

Jorge Egas Peña
Director

Derecho Societario

Revista n.º 16

LA MODERNIZACIÓN DE LA LEY DE COMPAÑÍAS

SOBRE LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS

**BREVES COMENTARIOS A LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS
CON REFERENCIA A LAS COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS REFORMAS A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS
INTRODUCIDAS POR LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS**

**LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES EN LA NUEVA LEY DE
COMPAÑÍAS**

**BREVES COMENTARIOS A LAS PROHIBICIONES DE IMBRICACIÓN PARA
SUBSIDIARIAS Y SUS ADMINISTRADORES RESPECTO DE LA COMPAÑÍA MATRIZ O
HOLDING**

**TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN DE COMPAÑÍAS DE ACUERDO A LA LEY DE
MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS**

REFORMAS LEGALES A LA DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN

**EL DOLO *IN CONTRAHENDO* EN LAS TRANSFERENCIAS DE ACCIONES CON O SIN
FINES DE CONTROL Y EN LA ADQUISICIÓN DE EMPRESAS**

EL ARBITRAJE SOCIETARIO

**AUTORREGULACIÓN REGULADA Y SUBORDINADA DE LAS BOLSAS DE VALORES EN
LA LEGISLACIÓN BURSÁTIL ECUATORIANA**

**NUEVAS REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL: EL «COMPLIANCE»
COMO ATENUANTE Y LOS «ACTOS DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO»**

SEMINARIO DERECHO SOCIETARIO: ACTUALIZACIÓN Y REFORMAS





EDITORIAL Y LIBRERÍA

Malecón 904 y Junín

Piso 1

Teléfonos: 2301975 - 2 314471

Guayaquil – Ecuador

SITIO WEB:

www.editorialedino.com.ec

info@editorialedino.com.ec

Derecho Societario

Revista No. 16

Dr. Emilio Romero Parducci
Fundador

Derecho Societario

Revista No. 16

Jorge Egas Peña
Director

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





EDINO
2021

© REVISTA DE DERECHO SOCIETARIO #16

© DR. JORGE EGAS PEÑA
DIRECTOR

ISBN 978-9978-21-109-0

Primera Edición: Julio 2021

EDITORIAL Y LIBRERÍA

Malecón 904 y Junín

Telfs. 2301975

Guayaquil – Ecuador

SITIO WEB:

www.editorialedino.com.ec

info@editorialedino.com.ec

ventas@editorialedino.com.ec

Cualquier sugerencia o comentario sobre los artículos contenidos en esta revista serán bien recibidos y rogamos enviarlos a las siguientes direcciones electrónicas: ejuregas@gmail.com o aeds.rev@gmail.com



MIEMBROS DEL DIRECTORIO

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

1. Dr. César Coronel Jones
2. Dr. Galo García Feraud
3. Abg. César Drouet Candel
4. Abg. Eduardo Carmigniani Valencia
5. Dr. Jorge Egas Peña
6. Dr. Carlos Estarellas Merino



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. Ricardo Juan Noboa Bejarano
Dr. Luis Alberto Cabezas Parrales	Dr. Gustavo Xavier Ortega Trujillo
Ab. Roberto Abad Caizahuano Villacrés	Dr. Andrés Emilio Ortiz Herbener
Ab. José Eduardo Carmigniani Valencia	Dr. Nicolás Vicente Parducci Sciacaluga
Dr. Nicolás Jacinto Cassis Martínez	Dr. Gerardo Carlos Peña Matheus
Dr. César Irwin Coronel Jones	Dr. Aquiles Mario Rigail Santistevan
Abg. Fabricio Stefano Dávila Lazo	Dr. Antonio Emilio Romero Parducci
Ab. César Ignacio Drouet Candel	Dr. Luis Eduardo Salazar Bécker
Dr. Jorge Augusto Egas Peña	Dr. Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos
Dr. Juan Eduardo Falconí Puig	Dr. Roberto Salgado Valdez
Dr. Rómulo Alejandro Gallegos Vallejo	Dr. Juan Alfredo Trujillo Bustamante
Dr. Galo Enrique García Feraud	Dr. Ignacio Vidal Maspons

ÍNDICE

A manera de prólogo: La Modernización de la Ley de Compañías Dr. Jorge Egas Peña	1
Sobre la Ley de Modernización a la Ley de Compañías Dr. Emilio Romero Parducci.....	11
Breves comentarios a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías con referencia a las compañías de responsabilidad limitada Dr. Roberto Salgado Valdez	57
Algunas reflexiones sobre las reformas a las sociedades anónimas introducidas por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías Abg. César Drouet Candel	87
Los deberes fiduciarios de los administradores en la nueva Ley de Compañías Abg. Fabricio Dávila Lazo	103
Breves comentarios a las prohibiciones de imbricación para subsidiarias y sus administradores respecto de la compañía matriz o holding Dr. Roberto González Torre.....	125
Transformación, fusión y escisión de compañías de acuerdo a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías Dr. Roberto Salgado Valdez	139
Reformas legales a la disolución, liquidación y cancelación de las Sociedades Mercantiles Dr. Nicolás Cassis Martínez	167

El Dolo <i>in contrahendo</i> en las transferencias de acciones con o sin fines de control y en la adquisición de empresas Dr. Nicolás Cassis Martínez	181
El arbitraje societario Drs. Eduardo Carmigniani y Carla Cepeda.....	189
Autorregulación regulada y subordinada de las bolsas de valores en la Legislación Bursátil Ecuatoriana Dr. Roberto González Torre	207
Nuevas reformas al Código Orgánico Integral Penal: El «Compliance» como atenuante y los «Actos de corrupción en el sector privado» Dr. Carlos Cortaza Vinuesa	241
Intervención del Dr. Roberto Salgado Váldez en Seminario Derecho Societario: Actualización y Reformas, Universidad de Cuenca.	263
Criterio de la Superintendencia de Bancos sobre Proyecto de Ley de Modernización a la Ley de Compañías	281

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

A MANERA DE PRÓLOGO

LA LEY DE MODERNIZACIÓN DE LA LEY DE COMPAÑÍAS

Dr. Jorge Egas Peña

En el tercer suplemento del Registro Oficial #347 del 10 de diciembre de 2020 aparece publicada la Ley de Modernización de la Ley de Compañías, cuya real iniciativa se desconoce y su ágil tramitación sorprende.

La justificación de su denominación supuestamente obedece a «que el país requiere de normas de vanguardia para que las sociedades desarrollen sus actividades con reglas claras y modernas, que vayan de la mano de la evolución y desarrollo constante del derecho societario» (sic), lo cual estaba cuestionado por algunos criterios de quienes se oponían a su aprobación «que eran los juristas tradicionales con tendencias retardatarias», sin reparar que sus objeciones iban contra la propuesta innovadora, que supuestamente copia modelos más avanzados de otros países, sin consultar previamente la realidad socioeconómica del nuestro, en que se pretenden aplicar los mismos. Nada es más distante a legislar con responsabilidad, que hacerlo impulsado por esnobismos no justificados.

La denominación de la ley en comento parte del principio de modernizar la Ley de Compañías; esto es, de dar forma o aspecto moderno a cosas antiguas.

Si partimos del hecho de que la Ley de Compañías se expidió en 1964 y que ha tenido múltiples reformas, cambios o mejoras, incluidas cuatro codificaciones, no es correcto afirmar que se encuentra anquilosada en el tiempo¹.

Con el desbordado entusiasmo del novel funcionario que piensa que su aporte o descubrimiento abre una nueva era en la historia, un Intendente de Compañías pondera el éxito de la nueva Ley de Modernización de la Ley de Compañías sosteniendo que la fecha de su expedición marca el nacimiento del derecho societario en el Ecuador, pues lo existente en la época anterior no sirve y que las reformas introducidas a nuestra vieja Ley de Compañías convierten a esta en una de las más modernas del mundo.

También se ha sostenido que la Ley de Compañías (1964) es una reproducción del Código de Comercio de la época de Alfaro (1906), desconociendo la actualización efectuada por la Comisión de Legislación Permanente (1960) y la adopción por parte del Ecuador de muchas regulaciones de la Ley Mexicana (1934) y de la Española (1951).

En todo caso, queremos dejar en claro que no nos oponemos a una reforma de nuestra legislación societaria, siempre que la misma consulte las necesidades reales de nuestro país, antes que a la adopción de experimentos de dudosa viabilidad, en que algunas

¹ En aporte a lo expresado, nos remitimos a las reformas de abril de 2012, mayo de 2014, octubre de 2018, diciembre de 2019 y febrero de 2020.

de sus especies de sociedades carecen de efectiva utilización y las demás son utilizadas para objetivos distintos a los que inspiraron su existencia, como la sociedad anónima creada para el desarrollo de grandes empresas, la atomización del riesgo y la democratización del capital y que en nuestro país, generalmente, se las utiliza para limitar la responsabilidad de algunos empresarios, cuando no para organizar el patrimonio de personas, con vista a su eventual fallecimiento o para ocultar la real titularidad de sus bienes.

Modernizar el derecho societario ecuatoriano, entendamos, habría sido crear las condiciones para que la sociedad anónima, por ejemplo, posea muchos accionistas (y no uno solo como lo dispone la reforma), que la mayoría de ellas coticen sus acciones en bolsa y que el grueso del público posea o adquiera sus acciones, como aconteció en Alemania cuando lanzó el programa «Acciones para el pueblo» que reactivó la compañía Volkswagen después de la guerra, para no mencionar otros ejemplos.

Por supuesto, también estamos de acuerdo con las reformas que llenan los vacíos a contradicciones existentes y lo haremos notar en su oportunidad como aciertos de la nueva ley.

Entre las «innovaciones modernizadoras» introducidas en la nueva ley, se incluyen las siguientes:

- 1) **El contrato de compañía.**- Es aquel por el cual **dos o más** personas unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades (art. 1). Es decir, en el contrato —como todo contrato— deben participar dos o más personas; sin embargo, en la reforma modernizadora se establece que algunas sociedades, como la de acciones simplificadas

(S. A. S.), pueden constituirse con una sola persona; y, las sociedades anónimas que se constituyan con dos o más personas, pueden subsistir con una sola persona como accionista, si reducen su número inicial de socios (Art. 23). Es decir, que la reforma admite al contrato de una sola persona, al mismo que le otorga la calidad de persona jurídica; esto es que, al ente así creado o existente que tiene un solo miembro, lo admite como persona jurídica. Por lo que, más que una ficción es una aberración.

Más fácil habría sido disponer que la sociedad que se quedare con un solo accionista se convierta de puro derecho en una empresa unipersonal de responsabilidad limitada, sin trastocar los principios al derecho societario.

Sin embargo, no podemos dejar de aplaudir el acierto de la reforma de la ley vanguardista al haber reconocido en su art. 1 que «el contrato de compañía es aquel **por el cual dos o más** personas unen sus capitales o industrias...» reformando el art. 1 de la Ley Orgánica de Emprendimiento, en que se crearon las S. A. S., que dispuso que el contrato de compañías es aquel «por el cual una o más personas... unen capitales o industrias», lo cual tuvo que ser corregido por la Ley de Organización y Eficiencia de Trámites Administrativos.

- 2) **La duración de la compañía.**- La legislación societaria ecuatoriana siempre exigió la determinación del plazo de duración de las compañías; y, si bien el mismo podía prorrogarse por voluntad de sus socios, al no hacerlo

previamente a su vencimiento se disolvía la compañía y entraba en liquidación; y, al concluir la misma, terminaba la existencia de la compañía. Con la nueva reforma no es necesario fijar el plazo de duración de las compañías, este puede ser indefinido: «Si no se expresa en el estatuto se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido». (Arts. 19 y 24)².

Es preciso tener presente que la fijación del plazo responde a la necesidad de los socios de tener conocimiento del tiempo que se obligan a permanecer asociados; pues, de otra manera, dicha sociedad podría considerarse que se constituye ad eternum.

- 3) **Del Objeto Social.**- Uno de los requisitos fundamentales en la constitución de una compañía era el objeto social, el mismo que la ley exigía ser debidamente concretado (arts. 137 y 150); es decir, determinado. Sin embargo, como algunas compañías **adoptaban un objeto múltiple o variado** para cumplir con tal requisito, la legislación adoptó una postura excesivamente exigente por la cual **las compañías solo podían adoptar un objeto único**; esto es, una sola actividad empresarial (Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, art. 3), el cual debía ser real y de lícita negociación y determinado en forma clara en el contrato social. Esta norma ha sido reformada por la **Ley de Modernización a la Ley de compañías** (art. 3) en cuyo inciso segundo se sostiene:

2 Debió decirse plazo y no término.

El objeto social de una compañía podrá, de manera general, **comprender una o varias actividades económicas lícitas**, salvo aquellas que la Constitución o la ley prohíban o reserven para otro tipo de entidades. El objeto social deberá estar establecido en forma clara en su contrato social o documento de constitución... (La negrilla es mía).

La compañía no podrá ejecutar ni celebrar otros actos o contratos distintos de los señalados en el inciso anterior, salvo los que ocasional o aisladamente pudieran realizarse con fines de inversión, de investigación o de experimentación, o como contribuciones razonables de orden cívico o de carácter social.

Somos de la opinión que esta reforma es positiva, pues superó las posturas extremas que contenía la legislación anterior.

Sin embargo, no podemos omitir señalar que en las S. A. S., la ley se aparta de este criterio y solo exige la enunciación clara y completa de las actividades previstas en su objeto social, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad mercantil o civil. Si nada se expresa en el acto de constitución se entenderá que la sociedad podrá realizar **cualquier actividad lícita** (art. s/n 6). Esto conlleva que la S. A. S. puede sustituir a la persona natural, a fin de obrar y contratar libremente, sin tener concretada la actividad a la que se dedica.

- 4) La joya de la Ley Modernizadora de la Ley de Compañías que estamos tratando es la exigencia de que ciertas

compañías extranjeras que no operen en el país, y que solamente sean socias o accionistas de una compañía nacional, deban revelar anualmente lo que podríamos llamar, para explicarnos mejor, el «ADN» de sus capitales sociales, es decir, quiénes son las *personas naturales* que resulten ser los últimos dueños o beneficiarios finales de las acciones que hubieren emitido; absurdo que obviamente, puede convertirse en un obstáculo insalvable para la inversión extranjera o un mecanismo de disuasión de la misma.

Aparte de lo antedicho, convendría advertir que con esa normativa se estaría obligando a una compañía extranjera, que no está domiciliada ni opera en el país, a cumplir exigencias legales ecuatorianas de carácter secundario.

Esta tendencia empezó a filtrarse en Ecuador con la reforma publicada en el R. O. #353 del segundo suplemento del 23 de octubre de 2018, y ahora ha sido modificada exageradamente por el art. 39 de la Ley de Modernización de la Ley de Compañías, que dice:

Art. 39... En caso de que el accionista fuere una sociedad extranjera, según lo previsto en el inciso final del Art. 145, deberá presentar a la compañía, durante el mes de diciembre de cada año, una certificación extendida por la autoridad competente del país de origen en la que se acredite que la sociedad en cuestión cuenta con existencia legal en dicho país.

Igualmente, se deberá proporcionar una lista completa de todos sus miembros, socios o accionistas, con indicación de sus nombres, apellidos, estados civiles,

nacionalidades y domicilios. Las sociedades extranjeras que participaren en el capital social de una sociedad anónima en cuya nómina de socios o accionistas constaren otras personas jurídicas de cualquier naturaleza deberán proporcionar, igualmente, la nómina de sus integrantes, y así sucesivamente hasta determinar o identificar a la correspondiente persona natural. La lista completa de los socios o accionistas de la sociedad extranjera y de sus integrantes hasta identificar a la correspondiente persona natural, cuando correspondiere, serán suscritas y certificadas ante Notario Público por el secretario, administrador o funcionario de la prenombrada sociedad extranjera que estuviere autorizado al respecto, o por un apoderado legalmente constituido.

Si la sociedad extranjera (...)

En todos los casos, se deberá justificar, documentadamente, que la totalidad del capital de la sociedad extranjera se encuentra representado, exclusivamente, por acciones, participaciones o títulos nominativos.

Las personas jurídicas extranjeras de cualquier naturaleza que participen en el capital de una sociedad anónima deberán proporcionar, igualmente, una certificación extendida por la autoridad competente de su Estado de origen en la que se acredite su existencia legal.

Asimismo, deberán presentar la nómina de sus integrantes, y así, sucesivamente, hasta determinar o identificar a la correspondiente persona natural. El listado de sus miembros deberá ser suscrito y certificado de acuerdo con el requerimiento que este artículo impone a las sociedades extranjeras.

Las certificaciones mencionadas en este artículo serán apostilladas o autenticadas por cónsul ecuatoriano, al igual que las listas arriba señaladas si hubieren sido suscritas en el exterior.

Si la información que la compañía ecuatoriana debe presentar a la autoridad tributaria nacional sobre sus accionistas extranjeras, sean estas personas naturales o jurídicas, no ha variado respecto de la información consignada el año anterior la obligación de la compañía ecuatoriana se tendrá por cumplida mediante la declaración bajo juramento que en dicho sentido realice el representante legal.

Si esta documentación no fuere presentada antes de la instalación de la próxima junta general de accionistas del año siguiente que deberá conocer los estados financieros e informes de ejercicio, la sociedad extranjera no podrá concurrir, ni intervenir ni votar en dicha junta general. La sociedad extranjera que incumpliere esta obligación por dos o más años consecutivos podrá ser excluida de la compañía de conformidad con los Arts. 82 y 83 de esta Ley, previo acuerdo de la Junta General de Accionistas, aplicándose en tal caso las normas del derecho de receso establecidas para la transformación, pero únicamente a efectos de la compensación correspondiente.

La intencionalidad de tal disposición es manifiesta, al reiterar la exigencia en diferentes artículos de la ley en comento, a saber: 14, 16, 26, 39 y 50, etc. No obstante, se la pretende justificar como un mecanismo de control de la inversión extranjera; en especial, para impedir la procedencia de capitales de origen dudoso o manifiestamente perjudicial para los intereses del país,

pretendiendo ignorar que existen otros medios menos onerosos para lograr dichos propósitos³.

Este absurdo jurídico pudo ser eliminado inteligentemente en la presente ley y reemplazado inteligentemente por una normativa de verdadera vanguardia, pero por el contrario se agravó su aplicación como queda anotado.

Por lo tanto, es fallida la afirmación sostenida de fuentes de la Asamblea Nacional de que el marco normativo de la nueva ley es más moderno para el sector societario del país, simplificando los trámites y apoyando a la reactivación del sector productivo (Diario El Universo, Dic. 31/2020).

En los demás artículos de la edición de esta revista se expondrán los puntos de vista de sus autores sobre otros aspectos de la Ley de Modernización de la Ley de Compañías.

3 Y también menos peligrosos y hasta proclives a su burla. Menos peligrosos, porque no es justo hacer depender la pureza de todo juramento, como el que debería rendir el representante legal de la compañía ecuatoriana según el citado art. 39, de la información equivocada o incompleta que pudiera recibir de un accionista del exterior (de buena o de mala fe). Y proclive a la burla, simplemente dejándose de cumplir la referida exigencia, ya que la única consecuencia negativa que podría sufrir en su contra la compañía extranjera sería la de que pueda ser «excluida» de la compañía nacional por los restantes socios, que bien podrían ponerse de acuerdo con ella para no proceder con la «exclusión».

Dr. Emilio Romero Parducci

SOBRE LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS

SOBRE LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS

Dr. Emilio Romero Parducci

- 1.- El 13 de agosto de 2020 la Asamblea Nacional discutió en su primer debate el «Proyecto de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías» que, como era de esperarse, habría contado con el lógico patrocinio o colaboración de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, por ser el «órgano de control» correspondiente, y, luego de un veto parcial del presidente, la misma Asamblea aprobó esa Ley el 1.º de diciembre del mismo año. O sea, que, con el veto superado, esa nueva ley fue aprobada por nuestra tristemente célebre Asamblea Nacional de entonces, con toda felicidad, más o menos en 110 días calendario (incluyendo los que correspondieron al trámite del veto presidencial). Y, pocos días después, el 10 del mismo mes de diciembre se publicaba esa nueva ley en el Tercer Suplemento del Registro Oficial n.º 347.

El extraño calificativo «de Modernización» de esa nueva ley debe haberle llamado la atención a más de una persona, por injusto o por impertinente, o, por lo menos, por innecesario.

Recordemos que a fines de 1993 se expidió en Ecuador una ley denominada «Ley de Modernización del Estado», con el fin de suprimir una serie de disposiciones legales que habían sido creadas a lo largo del tiempo por falsos tecnócratas —apodados entonces «kikuyos»— dizque para manejar mejor las relaciones entre el Estado y su sector productivo. Esa sí fue una verdadera ley de modernización, porque eliminó eficazmente los grandes obstáculos burocráticos que los kikuyos habían propiciado, en único provecho de ellos mismos y de los amigos de la tramitomanía.

Pero bautizar a una nueva ley como «de Modernización de otra anterior» no parece muy apropiado, porque, en términos generales, las leyes nuevas que reforman las anteriores se dictan para mejorarlas, ora corrigiéndolas, ora poniéndolas al día. Por ello, la ley en cuestión bien pudo denominarse como de costumbre se designan a las leyes que reforman leyes anteriores, es decir, como «Ley Reformatoria de la Ley de Compañías», y sanseacabó.

- 2.- **Las compañías mercantiles** estuvieron regladas desde hace mucho tiempo por el Código Civil aprobado el 21 de noviembre de 1857, que comenzó a regir el 1.º de enero de 1861, y, posteriormente, por el Código de Comercio de 1906 (cuya última codificación se publicó el 20 de agosto de 1960); hasta que mediante el Decreto Supremo n.º 142 del 27 de enero de 1964 se expidió una ley especial dedicada a ellas, es decir, a las compañías mercantiles, denominada simplemente como «Ley de Compañías», de muy grata recordación para muchos abogados de entonces; la misma

que fue publicada en el Registro Oficial n.º 181 del 15 de febrero de 1964.¹

Con esa nueva «Ley de Compañías» recién nacida, el derecho societario ecuatoriano principió a desarrollarse de manera impresionante, empezando porque en ella se habían creado para Ecuador, como verdaderas novedades, la «Compañía de Responsabilidad Limitada» y la «Compañía de Economía Mixta», así como las figuras jurídicas de la «Transformación» y de la «Fusión». Tanto así que, para el año siguiente, en abril de 1965, se expidió la primera gran reforma de la mencionada ley, en la que se dispuso la creación de la «Superintendencia de Compañías Anónimas», que luego, con el nombre de «Superintendencia de Compañías» simplemente, pasaría a ser **«el órgano de control societario»** por antonomasia de las «compañías de capitales», es decir, una verdadera novedad, que los empresarios nacionales y ciertos abogados especializados en derecho comercial empezaron a estudiar con cierto temor por la clase de **«control societario»** que ese nuevo organismo podría imponer, hasta que, con el tiempo y las aguas, acabaron por respetarlo en alto grado, principalmente por la reconocida calidad moral y profesional de sus representantes.

En suma, a partir de entonces, los «controles societarios» a los que las compañías mercantiles de capitales quedaron sujetas fueron el «control interno» y el «control externo».

1 Como dato curioso, vale mencionar el hecho histórico de que ya en el año 1909 se había expedido una ley de catorce artículos que dos años después fue oficialmente conocida como «Ley de Compañías de 1909».

- (i) El «control interno», que puede dividirse en dos clases de actuaciones: las de los «comisarios», que nuestra Ley de Compañías heredó del anterior Código de Comercio de 1906, codificado en 1960, gracias a sus arts. 316, 317, 318 y 319; y, las de los «auditores externos», que se incorporarían al derecho societario ecuatoriano a fines del año 1986; y,
- (ii) El «control externo», que —en el plano societario— corresponde íntegramente al poder público del Estado, a través de la «Superintendencia de Compañías» (hoy, además, «de Valores y Seguros») creada oficialmente el 5 de junio de 1967, con personalidad jurídica propia y para la vigilancia y control de las compañías mercantiles de capitales, que entonces eran las anónimas, las de en comandita por acciones y las de economía mixta (y que ahora son también las sociedades por acciones simplificadas).

