disposiciones, las alternativas para evitar la quiebra son el Concurso Preventivo Administrativo y el Concurso Preventivo Judicial.

II.- DEL CONCURSO PREVENTIVO ADMINISTRATIVO

Las sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, tienen el derecho a solicitar el inicio de un Concurso Preventivo de Acreedores de carácter administrativo que se lleva a cabo ante la misma Superintendencia (art.1). Este concurso también puede ser solicitado por sus acreedores (art.9). En ambos casos, debe ser tramitado considerando lo siguiente:

- a. El solicitarlo es un derecho de la sociedad deudora que tema encontrarse o ya se encuentre en cesación de pagos, o de uno o más de sus acreedores que lo crea necesario, por lo tanto, es deber de la Superintendencia tramitarlo y no una mera potestad de ella (art.1);
- b. Una sociedad en cesación de pagos, no puede ser declarada en quiebra sin que antes haya intentado el concurso preventivo (art. 1). Procede su quiebra (art.3) solo cuando, existiendo una de las causales previstas en el art. 414 del COGEP, ella se niegue al concurso preventivo o cuando, intentado por los acreedores, aquella se oponga,

en cuyo caso procede la disolución y liquidación de pleno derecho establecida en la Ley de Compañías en el numeral segundo de su art. 360 y art. 467 último inciso del COGEP;

- c. Los juicios y medidas cautelares existentes contra la deudora y sus bienes, se suspenden y levantan hasta que se concluya el trámite del concurso o el plazo del Convenio o Concordato acordado (arts. 23 y 24), pero ello no exime de responsabilidades a sus administradores (art.45). Los proveedores no pueden terminar anticipadamente sus contratos vigentes a la fecha del inicio del proceso concursal (art.27);
- d. Proceden capitalizaciones, consolidaciones, quitas, y esperas de sus créditos, daciones en pago y otros que busquen la rehabilitación y mantenimiento de la empresa, pudiéndose contratar nuevos créditos (art.2);
- e. El plazo del convenio y los derivados del mismo pueden extenderse hasta 7 años (art. 20 y literal «d» del art. 30) y están exentos de tributos (art.52)
- f. Los acuerdos requieren mayoría del 75 % y son obligatorios para partícipes del concurso (literal «b» del art. 30), incluyendo ausentes y disidentes (art.32). Los acreedores que no lo cumplan o impidan su ejecución, responderán por los daños y perjuicios que ocasionen al deudor y demás acreedores (art.42);
- g) Las resoluciones que dicte el Superintendente de Compañías dentro de este proceso concursal son impugnables

por la vía administrativa y jurisdiccional con efecto no suspensivo, de conformidad con lo establecido en el Código Orgánico Administrativo.

III.- DEL CONCURSO PREVENTIVO JUDICIAL

Para otros deudores, no sociedades, como lo serían personas naturales, comerciantes o no, corporaciones o fundaciones, y fideicomisos mercantiles, pueden acogerse al concurso preventivo judicial regulado en los arts. 415, 418, 419, 420, 421, 423, 425, 427 y 428 del COGEP, considerando lo siguiente:

- a. Los jueces tramitarán demandas de quienes, no teniendo deudas vencidas, ni excediendo ellas del 120 % de sus activos, teman incumplirlos y busquen un acuerdo que les permita pagarlas hasta en tres años (arts. 415, 418 y 420);
- b. demanda contendrá motivos y detalle de activos y pasivos; y, la propuesta concordataria (art.419);
- c. Admitida a trámite la demanda, el juez dispondrá: la suspensión de pagos; citar a acreedores; designar auditor que verifique su estado patrimonial; y, si es comerciante, que el auditor coadministre el negocio (art.420);
- d. Si el auditor confirma los temores del deudor, el juez convocará a acreedores y en junta discutirá la propuesta (art.420). Se aprobará con mayoría de más de la mitad de los acreedores. Si votan contra ella, el juez lo analizará y si encuentra infundada la oposición de los acreedores, aprobará la propuesta del deudor; caso

contrario la archivará. Esta decisión es apelable, pero en el efecto no suspensivo, de manera que entra en vigencia inmediatamente hasta que se resuelva el recurso en definitiva (art.427);

- e. Los acreedores disidentes, sin embargo, podrán impugnarlo, presentando otra alternativa de características similares a la planteada por el deudor y el juez decidirá sobre ella. Su decisión es apelable, pero con efecto no suspensivo (art.428).