Sobre este tema del «control societario» de las compañías mercantiles, del cual volveremos a tratar más adelante, se sugiere que el amable lector se sirva recordar o revisar en la anterior *Revista de Derecho Societario* (la número 15) la estupenda colaboración del doctor Jorge Egas Peña, intitulada *El control societario en el Ecuador*.

- 3.- Y, como era de esperarse, esa nueva ley de 1964, con el paso del tiempo, sufrió, entre otras, las siguientes reformas y fue objeto de las siguientes codificaciones:²

2 Tomado parcialmente de la *Sinopsis Histórica de la Ley de Compañías y normativas conexas* del doctor Marcelo Icaza Ponce y del abogado Santiago Romero Jouvín, publicada en el n.º 9 de la *Revista de Derecho Societario*, páginas 12 a 43.

- 1.- En el Registro Oficial del 23 de abril de 1965 se produjo la primera gran reforma de la Ley de Compañías y se dispuso la creación de un organismo llamado entonces «Superintendencia de Compañías Anónimas», que después sería simplemente la «Superintendencia de Compañías» y, finalmente, la «Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros».
- 2.- La Constitución Política de 1967 elevó expresamente a categoría de *organismo constitucional* a la Superintendencia de Compañías, como «organismo de control».
- 3.- Mediante Decreto Supremo promulgado en el Registro Oficial del 5 de junio de 1967 se creó oficialmente la «Superintendencia de Compañías», con personalidad jurídica propia, y se le concedió las facultades de vigilancia y fiscalización de las Compañías Anónimas, en Comandita por Acciones y de Economía Mixta.
- 4.- En el Registro Oficial del 19 de julio de 1968 se publicó la **primera codificación de la Ley de Compañías**.
- 5.- En febrero de 1971 se publicó la segunda gran reforma a la Ley de Compañías, que introdujo varios e importantes cambios a la misma.
- 6.- En el Suplemento del Registro Oficial del 6 de abril de 1971 se publicó la **segunda codificación de la Ley de Compañías**.
- 7.- Para entonces, el llamado «Pacto Andino» impuso en Ecuador nuevas reglas —muy poco amistosas— para la «inversión extranjera», lo cual, entre otras cosas, indirectamente ocasionaría poco a poco la eliminación

total de las «acciones al portador» en las compañías anónimas, que ocurrió finalmente en el año 1975.

- 8.- Por Decreto publicado en el Registro Oficial del 6 de octubre de 1971, se permitió la «transformación» de las compañías anónimas a compañías de economía mixta, y viceversa.
- 9.- En marzo de 1972 se establecieron nuevas normas relacionadas con la «disolución» de las compañías de comercio.
- 10.- En julio de 1974 se dictaron normas especiales para la «inactividad», la «disolución» y la «liquidación» de las compañías de comercio.
- 11.- En el Registro Oficial del 13 de enero de 1975 se publicó un decreto supremo por el que se concedió a la Superintendencia de Compañías —además de las atribuciones que ya tenía— la vigilancia y control de todas las compañías de responsabilidad limitada y se instauró la figura de la «intervención». Esa fue la tercera gran reforma de la Ley de Compañías.
- 12.- En agosto de 1975 se expidió un decreto por el cual —por fin— se exoneraron de todos los impuestos a las constituciones y más actos societarios de las compañías mercantiles.
- 13.- En agosto de 1976 se fijaron nuevos mínimos para los capitales sociales de las compañías de comercio.
- 14.- En el Registro Oficial del 28 de julio de 1977 se publicó la **tercera codificación de la Ley de Compañías.**

- 15.- En enero de 1979 se publicó lo que podría considerarse como la cuarta gran reforma a la Ley de Compañías, en la que se destacaron nuevas reglas para la vigilancia y control de las compañías de responsabilidad limitada.
- 16.- En el Registro Oficial del 12 de julio de 1983 se publicó la Resolución n.º 12510 de la Superintendencia de Compañías que ordenó el régimen de las acciones pertenecientes a una sociedad conyugal, básicamente para protección de la mujer casada.
- 17.- El 30 de diciembre de 1986 se publicó una reforma a la Ley de Compañías, que instituyó la «auditoría externa» para ciertas compañías importantes. Esta podría ser considerada la quinta gran reforma de la Ley de Compañías.
- 18.- En el Registro Oficial del 29 de junio de 1989 se publicó una nueva ley dedicada a la «inactividad», «disolución», «reactivación» y «liquidación» de las Compañías, así como a la cancelación del permiso de operar en el país concedido a las compañías extranjeras.
- 19.- El 18 de agosto de 1989 y el 2 de agosto de 1990 se publicaron varias reformas al Código Civil, y en particular a los artículos relacionados con el régimen patrimonial de la *sociedad conyugal* en el mundo de las compañías mercantiles, es decir, a los actuales artículos 181 y 182 de dicho Código.
- 20.- En el Suplemento del Registro Oficial del 5 de noviembre de 1999 se publicó la **cuarta codificación de la Ley de Compañías**. Y en el Registro Oficial del 25 de los

mismos mes y año se publicó una Fe de errata a aquella codificación.

- 21.- Con motivo de la *dolarización* del país, en el Registro Oficial del 13 de marzo de 2000 se publicó la «Ley Trole», que tuvo mucho que ver con la *elevación del valor nominal de las participaciones o acciones* de las Compañías de Responsabilidad Limitada y de las Compañías Anónimas.
- 22.- En el suplemento del Registro Oficial del 24 de junio de 2005 se publicó la vigente codificación del Código Civil, en el que se sigue normando a las Compañías Civiles.
- 23.- En enero de 2006 se publicó la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada.
- 24.- En el Registro Oficial n.º 591 del 15 de mayo de 2009 se publicó una «Ley Reformativa a la Ley de Compañías» de 18 artículos, dedicados principalmente a ciertas compañías extranjeras que estuvieren operando de cualquier forma en Ecuador.
- 25.- En el Suplemento del Registro Oficial del 20 de mayo de 2014 se publicaron varias reformas a algunas leyes para transparentar el mercado de valores, y entre ellas la Ley de Compañías.
- 26.- En el Suplemento del Registro Oficial del 29 de diciembre de 2017 se publicó la «Ley orgánica para la reactivación de la economía, fortalecimiento de la dolarización y modernización de la gestión financiera», con la que se reformaron unos pocos artículos de la Ley de Compañías.

- 27.- En el Segundo Suplemento del Registro Oficial del 23 de octubre de 2018 se publicó la «Ley Orgánica para la optimización y eficiencia de trámites administrativos», en la que se introdujeron algunas reformas a la Ley de Compañías, especialmente en lo relativo a la liquidación, cancelación y reactivación.
- 28.- En el Suplemento del Registro Oficial del 13 de diciembre de 2019, entre otras, se crearon ciertas curiosidades que tal vez habrían sido impensables hace 20 años, tales como las «**operaciones combinadas**», para crear, absorber o transformar en un mismo acto múltiples sociedades, y las «**fusiones fronterizas**».
- 29.- En el Suplemento del Registro Oficial del 28 de febrero de 2020 se crearon las «**Sociedades por Acciones Simplificadas**», que han merecido cierto cuestionamiento de algunos especialistas en el derecho societario.

O sea, por la historia de sus reformas y codificaciones, desde su nacimiento en el año 1964, la Ley de Compañías de Ecuador no fue precisamente un cuerpo legal abandonado a su propia suerte, sino todo lo contrario, especialmente gracias a **los primeros veinte** años de la Superintendencia de Compañías y a las grandes personalidades que entonces la dirigieron, tales como René Bustamante Muñoz, Francisco Salgado Salgado, José Antonio Baquero de la Calle, César Moya Jiménez, Germán Carrión Arciniegas y Teresa Minuche Murillo de Mera, en Quito, y Ramón Vela Cobos, Alfonso Trujillo Bustamante y Rómulo Gallegos Vallejo, en Guayaquil.

No ha sido apropiado, pues, sino más bien algo arrogante, bautizar a la ley referida como «Ley de Modernización a la Ley de Compañías»; aunque para algunos estudiosos más agudos del derecho societario, el cuestionado calificativo fue expresamente introducido en el nombre de la nueva ley en cuestión por los verdaderos ideólogos de la misma, para desviar la atención de los interesados en ella, a fin de que no advirtieran sus reales intenciones, que parecían cocinadas dentro del socialismo del siglo XXI, enemigo de *los sectores productivos nacionales*, que tanto «aportó» al alumbramiento de la Constitución ecuatoriana del año 2008, de la cual aparecen elocuentemente tomadas y trasplantadas a los «Considerandos» de la mencionada nueva ley, aquellas consignas tan conocidas de *«la distribución igualitaria de los medios de producción»* y de *«la economía popular y solidaria»*.

- 4.- Dicho todo lo anterior, empecemos por constatar en los primeros renglones de la **«Ley de Modernización a la Ley de Compañías»**, es decir, en el cuarto artículo de los 137 que tiene, que ella no es tan *«modernizadora»*, como su nombre lo proclama. Pero para eso tendremos que empezar retrocediendo más de medio siglo.

El **art. 13** de la entonces recién nacida «Ley de Compañías» del año 1964, con la ingenuidad de un primerizo, decía, muy mondo y lirondo, lo siguiente: **«Art. 13. En ninguna compañía se puede negar a los socios el derecho de examinar los libros, correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la administración social»**. (Las negrillas no son del original). Para una mejor

apreciación de lo transcrito se aclara que ese **art. 13** se encontraba en la Sección I de la referida ley, bajo el título de DISPOSICIONES GENERALES.

Catorce meses después fueron suficientes para que quienes se habían comprometido con el éxito de aquella nueva Ley de Compañías cayeran en cuenta de que esa extrema libertad dada por ese **art. 13** a *todos los socios* de todas las compañías mercantiles (especialmente a los de las «*anónimas*», «*en comandita por acciones*» y «*de economía mixta*») había sido un error garrafal, y fue por eso que **en la primera gran reforma de la Ley de Compañías**, ocurrida el 23 de abril de 1965, se corrigió esa peligrosísima equivocación, con la **condigna** modificación de aquel **art. 13**, que entonces pasó a decir lo siguiente: «**Art. 13.** Los socios podrán examinar los libros y documentos de las compañías relativos a la administración social; **pero, los accionistas de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, solo tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los balances generales, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, de las memorias o informes de los administradores y de los comisarios, y de las actas de las Juntas Generales;** asimismo podrán solicitar la lista de los accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o a tratarse en dichas juntas». (Las negrillas no son del original).

Sobra decir que los abogados y muchos empresarios de entonces aplaudieron *las excepciones* expuestas en esa reforma legal, porque ellos conocían muy bien que, al menos en Ecuador, en las «*compañías con acciones*» no

puede operar la democracia total, so pena de arriesgar el negocio respectivo, por motivos tan diversos que van desde el *espionaje empresarial* hasta los tan conocidos *conflictos entre mayorías y minorías*.

¡El sentido común había triunfado otra vez! Y con el tiempo ese **art. 13** —ya corregido— pasó a ser el **art. 15** de la Ley de Compañías, dentro de la misma Sección I y con el mismo texto con el que fue reformado en abril de 1965, tal como se puede confirmar en la codificación de 1971.

Lamentablemente, **más de medio siglo después**, la «Ley de Modernización a la Ley de Compañías» nos regresó al pasado, es decir, al año 1964 y hasta con mayores perjuicios. Y ya no por error.

Lo antedicho se confirma con el primer inciso del **actual art. 15** de la Ley de Compañías (antes **art. 13**), cuyo texto dizque ya «modernizado» dice así: «Los socios o accionistas (y, por tanto, cualquiera de ellos) podrán examinar todos los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social. En especial tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los estados financieros, de las memorias o informes de los administradores, así como de los informes de los comisarios y auditores, cuando fueran del caso, y de las actas de juntas generales; también podrán solicitar la lista de socios o accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas». (Obsérvese, por favor, que esa reforma suprimió *las excepciones* que estaban amparadas en aquella oración que empezaba diciendo: «pero, los accionistas de las compañías anónimas, en comandita por acciones, y de economía mixta solo tendrán derecho a que se les confiera...»).

Claro que con tantas libertades concedidas tan generosamente a los «accionistas» según el texto precedente, los mismos verdaderos ideólogos de la misma ley en cuestión se vieron obligados a «exigir» a dichos «accionistas» que se porten bien y que guarden el *debido sigilo* respecto de la información a la que hubieran tenido acceso, tal como se podrá constatar en los dos incisos finales de aquel **art. 15**, redactados con tanta gracia.

L. Q. Q. D.³

En todo caso, lo más notable de lo antedicho es la confirmación de que la «modernización» del **art. 15** (antes **art. 13**) de la ley en cuestión, irónicamente **nos ha regresado al pasado en más de cincuenta años**; pero, lo verdaderamente importante es el gravísimo peligro que correrán en Ecuador las «*compañías con acciones*» cuando **ciertas minorías**, sin el debido consejo, pretendan utilizar ese derecho ilimitado a toda información posible, para tratar de conseguir con el hostigamiento del caso cualquier prebenda impensable, o, mucho peor, cuando algún **competidor desleal** pretenda utilizar como espía a un *apropiado accionista minoritario* —con unas pocas acciones, por ejemplo— para que le consiga cualquier información secreta que necesite, a pesar de los graciosos dos incisos finales del **art. 15** de la ley modernizada.

- 5.- Pero lo más grave de todo lo antedicho es que esa estulticia cometida contra el **art. 15** (antes **art. 13**) de la Ley de Compañías no fue una simple necedad o tontería, sino que fue la punta de lanza —muy bien labrada— con la que se

3 «Lo que quería demostrar», según aprendimos en el colegio.

inició el despojo de todas las seguridades y tranquilidades que siempre tuvieron en esos asuntos las **mayorías** de las *compañías con acciones*; tal como se confirma y evidencia con los **dos nuevos incisos finales** del ya modernizado **art. 25** de la Ley de Compañías, que se transcriben a continuación:

El Superintendente podrá **exigir**, de oficio o a **petición de los socios o accionistas** de la compañía (y, por tanto, de uno cualquiera de ellos), la presentación de los estados financieros y de **cualquier documentación contable** que fuere necesaria para determinar la actual situación financiera de una compañía sujeta a su vigilancia. Estos estados financieros deberán ser entregados dentro de los quince días siguientes al mandato del Superintendente, bajo las mismas sanciones previstas en los incisos anteriores, salvo que la compañía, por razones justificadas, hubiere obtenido prórroga del plazo.

Los socios o accionistas (y, por tanto, uno cualquiera de ellos, aunque solo tuviere una acción o participación) tendrán el derecho de solicitar al organismo de control, en cualquier tiempo, **el libre y oportuno acceso a la información financiera y demás documentos de la compañía**. Para tales efectos, se procederá de acuerdo con el inciso anterior. (Las negrillas no son del original).

Conviene destacar que los dos últimos incisos del **art. 25**, que se acaban de transcribir, no existían en la Ley de Compañías antes de su reciente «modernización», lo cual resulta muy decidor y ayuda a descubrir toda la demás hostilidad con la que se ha venido atacando en los últimos tiempos a la querida Ley de Compañías.

Con esos dos últimos incisos del citado **art. 25** de la Ley de Compañías quedó confirmada la decisión de los verdaderos ideólogos de la nueva ley, de acosar con ella a los principales exponentes de la *libre empresa* y de los *sectores productivos de la nación*, y, por ende, a las **compañías mercantiles**; tal como de inmediato se demuestra; porque no se trata solamente de la excesiva e innecesaria concesión de derechos a favor de los accionistas minoritarios de las *compañías con acciones*, sino de otros atentados parecidos... o peores.

6.- Pruebas al canto, con las «declaraciones juradas»:

- (a) Con respecto a las compañías de responsabilidad limitada, gracias a la «Ley de Modernización a la Ley de Compañías», el primer inciso y el antepenúltimo inciso del literal h) del **art. 115** de la Ley de Compañías, actualmente ya dicen:

En caso de que el socio fuere una sociedad extranjera, deberá presentar a la compañía, durante el mes de diciembre de cada año, una certificación extendida por la autoridad competente del país de origen en la que se acredite que la sociedad en cuestión cuenta con existencia legal en dicho país.

(...)

Si la información que la compañía ecuatoriana debe presentar a la **autoridad tributaria** nacional sobre sus socias extranjeras, sean personas naturales o jurídicas, no ha variado respecto de la información consignada el año anterior, la obligación de la compañía ecuatoriana se tendrá por cumplida mediante la **declaración bajo juramento** que en dicho

sentido realice el representante legal. (Las negrillas no son del original).

Al margen de esa obstinación con la *declaración jurada*, nos preguntamos de paso ¿qué hace la Ley de Compañías al servicio del **Servicio de Rentas Internas (SRI)**?

- (b) En el numeral 11 del **art. 137** de la Ley de Compañías, gracias a la Ley de Modernización de la misma, con respecto a la compañía de responsabilidad limitada, se dice que en la **escritura de constitución** los comparecientes deberán dejar constancia de:

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 compañía de responsabilidad limitada. **También** deberá incluirse una **declaración jurada** que acredite que los fondos, valores y aportes utilizados para la constitución de la compañía de responsabilidad limitada provienen de actividades lícitas. (Las negrillas no son del original).

«¡Fuenteovejuna, todos a una!».

- (c) Igualmente, para la constitución de la compañía anónima, gracias a la misma nueva ley, en el numeral 14 del interminable y mal remendado **art. 150** de la Ley de Compañías también se repite dos veces la misma obsesión con la «declaración juramentada» aquella, con los siguientes términos:

La **declaración, bajo juramento de los comparecientes**, de la veracidad y autenticidad de la informa-

ción proporcionada y de la documentación de soporte presentada durante el proceso de constitución de la compañía anónima. **También** deberá incluirse una **declaración jurada** que acredite que los fondos, valores y aportes utilizados **para la constitución** de la compañía anónima provienen de actividades lícitas. (Las negrillas no son del original).

“¡Fuenteovejuna, todos a una!”.

- (d) Con la misma música y con la misma repetición, con respecto a **los aumentos de capital** de las compañías anónimas, gracias a esa misma nueva ley, a continuación del numeral 4 del **art. 183** de la Ley de Compañías se dice:

Al momento de instrumentarse **un aumento de capital**, deberá incluirse una cláusula que contenga la **declaración bajo juramento** del representante legal, de la veracidad y autenticidad de la información proporcionada y de la documentación de soporte que sustenta el aumento de capital. **También** deberá incluirse una **declaración jurada** del representante legal que acredite la correcta integración del capital social y que los fondos, valores y aportes utilizados para el aumento de capital provengan de actividades lícitas. (Las negrillas no son del original).

Adviértase, por favor, que en el texto precedente (dedicado exclusivamente al aumento de capital) se incluyó la travesura de que el representante legal también acredite bajo juramento «la correcta integración del capital social» (y no solo del aumento sino de todo el capital), es decir, la integración del capital **antes del aumento**; lo cual de

alguna forma podría resultar repetitivo por la «declaración juramentada» ya rendida en la **constitución de la compañía**, según el numeral 14 del **art. 150** de la Ley de Compañías... o en un anterior aumento de capital.

(e) Como la referida obsesión con las «declaraciones juradas» o «juramentadas» parece que empezó con la expedición de la ley que creó las **Sociedades por Acciones Simplificadas (S. A. S.)** en febrero de 2020, la «Ley de Modernización a la Ley de Compañías» aprovechó la ocasión para **complementar** el numeral 12 del actual **art. 317.8⁴** de la Ley de Compañías, en los siguientes términos:

12. 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 por acciones simplificada. **También** deberá incluirse una **declaración jurada** que acredite que los fondos, valores y aportes utilizados para la constitución de la sociedad provienen de actividades lícitas. (El **complemento** agregado al texto anterior de este numeral 12 lo constituye la segunda parte del párrafo transcrito que comienza con la palabra «También»).

7.- Saturados de tantos juramentos, viene bien preguntarnos desde cuándo y desde dónde nos llegó la novelería de

4 En realidad, no existe oficialmente el **art. 317.8** de la Ley de Compañías, que corresponde a un artículo sin numeración que en su momento fue denominado «Contenido del documento constitutivo», y que ahora lo podemos identificar con esa numeración no oficial gracias al excelente servicio de la Corporación de Estudios y Publicaciones y al especial ingenio de sus editores.

ocuparnos y preocuparnos tanto por la pureza particular y privada de las **compañías mercantiles** ecuatorianas, cuya inmensa mayoría está dada en la práctica por sociedades familiares y por una que otra prolongación de importantes empresas extranjeras, que generalmente llevan sus negocios con especial limpieza. Y una vez formulada esa pregunta sabremos identificar la respuesta en los responsables de todo lo que Ecuador vivió y soportó en los últimos tiempos desde el año 2007, con el empujón de aquella suerte de confraternidad regional del siglo XXI, enemiga de los sectores productivos del país, a la que ya nos hemos referido.

Es que antes de todo aquello, a nadie se le había ocurrido acosar tan abiertamente a las compañías mercantiles ecuatorianas con la plaga aquella de las «declaraciones juradas» referidas anteriormente, y **con el inseparable y peligroso fantasma del perjurio**, porque el derecho comercial y el derecho procesal ecuatoriano siempre tuvieron recursos jurídicos mejores que esas «declaraciones» ridículas para **controlar** la correcta administración de las compañías mercantiles. Y no solo eso, sino que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en teoría al menos, cuenta con abundantes mecanismos de control más que suficientes para cumplir debidamente sus deberes y obligaciones con enormes facilidades; por lo que llama poderosamente la atención que en el «Considerando» noveno de la referida «Ley de Modernización a la Ley de Compañías» sus autores se hayan permitido la siguiente afirmación:

Que la actividad de control que ejerce la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros sobre el sector empresarial formalmente organizado

ha demostrado la necesidad de que se dote a esta institución de mecanismos más idóneos de supervisión, de manera que, ofreciendo un servicio efectivo a las compañías, a los socios o accionistas de aquellas y a los terceros en general, cuyos intereses por mandato legal debe proteger, **se adecue en mejor forma a los lineamientos de modernización del Estado**. (Las negrillas no son del original).

Dejamos al amable lector que digiera con calma el texto precedente (especialmente el pasaje aquel de que la propia Superintendencia «ha demostrado la necesidad de que se dote a esta institución de mecanismos más idóneos»... ¿de acoso?); pero, por nuestra parte, por lo que antecede, nos vemos obligados a designar solamente las **facilidades y mecanismos** con que actualmente cuenta la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para ejercer la **vigilancia y el control** de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta; de las empresas extranjeras que ejerzan actividades en Ecuador; de las compañías de responsabilidad limitada; de las sociedades por acciones simplificadas, y, de las bolsas de valores y seguros (y demás entes, en los términos de la Ley de Mercado de Valores).

Esas **facilidades y mecanismos** son:

- Reformar los estatutos sociales de compañías.
- Revisar «actos societarios» ya instrumentados.
- Aprobar las fusiones, escisiones, transformaciones, etcétera, de compañías.

- Ordenar «disoluciones» de compañías.
- Ordenar «liquidaciones» de compañías.
- Nombrar liquidadores.
- Hacer «inspecciones» a las compañías con su propio personal.
- Disponer «intervenciones» de compañías con su propio personal.
- Nombrar interventores.
- Convocar a las juntas generales de las compañías.
- Multar a las compañías y a sus administradores.
- Calificar a las firmas de auditoría externa que presten sus servicios a las compañías.
- Revisar los estados financieros y más cuentas anuales de las compañías.
- Revisar los informes de los auditores externos de las compañías.
- Revocar el permiso de operación concedido a la compañía extranjera que tenga sucursal en Ecuador.
- Designar de oficio un administrador temporal de la sociedad por acciones simplificadas que se encuentre en acefalía.
- Efectuar un «control formal de legalidad» de la designación del representante legal de cada sociedad por acciones simplificadas.
- Etcétera.

Con todo este elocuente listado y con la increíble declaración que la Superintendencia de Compañías ha permitido que se formule en el «Considerando» noveno de la «Ley de Modernización a la Ley de Compañías», en el sentido de que su actividad de control le haya demostrado a ella que existe «la necesidad de que se dote a esa institución de mecanismos más idóneos de supervisión», queda confirmada plenamente la razón que tuvo el doctor Jorge Egas Peña, meses antes de que se expidiera la «Ley de Modernización a la Ley de Compañías», cuando en su artículo «El control societario en el Ecuador», publicado en el número 15 de la *Revista de Derecho Societario*, se refirió al **«reiterado afán de la Superintendencia de Compañías de incrementar de manera incansable su poder de control con medidas no siempre acertadas, que en la práctica no han beneficiado a los entes controlados y provocan el desbordado crecimiento del ente burocrático, en su número y en su poder»**. (EDINO. Primera Edición: septiembre 2020).

- 8.- Lo cual nos obliga a sumarnos con la siguiente información con respecto a las llamadas *Normas del Buen Gobierno Corporativo*:

El fenómeno de los Códigos del Buen Gobierno Corporativo empezó en los Estados Unidos de América, en los años setenta, por causa de los escándalos financieros de algunas de las más grandes sociedades de esa época, para consolidarse en los años noventa con la ayuda del movimiento reformador denominado «corporate governance».

Dicho esto, hay que aclarar que ese movimiento, como todos los similares, se concretaron al cuidado del Buen

Gobierno de las grandes Sociedades, con cientos y miles de accionistas, es decir, de esas compañías enormes que prácticamente no existen en Ecuador.

No obstante esto último, **allá por el año 2005** empezó a gestarse en Ecuador lo que años después serían las ***Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo***, que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros «aprobó» mediante Resolución SCVS-INC-DNCND-2020-0013, del 1.º de setiembre de 2020, publicadas en la **edición especial** del Registro Oficial 1076 del **25 de setiembre de 2020**, que cuenta con más de 70 páginas.

Lo curioso de esta larguísima historia (que nos hemos permitido recordar) es que las tales «Normas Ecuatorianas» **no son obligatorias**; no obstante lo cual fueron oficialmente «aprobadas» por la Superintendencia de Compañías y publicadas en el Registro Oficial. Será por esa ambigüedad que, gracias a la «Ley Modernizadora a la Ley de Compañías», el inciso final del actual **art. 431** de la Ley de Compañías dice:

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, **velará e incentivará la implementación del buen gobierno corporativo...** (Las negrillas no son del original).

¿Será por esto último que algunas «normas» de ese Buen Gobierno Corporativo ecuatoriano fueron trasplantadas a la Ley de Compañías (para entonces sí pasar a ser obligatorias), como **ocurrió con los nuevos «deberes» de debida diligencia y de lealtad**, que figuran en los arts. 262 y 262.1. (que se tratarán más adelante)? ¡Y como ocurrió también

con el «**Derecho de la minoría a incluir puntos adicionales en el orden del día de una convocatoria**», que ahora consta trasplantado (de esas «normas») en los tres incisos finales del art. 235!

Terminamos esta digresión recordando que, en nuestra opinión, lo del «Buen Gobierno Corporativo» **no funcionaría en Ecuador, porque aquí no existen las grandes compañías que en otros países le dieron y le siguen dando motivo y origen.**

- 9.- Llegados a este punto, permítasenos hacer la siguiente pausa para entender mejor el acoso que las compañías mercantiles están recibiendo del Estado en los últimos tiempos:

A mediados de marzo del presente año 2021, los medios de comunicación social hicieron pública **una polémica generada en las altas esferas del Gobierno** a causa de la fijación de la tarifa de transporte de crudo por el Oleoducto de Crudos Pesados (OCP), en la que participaron, **por una parte**, una alta funcionaria de la anterior y de la actual administración y, **por otra parte**, el ministro del ramo, que en cierto momento le había recordado a aquella alta funcionaria que el «**sesgo antiempresa privada**» había sido lo que llevó a ciertos funcionarios del Ministerio y de Petroecuador a plantear la tarifa menor.⁵

Y ahora volvamos al texto principal, pero no olvidemos ese «**sesgo antiempresa privada**» reconocido públicamente por un alto ministro de Estado.

5 Diario *El Universo*, viernes 19 de marzo de 2021.

- 10.- Las compañías mercantiles existieron jurídicamente en Ecuador desde su primer Código Civil y, más especialmente, desde el Código de Comercio de 1906. Y ya vimos que en 1964 se expidió en este país la Ley de Compañías, que aún perdura con sus reformas y codificaciones, y a pesar de la «Ley de Modernización a la Ley de Compañías» del 10 de diciembre de 2020. Pues bien: salvo el caso de esta última, es decir, antes del 10 de diciembre de 2020, a ninguna ley mercantil ecuatoriana se le había ocurrido acudir a la figura jurídica de la «declaración jurada» en la forma tan pródiga como se ha hecho en esa última ley; simplemente porque nunca se la consideró necesaria.
- 11.- Para demostrar lo sostenido en el número precedente, como un botón de muestra, formulémonos la siguiente pregunta y expliquemos su condigna respuesta:

¿Por qué a ningún genio ecuatoriano del derecho, o hasta de la política, no se le ha ocurrido aún recomendar y conseguir que se expida una ley para que las «declaraciones patrimoniales» o las «declaraciones de impuestos» se formulen y se presenten amparadas en una «declaración juramentada», a fin de garantizar la verdad de las mismas?

Aquello no se ha dado, creeríamos nosotros, ante todo, **por innecesario**, y, además, talvez, porque las cuestiones tributarias suelen ser muy opinables; lo cual fácilmente podría provocar injustas acusaciones de *perjurio*, tanto más cuanto que las autoridades fiscales no suelen ser buenos jueces en cuestiones impositivas.

Cosa parecida a esta última tal vez podría decirse en la actualidad con respecto a la Superintendencia mencionada.

12.- Con todo lo antedicho de por medio, acudamos a la realidad práctica para demostrar la irracionalidad de aquellas «declaraciones juradas», con los siguientes **casos supuestos** en el frecuente trajinar de las **compañías mercantiles**:

- (a) La Compañía «El patito dos por tres S. A.» se constituyó en Ecuador en 1980. En el año 1985 hizo su primer aumento de capital, con aportes dinerarios. Cinco años después efectuó un nuevo aumento por compensación de créditos con un solo accionista. Diez años después, esa compañía volvió a aumentar su capital por capitalización de reservas. En el año 2002 la misma compañía hizo un nuevo aumento de capital con el superávit proveniente de la revalorización de activos. Y en el año 2015 esa misma compañía hizo un último aumento de capital, por elevación del valor de sus acciones ya emitidas y mediante la capitalización parcial de sus reservas facultativas de libre disposición.
- (b) En el año 2019 falleció el gerente general y representante legal de «El patito dos por tres S. A.», **y lo eligen a usted, lector amigo**, por ser un reconocido ejecutivo de primera categoría, como reemplazo del difunto, y usted acepta, a fines del año 2020.
- (c) En el mes de mayo del año 2021, esa misma compañía, con el concurso de usted, hace un nuevo aumento de capital, con aportes dinerarios debidamente pagados.

- (d) Pero, para instrumentalizar legalmente ese aumento de capital, entre otras cosas ya cumplidas, usted, amable lector, de conformidad con el **art. 183** de la Ley de Compañías, como representante legal de «El patito dos por tres S. A.», debe recordar que, *gracias* a la «Ley de Modernización a la Ley de Compañías», está obligado a **declarar bajo juramento** lo que ese artículo ordena...
- (e) Y cuando le consulte usted a su abogado sobre esa declaración, él, que lo estima mucho, probablemente le dirá que no cometa la locura de hacer tal declaración sobre **tan largo pasado, totalmente desconocido por usted**, o que renuncie al cargo que usted aceptó el año anterior; y entonces usted en ese momento dimensionará debidamente lo que podría significar que usted avale con su juramento la legalidad y la pureza de **todos los aumentos de capital** que para esa compañía se hicieron sin su intervención en varias ocasiones desde el año 1985 y, para colmo, que también avale usted **la legalidad y la pureza del capital social original** con el que se constituyó en 1980 la Compañía «El patito dos por tres S. A.
- (f) Entonces, probablemente usted —por elemental prudencia— renunciará de su cargo, con el aplauso escondido de dos o tres miembros de aquella confraternidad regional del siglo XXI, enemiga de los sectores productivos del país; a pesar de que todos aquellos aumentos de capital del pasado se habían realizado con ejemplar legalidad.

13.- Con el **supuesto ejemplo** contenido en el número anterior queda claro que los dardos de las referidas «declaraciones

juradas» apuntan directamente a las compañías mercantiles; pero, en la práctica, el *blanco* que importa es el «representante legal» de la compañía, que frecuentemente tendría que rendir personalmente la respectiva «declaración jurada», con el constante riesgo de cometer involuntariamente el correspondiente **delito de perjurio**; con lo cual también la propia compañía resultaría herida al final del día. ¡Una trampa perfecta, para una víctima propiciatoria permanente!

Y es por eso que los ideólogos de todo aquello, además de lo que ya hemos visto, tuvieron que recargar a los «administradores» y, entre ellos, principalmente al «representante legal» supradicho, esto es, a la víctima propiciatoria, de una serie de supuestos **deberes nuevos**, que expandirían notablemente los límites de *las responsabilidades* que los «representantes legales» tenían antes de la nueva *ley modernizadora*, y fue así como, por un lado, (i) modificaron totalmente para sus dañadas intenciones un texto clarísimo muy antiguo y de gran importancia y, por otro lado, (ii) crearon de la nada una nueva obligación de los «administradores» denominada **«deber de lealtad»**.

- 14.- Y fue por eso que la nueva ley modificó el **art. 262** de la Ley de Compañías, suprimiendo su texto clarísimo que desde 1964 había permanecido inalterado, diciéndonos desde entonces, con gran autoridad y especial elegancia, que:

El administrador desempeñará su gestión con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente.

[Por favor, que quede claro que el texto precedente del art. 262 es el mismo que tuvo el art. 291 de la primera Ley de Compañías recién nacida en febrero de 1964].

Esa disposición, corta, sobria, elocuente y completa, vinculada por oposición con la «culpa leve», lo decía todo y lo decía bien, para mala suerte de los ideólogos referidos, que se vieron vergonzosamente obligados a eliminarla —sin necesidad alguna— para sembrar en su lugar el siguiente bodrio de tres incisos, con un título ostentoso:

Art. 262.- Deber de debida diligencia:⁶ Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes, reglamentos, estatutos y demás normativa aplicable, con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Para tales efectos, los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección de la compañía.

En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la compañía la información que fuere necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

De acuerdo con la regla de la discrecionalidad, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, el

6 Obsérvese que este artículo (mal trasplantado de las *Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo*) totalmente reformado ahora lleva un título propio («Deber de debida diligencia»), no obstante que los más de cuatrocientos artículos de la Ley de Compañías no llevan títulos. Dicho lo cual, por otra parte, adviértase que algunos artículos reformados por la *ley modernizadora* ya ostentan títulos propios, gracias a ella, como los artículos 183.1, 183.2, 183.3, 199.2, 199.3 y 238.1.

estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Se presumirá que el administrador ha actuado conforme a la regla de la discrecionalidad, salvo prueba en contrario que demuestre actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. La carga de la prueba recaerá sobre quien alega la responsabilidad del administrador.

Ese bodrio innecesario habría sido el pretexto para crear de inmediato —como en efecto así se hizo bajo el número 262.1.⁷— un nuevo artículo que le diera vida a un nuevo «deber» de los administradores de las compañías anónimas, con el atractivo nombre de «**deber de lealtad**», como la pareja perfecta del «**deber de debida diligencia**» que acababa de ser creado por el artículo anterior. Así, con esa nueva creación, los ideólogos de la *ley modernizadora* acabarían debilitando más aún a la institución jurídica de la «administración» de las compañías anónimas, como ya se demostrará.

Por el momento, con todo lo ya dicho, veamos el extraño contenido de ese art. 262.1.⁸:

7 Otra vez, gracias a la Corporación de Estudios y Publicaciones.

8 Este artículo (mal trasplantado de las *Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo*) también es totalmente nuevo e igualmente también ostenta un título propio

Art. 262.1.- Deber de lealtad.- Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la compañía.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas;
- b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él y hasta por un año contado a partir de su desvinculación, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera;
- c) Abstenerse de contratar o negociar, directa o indirectamente, con la compañía que administrare, salvo las excepciones previstas en el artículo 261 de esta Ley; y de incurrir en las prohibiciones enumeradas en el artículo 243 de esta Ley;
- d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio, juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; y,
- e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la compañía.

La infracción del deber de lealtad, resuelto en sede judicial, determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social

en caso de haberlo, sino también la de devolver a la compañía el enriquecimiento injustificado obtenido por el administrador, cuando correspondiere. (Salvo el título al principio, las negrillas y el subrayado no son del original).

Y ahora, por corta providencia, por favor, que el amable lector ponga especial atención en que este artículo, que trata del «**deber de lealtad**», expresamente se refiere a su cumplimiento o incumplimiento únicamente en cuestiones o situaciones particulares o puntuales, es decir, en el mundo de la singularidad, pero nada dice este artículo con respecto a los **casos generales**; a los cuales nos referiremos más adelante.

Los dos textos precedentes de ambos artículos (del 262 y del 262.1.) nada tienen que ver realmente con la pretendida *modernización* de la Ley de Compañías, pero sí tienen mucho que ver con el extraño empeño de acosar a las compañías mercantiles, propiciando para ellas escenarios o situaciones hostiles que nunca antes tuvieron, como se demostrará de inmediato.

Como el amable lector ya habría advertido y confirmado que la elocuencia y sobriedad del antiguo texto anterior del **art. 262** fueron reemplazadas por la verbosidad insufrible de su nuevo texto, para terminar diciendo feamente lo mismo que jurídicamente se necesitaba decir, no insistiré en analizar con él su torpe nuevo contenido pero, en cambio, me limitaré a llamar su atención únicamente con respecto al **título** de ese nuevo contenido, para recordarle que el

antiguo texto anterior nunca tuvo **título** alguno, porque nunca lo necesitó; y, además, para advertirle que, a pesar de esto último, los ideólogos antedichos le endilgaron aquel **título**, porque necesitaban crear una «**lista**», aunque fuere la más corta posible,⁹ para producir, junto al ya referido **art. 262**, un nuevo artículo, con el título de «**Deber de lealtad**», y así tener al fin la **lista necesaria**, para que ese artículo nuevo tenga «su razón de ser», esto es, la creación *ad hoc* de un «**nuevo deber**» de los administradores, que, con el paso del tiempo, si se lo permiten, podrían llegar a convertirse en la fuente más fácil y peligrosa de conflictos societarios nuevos que nunca debieron existir.

Al margen de la mecánica seguida para la creación de ese **nuevo deber de los administradores**, obsérvese, por favor, que la materia prima de esa nueva obligación no es cualquier cosa, pues la «**lealtad**» es algo muy serio. Tanto, que Séneca (Lucius Annaeus) dice que la **lealtad** es «una de las virtudes que glorifican al hombre».

O sea, que, en buen romance, nuestros asambleístas, que en diciembre de 2020 aprobaron la «Ley de Modernización a la Ley de Compañías», entonces dispusieron que los administradores de las compañías anónimas **debían ser titulares de la virtud de la lealtad**.

9 Aunque la «lista» aquella quedó reducida solo a dos «deberes» concretos, no tan bien explicados por sus autores, es decir, al «Deber de debida diligencia» y al «Deber de lealtad», debe tenerse muy en cuenta que, aparte de esos dos deberes nuevos de los administradores (que nosotros llamaríamos *ad hoc*), aún subsisten todos los deberes que ellos ya tenían antes de la *ley modernizadora*, como las que constan en el art. 263 y otros que se hallan regados en la Ley de Compañías.

Todo lo dicho hasta aquí sobre el **deber de debida diligencia** y el **deber de lealtad** nos obliga a aclarar que, tratándose de incumplimientos o violaciones a esos «deberes», en el caso del **deber de debida diligencia**, el asunto se contrae únicamente en determinar si, en el caso respectivo, el administrador obró o no con «culpa leve», mientras que, en el caso del **deber de lealtad**, la cuestión es mucho más compleja, no solo por la determinación particular de cada problema, sino por el **grado de culpa**, que en nuestra opinión, no puede ser de «culpa leve», sino de «levísima», porque el presunto infractor debe ser una persona **virtuosa**, por lo menos en los casos puntuales expresamente **descritos** en el mismo **art. 262.1.**, bajo la frase que constituye su segundo inciso y que dice: «*En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:*».

¿Pero qué pasa —*en general*— en los demás casos de deslealtad del administrador?

Pregunta muy válida, desde luego, porque —como ya lo advertimos— el artículo citado solo se refiere a cinco casos de deslealtad, *en particular*.

Muy válida, claro está, tanto más cuanto que los ideólogos de la *ley modernizadora* consiguieron (no sabemos cómo) que entre las recientes reformas a la Ley de Compañías, de diciembre de 2020, se incluyera la reforma al **art. 272** de la misma, mediante la creación de sus dos nuevos incisos finales que —con el debido camuflaje— **permiten la insensatez de que cualquier minoría de accionistas que represente por lo menos el cinco por ciento (5 %) del respectivo capital social, puede, sin junta general de**

accionistas de por medio, ejercer, directa y exitosamente, contra cualquier administrador de la compañía la llamada «acción social de responsabilidad», cuando ella se pretenda fundamentar en cualquier supuesta infracción —no tipificada— al sacrosanto «deber de lealtad». Y, en tal caso, tendríamos la posibilidad de ser testigos de una acción judicial propuesta contra un administrador de una compañía anónima, por una *minoría del 5 %* del capital social de la misma, sin la venia de la Junta General de Accionistas, por una pretendida **infracción** contra el «deber de lealtad» **no tipificada** en la Ley de Compañías.

El resto de esta reflexión se lo dejamos al amable lector, junto con los textos de **los dos nuevos incisos** del mencionado **art. 272**, recientemente creado en la Ley de Compañías, que se copian a continuación para que no haya duda alguna sobre su insensato contenido:

El o los accionistas que representen, individual o conjuntamente, **el 5% del capital social** podrán entablar, a nombre y en defensa del interés de la compañía, la **acción social de responsabilidad** cuando la misma, por intermedio de la persona designada, no la presentare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha en que la junta general acordó ejercer la acción correspondiente.

El o los accionistas **a los que se refiere el inciso anterior**, podrán ejercer **directamente** la acción social de responsabilidad cuando se fundamente **en la infracción del deber de lealtad**, sin necesidad de someter la decisión de la junta general. (Las negrillas no son del original).

Claro que la parte final de ese último inciso del **art. 272** se refiere tanto a las infracciones al «deber de lealtad» determinadas **de manera particular** en el **art. 262.1.**, como a las infracciones a ese mismo deber no tipificadas en dicho artículo (ni en ningún otro) por ser **de carácter general**; no obstante lo cual, el problema —tanto para el o los acusadores como para el juez o los jueces— estaría siempre en determinar cuáles serían los casos en que el administrador de la compañía habría incurrido en **una infracción de carácter general** al «deber de lealtad».

- 15.- Como el amable lector habrá advertido, en nuestra opinión, en ciertas áreas importantes de la nueva *ley modernizadora*, ella habría sido concebida con un marcado sesgo político en contra de las **compañías mercantiles**; lo cual creemos haberlo demostrado suficientemente. Por eso, por lo pronto, basta y sobra la elemental conclusión de que todas esas novelorías injustas y sesgadas, demostradas anteriormente, deben ser derogadas de inmediato, es decir, por lo menos, aquellas ridículas «declaraciones juradas» exigidas a los socios y a los administradores de las compañías mercantiles; la excesiva libertad para que todos los socios o accionistas accedan libremente a los libros y documentos de la compañía; y, la barbaridad aquella del último inciso del **art. 272**, que ahora permite que un 5 % de los accionistas pueda destituir a un administrador o representante legal de la compañía, sin siquiera la celebración de una junta general. A lo cual habría que agregar la eliminación de toda influencia posible en el derecho ecuatoriano de las tales *Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo*, a pesar de su ostentoso pedigrí (o por eso mismo).

Admito que no suena nada bien la antedicha eliminación propuesta, especialmente por el inteligente título que adoptaron para esa aventura los ideólogos respectivos (*el Buen Gobierno Corporativo*), pero confío en que muchos estudiosos de verdad sabrán darse tiempo para leer, con decisión y valentía, las tales *Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo* y, por tanto, para luego combatir las torcidas intenciones de sus ideólogos, por lo menos en Ecuador, donde esas normas no caben, tal como se demostró en el número 8 de este estudio. Claro que para eso ellos deberán determinar dónde está realmente **la base de operaciones** de aquellas «normas» y, tal vez, de dónde se reciben las instrucciones del caso.

Sin perjuicio de lo antedicho, volviendo a lo principal, nos permitimos agregar que la naturaleza misma de las compañías mercantiles ecuatorianas no merece el maltrato que se les ha venido dando en los últimos tiempos.

Si es harto sabido que la compañía anónima es una *persona jurídica* que tiene por finalidad hacer negocios lícitos a niveles empresariales, para que las utilidades económicas que produzcan los mismos terminen beneficiando económicamente a sus accionistas en los términos establecidos en la ley; sin olvidar que todo ello se deberá hacer con «la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente...» lo que, desde luego, por una parte, impone la prohibición legal de jamás perjudicar a las minorías ni a terceros con actuaciones torcidas y, por otra, la obligación de pagar los tributos correspondientes.

Por otra parte, la compañía anónima no es, pues, una cooperativa, ni una congregación, ni un sindicato, ni un club privado, ni una fraternidad, ni una cofradía ni una institución de beneficencia.

Todo lo antedicho debe quedar muy claro para no confundir a las compañías anónimas comunes y corrientes con otras asociaciones, como las **instituciones bancarias**, por ejemplo, que tienen sus regulaciones estatales más o menos complicadas, sus propias normas de buen gobierno corporativo y, además, las famosas **Normas Internacionales de Basilea**.

En todo caso, lo cierto es que las compañías mercantiles forman parte importantísima del gran ejército formado por los sectores productivos de la nación, sin los cuales los países libres de malformaciones estatales no podrían vivir; no obstante lo cual esas compañías mercantiles con frecuencia son maltratadas económicamente por esos países, con tributos exagerados o con leyes torpes, que en buena parte acaban beneficiando a una excesiva burocracia y a la corrupción, mientras **la educación y la salud públicas** seguirán siendo solo membretes a niveles populares. Y todo esto último viene ocurriendo plenamente, como nunca antes, por lo menos, durante los últimos quince años en Ecuador. Y es por esas inconsecuencias que, consciente o inconscientemente, en Ecuador, algunas compañías mercantiles (que nunca fueron candidatas a los altares) suelen *cobrase* esos maltratos con indebidos malabares de hecho o de derecho, no necesariamente delincuenciales, «para empatar el partido», en perjuicio —claro está— de las nuevas generaciones.

En todo este contexto preocupante, personalmente creo que, en el Ecuador actual, es a la empresa privada, principalmente a través de todas las compañías mercantiles, a quien le toca en gran parte, por encima de todos los demás, impulsar con sus propias fuerzas y recursos el ordenamiento económico del país, sin privilegiar sus balances anuales por encima del futuro del país; porque si no lo hacen, en nuestra modestia opinión, el maltrato y el acoso que ahora están soportando acabarán logrando exitosamente las oscuras metas de sus ideólogos, nada menos que con el auxilio inconsciente de la propia empresa privada.