IV.- CONCURSOS LIQUIDATORIOS

Si los concursos preventivos anteriormente descritos fracasan y no se alcanzan los acuerdos preventivos de la quiebra o concordatos, los deudores pueden tener que enfrentar procesos forzosos de liquidación de su patrimonio —la quiebra— por vía de la aprehensión o embargo de todos sus bienes con el propósito de venderlos o rematarlos y con su producto pagar a todos los acreedores, de acuerdo a la prelación que corresponda (art. 429 del COGEP). A estos procesos de Concurso de Acreedores, los denominamos, para un mejor entendimiento, como Concursos Liquidatorios y pueden ser de carácter administrativo o judicial.

V.- CONCURSO LIQUIDATORIO ADMINISTRATIVO

Si se trata de sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, el proceso de la liquidación es administrativo —ante la Superintendencia de Compañías— de conformidad con lo señalado en el último inciso del artículo 427 del COGEP y se funda en la causal de insolvencia o quiebra

establecida en el numeral 2 del art. 360 de la Ley de Compañías que implica, de conformidad con la misma ley:

- a. La designación de un liquidador y la imposibilidad de realizar nuevas operaciones relacionadas con su objeto social. Solo podrán realizarse los actos liquidatorios (art.363);
- b. La presentación de los acreedores y su calificación (art. 366);
- c. La venta de los activos de la sociedad y el pago a los acreedores de acuerdo al orden de prelación previsto en el Código Civil (art.367);
- d. La elaboración del balance final y si hubiere remanente, el reparto del haber social entre los socios (art. 368); y
- e. Si del balance final apareciere que el activo no fue suficiente para cancelar la totalidad de los pasivos, el liquidador en su informe final (numeral 11 del art. 389) podrá poner en conocimiento de la Superintendencia de Compañías las causas de ello (fortuitas, culposas o fraudulentas según el art. 417 COGEP), lo cual a su vez podrá ser puesto en conocimiento de la Fiscalía, de conformidad con lo previsto en el art. 446 de la Ley de Compañías.

Si se tratare de compañías aseguradoras, bancos e instituciones financieras sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Superintendencia de Bancos y Superintendencia de la Economía Popular y Solidaria, sus

procedimientos liquidatorios por quiebra, se sujetarán a los procedimientos de liquidación forzosa establecidos en sus propias normas dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero, tal como lo establece el último inciso del art. 427 del COGEP y que no diferencian mayormente de las reglas para las sociedades mercantiles controladas por la Superintendencia de Compañías.

VI.- CONCURSOS LIQUIDATORIOS JUDICIALES

Las demás personas naturales o jurídicas, comerciantes o no, que no sean las sujetas al control de las Superintendencias antes mencionadas, que como explicamos antes, tienen sus propios procedimientos administrativos de liquidación forzosa por quiebra, se someterán al concurso de acreedores judicial, que puede ser Voluntario o Necesario.

VII.- DEL CONCURSO LIQUIDATORIO JUDICIAL VOLUNTARIO

Tratándose de deudores que intentaron el proceso concursal preventivo judicial comentado en el parágrafo III que precede y no alcanzaron con sus acreedores el convenio preventivo o concordato solicitado, pueden ellos mismos solicitar el Concurso de Acreedores Liquidatorio Voluntario, que tiene por objeto liquidar su patrimonio y pagar las obligaciones, de acuerdo a las reglas establecidas en el COGEP en sus artículos 421, 423, 425, 427, 429 y 437 que implican lo siguiente:

- a. La solicitud del deudor ante el juez de su domicilio, que contendrá motivos y detalle de activos y pasivos (art. 421);

- b. La admisión a trámite, citación y convocatoria a los acreedores a audiencia para resolver sobre la liquidación del patrimonio del deudor (Art. 423);
- c. El embargo de todos los bienes del deudor, la designación de un síndico que asuma el control de los mismos (arts. 433 y 434) y la acumulación de todos los juicios, no pudiendo iniciarse otro juicio concursal (Art. 423);
- d. Las publicaciones y registros pertinentes (Art. 423);
- e. La notificación a la Fiscalía para que realice las investigaciones sobre las causas de la quiebra;
- f. La audiencia de los acreedores en la cual estos pueden aceptar u oponerse al concurso liquidatorio propuesto por el deudor con una mayoría de más del 50 % de los acreedores. Se destaca que esta oposición es solo de los acreedores, por cuanto quien solicita el concurso es el mismo deudor. El juez resolverá y su decisión es apelable con efecto no suspensivo. En esta audiencia también pueden acordar un concordato con el deudor (Art. 425 y 427) para liquidarlo o mantenerlo activo; y,
- g. Si no hubiere este concordato se procederá al avalúo y remate de los bienes embargados y al pago de los acreedores según el orden de prelación establecido (art. 429 y 437), con lo cual se cumple la finalidad de la quiebra o liquidación universal del patrimonio del deudor.