¿Y cuál sería la receta concreta para evitar ese desastre? Nosotros no la tenemos. Pero con imaginación y creatividad casi todo se puede lograr...

No obstante lo anterior, tal vez se podría partir de ciertas realidades actuales, realmente indiscutibles, para empezar el desafío propuesto con valentía; por ejemplo, el tema del generoso, merecido e inteligente aumento de los salarios de los trabajadores de las compañías mercantiles a niveles justos y apropiados, con la verdad en la mano y en la cabeza, sin medias tintas, porque no habrá tiempo para ensayos. Asimismo, el apadrinamiento o patrocinio generoso y ordenado de las mismas compañías mercantiles, a favor de niños y jóvenes sin recursos económicos suficientes, mediante becas completas para estudios en escuelas y colegios apropiados. Y así, por el estilo.

Pero, por favor, que recuerden los verdaderos empresarios que no queda mucho tiempo... que todo empezó cercanamente en Cuba en 1959, y después continuó en

Venezuela en 2004, para luego corresponderle el turno a Nicaragua en 2012, mientras ahora —con mayor velocidad— parecen que hacen cola Perú, Colombia y otros más...

16.- Antes de terminar, una raya más al tigre.

Como era de esperarse, ese acoso contra el sector productivo nacional, representado en Ecuador principalmente por las compañías mercantiles, empezó a contagiarse en otros estamentos jurídicos del país, por ejemplo, en el mundo del derecho penal.

En efecto, probablemente con base en la invitación respectiva plasmada en el número 7 de las famosas *Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo* (justo al final de ese mamotreto), intitulado «MEDIDAS PARA MITIGAR LA CORRUPCIÓN EMPRESARIAL», con el patrocinio de la Superintendencia de Compañías, la anterior Asamblea Nacional, de tan ingrata recordación, aprobó varias reformas al Código Orgánico Integral Penal (COIP),¹⁰ entre las que se destacó una, que pronto entrará en vigencia, a continuación del **art. 320** de dicho Código que, *aunque usted no lo crea*, decía y sigue diciendo:

Artículo 15.- A continuación del artículo 320 agréguese el siguiente artículo:

Art. 320.1.- Actos de corrupción en el sector privado.
El director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados

¹⁰ Ver Segundo Suplemento n.º 392 del Registro Oficial del 17 de febrero de 2021.

patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares, que intencionalmente acepte, reciba o solicite donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años, y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

Será sancionada con la misma pena del párrafo anterior la persona que en forma directa o indirecta, prometa, ofrezca o conceda a directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores o cualquier empleado que ejerza cargo de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares, donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, con el fin de que como contraprestación, faltando al deber inherente a sus funciones, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero,

en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

Si los sujetos señalados en el primer y segundo párrafo, ejecutan los actos o no realizan el acto debido, **serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.**

Serán sancionados con la misma pena del párrafo anterior, los sujetos descritos en el primer y segundo párrafo, que en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, intencionalmente abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo.

Se aplicará el máximo de la pena para la conducta señalada si se comprueba beneficio económico o inmaterial a un tercero; cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; o, cuando las contrataciones se efectúen directa o indirectamente con el sector público y por ende existan recursos del Estado de por medio.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, sin embargo, si solo se benefició la persona natural responsable o terceros ajenos a la persona jurídica involucrada, la responsabilidad no recaerá sobre la persona jurídica. (Salvo el título al principio, las negrillas no son del original).

No obstante que el Derecho Penal fue una de las materias más interesantes de nuestra formación universitaria, tal vez gracias a los profesores respectivos, entre los que se destacó notablemente el gran maestro Raúl Gómez Lince, no nos sentimos capacitados para analizar el precedente laberinto de palabras desbocadas. Y es por eso que gustosamente cedemos el puesto para que los nuevos maestros de esa ciencia tan querida, ayuden a descifrar el trabalenguas que antecede.

Finalmente, a propósito de esos **actos de corrupción en el sector privado**, dizque *tipificados* en aquel art. 320.1. del COIP, no puedo dejar de vincularlos con el **debate presidencial** del 21 de marzo de 2021, entre los dos *candidatos finalistas*, en la parte en que el candidato perdedor dijo: «Poder erradicar la corrupción. Y no solo la corrupción pública que nos indigna, **sino también la corrupción privada...**». ¹¹

Mayo de 2021

¹¹ No se incluye **el final** de la cita, para no dar la impresión de que festejamos el pretendido insulto camuflado en ese final.

Dr. Roberto Salgado Valdez

BREVES COMENTARIOS A LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE
COMPAÑÍAS CON REFERENCIA A LAS COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD
LIMITADA

- 1.- *Contrato y acto unilateral de constitución de Compañía*
- 2.- *Escritura pública fundacional*
- 3.- *Plazo indefinido*
- 4.- *Domicilio Cantonal*
- 5.- *El objeto social*
- 6.- *Pactos Sociales*
- 7.- *Cláusulas Compromisorias*
- 8.- *Intervención de personas jurídicas*
- 9.- *Amortización de participaciones*
10. *Transferencia intervivos de participaciones*
11. *Caso en que cesiones de participaciones quedan sin efecto*
12. *Transmisión y partición de participaciones*
13. *Medios para aumento de capital social*
14. *Derecho de preferencia*
15. *Ejercicio del derecho de preferencia*

...

BREVES COMENTARIOS A LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS, CON REFERENCIA A LAS COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Dr. Roberto Salgado Valdez

En el Tercer Suplemento del Registro Oficial 347 de 10 de diciembre del 2020 se ha publicado la Ley de Modernización a la Ley de Compañías que incorpora importantes modificaciones, en especial relacionadas con actualización de sus normas de acuerdo a la era digital en que vivimos, con el desarrollo de elementos que se encontraban previstos en ella, con la incorporación de nuevas formas jurídicas, con determinaciones con respecto a problemas que se presentaban, con clarificaciones y mejoras con respecto a la administración de las compañías en aplicación de un buen gobierno corporativo, con la eliminación de obligatoriedad de designación de comisarios y con una reorganización general de normas de disolución, liquidación y cancelación de compañías.

A continuación me referiré, lo más sucintamente, a estos hechos con relación a la Compañía de Responsabilidad Limitada, en los siguientes términos:

1. CONTRATO Y ACTO UNILATERAL DE CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍA

Las reformas a la ley establecen en el artículo 1 una definición de «Contrato de compañía», exigiendo la presencia de dos o más personas para, al final, señalar que en el caso específico de las Sociedades por Acciones Simplificadas, éstas podrán constituirse mediante acto unilateral, es decir con un solo accionista. Cabe señalar que el artículo 1453 del Código Civil establece que las obligaciones nacen, entre otras figuras, de los contratos o convenciones y el 1454 del mismo Código manifiesta que se trata de un acto por el cual una parte se obliga para con otra, por lo que todo contrato, sin excepción, requiere al menos de dos partes que deben obligarse. Como consecuencia, no puede existir un contrato con la intervención de una sola persona o parte. En lo mercantil, el artículo 216 del Código de Comercio se expresa en iguales términos remitiéndose a los principios y reglas generales del derecho civil. ¿La necesaria pluralidad exigida para el contrato de compañía constituye un dogma?. Si dogma es una proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia, en este caso la ciencia del derecho, efectivamente se trata de un dogma jurídico, de modo que el contrato de compañía, como lo reconoce el artículo 1 de la Ley, solo puede celebrarse entre dos o más personas o partes. ¿El incorporar una excepción para que una compañía S. A. S. —que según definición del artículo 1 es un contrato— en el sentido de que puede constituirse por acto unilateral encierra una contradicción?. La respuesta unívoca es que sí. Dicho en otras palabras, si a una S. A. S. se le permite constituirse por acto unilateral, definitivamente en lo jurídico no es una sociedad, pero la Ley le confiere esa calidad como si lo fuera; en consecuencia, esta S. A. S., por disposición e imposición de la Ley, aun cuando no lo sea, se considera como si fuera una compañía para todos los efectos. Personalmente, opino que de esta manera queda aclarada esta posición producto de la reforma.

En lo personal, y en lo estrictamente jurídico, no podemos estar de acuerdo con ella pero la debemos respetar en la práctica ciertamente obligados por el principio de «dura lex, sed lex».

Sugerimos, entonces, que para superar esta contradicción y la diversidad de opiniones que se presentan al respecto, tomando como base los artículos 10 y 14 del Código de Comercio, que se incorpore en dicho Código el concepto de que «La Empresa» es una unidad económica que podrá estar representada por un comerciante o empresario que, a su vez, podrá limitar su responsabilidad patrimonial, a través de la constitución, por acto unilateral, de una sociedad por acciones simplificada, la misma que tendrá, los efectos y la condición jurídica que le señale la Ley de Compañías (con lo cual, por cierto, se elimina el sentido de existencia de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada). En consecuencia, como la actual Ley de Compañías impone, como ficción jurídica, que la S. A. S. sea considerada —sin serlo— como una compañía, se la tendrá como tal para todos los efectos legales pertinentes, aunque se trate de un contrasentido jurídico.

2. ESCRITURA PÚBLICA FUNDACIONAL

El artículo 137 establece los requisitos que debe contener la escritura pública de constitución de las Compañías de Responsabilidad Limitada, en el cual se ha reservado «el juramento» solo con respecto a la veracidad y autenticidad de la información proporcionada y documentación de soporte y sobre los fondos, valores y aportes utilizados para su constitución en el sentido de que provienen de actividades lícitas, en necia exigencia porque nadie va a señalar lo contrario.

3. PLAZO INDEFINIDO

La reforma incorpora en su artículo 19 la posibilidad de que la duración de las compañías expresamente puede ser indefinida. Si nada se expresa al respecto se entenderá también así, conforme se señala en el artículo 137, numeral 4.º, reformado.

Esta reforma ya antes se había realizado con respecto a las S. A. S., pero ahora también se la ha incorporado para el caso de las Compañías de Responsabilidad y Anónimas (no se entiende la razón por la cual no se extendió a los casos de las Compañías En Nombre Colectivo, En Comandita Simple y En Comandita por Acciones).

Particularmente, hemos opinado que siempre la Ley de Compañías admitió jurídicamente el plazo indefinido o indeterminado (conforme lo explicamos en nuestro *Tratado de Derecho Empresarial y Societario*, tomo I, volumen 2, punto 328, página 618), de modo que la reforma introducida permite en forma expresa y también tácita como antaño esta posibilidad.

4. DOMICILIO CANTONAL

La reforma introducida en el artículo 137, por el artículo 19, ha incorporado expresamente el carácter cantonal con respecto al domicilio de la compañía, particular que siempre se entendió que era así, conforme lo expresamos en el punto 317, de la página 600, tomo I, volumen 2 de nuestro *Tratado de Derecho Empresarial y Societario*.

5. EL OBJETO SOCIAL

Las últimas reformas, en el artículo 3, correspondieron también al objeto social de las compañías estableciendo que

podrá de manera general corresponder a una o varias actividades económicas lícitas, salvo aquellas que la Ley o la Constitución prohíban o reserven para otro tipo de entidades. Este objeto social debe estar claramente establecido en la constitución de la compañía.

Para la realización de su objeto social las compañías podrán celebrar y ejecutar todos los actos y contratos que razonablemente (?) le fueren necesarios o apropiados y relacionados directamente con dicho objeto social, así como los que tengan por finalidad el ejercer los derechos o cumplir con las obligaciones derivadas de su actividad o existencia. Pueden también ejecutar y celebrar actos y contratos con fines de inversión, de investigación o de experimentación o como contribuciones razonables de orden cívico o de carácter social.

Los actos o contratos celebrados o ejecutados con violación a estos límites, no obligarán a la compañía —¿en perjuicio de terceros?— y los administradores que los hubieren ejecutado o celebrado, o los socios o accionistas que los hubieren autorizado, serán personal y solidariamente responsables frente a los terceros de buena fe por los daños y perjuicios respectivos.

No estamos de acuerdo con esto último ya que se debía amparar a los terceros, para lo cual la compañía debía responder frente a ellos con su patrimonio sin perjuicio de que sean solidariamente responsables los administradores y los socios o accionistas que hubieren autorizado esos actos o contratos.

6. PACTOS SOCIALES

Al respecto cabe señalar que la primera Ley de Compañías, tanto para las de Responsabilidad Limitada como para las Anóni-

mas, contuvo la posibilidad de que en la escritura fundacional pudieran incorporarse pactos sociales, de modo que este tema no constituye ninguna novedad. El actual artículo 137, en su numeral 10.º, los recoge: *«Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer siempre que no se opongan a lo dispuesto a la Ley»*, tratándose de las Compañías de Responsabilidad Limitada.

Tratándose de las Anónimas, el actual 146, al respecto señala: *«...todo pacto social que se mantenga reservado será nulo»*, con lo cual, en ambos casos, se estableció un requisito: Que cualquier pacto social no puede mantenerse reservado, es decir, que para ser oponible frente a la compañía, ésta debe conocerlo, para lo cual hay que notificárselo. Mencionamos este hecho porque no existe ninguna novedad con respecto al derecho de negociar acciones en las Compañías Anónimas. La reforma establece en el artículo 191, que estos pactos se regirán por lo previsto al respecto por los acuerdos de accionistas de las S. A. S.; en consecuencia, tratándose de las Compañías de Responsabilidad Limitada, en atención al artículo 142 de la propia ley, se les aplicará esas disposiciones constantes en el artículo 317.42 de la ley que las desarrolla.

7. CLÁUSULAS COMPROMISORIAS

En cuanto a las Compañías de Responsabilidad Limitada (al igual que en las Anónimas), las reformas, a través del artículo 21, introducen la posibilidad, al incorporar al artículo 137.2, de que en el estatuto social pueda incluirse una cláusula compromisoria como mecanismo para resolver desacuerdos entre los miembros de la sociedad, siempre que el conflicto recayere sobre materia transigible, con lo que serán procedentes los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en derecho, conforme a las condiciones establecidas en la Ley y lo convenido por las partes.

Algo de historia al respecto: Esta posibilidad fue analizada en el año 2002 con ocasión de la preparación del Proyecto de Reformas a la Ley de Compañías que fue enviado al Congreso Nacional (dentro de los términos que al respecto establecía el artículo 191 de la Constitución entonces en vigencia como, casi en similares términos, lo establece hoy el artículo 190 de la actual Constitución, y, por supuesto, siempre que la materia sea transigible). Tal posibilidad se proponía para efectos de controversias entre socios, accionistas y la compañía, sobre cualquier asunto pero en especial sobre temas de juntas generales, utilidades, etc. Pero cabe señalar que no se incorporó esta posibilidad en el Proyecto porque justamente las propias Cámaras de la Producción se opusieron fundamentándose en que su inclusión requería para su ejercicio de un acuerdo expreso de todas las partes (socios, accionistas y compañía) y que como existía, sobre todo en las Compañías Anónimas, la posibilidad de negociación de acciones, se volvía muy discutible la aplicación obligatoria de la cláusula compromisoria a terceros cesionarios. Hoy la reforma, en cambio, introduce la posibilidad de hacerlo. Pero, a fin de superar el inconveniente presentado en el año 2002, la reforma señala: *«De efectuarse una cesión de participaciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula compromisoria prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario»*. Lo mismo lo hace con respecto a la Compañía Anónima, conforme se lo determina en el artículo 146.1. No compartimos este criterio. Creemos que lo acertado, para ajustarla a la exigencia de voluntad de las partes para comprometerse a un arbitraje, lo jurídico debía ser: que expresamente el cesionario acepte la cláusula compromisoria establecida en el estatuto. En consecuencia, esta reforma es de dudosa constitucionalidad y puede traer problemas. No está por demás señalar que este tema originalmente fue tomado de la ley colombiana sobre las S. A. S.

8. INTERVENCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

El anterior artículo 100 establecía que las personas jurídicas, con excepción de los bancos, compañías de seguro, capitalización y ahorro y de las compañías anónimas extranjeras, podían ser socios de las Compañías de Responsabilidad Limitada; estas prohibiciones, con las últimas reformas introducidas por el artículo 10, han permanecido casi intocadas, con excepción de la referencia a las compañías anónimas extranjeras que ahora sí pueden ser socias, siempre y cuando, al igual que todas las compañías extranjeras aunque no sean anónimas, sus capitales estuvieren representados únicamente por participaciones, acciones o partes sociales nominativas y de ninguna manera al portador.

En el Proyecto de reformas a la Ley del 2002 se suprimió este artículo y, en consecuencia, estas prohibiciones.

9. AMORTIZACIÓN DE PARTICIPACIONES

El anterior artículo 112, actualmente reformado por el artículo 12, utilizando el término «amortización» expresaba que ésta era posible en la forma que se establezca en el contrato social, siempre que para el efecto se cuente con utilidades líquidas disponibles para el pago de dividendos. En nuestro criterio, y así lo expresamos en varias oportunidades, el término «amortización» estaba mal utilizado porque de acuerdo a la descripción este correspondía más bien a una «readquisición» o «adquisición» de participaciones, ya que no implicaba su extinción, sino solamente su retiro temporal sin reducción del capital social.

La última reforma recoge esta realidad y acertadamente modifica el sentido de la norma jurídica utilizando correctamente el término que corresponde, «amortización», entendida con cargo al capital social, para lo cual se requerirá el acuerdo de su

reducción, tomando en la forma que establezca la Ley o el estatuto para la reforma del contrato social. Esta amortización no podrá exceder, al igual que en las Compañías Anónimas, del 50 % del capital social.

10. TRANSFERENCIA INTER VIVOS DE PARTICIPACIONES

Respetando en su integridad lo señalado en el artículo 113, esto es la solemnidad de escritura pública y el necesario consentimiento unánime del capital social expresado en junta general para la validez de la transferencia de participaciones, el artículo 12 de la reforma incorporó la posibilidad de que ese acuerdo pueda expresarse también por cualquier otro medio que deje constancia fehaciente de la voluntad de cada uno de los socios. Nos parece acertada la innovación. Por ejemplo, para cumplir este requisito bien pueden todos los socios comparecer al otorgamiento de la escritura pública o hacerlo a través de documentos por escrito en los que expresen esa voluntad.

11. CASO EN QUE CESIONES DE PARTICIPACIONES QUEDAN SIN EFECTO

De acuerdo al nuevo artículo 457.1, incorporado con base en el artículo 135 de las reformas, luego de que haya otorgado una escritura pública de aumento de capital social, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros tiene la potestad *ex post* de revisarlo y, de no haberse cumplido con los requisitos previstos en la Ley para el efecto, ordenar que cualquier cesión de participaciones —al igual que de acciones en las Compañías Anónimas— quede sin efecto al disponer la cancelación del acto societario. En este caso el Notario y Registradores Mercantiles deberán tomar nota de dicha orden dejando sin efecto tal cesión. No solo en este caso, sino en cualquiera de cancelación registral de un acto, se confiere

a las partes el derecho, previa resolución judicial o arbitral, para retrotraer las cosas al mismo estado en que se hallarían si no se hubiere realizado el acto cancelado, para efectos de devolución de aportes o para cualquiera otra restitución concediéndose acción reivindicatoria contra terceros poseedores. La reforma debió también conceder derechos a los cesionarios perjudicados, sin perjuicio de que podrán hacerlo de conformidad con las normas generales de proceso.

12. TRANSMISIÓN Y PARTICIÓN DE PARTICIPACIONES

El artículo 107 establece que la participación de cada socio es transmisible por herencia y que si los herederos fueren varios estarán representados en la compañía por la persona que designaren.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 142 nos parece, en este caso, aplicable la reforma introducida por el artículo 29 con respecto al artículo 190, en cuanto se refiere a la transmisión de acciones, aclarando procedimientos, de modo que para la correspondiente inscripción en el Libro de Acciones, los herederos deberán presentar en la compañía la posesión efectiva o el testamento —aspecto que antes no se mencionaba— cuando correspondiere.

Hasta cuando se realice la partición intervendrá en su representación el administrador designado de común acuerdo por las partes ante Notario Público; si no lo hacen, un Juez de lo Civil puede citar a los herederos para que lo hagan por mayoría de votos de los concurrentes. Si tampoco lo hicieren, el juez lo elegirá.

El administrador no puede renunciar sino solo con el consentimiento de la mayoría de los herederos o mediante aceptación del juez.

En las sucesiones testadas el albacea, si lo hubiere, actuará en su representación. Si no lo hubiere o llegare a faltar, intervendrá el administrador común y, en su falta, quien designe el juez.

Estas reglas podrán también aplicarse al caso de comuneros si no se hallan de acuerdo con el administrador y no hubieren estipulado nada al respecto.

La partición se realizará ante Notario Público, si hay acuerdo; si no lo hay, se realizará ante Juez de lo Civil.

13. MEDIOS PARA AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL

Con respecto a los medios para aumentar el capital social en las Compañías de Responsabilidad Limitada, establecidos en el artículo 140, la última reforma, realizada por el artículo 26, lo dejó intocado, lo que no ocurrió en cambio con el artículo 183 de las Anónimas, al que, en su numeral 4.º, referido a *«reservas o superávit proveniente de revalorización de activos»*, introdujo un agregado: *«... y/o por la aplicación de las normas contables en vigencia, saldos que solo podrán ser capitalizados en la parte que exceda al valor de las pérdidas acumuladas y las del último ejercicio económico concluido si las hubiere»*.

Llama la atención que esta posibilidad y restricción solo se haya agregado para el caso de las Compañías Anónimas y no para las de Responsabilidad Limitada; sin embargo, consideramos que igualmente puede actuarse en esta forma tratándose de estas últimas.

14. DERECHO DE PREFERENCIA

Los artículos 110 y 114, literal e), establecían que en caso de aumento de capital social el socio tenía derecho de preferencia, si

es que en el contrato constitutivo o en las resoluciones de la junta general no se hubiere convenido otra cosa. Pues bien, la última reforma realizada en ellos por los artículos 11 y 13, suprimió la posibilidad de que la junta general pueda acordar algo distinto con respecto al derecho de preferencia.

La reforma nos ha parecido parcial. Debió ser total si se quería obtener actuaciones basadas en la justicia por lo que también debió suprimirse la posibilidad de que en el estatuto social se pueda pactar otra cosa. Así se lo hizo en el proyecto del 2002, en un asunto que, en nuestro criterio, no admite la autonomía de la voluntad por tratarse de algo consustancial con el derecho de un socio en sociedades tanto de personas como de capitales. Así, en la Anónima, tal posibilidad no existe.

15. EJERCICIO DEL DERECHO DE PREFERENCIA

Nada al respecto señala la Ley sobre las Compañías de Responsabilidad Limitada, motivo por el cual cabe remitirse a lo que señala para las Anónimas en el artículo 181, reformado por el artículo 25 y que les resulta aplicable en virtud de lo señalado en el artículo 142.

Con respecto al derecho de preferencia en la Compañía Anónima las últimas reformas suprimieron la exigencia de publicación del aviso del derecho de preferencia en uno de los diarios de mayor circulación en el domicilio social, incorporando la publicación de dicho aviso en el portal de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros a más de la obligación del representante legal de notificarlo a los accionistas a través de correo electrónico, sin perjuicio de que en el estatuto pueda establecerse medidas adicionales.

El derecho se ejercitará dentro de los 30 días siguientes a la publicación en el portal web de la Superintendencia cuanto por los medios establecidos en el estatuto. Al respecto debió con certeza establecerse, en nuestro criterio, que, en el caso de que, la notificación por correo electrónico o la complementaria prevista en el estatuto, el plazo debía correr a partir de la última notificación, por obvias razones, más aún cuando en la práctica ningún socio va a revisarlo en la página web de la Superintendencia.

Es importante señalar que las reformas han incorporado la posibilidad de que en un aumento de capital mediante aportaciones no dinerarias (especies) los accionistas, con el fin de mantener su porcentaje de aportación accionarial y evitar una dilución de su participación tienen derecho a participar en el aumento de capital mediante aportes en numerario, lo cual nos parece aplicable para el caso de las Compañías de Responsabilidad Limitada.

16. REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

El anterior artículo 111 establecía que en las Compañías de Responsabilidad Limitada no se podían tomar resoluciones encaminadas a reducir el capital social si ello implicaba la devolución a los socios de parte de las aportaciones hechas y pagadas, excepto en el caso de exclusión del socio previa la liquidación de su aporte, lo que no excluía, por cierto, que la reducción del capital pudiera realizarse en los otros casos en que es pertinente.

Pues bien, tomando en cuenta lo que acabamos de señalar, la última reforma, introducida por el artículo 12, modifica totalmente este artículo, estableciendo con claridad los casos en que procede tal resolución del capital social: a) Por exclusión de socios; b) Por absorción de pérdidas; c) Por amortización de

participaciones; d) Por condonación del capital suscrito (aunque no se trata propiamente de una condonación sino de la eliminación de una obligación); e) Por eliminación del excedente de capital innecesario. Faltó señalar el caso de ejercicio del derecho de separación voluntario o en casos de transformación, fusión o escisión.

Es importante que también se tome en consideración lo establecido en el artículo 199, reformado, con respecto a la reducción del capital social en las Compañías Anónimas, en el sentido que la devolución de aportes deberá realizarse a prorrata del capital pagado por cada accionista, salvo renuncia del derecho de reparto, la misma que deberá realizarse en efectivo o mediante la entrega de activos no necesarios para la actividad operacional.

17. CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL

De acuerdo al artículo 119 reformado por la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, de 23 de octubre del 2018, las juntas generales debían ser convocadas en la forma prevista en el estatuto o por correo electrónico, con cinco días de anticipación por lo menos, al fijado para la reunión, para lo cual los socios tenían la obligación de comunicar al representante legal la dirección de correo electrónico.

Las últimas reformas a dicho artículo, previstas en el artículo 15, han suprimido la posibilidad de que las convocatorias puedan realizarse *«en la forma prevista en el estatuto»* exigiendo que se lo haga solo por correo electrónico, con cinco días de anticipación al fijado para la reunión, a menos que el estatuto establezca un plazo mayor, sin perjuicio de que complementariamente —no alternativamente— puedan contemplarse otras formas de convocatoria.

La reforma nos parece adecuada. Solo falta una explicación, como ésta rige a partir del 10 de diciembre del 2020, las convocatorias solo pueden realizarse en la forma señalada: por correo electrónico, y ya no en cualquier «*forma prevista en el contrato*», así no se modifiquen los estatutos que, por cierto, solo para efectos de legal actualización sería aconsejable reformarlos.

18. SOLICITUD DE INCLUSIÓN O CORRECCIONES EN EL ORDEN DEL DÍA DE JUNTAS GENERALES

Si bien las últimas reformas agregaron, a través del artículo 42, varios incisos al artículo 235 de la Ley, nos parece plenamente aplicable para el caso de las Compañías de Responsabilidad Limitada, en el sentido de que el 5 % del capital social puede solicitar al administrador la inclusión de asuntos o correcciones formales en el orden del día de una junta ya convocada, dentro del plazo de 72 horas que haya ocurrido este hecho.

Esta petición debe ser puesta en conocimiento de los demás accionistas por correo electrónico dentro de las siguientes 24 horas y la junta se instalará una vez vencido el plazo de cinco días, contado a partir del día siguiente de la circulación del requerimiento. Si el administrador rehusare a actuar, sin justificación motivada, los peticionarios podrán solicitarlo al Superintendente de Compañías, Valores y Seguros para que efectúe una convocatoria a junta general para tratar los asuntos en la forma solicitada, quien, de carecer de motivación la actuación del administrador, efectuará la convocatoria. Esta reforma nos parece demasiado complicada. Basta con que se ejerza directamente el derecho de solicitar convocatoria al Superintendente previsto en el artículo 213.

19. ASISTENCIA A JUNTAS GENERALES POR VÍA TELEMÁTICA

Así se lo venía haciendo. Acertadamente, las últimas reformas, a través del artículo 15, agregaron que debe verificarse fehacientemente la presencia virtual del socio, el mantenimiento del quorum y el procedimiento de votación, conforme lo prescribe el actual artículo 119, reformado de la Ley de Compañías, situación que deberá ser especificada en la lista de asistentes, debiéndose incorporar al respectivo expediente.

Como respaldo de la votación, dice el artículo 233, reformado, con respecto a las Compañías Anónimas, que los accionistas deberán remitir al secretario de la junta un correo electrónico donde consignen la forma de votación por cada moción, sin perjuicio de que el pronunciamiento o votación sea grabado por la compañía, particulares que consideramos aplicables para las de Responsabilidad Limitada.

20. RENUNCIA A ASISTENCIA A JUNTAS

Las últimas reformas, a través del artículo 15, han establecido como derecho de los socios, en el artículo 119, inciso sexto, reformado, el renunciar a su derecho a asistir a una determinada junta general, mediante el envío de una comunicación física o digital al representante legal, renuncia que deberá ser expresa, lo que implicará que sus participaciones se computarán dentro del quorum de instalación y, salvo que el renunciante exprese lo contrario, se entenderá que se abstuvo de votar.

No estamos de acuerdo con esta innovación por cuanto el espíritu de «reunión» de junta general implica que los socios asistan y deliberen, lo que es el objetivo de toda resolución. Mal puede, entonces, conferírsele voluntad de voto —por no asistencia— aunque éste sea el de abstención.

Si el socio no desea concurrir, si desea ejercer su derecho de no acudir, pues simplemente asiste sin que fácticamente e indocumentadamente se le haga aparecer como que estuviera presente y, también, hasta que se abstuvo de ejercer su derecho a voto, abstención que, además, se suma a la mayoría.

El propio artículo 119, reformado, en su inciso séptimo, adicionalmente expresa que cuando el socio no hubiere consignado con antelación suficiente —se supone que antes de que se realice la convocatoria— un correo electrónico al administrador, se presumirá que renuncia a su derecho a ser convocado, sin que pueda alegar nulidad de la resolución por falta de notificación de la convocatoria.

21. RENUNCIA A SER CONVOCADO

Tangencialmente, las últimas reformas introducidas por el artículo 41, se refiere a este nuevo derecho que se lo incorpora a la Ley en el artículo 119, reformado, para el caso de las Compañías de Responsabilidad Limitada. En cuanto a las Anónimas, lo hace expresamente en el artículo 233, inciso sexto, reformado, señalando que los accionistas pueden renunciar a ser convocados a una junta general determinada, enviando una comunicación al representante legal.

No se entiende esta posibilidad a menos que quiera decir que no fue convocado pero, a pesar de ello, el accionista conoció de la convocatoria; pero si ese fuera el caso, simplemente no asistiría sin necesidad de enviar ninguna comunicación, pero la disposición del artículo 233, reformado, incluye también que aunque el accionista no fuere convocado se entenderá que, si asiste, ha renunciado a su derecho a ser convocado, a menos que manifieste su inconformidad antes de que la reunión se lleve a cabo.

Para evitar toda esta confusión simplemente debió dejarse, en nuestro criterio, las normas legales como estaban, es decir, que los accionistas asistan si quieren y, si no, simplemente se abstendrán de hacerlo. No decimos lo mismo para el caso de las Compañías de Responsabilidad Limitada en las que, como dijimos al principio, tangencialmente, en el artículo 119, inciso séptimo, se menciona este derecho de «renuncia a ser convocado» solo cuando el socio no hubiere consignado con antelación suficiente —es decir, antes de que se realice la convocatoria— un correo electrónico notificando la dirección del suyo al que deba ser convocado.

22. JUNTAS GENERALES UNIVERSALES

El artículo 119, en su inciso quinto, reformado por el artículo 44, establece que se aplica a las Compañías de Responsabilidad Limitada el artículo 238 que trata sobre las juntas generales universales en las Anónimas, sobre las que, como innovación acertada, se permite que puedan reunirse física o telemáticamente en cualquier lugar del mundo. Si la reunión se hace por videoconferencia o cualquier medio digital, se cursará un correo electrónico al Presidente o Secretario consintiendo en la reunión universal, el mismo que se incorporará al expediente y será especificado en la lista de asistentes y en el acta, la misma que, al igual que la lista de asistentes, deberá ser suscrita por dicho Presidente y Secretario y por los accionistas físicamente asistentes, bajo nulidad de los medios probatorios (pero no de sus resoluciones).

23. JUNTAS GENERALES NO PRESENCIALES

Si bien las reformas se refirieron a las Compañías Anónimas, el artículo 45 de ellas agregó el artículo 238.1 incluyendo la

posibilidad de que en la convocatoria el representante legal pueda proponer a los accionistas que dentro de un plazo de cinco días, contados a partir de la convocatoria, adopten acuerdos directamente, sin instalar la reunión, instando a que, en el plazo que determine, remitan su voto, afirmativo o negativo (¿y por qué no en blanco o abstentivo?) por cualquier medio físico o electrónico o cualquier otro medio de comunicación a distancia. El administrador deberá acompañar toda la documentación necesaria sobre cada asunto.

Si dentro del plazo, cualquier accionista se manifestare en contra de este proceso o no manifestare su conformidad ni el sentido de votación de manera expresa, el mecanismo decaerá. Al contrario, si todos manifestaren su conformidad y sentido de votación, el procedimiento continuará y la decisión, adoptada por mayoría (¿o la que corresponda?) del capital pagado, será informada a los accionistas dentro de los siguientes cinco días a partir de la recepción de los documentos en que se expresó el voto. El acta será solo suscrita por el representante legal y contendrá el sentido de la votación de cada accionista y porcentaje de capital que represente, debiendo aparejar los documentos que así lo justifiquen. Esta norma nos parece aplicable a las Compañías de Responsabilidad Limitada, de conformidad con lo establecido en el artículo 142.

24. GRABACIÓN DE JUNTAS GENERALES

Las últimas reformas introducen, de acuerdo al artículo 41 —y ya no por Reglamento—, la exigencia de que las sesiones de las juntas generales deben grabarse. Aun cuando no lo hace expresamente para las Compañías de Responsabilidad Limitada, sí lo hace para las Anónimas, en el artículo 233, inciso quinto, reformado, exceptuándose solo el caso de las reuniones de juntas

generales universales, las mismas que deberán grabarse solo si hay un accionista que lo solicite. Esta reforma nos parece acertada y aplicable a las Compañías de Responsabilidad Limitada por lo establecido en el artículo 142.

25. LA ADMINISTRACIÓN

El artículo 125 señala que los administradores están obligados a proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente. En cumplimiento de lo señalado, aunque las últimas reformas incorporadas por el artículo 48, se refieren a las Compañías Anónimas, consideramos que en virtud del artículo 142 de la Ley, son aplicables a las de Responsabilidad Limitada en cuanto se refiere a los deberes de Debida diligencia (actuar cumpliendo los deberes impuestos en la Ley, estatutos, reglamentos y más normativas) y lealtad (Obrar de buena fe y en interés de la Compañía) a los que se refiere el artículo 262 reformado.

26. PROHIBICIONES A LOS ADMINISTRADORES

En forma muy simple, el artículo 130 de la Ley de Compañías establece que a los administradores de las Compañías de Responsabilidad Limitada se les aplicaba la prohibición contenida en el inciso segundo del antiguo artículo 261 de las Anónimas, esto es, que no podían negociar o contratar por cuenta propia con la compañía. El actual artículo 261 ha sido reformado por el artículo 47 de las últimas reformas y hoy señala que los administradores no podrán negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la compañía que administren, salvo las operaciones previstas en dicho artículo, señalando una serie de relaciones que, en consecuencia, se aplican también a los administradores de las Compañías de Responsabilidad Limitada.

La reforma la consideramos acertada, dejando constancia de que prácticamente la mayoría de estas excepciones fueron tomadas del Proyecto de reformas del año 2002.

27. RENUNCIA DE UN ADMINISTRADOR

El texto del anterior inciso primero del artículo 133 señalaba, y sigue señalando, que el administrador puede renunciar y que tal decisión surte sus efectos sin necesidad de aceptación desde la fecha en que es conocida por la junta general de socios. Sin embargo, las últimas reformas, a través del artículo 17, han agregado un segundo inciso en el sentido de exigir que, adicionalmente, la renuncia deberá inscribirse en el Registro Mercantil, con lo cual se presenta una contradicción: ¿la renuncia surte efecto desde la fecha de conocimiento por parte de la junta general o desde su inscripción en el Registro Mercantil?. Lo jurídico debería haber sido lo segundo conforme se sugirió en el Proyecto de reformas del 2002. Estas normas deben aclararse. En lo referente a las Compañías Anónimas, por igual situación, la reforma al artículo 269 es mucho más específica.

Las últimas reformas también han agregado, correctamente por cierto, que en el caso de que la compañía quedare en acefalía, se aplicará lo dispuesto en el artículo 269.1, esto es, que cualquier socio podrá solicitar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros que nombre un administrador temporal, que no podrá realizar nuevas operaciones concretándose a las pendientes contando con las atribuciones concedidas a los liquidadores. En diez días deberá convocar a la junta general para la designación de nuevo administrador. Si no lo hiciere, cualquier socio podrá recurrir a la Superintendencia para que realice la convocatoria. Esta posibilidad ya existía en el antiguo artículo 266, pero se la confería a los comisarios cuya designación hoy no es obligatoria.

28. CASO DE PÉRDIDAS DE LA COMPAÑÍA

Las últimas reformas, a través del artículo 35, establecieron en el artículo 377, numeral 5.º, como causa de disolución, la situación de pérdidas que alcancen al 60 % o más del patrimonio, siempre que dicho estado perdurare por más de cinco años. Sin embargo, tratándose de Compañías Anónimas, en el artículo 198, que fue reformado por el artículo 35, se dice que en este caso la compañía se pondrá necesariamente en liquidación si la junta general no adopta las medidas correctas para subsanar dicha causal en el término que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros le otorgue a la compañía, debiendo entenderse que tal situación haya perdurado por más de cinco años. Debemos suponer que es así.

Es importante destacar, además, que el artículo 27 de las reformas ha incorporado al artículo 183.3, que expresa que cuando la compañía registre pérdidas y disponga de reservas, estas serán llamadas a enjuagarlas automáticamente, incluidas las legales, estatutarias o facultativas. Si fueren insuficientes, las utilidades obtenidas en un ejercicio económico no podrán ser distribuidas mientras no se cubran las pérdidas operacionales de ejercicios anteriores, lo cual es confirmado por el artículo 297, inciso séptimo, también reformado, cuando establece que si se hubieren enjugado todas las pérdidas, la junta general podrá resolver que se capitalicen las utilidades acumuladas y las del propio ejercicio.

Estas normas nos parecen saludablemente aplicables inclusive para las Compañías de Responsabilidad Limitada, de acuerdo al artículo 142, ya que fortalecen su patrimonio.

29. DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS

El artículo 114, literal b), establece como derechos de los socios de una Compañía de Responsabilidad Limitada el percibir beneficios a prorrata de la participación social pagada, siempre que en el contrato social no se hubiere dispuesto otra cosa en cuanto a la distribución de utilidades y, por su parte, el artículo 118, literal d), establece que es atribución de la junta general el resolver acerca de la forma de repartir utilidades. Las últimas reformas incorporadas por el artículo 58, en el artículo 298, en cuanto a las Compañías Anónimas, establece que los dividendos se entregarán dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que la junta general haya acordado dicha distribución, salvo resolución unánime del capital social concurrente que acuerde un plazo distinto, entrega que deberá realizarse en su totalidad, salvo también resolución unánime en contrario, en el sentido de que se lo haga en cuotas o porcentajes.

Nos parece que estas disposiciones son aplicables a las Compañías de Responsabilidad Limitada de conformidad con lo previsto en el artículo 142.

30. CAPITALIZACIÓN DE UTILIDADES

Las últimas reformas, a través del artículo 57 incorporan en el artículo 297, en su inciso quinto, para el caso de las Compañías Anónimas, que si uno o más accionistas exigieren la entrega de al menos el 50 % de las utilidades, en caso de entregárselas el porcentaje de utilidades a quienes así lo solicitaren, se abrirán tantas «cuentas auxiliares» como accionistas tenga la compañía y en cada una de ellas se registrará el valor que corresponda a aquel que no hubiera hecho uso de ese derecho, registrándose el valor sobre las utilidades que no se le hubieren entregado y que esas

cuentas auxiliares podrán ser distribuidas entre sus beneficiarios cuando así lo requieran.

En este sentido, las últimas reformas lo que hicieron fue incorporar lo que, al respecto, se señaló en el proyecto de reformas del año 2002:

«De los beneficios líquidos anuales se deberá asignar por lo menos un cincuenta por ciento para dividendos en favor de accionistas que así lo manifestaren expresamente en la junta general, particular del que se dejará constancia en el acta respectiva, salvo resolución unánime en contrario del capital pagado concurrente a la junta. En caso de entregarse el porcentaje antes referido de utilidades a los accionistas que lo soliciten, se abrirán tantas cuentas auxiliares como socios tenga la compañía, y en cada una de ellas se registrará el valor que corresponda a cada accionista sobre las utilidades que no se hubieren repartido o el dividendo entregado».

No lo dice la reforma, y parece que se olvidó señalarlo, es que esos valores también pueden ser capitalizados cumpliendo los requisitos que la ley prevé para el efecto.

Nos parece que esta normativa es también aplicable a las Compañías de Responsabilidad Limitada, con base en lo señalado en el artículo 142.

31. EXCLUSIÓN DE SOCIOS

El artículo 118, literal j), establece como atribución de la junta general el acordar la exclusión de un socio por las causales previstas en la propia ley en el artículo 82. Las causales se enmarcan dentro del personalismo de las Compañías de Responsabilidad

Limitada estableciendo, entre otras, en el numeral 1.º, la de que puede ser excluido *«el socio administrador que se ausenta y requerido, no vuelve ni justifica la causa de su ausencia»*. Las últimas reformas, a través del artículo 12, agregaron el artículo 113.1, con una nueva causal en el sentido de que, *«el socio no administrador que se ausenta y, requerido, no vuelve ni justifica la causa de su ausencia, también podrán ser excluido de la compañía de responsabilidad limitada»*, sin que se entienda la razón para hacerlo, lo que, en nuestro criterio, no tiene sentido ya que ese socio no tiene nada sobre qué responder como, al contrario, sí tiene que responder el «socio administrador» para efectos de su exclusión.

32. SEPARACIÓN VOLUNTARIA DE SOCIOS

Las últimas reformas, a través del artículo 21, incorporaron el artículo 137.1 que posibilita que en el estatuto social se puedan establecer causales de separación voluntaria de socios con el fin de resolver desacuerdos fundamentales entre ellos en las Compañías de Responsabilidad Limitada, a fin de facilitar su salida rápida, siempre y cuando se cuente con la anuencia del socio que se separa. El propio estatuto deberá determinar el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa constitutiva para el derecho de separación voluntaria y el plazo para su ejercicio. La modificación o supresión de este derecho en los estatutos requiere del 100 % del capital social.

Esta figura es exactamente la contraria a la de exclusión ya que la de separación se presenta voluntariamente pero se parece, por cierto, en su efecto: la reducción del capital social en la cuantía que corresponda a las participaciones que desaparecen.

Consideramos acertada esta innovación ya que puede ser fuente de arreglo de muchas situaciones incómodas o insuperables tanto para la compañía como para los socios.

33. MAYORÍA PARA LA TRANSFORMACIÓN DE UNA COMPAÑÍA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Acertadamente, el artículo 75 de las últimas reformas, modificó al segundo inciso del artículo 331 de la ley, estableciendo que las Compañías de Responsabilidad Limitada podrán transformarse en otra especie de compañía, si se obtuviere el acuerdo del 75 % del capital social, suprimiendo la exigencia del «*acuerdo unánime de los socios*». Así se lo propuso ya en el Proyecto del año 2002 por lo que, de esta manera, se ha dado viabilidad al ejercicio del derecho de separación de los socios en los nuevos términos señalados también por las últimas reformas.

34. CAUSA DE DISOLUCIÓN POR EXCEDER DE QUINCE EL NÚMERO DE SOCIOS

El artículo 88, reforma al artículo 360 de la Ley, en su numeral 4.º, expresándose que si el número de socios en una Compañía de Responsabilidad Limitada excede de quince, se disolverá de pleno derecho si en el plazo de seis meses no se hubiere transformado en otra especie de compañía o no hubiere reducido su número a quince socios o menos.

35. OBLIGACIÓN DE PRESENTAR NÓMINA A AUTORIDAD TRIBUTARIA

El anterior texto del artículo 131 establecía que era obligación del representante legal de las Compañías de Responsabilidad Limitada presentar en el mes de enero de cada año a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la nómina de las compañías extranjeras que figuraren como socias suyas, con la indicación de los nombres, nacionalidades y domicilios correspondientes junto con fotocopias notariadas de las certificaciones y de las

listas mencionadas en el literal h) del artículo 115, que hubieren recibido tales compañías según dicho literal.

El artículo 16 de las últimas reformas modificó esta obligación en el sentido de que se la cumplirá enviando tales informaciones a la autoridad tributaria nacional —SRI—, de conformidad con los plazos y formas que se establezcan para el efecto, incorporando también el caso de otras personas jurídicas extranjeras. El SRI, por su parte, debe remitir esta información a la Superintendencia de Compañías.

36. CONTABILIDAD Y LIBROS SOCIALES PUEDEN LLEVARSE POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

La Disposición General Tercera de las últimas reformas permite que todas las compañías puedan llevar por estos medios su contabilidad siempre que el sistema respectivo permita la individualización de las operaciones sociales y de las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras, así como su posterior verificación. Los libros sociales también pueden llevarse a través de estos medios que garanticen, en forma ordenada, la inalterabilidad, integridad y seguridad de la información como su conservación o podrán ser incorporados en cualquiera otra red de distribución de datos o tecnología de registro y archivo de información virtual, segura y verificable. En consecuencia, la contabilidad y los libros sociales, en estos casos, serán admisibles como medios de prueba y aceptados para cualquier propósito lícito.

Esta reforma no constituye ninguna novedad, ya que fue tomada casi textualmente del Proyecto de reformas del 2002, que tenía el siguiente texto:

«Podrán prescindir del cumplimiento de las formalidades prescritas en los artículos 39 y siguientes del Código de Comercio. Al efecto, podrán llevar su contabilidad por ordenadores, medios mecánicos, magnéticos o similares, siempre que el sistema respectivo permita la individualización de las operaciones sociales y de las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras, así como su posterior verificación. Esta facultad se extiende a la forma de llevar los libros de acciones y accionistas, de participaciones y socios y de cuotas de interés y socios».

Abg. César Drouet Candel

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS REFORMAS A LAS SOCIEDADES
ANÓNIMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE
COMPAÑÍAS

Contenido:

- I.- Cláusula arbitral*
- II.- Subsistencia de la compañía con un solo accionista*
- III.- Innecesaria inclusión*
- IV.- Inapropiado y confuso lenguaje*
- V.- Aparente restricción en la forma de realizar las cesiones de acciones*
- VI.- Innecesaria repetición*
- VII. De las clases de juntas generales de accionistas*
- VIII. Una forzosa dación en pago*
- IX.- Dicotomía antagónica*
- X.- De las responsabilidades de los administradores*

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS REFORMAS A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS

Abg. César Drouet Candel

Sin intención de agotar ni el estudio de los temas ni la variedad de los incluidos en la denominada reforma modernizadora y más bien exponer un esbozo de algunos asuntos concretos con la expectativa de que los mismos deban ser tratados con mayor detenimiento, para propiciar reformas o rectificaciones, adelantaremos algunas apreciaciones personales sobre cambios incluidos que, o están mal concebidos, o contienen conceptos ajenos al propósito que se dice orientó la ley en comento.