VIII.- CONCURSO LIQUIDATORIO JUDICIAL NECESARIO

Cuando los deudores no hayan optado o no hubieren podido optar por el concurso preventivo judicial señalado en el parágrafo III que precede y se encuentren en situación de insolvencia o quiebra por no haber cumplido un mandamiento de ejecución o auto de similar característica, o los bienes dimitidos sean litigiosos o insuficientes (art.416), para cobrar sus acreencias, sus acreedores pueden solicitar al juez el inicio del concurso de acreedores liquidatorio del patrimonio del deudor, denominado Concurso de Acreedores Necesario del COGEP (art. 422) que implica lo siguiente:

- a. La solicitud y demás requisitos requeridos para el concurso liquidatorio voluntario señalados en el parágrafo anterior (arts. 423 y 424);
- b. La posibilidad de la oposición del deudor que sólo procede pagando la deuda. Se destaca que, en este tipo de proceso, la oposición solo cabe cuando es de parte del deudor, ya que los que solicitan el concurso liquidatorio son los acreedores (art. 426).
- c. En la audiencia respectiva, los acreedores pueden por mayoría de más de la mitad de los créditos, convenir un concordato con el deudor para liquidarlo o mantenerlo activo (art.427).
- d. Si no hubiere este concordato se procederá al avalúo y remate de los bienes embargados y al pago de los acreedores según el orden de prelación establecido (art. 429 y 437), con lo cual se cumple la finalidad de la quiebra o liquidación universal del patrimonio del deudor.

IX.- SITUACIÓN DEL DEUDOR FALLIDO LUEGO DE LOS CONCURSOS JUDICIALES

En los dos tipos de proceso concursal liquidatorio judicial, tanto en el Voluntario como en el Necesario, puede ocurrir que, después de concluido el proceso de venta forzosa de los bienes del deudor concursado, este haya generado recursos suficientes para cubrir todas las obligaciones del deudor. En este caso el deudor queda «rehabilitado» según lo dispuesto en el art. 430 del COGEP.

En el evento que los procesos liquidatorios y sus ventas forzosas, no hayan generado suficientes recursos para pagar a todos los acreedores, estos pueden optar por:

- a. Condonar el saldo no pagado y rehabilitar al deudor (art.430); o,
- b. Mantener al deudor en estado de interdicción de administrar sus bienes y obligado a que, en caso de adquirir nuevos bienes, distribuya el 50 % a la masa común repartible entre acreedores para así pagar el saldo no cubierto, y el otro 50 %, para cubrir sus gastos personales y de su familia, administrados directamente por él (art. 432).

X.- POSIBILIDAD DE REACTIVACIÓN DE LA EMPRESA EN LIQUIDACIÓN

Las sociedades sujetas al control de cualquiera de las Superintendencias antes mencionadas, siempre que hayan superado la causal de quiebra por pago o convenio con sus acreedores y no se

haya registrado su extinción como compañía, podrán reactivarse siguiendo los procedimientos y requisitos establecidos en sus respectivas leyes y estatutos.

XI.- NUEVA PROPUESTA DE CONCURSOS PREVENTIVOS EXCEPCIONALES

Mediante proyecto de ley urgente en materia económica enviado por el presidente de la República a la Asamblea Nacional para enfrentar los efectos económicos de la pandemia producida por el COVID-19, este ha propuesto la incorporación a la legislación nacional de un nuevo tipo de concurso preventivo, el llamado *Concurso Preventivo Excepcional* que podría plantearse hasta tres años después de aprobada la ley.