I. CLÁUSULA ARBITRAL

En la Sección VI de la Ley de Compañías (LC) destinada a la **Compañía Anónima**, el primer cambio es incluir un artículo posterior al 146 en el que se establece la posibilidad de que el Estatuto Social pueda incluir una cláusula compromisoria para resolver desacuerdos entre los miembros de la sociedad, en cuyo caso, necesariamente, los árbitros deben decidir en derecho.- Tal inclusión es **inoficiosa** y además **limitada**.- La Ley de Arbitraje

y Mediación (LAM), partiendo del concepto que trae la propia Constitución (CRE) en su art. 190, determina que es posible pactar arbitraje, en cualquier caso en que la divergencia sea susceptible de *transacción*, exigencia ésta que constituye el único límite esencial para pactar arbitraje. La LAM incluye la posibilidad de que en el pacto arbitral pueda escogerse entre una resolución fundamentada *en derecho* o *en equidad*. La redacción que trae el art. 3 de la ley citada, vincula la equidad con los principios de la sana crítica, de tal manera que el concepto de equidad se ajusta al que sigue el profesor Eduardo J. Couture, cuando luego de sostener que no cabe una desconexión absoluta entre la ley y la sentencia y la posibilidad de que el juez pueda desentenderse de las normas que le señala el legislador; citando a Calamandrei expresa que fallar en equidad no significa «... sino la aplicación de un derecho que se ha llamado, con elegancia, *en estado inorgánico, pero real y vivo en la conciencia del tiempo y del lugar en el cual se profiere la decisión...*», concluyendo que «...Sobre esta necesaria coordinación lógica y jurídica de la sentencia con la ley, no existe, pues, discrepancia fundamental dentro del panorama contemporáneo...».- Preciado el tema, es oportuno consignar que la misma LAM reserva para aquellos asuntos que se refieren a la intervención de las entidades del sector público, determinadas formalidades previas al compromiso arbitral, que están incluidas en la misma ley.- En el ámbito societario, eminentemente privado, dinámico y convencional y, por lo tanto, *transigible*, por regla general, siempre es posible recurrir al mecanismo arbitral. Por tal razón, es innecesaria esta inclusión. Adicionalmente es limitada porque solo permite incluir en el Estatuto la posibilidad de arbitraje en derecho, prescindiendo del arbitraje en equidad en el cual como está dicho no prima la libre voluntad del árbitro sino que está sujeto a las reglas de la sana crítica para valorar las pruebas y, al tenor de la cita de Couture, no entraña una discrepancia fundamental con el arbitraje en derecho. La LAM

determina que, a falta de pacto expreso, debe arbitrarse en equidad; **también se limita** la posibilidad de arbitraje para diferencias entre *miembros de la sociedad*, no incluyendo la posibilidad de ventilar por vía arbitral las diferencias entre los *miembros de la sociedad y la sociedad misma*. Esta crítica ha sido ya formulada en claros artículos que en su columna editorial del diario *El Expreso* mantiene Eduardo Cargminiani Valencia y necesariamente debe ser materia de análisis más completo.- Una consideración adicional sobre esta **innecesaria y limitada reforma**, es que si el Estatuto regula de manera general las relaciones de los miembros de la sociedad y de éstos con la compañía de la que forman parte, quien adquiera acciones con posterioridad a la inclusión en el Estatuto de un pacto arbitral, por el mismo hecho de tal adquisición adhiere al Estatuto y por lo tanto debe someterse a todo lo pactado en él, incluyendo obviamente el arbitraje previamente pactado en los términos y condiciones constantes en el mismo; contrariando este principio societario, la reforma establece la posibilidad de que el nuevo accionista, al momento de adquirir las acciones, por simple expresión de su voluntad, **pueda desentenderse del pacto estatutario** de resolver en arbitraje; esta expresión unilateral de voluntad que por constar en el convenio privado en que se acuerda la transferencia de acciones a título gratuito u oneroso (el título) convención cuyo vínculo jurídico ata o liga únicamente a los intervinientes, y que da origen a cesión de los derechos nominativos contenidos en la acción (el modo), permitirá que unos accionistas puedan quedar sujetos a la dirimencia arbitral; y otros, por haber establecido una excepción expresada *inter partes*, al momento de la adquisición de acciones, **no queden obligados a la norma estatutaria de resolver las diferencias en la vía arbitral**, creándose entre todos los accionistas un estado de ignorancia y desconocimiento sobre la vía a que deben sujetar sus diferencias, lo cual a más de ser un contrasentido, propicia innecesarias causales de nulidad, al momento de dirimir controversias.

II. SUBSISTENCIA DE LA COMPAÑÍA CON UN SOLO ACCIONISTA

La reforma al art. 147 LC, permite que una compañía anónima, cuyo obligatorio origen es un acuerdo contractual (art. 148 en relación con el art. 1 de la LC), subsista con un solo accionista. La regla general es que extinguido un contrato, terminan los efectos del mismo y no pueden seguir contrayéndose nuevas obligaciones al amparo del contrato ya inexistente, más aún, al decir del profesor Joaquín Rodríguez Rodríguez, el contrato de compañía tal como está concebido en la ley, no solo que determina el nacimiento de una persona jurídica, sino que supone también una serie de vínculos jurídicos permanentes, que constituyen condición previa para el funcionamiento del contrato como tal; la modernizadora reforma a que se hace referencia, permite que nacida a la vida jurídica una sociedad anónima, mediante un contrato, extinguido éste por la falta de convención o acuerdo de voluntades, al mantenerse uno solo de las contratantes, subsista la posibilidad de seguir contrayéndose nuevas obligaciones basadas en un contrato que dejó de existir, lo cual implica apartarse de la concepción clásica de la teoría general de las obligaciones.- Si lo que se quiso es permitir compañías anónimas unipersonales, debió reformarse previamente la naturaleza jurídica que da origen al nacimiento de esta compañía, apartándose de la concepción reiterada en la LC, de que éstas nacen por un contrato, para adoptar una naturaleza jurídica totalmente distinta que permita justificar la creación de compañías mediante *un acto social constitutivo*, prescindiéndose de la vigente normativa que justifica su origen en un acuerdo contractual.- Cabe anotar que en anteriores modificaciones a la LC se mantuvo este criterio, que reformas posteriores lo consideraron injustificado y que hoy vuelve a «modernizarse», sin efectuar los cambios conceptuales indispensables para poder actualizarlo.

III. INNECESARIA INCLUSIÓN

Al efectuar la reforma al primer inciso del art. 150 de la LC, se incluye que el contrato constitutivo puede ser otorgado por los accionistas intervinientes, a nombre propio, *o por medio de apoderado*; la referida inclusión es una verdad de Perogrullo y por lo tanto innecesaria, porque es obvio para cualquier iniciado en derecho, que el contrato de constitución societario no es acto de aquellos que no pueda acordarse por medio de mandatario, puesto que, inclusive, contratos personalísimos como el de matrimonio pueden ser otorgados por la interpuesta persona de apoderado; con mayor razón y sin necesidad de tal fútil aclaración, es evidente que tratándose del contrato constitutivo societario, es innecesario hacer referencia a tan natural y obvia facultad.

IV. INAPROPIADO Y CONFUSO LENGUAJE

La reforma con que derogan los dos últimos incisos del art. 150 y se insertan en su lugar seis nuevos incisos, se considera inapropiada y confusa, puesto que el vigente art. 148 LC ya había determinado que la constitución societaria puede ser acordada en un solo acto, en cuyo caso se llama *simultánea*, a los constituyentes *fundadores* y al contrato constitutivo, *fundación*, indicándose también que cabe la constitución *sucesiva*, que requiere un proceso y varios acuerdos con intervención de accionistas que pueden ingresar en forma posterior al otorgamiento de la primera escritura y antes de concluirse el proceso constitutivo, en cuyo caso quienes intervienen como accionistas, *no tienen el carácter de fundadores* y hablando con propiedad, no puede decirse que exista *fundación* de la compañía que sigue el proceso *sucesivo*.- *Prescindir de este concepto es totalmente improcedente e inapropiado*, como se explica a continuación; en el primer inciso de la reforma introducida

se habla de la necesidad de una certificación que acredite la existencia legal de la compañía extranjera que intervenga única y exclusivamente en el acto de *fundación*, requisito que se omite en el segundo inciso que en esta parte de la reforma se agrega, en el que se incluyen otras exigencias adicionales para el otorgamiento de un acto constitutivo simultáneo (*fundación*) o *sucesivo*, en el que intervengan compañías extranjeras. En el tercer inciso agregado, al hacer referencia a las excepciones que se contemplan para las compañías extranjeras registradas en Bolsa de Valores o cuando participen como accionistas en Fondos de Inversión, la redacción solo permite aplicar esta excepción a las compañías que se constituyan solo en forma simultánea, dado que en dicho inciso agregado, se refiere exclusivamente a una sociedad extranjera *fundadora*.- Solo en el quinto inciso agregado, se hace la corrección de que la certificación de legal existencia en el extranjero, debe requerirse también en el caso de constitución *sucesiva*, manteniéndose el absurdo jurídico de que si la constitución fuere sucesiva no podrían aplicarse las excepciones de compañías extranjeras inscritas en Bolsa o en el caso de que el accionista fuere un Fondo de Inversión, lo cual es sin duda una aberración jurídica.

El último inciso agregado al art. 150 mantiene la innecesaria exigencia de la norma original, en el sentido de que las certificaciones otorgadas en el extranjero, tengan que ser auténticas ante un Cónsul del Ecuador o «apostilladas» de acuerdo al Tratado Internacional correspondiente, puesto que el mismo ya lo exige, siendo redundante volver a incluir esta exigencia de conocimiento elemental.

V. APARENTE RESTRICCIÓN EN LA FORMA DE REALIZAR LAS CESIONES DE ACCIONES

Como es conocido, la acción constituye un título nominativo y, por lo tanto, su circulación o transferencia solo puede realizarse mediante cesión de derechos personales. Coherente con lo anterior la LC, en su art. 189 actualmente reformado, exigía como documentos previos a la inscripción del traspaso de acciones en el Libro de Acciones y Accionistas: a) Una nota de cesión al reverso del título que se transfería y la expresión de voluntad en un solo documento o en cartas independientes, en las que cedente y cesionario notificaban de la transferencia a la compañía para su correspondiente registro en el Libro de Acciones y Accionistas; o b) La devolución del título de acciones objeto de la transferencia con instrucción del titular de anularlo y el pedido de cedente y cesionario de emitir uno nuevo a nombre del cesionario.- La reforma, en esta parte, excluye la posibilidad de que el título circule en la forma prevista en la letra a) precedente, con la nota de cesión estampada en el mismo, permitiendo solamente la opción b) de adjuntar el original del título cedido para su anulación y emisión de uno nuevo.- La restricción incluida, deja de ser tal cuando en los términos del art. 190.1, que la reforma incluye, se dice que en los casos de adjudicación de acciones por partición judicial o venta forzosa, sea el Juez quien firme «las *notas* y *avisos* respectivos», «notas» que no se requiere puesto que si solo pervive la posibilidad de una cesión de derechos de acciones mediante devolución del título original, lo único que el juez debe hacer es devolver ese título sin incluir ninguna «nota» y sí «avisar» a la compañía, a favor de quién o quiénes se deben emitir el o los nuevos títulos que sustituyan al anterior.

VI. INNECESARIA REPETICIÓN

Hemos visto al revisar el texto de los seis incisos agregados al final del art. 150 LC (art. 24 de las reformas modernizadoras) que se regulaba con lenguaje inapropiado la posibilidad de que compañías extranjeras participen en los procesos constitutivos *fundacionales* o *sucesivos*. Precisamente esta misma redacción se repite textualmente en el art. 49 de la Ley Modernizadora, mediante el cual se sustituye el artículo agregado a continuación del art. 221 LC (Ley 0, RO 591 15 de mayo del 2009), en lugar de simplemente decir que *«anualmente las compañías extranjeras deberán presentar en el mes de diciembre de cada año los mismos documentos que debieron presentar en el caso de fundación o proceso constitutivo sucesivo, con las excepciones previstas para aquellas compañías que se encuentren registradas en las Bolsas de Valores de sus respectivos países o cuando el inversor sea un Fondo de Inversiones.- Si las afirmaciones en el contrato fundacional o en el proceso de constitución sucesiva, no hubieren variado o se mantuvieron iguales a las reportadas en el último año inmediato anterior, bastará una declaración juramentada que en dicho sentido realice el representante legal»* y agregar el inciso correspondiente al caso de incumplimiento.

VII. DE LAS CLASES DE JUNTAS GENERALES DE ACCIONISTAS

El art. 233 LC, antes de la reforma, establecía que existían Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias, precisando que, salvo las universales, que podían reunirse en cualquier lugar (art. 238 LC), las reuniones «físicas» debían realizarse en el domicilio principal de la compañía o por vía telemática, quedando claro que en esta segunda posibilidad, era intrascendente que los accionistas

se encuentren o no en el domicilio principal de la sociedad. La reforma introducida adopta una redacción que merece los siguientes comentarios: a) No recoge la clasificación entre Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias, sin embargo, mantiene inalterado el art. 234 LC que se refiere a las Juntas «Ordinarias», con lo cual es evidente que aquellas que no estén definidas como «ordinarias» necesariamente tengan que ser denominadas como «extraordinarias», bien entendido, que esta clasificación ha sido considerada intrascendente, por desconocerse a ciencia cierta qué es lo que les da tal o cual carácter, esto es o la época en que debe reunirse o los asuntos que deban tratarse. Independiente de lo anterior, la reforma hace referencia a reuniones «físicas» de Juntas Generales en el domicilio principal «y/o por vía telemática», redacción oscura que no permite interpretar con claridad que las reuniones telemáticas puedan efectuarse cualquiera que sea el sitio en que se encuentre el accionista que recurre a este medio, lo cual es intrascendente cuando se recurre a este medio en que es indiferente la locación geográfica, puesto que se privilegiará la participación a distancia. Establecida la posibilidad de amplia participación telemática sin que en tal supuesto pueda exigirse presencia en el domicilio social, tratándose de Juntas Universales mantiene la exigencia de la grabación magnetofónica, que antes de la reforma no se exigía para éstas (las universales) incluyéndose ahora que tal grabación magnetofónica es forzosa, salvo que algún accionista solicite de manera expresa prescindir de ella. La sana doctrina siempre consideró que tal grabación constituye una grotesca inclusión, solo explicable en la reprochable tesis en boga, de que la buena fe ya no se presume y, por tanto, diligencias o actos jurídicos que solo requerían su constancia en la forma tradicional, actualmente se les exija adicionalmente grabaciones magnetofónicas o declaraciones agravadas con juramento, que no tienen otro objeto que hacer más engorrosa la acreditación del hecho o agravar la responsabilidad, en un claro reconocimiento

de que lo que ha caracterizado es una falta de control por parte del organismo competente que se pretende suplir con mayores exigencias a los entes controlados.

VIII. UNA FORZOSA DACIÓN EN PAGO

La reforma que sustituye el art. 199 LC, que trata sobre la reducción de capital, trae una nueva figura que, sin razón, se aparta del concepto de *dación en pago* que establece el Código Civil (arts. 11; 1585 y 2284); en efecto, esta figura jurídica, desarrollada en el Código Civil, es un modo de extinguir la obligaciones, que no se encuentra enumerado en el art. 1585 (*ibídem*); y que requiere la necesaria manifestación de voluntad del acreedor, puesto que, como contra prestación extintiva a la prestación adeudada, el acreedor solo está obligado a recibir en pago (prestación de lo que se debe —art. 1584) aquello que fue objeto del acuerdo inicial, no pudiendo ser obligado a recibir un objeto o bien distinto que el convenido. El accionista, por el valor equivalente a su aporte, recibió acciones emitidas por la compañía, cuyo título contentivo obligatoriamente debe incluir una valoración nominal en dinero (valor facial) y aplicando el concepto de «valor proporcional accionarial» se les atribuye un valor real, pero siempre en dinero. En el artículo que se comenta, en el supuesto de reducir el capital, se contempla la posibilidad de pagar en efectivo a los accionistas los valores equivalentes a las acciones que se retiran de circulación, lo cual es lo procedente; sin embargo, esta misma disposición contempla también la posibilidad de que el pago de las acciones retiradas lo efectúe la compañía entregando activos innecesarios para el desarrollo de su objeto. Concederle a la compañía la potestad o derecho de pagar en especie, implica la correlativa obligación del accionista de recibir a cambio de sus acciones que se retiran, no dinero, sino una especie que le asigne

la compañía. En tal supuesto se establece, por simple decisión de la Junta de Accionistas, una obligatoria dación en pago, aun en contra de la voluntad del accionista manifestada en la misma junta o posteriormente, accionista que como está dicho, solo está obligado a recibir dinero; adicionalmente, en la mayoría de los casos, constituir con otros accionistas una comunidad (cuando a varios accionistas se les pueda asignar un solo bien), figura jurídica (la comunidad), que la ley considera y regula, pero no la protege, creando mecanismos para impedir su permanencia en el tiempo y otorgando a los comuneros vías jurisdiccionales para poder terminar con ella. No vemos la razón suficiente para que se imponga una forzosa dación en pago, cuando lo procedente sería que la compañía realice los bienes innecesarios y el dinero obtenido por su transferencia lo destine al pago en efectivo al que tienen derecho los titulares de las acciones que se retiran. Es obvio que las decisiones de la Junta General en cuanto se refieren a cuestiones societarias obliguen a los accionistas, pero no que una Junta cree una «obligación» que afecte la libre voluntad del accionista en el orden del manejo de su patrimonio personal. Además, si el criterio adoptado fuere el adecuado, debió incluirse también esta posibilidad de la forzosa dación en pago, en los casos en que el accionista haga uso del derecho de retracto o la compañía ejerza la facultad de exclusión, casos similares para los que no se ha previsto la posibilidad de esta novedosa figura de dación en pago forzosa, máxime que el art. 199.3 también agregado en las reformas, permite que los pagos que corresponden (se entiende en dinero), puedan efectuarse a plazo.

IX. DICOTOMÍA ANTAGÓNICA

El art. 236 LC reemplazado en la reforma, determina que cuando las compañías coticen sus acciones en bolsa, la

convocatoria a Junta General deberá efectuarse con al menos 21 días de anticipación. Se supone que esta prolongada anticipación se justifica porque los tenedores de acciones adquiridas en bolsa puedan estar en múltiples locaciones distantes entre sí y requieren de un mayor lapso para preparar su intervención en una Junta General o porque no están en capacidad de revisar diariamente las convocatorias que puedan formularseles a ellos. Sin embargo, en el artículo mandado a incluir con posterioridad al art. 238 LC, el mismo que hace referencia a **Juntas no Presenciales**, se requiere que los accionistas convocados expresen con su voto si aceptan o no la realización de una Junta no Presencial y en este caso apartándose del criterio consignado en el art. 236 reformado, aun cuando se trate de compañías que han cotizado sus acciones en bolsa, solo se concede al accionista un plazo de cinco días para votar si acepta o no la Junta no Presencial, transcurrido el cual se entiende que su voto es contrario a la celebración de ésta.

X. DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES

Al sustituir el art. 262 LC vigente antes de la reforma, la ley modernizadora incluyó un largo artículo con este mismo número, en el que se desplegó el concepto del «**deber de debida diligencia**» y no satisfechos con esta inusual ampliación, agregaron un artículo posterior con el número 262.1 en el que también expandieron el concepto del «**deber de lealtad**». Quienes propiciaron estas reformas, o al menos quienes se las atribuyeron, en alguna ocasión manifestaron que fue indispensable incluir y desarrollar estos conceptos, frente a la exigencia de una norma del Código Civil (art. 29), que para determinar un grado específico de culpa, hacía referencia a la conducta con que debe administrar «**un buen padre de familia**», concepto que consideraron obsoleto,

y por lo cual creyeron que debía actualizarse. Es evidente que esa afirmación justificativa peca de desconocimiento, puesto que el art. 262 LC, precisamente el que fue derogado, lo que requería para un administrador de compañías es **la diligencia que se exige para una administración mercantil ordinaria y prudente**, concepto claro que hace innecesario desarrollar conceptos que en realidad forman parte de las «recomendaciones» (no disposiciones obligatorias) contenidas en **Las Normas de Buen Gobierno Corporativo** recogidas por algunos organismos internacionales y adoptadas por una resolución del propio organismo de control, bajo el nombre de **Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo** (RO 1076 del 25 de septiembre del 2020), que mantuvieron su carácter de no obligatorias y que, desde su concepción, fueron recomendaciones mayormente aplicables a la gran empresa, que requiere para su correcto funcionamiento, entre otras herramientas, un organigrama extenso y detallado en cuanto a funciones y responsabilidades, necesario para evitar vacíos o superposiciones de atribuciones concedidas a diversos órganos administrativos.

En relación con el mismo tema, aunque tratado como una reforma al art. 272 LC, en el art. 55 de la ley modernizadora se incluye como un supuesto «**derecho de la minoría**» la posibilidad de que uno o más accionistas que representen al menos el 5 % del capital social, sin necesidad de pronunciamiento previo de junta general, **puedan apropiarse de la representación de la compañía (entablar a nombre y en defensa del interés de la compañía)** y actuando a nombre de ésta, ejercer contra los administradores «**acción social de responsabilidad**» por infracción al deber de lealtad, atribución atentatoria contra el más elemental criterio de organización societaria, pues partiendo de tal porcentaje ridículamente pequeño (5 %), el o los accionistas que lo representen, no digamos que pueden reclamar a nombre

propio por una responsabilidad administrativa que ni siquiera está establecida por la Junta General (lo cual ya sería un desaguizado de proporciones) sino que les permite **atribuirse la representación de la compañía para el ejercicio de dicha acción**. ¿En qué quedan las exclusivas facultades de representación confiadas a un órgano uni o pluripersonal?; ¿Qué sucede si una Junta General posterior a la demanda efectuada por la minoría a nombre de la compañía, con el voto favorable de accionistas que representan el 95 % del capital pagado, ordena que los verdaderos representantes legales intervengan dentro del juicio propuesto, oponiéndose a la pretensión esgrimida por el 5 % del capital, que entabló tal minoría actuando en representación y nombre de la compañía?.- Esta desproporcionada y aberrante facultad, se crea cuando al mismo tiempo y simplemente para apelar de una decisión de Junta General, en el art. 249 LC se mantiene la exigencia de un porcentaje no menor al 25 % del capital pagado, para nombre propio (no de la compañía) presentar acción judicial de impugnación. Contradicciones tan graves e inexplicables, solo ponen en evidencia la falta de estudio y coherencia que ha caracterizado a las normas modernizadoras someramente comentadas. Al parecer en la concepción de tales reformas, primó la inexperiencia y entusiasmo por sobre el conocimiento y la razón.

Existen otras reformas que afectan a las sociedades anónimas, que merecen ser incluidas en estas concisas reflexiones; en el entendimiento de que su estudio más profundo formará parte de esta Revista, me abstendré de hacer referencia a ellas, en el compromiso de que si me fueren considerados, como tengo entendido, podré incluirlos en un próximo comentario.

Junio del 2021

Abg. Fabricio Dávila Lazo

LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES EN LA NUEVA LEY DE COMPAÑÍAS

Contenido:

PRIMERA PARTE

- I. Entendiendo a la compañía ecuatoriana*
- II.- ¿Cuál debe ser el objetivo del derecho societario en Ecuador?*
- III.- Los beneficios privados de control*
- IV.- ¿Qué es el tunneling?*

SEGUNDA PARTE

- V. El deber de lealtad en el derecho ecuatoriano*
- VI. El deber de diligencia en el derecho ecuatoriano*

LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES EN LA NUEVA LEY DE COMPAÑÍAS

Abg. Fabricio Dávila Lazo

INTRODUCCIÓN

La Ley de Modernización a la Ley de Compañías fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 347 el 10 de diciembre de 2020, en adelante «Ley de Modernización». Dicha ley se sostiene sobre algunos ejes fundamentales, uno de ellos es la protección hacia los accionistas minoritarios mediante varias estrategias como la introducción de un nuevo sistema de deberes y responsabilidades de los administradores.