Este concurso pretende ser voluntario para el deudor y se iniciaría por medio de una declaración juramentada que haría el deudor ante un notario, de acuerdo a la siguiente normativa propuesta:

- a. Debe tratarse de una sociedad mercantil y/o persona natural dedicada al ejercicio de actividades comerciales (art.29);
- b. Busca la suscripción de un acuerdo mediante el cual procuran de mutuo acuerdo establecer condiciones, plazos y la reducción de sus obligaciones pendientes (art.30); y,
- c. Si convocada la Audiencia para negociaciones, los acreedores no convienen de mutuo acuerdo, lo cual quiere decir con el acuerdo de la totalidad de sus acreedores, el concordato no procede (art.33).

Ante la falta de acuerdo de la totalidad de los acreedores, el deudor podría insistir en el convenio propuesto, a través de un procedimiento judicial excepcional (art.33) que requiere que:

- a. El deudor declare bajo juramento, ante un notario, que sus pasivos no exceden del 120 % de sus activos;
- b. El juez, encontrando fundados los motivos expuestos, tramite el concurso solicitado y disponiendo la suspensión provisional de pagos del deudor, convoque a los acreedores a audiencia; y,
- c. En la audiencia, acreedores que representen más de la mitad de ellos lo aprueben, cumpliendo las normas del COGEP previstas en su art. 427, ya que el art. 35 del proyecto establece la aplicación subsidiaria de sus normas a este tipo de concursos excepcionales.

En realidad estos dos nuevos procesos no son excepcionales ni difieren de los mecanismos que actualmente la legislación regula, pues en el primer caso o sea del convenio por mutuo acuerdo de la totalidad de los acreedores, eso hoy es posible basándose en la libertad de contratación vigente en el país, no requiere de nueva legislación. En el segundo caso, esto es el acuerdo por mayoría, ya está regulado en la Ley de Concurso Preventivo y en el COGEP, conforme lo hemos analizado en este trabajo.

XII. LO QUE REQUIERE NUESTRA LEGISLACIÓN CONCURSAL PARA SER MÁS ÁGIL Y EFICIENTE EN LA PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA O QUIEBRA

Para facilitar los procesos preventivos de la quiebra, el Ecuador solo necesita:

- a. Fortalecer a las instituciones llamadas a actuar como gestoras de estos procesos, Superintendentes y Jueces, concientizándolas que se trata de mecanismos opcionales de los deudores y acreedores y que son urgentes y necesarios, porque remedian un problema mayúsculo para la sociedad, como es el mantenimiento de las actividades productivas y las plazas de trabajo que ellas generan;
- b. Recordar a los Gobiernos autónomos, instituciones públicas como el SRI e IESS, entidades financieras públicas como la CFN, BIESS, BANECUADOR y otras similares, así como los bancos privados, la obligación profesional y social que ellos tienen de asistir y participar de las reuniones concursales, acoger los mecanismos de salvataje previstos en la ley y tomar decisiones anteponiendo el bienestar de la colectividad de la cual el deudor forma parte y los intereses del país que requiere el rescate de su economía, hoy severamente afectada por la pandemia;
- c. Promover entre acreedores, internos (trabajadores, socios y accionistas) y externos, nacionales y extranjeros, (bancos públicos y privados, entidades públicas tributarias, proveedores de bienes y servicios) y deudores en posibilidad de quebrar, que es mejor encontrar soluciones a la insolvencia en una mesa colectiva de

negociaciones que en las decisiones de jueces ordinarios o especiales, (particularmente jueces de coactiva que son meros recaudadores) y arbitrales que finalmente buscan la liquidación de los patrimonios de los deudores y la extinción de sus actividades; y,

- d. Cambiar la óptica de la comunidad empresarial en general y de la gente común, respecto de los procesos concursales preventivos para que dejen de verlos como mecanismos persecutorios o desprestigiadores; y, a los deudores sujetos de ellos, como personas o entidades que han actuado de mala fe. Se debe mantener y recordar el principio de la presunción de buena fe de la gente y que toda actividad económica conlleva riesgos y entre estos la de incurrir en insolvencia o quiebra fortuita. En definitiva, cambiar el paradigma equivocado de presumir que cuando se presenta el riesgo de la quiebra es por fraude.

Para lograr estos objetivos solo bastaría un reglamento del presidente de la República e instructivos de las respectivas Superintendencias controladoras de las sociedades sujetas a sus controles, así como del Consejo Nacional de la Judicatura, que así lo recojan.

Por último, si la emergencia nacional requiere ser más contundente en la promoción de los acuerdos preventivos de la quiebra, habría que proponer una reforma a la Ley de Concurso Preventivo y al COGEP que disponga que:

- a. A las audiencias previstas en los concursos preventivos establecidos en la Ley (literal «b» del art. 30 de la Ley

de Concurso Preventivo) y en el COGEP, son necesarias mayorías equivalentes a más del 50 % de los acreedores;

- b. Las normas y regulaciones que contempla la Ley de Concurso Preventivo aplicables a acreedores tributarios y demás entidades públicas, incluyendo el plazo de siete años para los acuerdos (arts. 2, 19, 20, 21, 22 y letra «e» del art. 30), tienen carácter de especiales y prevalecen sobre sus leyes particulares, facilitando así las decisiones concursales y el salvataje de las empresas;
- c. Los créditos reestructurados, así como los nuevos que se contraten para la rehabilitación de la deudora, no deben ser considerados como de calificación baja o de dudosa recuperación sino de calificación ordinaria que no requiere de creación de reservas especiales con cargo al patrimonio de las entidades acreedoras. Igual tratamiento debe darse para las inversiones resultantes de los procesos de capitalización o dación en pago que se acuerde;
- d. Los bancos e instituciones financieras públicas creen líneas de crédito especiales directas y también de redescuento para las operaciones que otorguen las entidades financieras privadas en favor de los deudores sujetos a concursos preventivos (arts. 53 y 54);
- e. La Función Judicial y los juzgados de coactiva en general deben acatar las disposiciones de levantamiento de medidas cautelares y orden de no dar inicio a nuevos procesos contra el deudor concursado; y,

- f. Dado el carácter remedial del concurso preventivo, todas las instituciones, sean públicas o privadas, deberán atender con agilidad las peticiones derivadas de la tramitología del concurso preventivo.

Esperemos que nuestros gobernantes hagan lo que la crisis de liquidez provocada por la pandemia exige para facilitar estos procesos y así evitar el cierre masivo de empresas y la pérdida de muchas plazas de trabajo.

Miscelaneos

Aporte de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario a la Comisión Económica de la Asamblea Nacional sugiriendo cambios al Capítulo V del Proyecto de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, que se refiere al Concordato Preventivo.

De: "Ricardo Noboa B." <rnoboab@noboabejarano.com>

Fecha: miércoles, 6 de mayo de 2020, 17:08

Asunto: Re: comentarios de la Academia de Derecho Societario sobre el concurso preventivo.

Señores Miembros de la Comisión de Desarrollo Económico, Productivo y de la Microempresa.

Asamblea Nacional.

De mis consideraciones:

Adjunto la carta que, a nombre de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, estoy enviando al señor Presidente de la Comisión con los criterios que sugerimos sean incorporados en la parte de la llamada "Ley Humanitaria" que trata sobre el "Concordato preventivo excepcional y medidas para la gestión de obligaciones"

Atentamente,

Dr. Ricardo Noboa Bejarano.

Presidente de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario.

T. (5934) 2560-600

F. (5934) 2564-752

Edif. San Francisco 300, Gral. Córdova 1021 y Av. 9 de Octubre, Piso 15.
Guayaquil - Ecuador



ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

Guayaquil, 6 de mayo de 2020

Señor Ingeniero

Esteban Albornoz

Presidente

Comision de Desarrollo Economico, Productivo y de la Microempresa

De mis consideraciones:

Se encuentra en trámite para segundo debate la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario remitida por el señor Presidente de la República. Dentro de la ley se encuentra el Capítulo V denominado “*Concordato preventivo excepcional y medidas para la gestión de obligaciones*”, normas que apuntan a que las sociedades mercantiles puedan enfrentar de mejor manera las consecuencias derivadas de la pandemia que vivimos . A este efecto, la Academia ha considerado conveniente sugerir ciertos cambios dentro del articulado propuesto, sin perjuicio de otros proyectos que luego se pueden estudiar y aprobar, pues ciertamente existe urgencia para expedir una normativa que ayude a la estabilidad de las empresas y a mantener el empleo, así como a complementar y conciliar el procedimiento excepcional propuesto por el Ejecutivo con los procedimientos concursales ya previstos en la Ley de Concurso Preventivo y al COGEP vigentes.