Debo advertir que el objetivo de este trabajo no es analizar artículo por artículo las nuevas disposiciones legales referentes a los deberes y responsabilidades de los administradores; sino, más bien, determinar cuál es el problema que busca atender la introducción de los deberes de lealtad y de diligencia, y por qué es importante hacerlo. Para ello, es importante conocer el tipo de compañías que predominan en nuestro país.

El país necesita una legislación societaria que, como han recomendado varios autores, entienda los objetivos del derecho

societario¹ y se preocupe por mitigar los conflictos existentes entre los accionistas mayoritarios y minoritarios (shareholder agency problems)². Los objetivos en mención no son iguales para todos los países ni para todas las épocas; el derecho está siempre en constante evolución y, más aún, el que tiene que ver con las actividades de los empresarios.

En la primera parte de este trabajo, explicaremos de manera sucinta cuáles son los objetivos del derecho societario, los problemas de agencia, los beneficios privados de control a los que se cree con derecho el accionista mayoritario y las distintas técnicas que existen para tomar para sí, la porción que le correspondería a la minoría.

En la segunda parte, revisaremos el deber de lealtad y el deber de diligencia recientemente introducidos en nuestra legislación. En la tercera parte del documento, comentaremos sobre las reformas que, en nuestra opinión, debieron haber sido incluidas y que son necesarias de implementar para cumplir con el objetivo de proteger a los accionistas minoritarios.

1 Ver a John Armour *et al.*, *The Anatomy Of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach 1* (Oxford University Press, 3.^a edición, 2017). Los autores de la obra sostienen que la función principal del derecho societario es proveer a empresas, una estructura legal que cuente con personalidad jurídica, limitación a la responsabilidad, derechos representativos del capital transferibles, delegación de la administración a una estructura, y de propiedad de los inversionistas. Con la finalidad de permitir a sus participantes transar fácilmente a través de un ente societario y reducir los costos de hacer negocios.

2 Para una aproximación a los problemas de agencia en Ecuador ver Paul Noboa «Con el fin de mitigar los conflictos de intereses existentes entre los diversos grupos de interés que convergen en una compañía, en el ámbito societario las relaciones de agencia deberían ser analizadas bajo una óptica que exceda su definición jurídica». Paul Noboa Velasco. *Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano*, Working Paper Series 5/2020 Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas 5 (2020).

PRIMERA PARTE

1. ENTENDIENDO A LA COMPAÑÍA ECUATORIANA

El 85,95 % de las empresas ecuatorianas son familiares³, tienen una contribución al PIB del 51 %; generan más de 1.6 millones de plazas de trabajo⁴ y, la gran mayoría de estas empresas, no tienen más de cinco socios⁵. Con estos datos se puede concluir que en Ecuador existe una gran concentración de capital familiar y que, son pocas las sociedades anónimas de capital disperso. Esta particularidad se repite en la gran mayoría de países de la región que, entre otras cosas, tienen en común su origen civilista⁶.

Si en estas sociedades no se ha establecido un protocolo adecuado para la sucesión, gobierno y futuro; es más probable

3 Ver noticias en *El Universo* 17/02/2021. Estas son las 25 empresas familiares de Guayaquil. Disponible en <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/07/23/nota/7916658/empresas-familiares-ranking-ventas-patrimonio-utilidad-guayaquil/>

4 Respecto a esto es importante destacar que, en el caso del Ecuador, el 90 % de todas las empresas son familiares con una contribución al PIB de 51 % que evidencia su magnitud, no únicamente en la producción de bienes y servicios sino también en la generación de más de 1.6 millones de plazas de trabajo, de estabilidad social y estabilidad monetaria. Ver a Galo Cabanilla, *Tipología del empresario ecuatoriano: impacto en la gestión de las pymes familiares*, Año 25 Número especial 4 *Revista Venezolana de Gerencia* 615 (2020).

5 Los países latinoamericanos proveen un escenario interesante para un análisis por dos motivos. El primero, las composiciones societarias en América Latina suelen ser altamente concentradas y recaen en grupos familiares que controlan la compañía, y en segundo lugar, aun cuando las hay con un capital disperso, el origen de su marco institucional en el derecho civil continental provee poca protección legal a los derechos de los inversionistas. Ver a Mauricio Jara et. al. *Corporate governance in Latin American firms: Contestability of control and firm value*, 22 *BQR Business Research Quarterly* 258 (2019).

6 The Organization of Economic Cooperation and Development (OECD), *White Paper on Corporate Governance in Latin America*, 48.

que, cuando no estén los fundadores o cuando hayan cedido acciones, se originen conflictos entre los accionistas por el control de la compañía⁷.

Ante esta situación, es importante plantearnos las siguientes preguntas: ¿por qué existen conflictos entre los accionistas por el control de la compañía, si ambos grupos de accionistas van a buscar el interés de la compañía y eso, en definitiva, los beneficia?

Una respuesta podría ser que estos accionistas tienen la intención de continuar con el legado de sus familiares, establecer la mejor estrategia empresarial y maximizar los beneficios para todos los accionistas y, es por ello, que buscan el control. Otra respuesta podría ser que los accionistas conocen los beneficios extras⁸ que otorga el control a quienes administran la compañía y, no estando más el *paterfamilias*, buscan aprovechar para sí esos beneficios sin compartirlos con los inversionistas minoritarios⁹.

La anatomía de las compañías ecuatorianas es sencilla. Son compañías familiares de capital concentrado en las que únicamente el 50 % tiene un plan de sucesión generacional¹⁰ y, aquellas

7 Casos famosos en España: Conflicto societario en Galletas Gullón, El Corte Inglés, Freixenet,

8 La literatura ha nombrado a estos beneficios como «beneficios privados de control» Por todos ver a Alexander Dyck & Luigi Zingales. *Private Benefits of Control: An International Comparison*. Vol. LIX, No. 2 The Journal Of Finance 540 (2004).

9 José Miguel Mendoza ha escrito un artículo denominado «Instrucciones para expropiar a un accionista minoritario» donde se explica de manera brillante el calvario que pueden sufrir los accionistas minoritarios en las sociedades colombianas y los motivos que pueden existir para expropiar a un accionista minoritario. El artículo está disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/sociedades-y-economia-solidaria/instrucciones-para-expropiar-un>

10 Ver noticias en *El Universo*, Solo el 50 % de empresas familiares de Ecuador tiene un plan de sucesión generacional...

que no tienen un plan de sucesión generacional probablemente caminan hacia un conflicto societario. Teniendo claro cómo están compuestas las compañías ecuatorianas nos queda por averiguar si, acaso, nuestro derecho local está cumpliendo de manera correcta sus objetivos.

II. ¿CUÁL DEBE SER EL OBJETIVO DEL DERECHO SOCIETARIO EN ECUADOR?

Según la doctrina más autorizada, el derecho societario está llamado a cumplir dos objetivos: el primero, establecer la estructura legal de las compañías y sus reglas auxiliares. El segundo, mitigar los conflictos de interés de los grupos que convergen en las compañías¹¹. Estos conflictos de interés a los que me he referido han sido denominados como problemas de agencia¹². Existen tres tipos de problemas de agencia: el primero, conflictos entre los accionistas con los administradores; el segundo, conflictos entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios; y, el tercero, conflicto entre la compañía y terceros¹³.

Debido a la naturaleza de las compañías ecuatorianas, nuestro derecho societario se debe preocupar por atender primordialmente los problemas de agencia entre los accionistas mayoritarios y minoritarios¹⁴. Sin perjuicio de lo dicho, se debe estudiar a profundidad si la anatomía de las compañías

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

12 John Armour, Henry Hansmann & Reinier Kraakmann. *Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement*. Working Paper N°. 135/2009, ECGI Working Paper Series in Law 3 (2009).

13 Armour, *supra* nota 12, at 3-4.

14 Armour, *Agency Problems and Legal Strategies*, *op. cit.*, 57-58

y empresarios ecuatorianos hacen que el Derecho societario ecuatoriano —además de mitigar el problema de agencia entre accionistas mayoritarios y minoritarios—, deba encargarse de resolver otros problemas tales como los inherentes a la empresa familiar con sus características únicas, pero esto no es materia del presente artículo.

Los socios controlantes, que por lo general trabajan en la compañía, tienen incentivos que suelen ser distintos de los que tienen los minoritarios. Las estrategias societarias o de buen gobierno corporativo deben ir encaminadas hacia alinear los incentivos que tienen los accionistas mayoritarios con los intereses de los minoritarios¹⁵. Las recientes reformas societarias aprobadas en Ecuador cumplen con el objetivo de atender los problemas de agencia entre mayoritarios y minoritarios¹⁶.

Protegiendo al accionista minoritario

Ya hemos establecido que uno de los objetivos del derecho societario ecuatoriano es atender el potencial problema que

15 Ver Cándido Paz-Ares. *Anatomía del Deber de Lealtad*, 39 Actualidad Jurídica Uría Menéndez 43 (2015). El autor sostiene que: «Para ello he de comenzar recordando que cualquier sistema de gobierno corporativo está integrado por un conjunto heterogéneo de instrumentos de salvaguardia y supervisión cuya finalidad es alinear los incentivos de los *insiders* (el equipo directivo, los administradores y, en su caso, el grupo de control) y los intereses de los *outsiders* (los accionistas minoritarios)».

16 La sociedad por acciones simplificada de Ecuador introdujo los conocidos remedios contra la opresión. Incluyeron el abuso de la mayoría, minoría, paridad, la posibilidad de iniciar acciones derivadas, etc. La Ley de Modernización ha atendido el problema de agencia entre accionistas mayoritarios y minoritarios con la inclusión de deberes fiduciarios, se ha disminuido el porcentaje de capital requerido para convocar a juntas generales y se incluyó las acciones derivadas (acción social de responsabilidad iniciada por un grupo de accionistas que sean titulares de al menos el cinco por ciento del capital social).

se origina entre los accionistas mayoritarios y minoritarios de una compañía. El crecimiento económico de una determinada sociedad tiene mucho que ver con el grado de cumplimiento de ese objetivo.

Para tener un mercado de valores fuerte, es necesario cumplir con dos requisitos. Se debe contar con información fiable sobre el valor del negocio y confianza en que los controlantes no van a realizar operaciones entre partes relacionadas a valores distintos del mercado.¹⁷

La razón es sencilla y bastante lógica. Los inversionistas quieren minimizar el riesgo de perder el valor de su inversión. Nadie, en su sano juicio, invierte en una porción minoritaria de una compañía si es que esa inversión no le asegura un puesto en el directorio o gerencia y transparencia en el acceso a la información financiera y negocios que tengan los controlantes con la compañía.

Además de lo dicho, por lo general, los que están vendiendo una porción minoritaria en una compañía lo hacen porque no han podido capitalizar su inversión. Usualmente, estas ventas no se hacen a valor de mercado. El comprador natural suele ser el accionista mayoritario quien, a su vez, es administrador, y, probablemente, ha sido el causante de que el minoritario quiera vender su participación¹⁸.

Es de ingenuos creer que, en un sistema en el que los accionistas mayoritarios pueden elegir, remunerar y despedir a los administradores de una compañía; dichos administradores vayan

17 Ver a Bernard Black, *Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets*, 48 UCLA LAW REVIEW 783. (2001).

18 Ver columna en medio digital de José Miguel Mendoza.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/sociedades-y-economia-solidaria/instrucciones-para-expropiar-un>. (15 agosto, 2019).

a actuar en el mejor interés de la sociedad y no en beneficio del accionista que lo ha elegido. Como bien explican los profesores estadounidenses utilizando un ejemplo clásico, una persona baila con la persona que lo invitó a la fiesta¹⁹.

Es por ello que se torna necesario introducir los mecanismos adecuados para disuadir las actitudes oportunistas en el seno de las sociedades y dotar un sistema creíble de administradores independientes.

Ahora, en ningún momento hemos dicho que la minoría debería gobernar la sociedad. Las sociedades se gobiernan por la regla de la mayoría; pero eso no quiere decir que esta regla sea absoluta ni incondicional²⁰, los minoritarios no son súbditos de los mayoritarios.

El profesor Garrigues, lo ha explicado tan bien, que me permito transcribir su texto:

Al entrar en sociedad, el socio se somete voluntariamente a las decisiones de la mayoría, reconociendo a ésta el poder de decidir en cada caso lo más conveniente. Pero esta sumisión no se hace de un modo incondicionado, sino de un modo condicional, es decir, solo en el caso de que la mayoría efectivamente represente y defienda el interés de la sociedad. Cuando la mayoría se aparta

19 Como bien explican los profesores estadounidenses utilizando un ejemplo clásico, una persona baila con la persona que lo invitó a la fiesta. Ver a Lucian Bebchuk & Assaf Hamdani, *Independent Directors and Controlling Shareholders*, vol. 165, University of Pennsylvania Law Review, 35 (2017).

20 El profesor Joaquín Garrigues, en una famosa obra *Temas de Derecho Vivo* señala: «Ahora bien, este principio de sumisión a la mayoría no es absoluto ni incondicional»; más adelante, expone: «La protección de la minoría se manifiesta entonces como un antídoto de la democracia, como un correctivo sentimental a la fuerza bruta del número».

de este interés y, sin embargo, sigue ejerciendo sus poderes, indudablemente abusa de ellos o se desvía en su actuación.

Existen sólidos argumentos jurídicos para proteger a los accionistas minoritarios debido a que cuando se protegen a los accionistas minoritarios, se está protegiendo el interés de ley, del estatuto o de la sociedad²¹. En definitiva, con la protección de los minoritarios se busca evitar actitudes que transgredan la norma.

Además de los argumentos jurídicos, los economistas han contribuido al debate con argumentos económicos y financieros. Algunos autores, como ya hemos mencionado, atribuyen el crecimiento del mercado de valores de un país a la protección que se les ha otorgado a los accionistas minoritarios. Sobre este tópico, existen diversas teorías defendidas por grandes profesionales del derecho y de la economía²².

III. LOS BENEFICIOS PRIVADOS DE CONTROL

Se ha establecido que, debido a la alta concentración de capital en las compañías latinoamericanas, los accionistas mayoritarios tienen incentivos para controlar y vigilar a los administradores de la compañía y, así, proteger su capital. En algunos casos, como ya

21 Ver Joaquín Garrigues, *Temas de Derecho Vivo*, Tecnos, (1998), p. 115.

22 Sobre esto, Sperber indica: «En materia de mercado de valores, nuestro país todavía está “en pañales” frente a otros países latinoamericanos, no hablar siquiera de mercados más desarrollados. Una adecuada regulación normativa de la legislación societaria y de mercado de valores, encaminada a la protección de los accionistas minoritarios, en resumen, un mejor gobierno corporativo, sí otorga mayores incentivos para ampliar y desarrollar el mercado de capitales». Ver a David Sperber, *El gobierno corporativo, ¿en el Ecuador?*, Iuris Dictio 84 (2007).

se ha mencionado, los accionistas mayoritarios son también los administradores de las compañías.

El hecho de que existan estos accionistas de control dispuestos a controlar y vigilar a los administradores, permite minimizar los problemas de agencia entre los administradores y los accionistas. El problema de esta labor de control y vigilancia, ejercida por los accionistas controlantes, es que suele venir acompañada por una motivación de extraer valor de la compañía a través de una especie de retribución específica²³.

Lo descrito anteriormente es lo que la literatura económica ha denominado como *beneficios privados de control*²⁴.

Los beneficios privados de control existen también en las compañías ecuatorianas. Lo vemos a diario con los beneficios reputacionales que otorga ser el administrador de una reconocida compañía nacional. Este tipo de beneficios no necesariamente son malos. El problema radica en que los beneficios dejan de ser meramente reputacionales²⁵ y se convierten en aprovechamiento de oportunidades de negocio, uso de información privilegiada, uso de activos sociales o negocios con partes relacionadas. Es decir, los beneficios privados de control se transforman en operaciones

23 Lo explica de manera muy clara el profesor Gurrea Martínez señalando que en la práctica no se negocia la retribución explícita que se da para sí mismo el accionista de control, esta retribución es justamente la denominada como beneficios privados de control. Ver a Aurelio Gurrea Martínez *et. al.*, *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*, Working Paper Series 2/2019 Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas 37 (2019).

24 Los beneficios privados de control han sido identificados como el valor psicológico que atribuyen los accionistas al hecho de tener el control. Ver Dyck & Zingales, *supra* nota 8, at 540.

25 Ronald J. Gilson y Jeffrey N. Gordon, *Controlling Controlling Shareholders*, 152 University of Pennsylvania Law Review 785 (2003).

mediante las cuales se extrae valor de la compañía a expensas de los minoritarios²⁶.

Se ha comprobado que, dependiendo del nivel de protección de accionistas minoritarios en cada país, la prima de control, es decir, el valor que un inversionista está dispuesto a pagar por el control de una compañía, puede llegar a ser hasta del 50 % adicional²⁷. Esto, sin duda, denota la existencia de un problema. La única razón por la que un inversionista estaría dispuesto a pagar mucho más por el control de una compañía no es porque pretenda que, tras su manejo, los dividendos se incrementen exponencialmente; sino, más bien, porque los beneficios privados que les otorga el control son tan fructíferos para pagar un valor adicional.

En España, por ejemplo, se ha ilustrado la magnitud del problema de los beneficios privados de control²⁸.

Por lo tanto, en países como el nuestro, es loable que el legislador haya prestado atención a las propuestas hechas por el grupo de trabajo que elaboró la «Propuesta para la...» y, decididamente, haya incluido reformas que regulan las transacciones con partes relacionadas, fortaleciendo así la protección de los minoritarios y que, en resumen, debe traer valor a la sociedad en su conjunto.

IV. ¿QUÉ ES EL TUNNELING?

Antes de ingresar a la sección que brevemente desarrollará los deberes fiduciarios introducidos mediante la Ley de Modernización, me gustaría comentar sobre el *tunneling*.

26 Ver a Aurelio Gurrea Martínez *et. al.*, *supra* nota 23.

27 Ver a Paz-Ares, *supra* nota 15, at 44.

28 Ver nota 27.

A lo largo de este artículo hemos visto que la mayor preocupación en países de nuestro entorno es el riesgo de que los accionistas controlantes vayan a extraer valor de la compañía, de manera desproporcionada a lo que realmente les pertenece en porcentaje de acciones²⁹. Esta práctica es conocida como *tunneling*³⁰. Es la técnica mediante la cual los controlantes, sean estos administradores o accionistas mayoritarios, valiéndose de su poder en las compañías, realizan operaciones de extracción de valor que los beneficien a expensas de los minoritarios³¹. La extracción de valor puede presentarse en múltiples formas, tales como: *cash flow tunneling*, *asset tunneling «out»*, *asset tunneling «in»*, y *equity tunneling*³².

Debido a lo que está en juego, esta práctica, la del *tunneling*, por lo general es estructurada de forma tan especializada y compleja que las auditorías y estados financieros de una compañía no le permiten a un accionista minoritario detectarla³³.

Los profesores Atanov, Black y Ciccotello, han ilustrado con la siguiente analogía las diferencias entre las formas de *tunneling*:

29 Ver a Vladimir Atanasov, Bernard Black & Conrad Ciccotello. *Unbundling and Measuring Tunneling*, Vo. 2014, University of Illinois Law Review 1698 (2007). Los autores expresan que a diferencia de los problemas predominantes en materia de gobierno corporativo en los Estados Unidos como en el Reino Unido, en el resto del mundo la preocupación es la extracción desproporcionada del valor de la compañía, a esta práctica se la conoce como «tunneling».

30 Ver a Simon Johnson, Rafael La Porta, Florencio López & Andrei Shleifer. *Tunneling*, Discussion Paper Number 1887 Harvard Institute of Economic Research 4 (2000). El término *tunneling* lo utilizamos de manera sucinta para referirnos a la transferencia de recursos de la compañía hacia su accionista de control, el cual suele ocupar una posición de administrador.

31 Ver a Aurelio Gurrea Martínez *et. al.*, *supra* nota 23. At 34.

32 Ver a Vladimir Atanasov *et. al.*, *supra* nota 29. At 1700.

33 Ver nota 32.

Si describimos una empresa como un campo de manzanas, que crecen mejor juntas que separadas, el *cash flow tunneling* puede considerarse como el robo de parte de la cosecha de manzanas de este año, el *asset tunneling* "out" implica el robo de algunos de los árboles (lo que puede hacer que los árboles restantes sean menos valiosos), el *asset tunneling* "in" implica el pago excesivo por árboles adicionales, y el *equity tunneling* implica el robo de derechos de propiedad del campo³⁴.

Este problema ha sucedido en casi todos los países. En Estados Unidos y el Reino Unido el *tunneling* lo harían los administradores de la compañía, en cambio, en el resto del mundo, lo realizarían los accionistas mayoritarios.

Los casos Coca Cola, Biglari Holdings, y Gazprom ofrecen una explicación detallada sobre el *tunneling* y sus distintas formas de aplicarlo³⁵.

Nuestra ley, siguiendo las recomendaciones internacionales y locales, ha optado por un régimen de protección de los minoritarios mediante la inclusión de deberes fiduciarios a los administradores que, en teoría, castiga las operaciones con partes vinculadas, evitando de esta manera que se produzca *tunneling*. El gran reto es contar con jueces especializados en derecho societario, finanzas, contabilidad y que sean capaces de detectarlo.

34 Traducción libre de la analogía de los profesores Atanasov, Black, Ciccotello, pág. 1701/42.

35 Ver a Vladimir Atanasov *et. al.*, *supra* nota 29. At 1724. Los autores en el desarrollo de este artículo utilizan como marco teórico para el estudio del *tunneling* tres casos: Coca Cola con su subsidiaria embotelladora, de la cual es parcialmente propietaria, Coca Cola Enterprises, y Biglari Holdings junto a su director Sardar Biglari, en los Estados Unidos de América. El tercer caso corresponde Gazprom en Rusia, un mercado emergente.

SEGUNDA PARTE

V. EL DEBER DE LEALTAD EN EL DERECHO ECUATORIANO

El profesor Candido Paz-Ares señala que la solución al problema del oportunismo y la extracción de beneficios privados está en tomarse en serio el deber de lealtad de quienes administran la sociedad³⁶. Y esto es cierto. Si no nos tomamos en serio el deber de lealtad, ser accionista minoritario de una compañía ecuatoriana será cada vez menos atractivo. Esto es un problema, nadie invertirá en una compañía ecuatoriana como minoritario si se sigue conociendo de problemas entre accionistas en compañías, sin que la legislación, doctrina y jurisprudencia aporten decididamente a la defensa de la ley y la buena fe que se deben los socios entre sí.

Con la introducción del deber fiduciario de lealtad se le da visibilidad a la deslealtad corporativa³⁷. Y el nombre es correcto, deslealtad. Actuar en beneficio propio causando un perjuicio a los demás, cuando se está obligado, contractual y legalmente, a actuar de buena fe y velar por el interés general, es ser desleal. Es justamente por esto que se le debe otorgar visibilidad al deber de lealtad³⁸. Es deber de los jueces, al emitir sentencia; de los abogados, al esgrimir sus argumentos, de los profesores, al plasmar sus ideas en clase, y de los empresarios, al hacer negocios, defender el deber que tienen los socios a tratarse de manera equitativa, de buena fe y sin ánimo de obtener ventajas sobre el otro y así darle visibilidad a esta norma de conducta tan importante y, lamentablemente, a veces olvidada.

36 Ver a Paz-Ares, *supra* nota 15, at 47.

37 Beneficios privados de control, oportunismo, operaciones con partes relacionadas, etc.

38 Ver nota 36.

El deber de lealtad, como explica el profesor Reyes Villamizar, implica la necesidad de que el administrador actúe de la forma que coincida con los mejores intereses de la sociedad³⁹. Debido a la naturaleza de las compañías ecuatorianas⁴⁰, el deber de lealtad resulta de especial importancia para mitigar el problema de agencia entre accionistas mayoritarios y minoritarios.