En este sentido, y dada la urgencia del caso, proponemos a la Asamblea, por su digno intermedio, lo siguiente:

1. Al final del Art. 29 agregar: “... o a los establecidos para las sociedades sujetas a control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en la Ley de Concurso Preventivo, o a los previstos en el Código Orgánico General de Procesos en sus artículos 415 y 427 para las demás personas naturales o jurídicas.”



ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

2. Al final del Art. 30 agregar: “, y cualquier otro que facilite la rehabilitación de sus actividades comerciales.”
3. Al final del Art. 35 agregar: “y la Ley de Concurso Preventivo.”
4. En el Art. 36 después de las palabras “deudor insolvente” agregar “, persona natural,” porque solo en este caso procede la rehabilitación.
5. Al final del Art. 38 agregar: “y en la Ley de Concurso Preventivo de Acreedores. De manera especial, este Reglamento y las Resoluciones que expidan las entidades encargadas de gestionar estos procesos, dispondrán la aplicación general y homogénea, para todos los procesos concursales preventivos, de las normas contenidas en esta ley, en la Ley de Concurso Preventivo y en el Código Orgánico General de Procesos, de forma que se constituyan en herramientas eficaces para la prevención de la insolvencia o quiebra; y en particular las relacionadas con:
 - a) los efectos de la admisión a trámite de los concursos preventivos y las mayorías requeridas para las decisiones concursales que serán siempre de más del 50% de los acreedores calificados;
 - b) la suspensión de todo procedimiento en contra del deudor iniciado antes de la solicitud de concurso, cualquiera que sea su etapa procesal; y, la prohibición de tramitar los que se inicien con posterioridad;
 - c) la orden de que, mientras se tramita el concurso preventivo y hasta que sea aprobado, se levanten todas las medidas cautelares dictadas contra los bienes del deudor y la prohibición de imponer nuevas;
 - d) la prohibición de los acreedores, incluyendo los trabajadores, de privar al deudor, por cualquier medio, de los bienes necesarios para la implementación y ejecución de la propuesta de concordato presentada por el deudor;

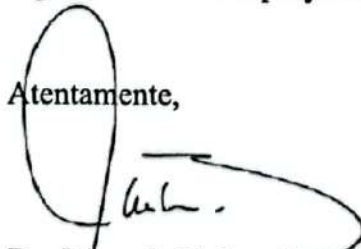


ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

- e) *la suspensión de cobro, mientras se tramite el concurso preventivo y hasta que sea aprobado y entren en vigencia las decisiones concursales, de los intereses, multas, recargos y demás cláusulas penales aplicables a la mora del deudor;*
- f) *los créditos reestructurados y los nuevos que se contraten para la rehabilitación del deudor, así como las inversiones que resulten de sus capitalizaciones, los cuales no deberán ser considerados como activos de dudosa recuperación o alto riesgo, sino de una calificación especial que no requiere de creación de reservas extraordinarias a cargo al patrimonio del acreedor;*
- g) *las líneas de crédito directo o de redescuento que deberán crearse dentro de las entidades financieras públicas y privadas para financiar los acuerdos rehabilitatorios que se convengan en los procesos concursales;*
- h) *la facultad de los acreedores tributarios, del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y demás entidades públicas acreedoras, para participar de estos procesos concursales, con voz y voto y aceptar cualquiera de las modalidades contractuales previstas en la ley, en los términos de hasta 7 años de plazo; y,*
- i) *la obligación que tienen todas las instituciones públicas y privadas de atender con inmediatez la gestión y tramitación de todos los procesos, actos y contratos derivados de los procesos concursales preventivos y sus acuerdos."*

Le ruego a Usted considerar el aporte de la Academia incluyendo estas reformas al articulado propuesto por el señor Presidente de la República dentro del informe para el segundo debate del proyecto.

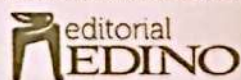
Atentamente,


Dr. Ricardo Noboa-Bejarano
Presidente

ACADEMIA ECUATORIANA DE DERECHO SOCIETARIO

MIEMBROS DEL DIRECTORIO

PRESIDENTE	DR. RICARDO NOBOA BEJARANO
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



.....

EDITORIAL Y LIBRERÍA

Malecón 904 y Junín

Piso 1

Teléfonos: 2301975 - 2314471

Guayaquil - Ecuador

SITIO WEB:

www.editorialedino.com.ec

info@editorialedino.com.ec

.....

ISBN: 978-9978-21-102-1



9 789978 211021