El artículo 261.1 de la Ley de Compañías introdujo el deber de lealtad cuyo texto es el siguiente:

Deber de lealtad.- Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la compañía.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.
- b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él y hasta por un año contado a partir de su desvinculación, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.
- c) Abstenerse de contratar o negociar, directa o indirectamente, con la compañía que administrare, salvo las excepciones previstas en el artículo 261 de esta Ley; y de incurrir en las prohibiciones enumeradas en el artículo 243 de esta Ley;

39 Ver Reyes Villamizar F., *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea*, editorial Legis, página 230.

40 Ver primera parte de este artículo.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio, juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; y,

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la compañía.

La infracción del deber de lealtad, resuelto en sede judicial, determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social en caso de haberlo, sino también la de devolver a la compañía el enriquecimiento injustificado obtenido por el administrador, cuando correspondiere.

Como advertí al inicio de este artículo, no me centraré en el análisis pormenorizado del texto de la norma, sino más bien, en exponer los argumentos que sustentan la necesidad de reformar, como ya se hizo, el sistema de obligaciones y responsabilidades de los administradores de las compañías en Ecuador.

VI. EL DEBER DE DILIGENCIA EN EL DERECHO ECUATORIANO

El deber de diligencia, también conocido como deber de cuidado, establece que los administradores de una compañía deben actuar de manera diligente en el ejercicio de sus funciones.

La literatura más autorizada concluye que no es conveniente tener un administrador excesivamente prudente ni uno negligente. La receta para evitar ser negligente es sencilla, no asumir

ningún tipo de riesgo. Si los administradores siguen la receta mencionada jamás los podrán catalogar de negligentes pero sí de muy prudentes a la hora de hacer negocios, pero a un costo altísimo, afectando enormemente la creación de valor de las empresas y la innovación del país⁴¹.

Ante la situación descrita y para incentivar la toma de riesgos razonables, se ha reconocido en muchos países la regla de la discrecionalidad empresarial⁴², por sus siglas en inglés «BJR» (Business judgment rule)⁴³. Para el caso ecuatoriano, el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas recomendó que se adopte el modelo alemán⁴⁴, no obstante a la recomendación, nuestros legisladores optaron por un modelo mixto⁴⁵.

La importancia de adoptar el modelo alemán es que le corresponde al administrador probar que actuó conforme al

41 Ver a Aurelio Gurrea Martínez *et. al.*, *supra* nota 23. At 29. Sobre este punto los autores expresan: «Sobre el deber de diligencia, conviene tener en cuenta que un administrador excesivamente prudente podría ser tan perjudicial como un administrador negligente, ya que la mejor forma de evitar responsabilidades podría ser no asumir riesgo ninguno, y eso perjudica la creación de valor de las empresas y la propia innovación del país».

42 Ver *El reconocimiento de la 'Business Judgment Rule' en el Derecho Societario del Ecuador* por Paul Noboa Velasco.

<https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>. (21 diciembre, 2020).

43 Los requisitos para que los administradores estén protegidos por la regla de la discrecionalidad empresarial pueden variar dependiendo del país.

44 Para el caso ecuatoriano, el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas recomendó que se adopte el modelo alemán. Ver a Aurelio Gurrea Martínez *et. al.*, *supra* nota 23. At 32.

45 Ver para referencias *Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador* por Paul Noboa Velasco *et al.*

<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/modernizing-corporate-law-latin-america-lessons-ecuador>. (27 enero, 2021).

estándar de diligencia. Solo cuando lo ha probado, nace la protección hacia las decisiones empresariales que haya tomado. En Ecuador es distinto, la norma exige que el accionista sea quien demuestre que el administrador no actuó conforme al estándar de diligencia. Esto puede traer muchos problemas prácticos. El accionista minoritario no tiene acceso a todos los documentos de la compañía y la tarea de demostrar - judicialmente - que el administrador no actuó conforme al estándar puede desmotivar a los accionistas a presentar reclamos justificados, quedando la norma escrita sin una aplicación práctica⁴⁶.

El deber de diligencia fue introducido mediante el artículo 263 de la Ley de Compañías con el siguiente texto.

Deber de debida diligencia: Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes, reglamentos, estatutos y demás normativa aplicable, con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Para tales efectos, los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección de la compañía.

En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la compañía la información que fuere necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

De acuerdo con la regla de la discrecionalidad, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, el

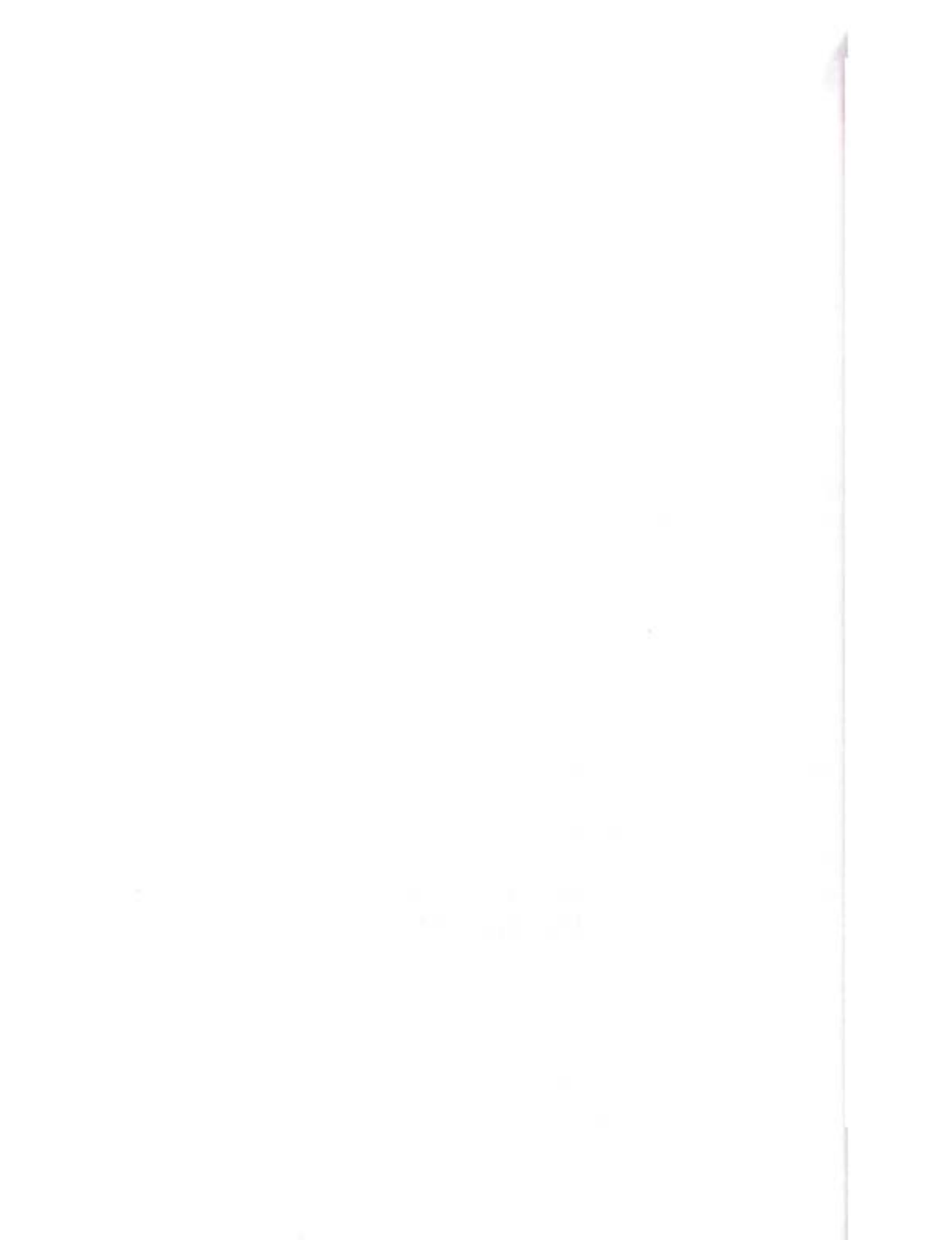
46 A propósito de este tema el abogado Paul Noboa mantiene el criterio de que para que el estándar de diligencia sea un puerto seguro para los administradores primero deben comprobar que han actuado conforme lo dispone la regla de discrecionalidad empresarial. Nos tocará esperar de qué manera lo desarrolla la doctrina y los tribunales.

estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Se presumirá que el administrador ha actuado conforme a la regla de la discrecionalidad, salvo prueba en contrario que demuestre actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. La carga de la prueba recaerá sobre quien alega la responsabilidad del administrador.

La realidad societaria ecuatoriana es que los accionistas de control son los administradores de la compañía y, en el caso de que hayan nombrado a un administrador, lo controlarán de cerca y limitarán sus atribuciones⁴⁷ por lo que, como ya adelantamos en el capítulo anterior, el deber de lealtad cumple un papel más importante en el derecho societario local que el deber de diligencia.

La inclusión de estos deberes fiduciarios sin duda alguna pone a Ecuador en la vanguardia del derecho societario de la región. Es gratificante que la norma positiva señala que se debe actuar de buena fe, sin interés personal en el objeto de la decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Si nos detenemos a pensar, es lógico que así se debe actuar cuando se administra un negocio ajeno y cuando se está frente a situaciones de conflicto de interés.

47 Al respecto es importante conocer que los límites a las atribuciones de los administradores no son oponibles frente a terceros de buena fe (Artículo 12 de la Ley de Compañías).



Dr Roberto González Torre

BREVES COMENTARIOS A LAS PROHIBICIONES DE IMBRICACIÓN PARA
SUBSIDIARIAS Y SUS ADMINISTRADORES RESPECTO DE LA COMPAÑÍA
MATRIZ O HOLDING

Contenido:

- I.- Prohibiciones legales*
- II.- Comentarios de las distintas hipótesis prohibitivas*
- III.- Posibles criterios de razonabilidad jurídica de la norma*
- IV.- Conclusiones*

BREVES COMENTARIOS A LAS PROHIBICIONES DE IMBRICACIÓN PARA SUBSIDIARIAS Y SUS ADMINISTRADORES RESPECTO DE LA COMPAÑÍA MATRIZ O HOLDING

Dr. Roberto González Torre

I. PROHIBICIONES LEGALES

El art. 33 de la Ley de Modernización a la Ley Compañías (publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial n.º 347 del 10 de diciembre de 2020), incluyó a continuación del art. 192 de esta última ley (que se refiere a la adquisición de acciones de propia emisión), la siguiente disposición:

«Art. 192.1.- (Agregado por el Art. 33 de la Ley s/n R. O. 347-3S, 10-XII-2020).- Las compañías subsidiarias no podrán adquirir, por ninguna vía, ni directa ni indirectamente, acciones con derecho de voto emitidas por su compañía matriz. Esta prohibición también es aplicable para los administradores de las compañías subsidiarias. Será nula cualquier adquisición que contravenga esta prohibición.

Igual sanción de nulidad existirá para las compañías subsidiarias sujetas al control de la sociedad holding

por vínculos de propiedad, y sus administradores, quienes estarán prohibidos de adquirir las acciones o participaciones de su compañía tenedora controlante.

Sin perjuicio de las nulidades antedichas, cuando se efectuare una transferencia de acciones en violación de este artículo, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, no actualizará la nómina de accionistas de la compañía matriz en el Registro de Sociedades.

Para los efectos de este artículo, se entenderá como matriz a aquella compañía que hace las veces de cabeza de grupo de sus sociedades mercantiles.

Se entenderá por sociedad subsidiaria a aquella que posee personalidad jurídica propia y en la cual otra sociedad, que será su matriz, tenga una participación directa o indirecta, superior al cincuenta por ciento de su capital social».

Nos preguntamos:

¿Cuál fue la intención del legislador?

¿Cuál es la razonabilidad jurídica de estas prohibiciones legales?

¿Se inspiró la norma en cuestiones de coyuntura o es la técnica legislativa la que así lo dispuso?

Probablemente pudo inspirar la disposición citada, lo preceptuado de la Ley de Sociedades de Capital de España, que en su capítulo VI se refiere a los «negocios sobre las propias participaciones y acciones» incluyendo una disposición tajante:

Artículo 134.- Prohibición.- En ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante.

En la legislación argentina existe lo que dispone la Ley 19550 de Sociedades Comerciales:

«Participaciones recíprocas: Nulidad.

ARTÍCULO 32.— Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aún por persona interpuesta. La infracción a esta prohibición hará responsable en forma ilimitada y solidaria a los fundadores, administradores, directores y síndicos. Dentro del término de tres (3) meses deberá procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad en caso contrario, disuelta de pleno derecho.

Tampoco puede una sociedad controlada participar en la controlante ni en sociedad controlada por esta por un monto superior, según balance, ni de sus reservas, excluida la legal.

Las partes de interés, cuotas o acciones que excedan los límites fijados deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance del que resulte la infracción. El incumplimiento será sancionado conforme al artículo 31».

O quizás la disposición contemplada en el artículo 262 del Código de Comercio de Colombia que dispone:

«Artículo 262. Las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo».

Como indicamos en el título de este ensayo, estas son las prohibiciones de imbricación o prohibiciones de participaciones recíprocas como se denomina en el derecho argentino, donde legislaciones extranjeras las recogen, precisamente sobre la experiencia adquirida al haberse realizado prácticas societarias poco ortodoxas en distintas jurisdicciones.¹

Detengámonos en el análisis de la disposición de la ley ecuatoriana, para tratar de aportar con respuestas a las interrogantes planteadas.

1 «El artículo 262 del Código de Comercio especifica la sanción de ineficacia para los negocios que se celebren contrariando la prohibición de las sociedades subordinadas de tener participación patrimonial en las sociedades que las dirijan o controlen. ... La imbricación es entendida en materia de grupos como la existencia de participaciones recíprocas entre las partícipes del conglomerado. No solo puede darse este fenómeno entre la matriz y las subordinadas, sino también entre sociedades subordinadas, no obstante la única que está expresamente prohibida por la ley colombiana es la participación de las subordinadas en el capital de las sociedades que las dirijan o controlen.» Francisco Reyes Villamizar al referirse a la participación de las subordinadas en el capital de la matriz señala que se trata de una maniobra que "genera el desvanecimiento de una parte del capital de la de la sociedad matriz, cuyo efecto principal consiste, en la práctica, en la duplicación parcial y ficticia de los aportes de los asociados." (Negrilla fuera de texto). De suerte, que la expresión "Las sociedades subordinadas", contenida en el artículo 32 de la Ley 222 de 1995, no permite inferir diferenciación, exclusión ni limitación de la prohibición de imbricación respecto de las sociedades subordinadas y/o subsidiarias, bien sea directa e indirectamente de las sociedades que las dirijan o controlen." OFICIO 220-008947 DEL 30 DE ENERO DE 2018 Ref: DE LA IMBRICACIÓN - ENTRE FILIALES O SUBORDINADAS RESPECTO DE LAS SOCIEDADES QUE LAS DIRIJAN O CONTROLLEN».

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-008947.pdf

II. COMENTARIOS DE LAS DISTINTAS HIPÓTESIS PROHIBITIVAS

- Se incluye una prohibición total para las compañías subsidiarias de adquirir, por ninguna vía, acciones ordinarias, emitidas por su compañía matriz, esto es en aquella que tenga una participación directa o indirecta superior al cincuenta por ciento de su capital social. La expresión «por ninguna vía» aglutina que mal pudiera una compañía subsidiaria adquirir, por ejemplo, obligaciones convertibles en acciones emitidas por su sociedad matriz o holding o participar en aumentos de capital de su sociedad dominante, sea esta matriz o holding.
- Por lo amplio de la imposición prohibitiva, si hubiera una sociedad «matriz» ecuatoriana que a su vez tenga como dueña un «holding» internacional, por ejemplo, la prohibición alcanzaría a toda la cadena societaria de propiedad de control dominante, al ser una prohibición de participación directa e indirecta. La prohibición legal no distingue nacionalidades de subsidiarias, ni de las compañías dominantes de aquellas.
- Lo que es más, si una subsidiaria (sociedad A) adquiere acciones de una tercera compañía (sociedad C, ajena al grupo económico) o resulta que invierte en acciones de la sociedad C en las bolsas de valores, sin saber siquiera que en los activos de esa sociedad C) esta mantiene algunas cuantas acciones de la matriz o *holding* (sociedad B) de aquella subsidiaria adquirente (sociedad A), podría darse un efecto de nulidad absoluta de la adquisición indirecta en C.

- Sin embargo de la prohibición, esta no contempla la posibilidad para que la subsidiaria pueda mantener acciones preferidas en la matriz o holding, siendo esa inversión perfectamente legal. No entendemos la razón de no haberlo prohibido, ya que si pensamos que se busca proteger la independencia de la subsidiaria en sus inversiones y que la relación de la cadena societaria no vaya al revés, podría ser un mecanismo para perder liquidez y asumir un riesgo como accionista en la matriz o holding, cuando el objeto social primordial de la subsidiaria es otro. ¿Quizás para permitir que lo hagan subsidiarias de compañías extranjeras? Podría ser una justificación, ya que no es inusual en el mundo que subsidiarias o filiales de compañías extranjeras suelen ser las que adquieren emisiones de valores, incluyendo obligaciones convertibles de su sociedad controladora extranjera holding.²
- Con igual criterio entendemos que los administradores pudieran tener acciones preferidas en la compañía holding, pero no ordinarias, lo cual sí es más comprensible y quizás, por la forma de legislar, esa pudo haber sido la intención del legislador.
- Por lo demás, la prohibición se extiende a los administradores de la subsidiaria como si fuesen la subsidiaria misma.

2 «Por lo demás, en la práctica es muy frecuente que las filiales suscriban emisiones completas de obligaciones convertibles con el fin de colocarlas posteriormente en mercados extranjeros, y la experiencia enseña que dichas emisiones no se han encontrado jamás con dificultades a causa del art. 74 LSA ante el Registro Mercantil, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o los Tribunales». Estudio proporcionado por la abogada Tatiana Vernaza Gonzembach de Flores, de los profesores Cándido Paz-Ares y Antonio Perdices Huetos titulado «Adquisición Originaria de Acciones Propias», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 6, 2002, pág. 227.

- El efecto legal de incurrir en la prohibición acarrea nulidad absoluta de la adquisición (cualquiera fuese la vía jurídica utilizada), toda vez que los actos prohibidos por la ley determinan el efecto de nulidad absoluta³.
- Reafirma el sentido de la prohibición, el segundo inciso que dispone que la nulidad también se dará para las compañías subsidiarias, controladas por una compañía holding y sus administradores, los que no pueden adquirir acciones ordinarias o participaciones en la compañía tenedora controlante. Le faltó mayor precisión a este inciso, ya que debió ser claro indicando que no podrán adquirir acciones ordinarias, pero sí preferidas.
- Como consecuencia de la nulidad, dispone la ley que el Registro de Sociedades de la SCVS no actualizará la nómina de accionistas, lo cual no tiene sentido práctico, legal, ni lógico alguno.
- Más allá de lo dicho, toda norma rige para lo venidero, por tanto, si un administrador es accionista de un holding o matriz, no incurre en prohibición alguna, pero sí lo haría ante un aumento de capital, por ejemplo. ¿Significa entonces que estaría obligado por ley a renunciar en ese caso a su derecho de preferencia o de atribución, según el caso? La ley no lo resuelve, pero resulta injusto y hasta cuestionable desde el plano constitucional, que entre otros derechos precautela la propiedad privada y la seguridad jurídica.

³ CÓDIGO CIVIL, Art. 9.- Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.

- Finalmente, la facultad otorgada por ley a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS) para no actualizar la nómina de accionistas cuando considera que se ha incurrido en la prohibición no tiene sentido. Si bien la SCVS es el órgano de control de las compañías mercantiles, no le corresponde una actuación de juez, más aún tratándose de un efecto de nulidad absoluta, lo cual debe dilucidarlo la justicia ordinaria, no el mismo órgano de control administrativo con decisiones administrativas que constituyen un juzgamiento *a priori*.⁴
- Por más que el efecto administrativo de la SCVS no es sancionatorio sino que está limitado a no actualizar la información societaria, se le otorga una facultad cuestionable en cuanto al efecto jurídico práctico que ello produce. Sostenemos lo anterior, por cuanto no debe olvidarse que la calidad de accionista se adquiere, cumplido el proceso de inscripción previsto en el art. 189 de la Ley de Compañías, por el registro de la cesión en el

4 CÓDIGO CIVIL, Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay, asimismo, nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

CÓDIGO CIVIL, Art. 1699.- (Sustituido por el Art. 57 de la Ley s/n, R.O. 526-2S, 19-VI-2015).- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.

libro de accionistas, no por la actualización que haga de la nómina la SCVS.⁵

En nuestro criterio, no justifica, de manera alguna, que sobre la base del necesario fortalecimiento de controles para la SCVS se le haya otorgado una facultad como esa porque pueden darse un sin número de situaciones, sobre todo de adquisiciones indirectas lícitas, que podrían estar expuestas a un anticipado y subjetivo criterio de nulidad del órgano de control y lo que es más, pudiendo recaer respecto de cesiones irrelevantes en el plano económico.

Es comprensible que la SCVS respecto de actos societarios de las compañías como tales, pueda, por ejemplo cancelar un contrato constitutivo o cualquier acto societario posterior (incluso disponiendo «retroacción»), en los términos del art. 457.1 de la Ley de Compañías, pero dilucidar aspectos de negociación de acciones, incluso de personas naturales no entra en el ámbito directo de sus facultades ante una nulidad absoluta que debe ser resuelta judicialmente.

Si hubiere nulidad absoluta de los actos de toda índole que se encuadren en las prohibiciones, surge la pregunta: ¿quién puede demandar que se declare la nulidad? Creemos que la SCVS debería plantear la demanda como órgano de control ante la justicia ordinaria, porque ni la compañía que ejecutó el acto de inscribir en el libro de accionistas la transferencia de acciones, ni las partes que intervinieron podrían hacerlo, según el artículo 1699 del Código Civil.

5 Art. 187 de la Ley de Compañías: «Se considerará como dueño de las acciones a quien aparezca como tal en el Libro de Acciones y Accionistas».

III. POSIBLES CRITERIOS DE RAZONABILIDAD JURÍDICA DE LA NORMA

Buscando respuestas lógicas a las prohibiciones, se puede indicar lo siguiente:

- 1) Si existe una estructura societaria a partir de una compañía dueña o gobernante al final de otra que sea su subsidiaria, suena lógico que la sociedad controlada no pueda ser accionista de la compañía que la controla, más aún si esta última compañía tenedora de acciones usualmente maneja distintos negocios a través de varias compañías subsidiarias o filiales. Es una forma de evitar la confusión de patrimonios y garantizar la transparencia contable de las compañías a efectos de demostrar la real solvencia de las compañías.⁶
- 2) La limitación pudo haber sido incluida, además, para evitar riesgos de piramidación de capitales, así como triangulaciones de la propiedad de acciones y participaciones con voto final en cabeza de administradores de una subsidiaria.
- 3) Si seguimos la lógica precedente, debió limitarse también que la subsidiaria pueda tener acciones preferidas en la matriz, porque sería una vía de obtener liquidez a partir

⁶ En la opinión del profesor argentino Jorge Daniel Grispo, «las participaciones recíprocas constituyen una forma, ciertamente exagerada, de computar el verdadero capital social de las sociedades involucradas, desvirtuando de esta manera la visión, que pueden tener los terceros (ajenos a la sociedad) respecto de su solvencia». Grispo, Jorge Daniel: «Participaciones societarias recíprocas. Nulidad y demás consecuencias»; Revista La Ley, pág. 1 LA LEY S.A.E. e I. Id SAIJ: DACF04006; 19 de marzo de 2004.

Breves comentarios a las prohibiciones de imbricación para subsidiarias y sus administradores respecto de la compañía matriz o holding

de una subsidiaria en beneficio de la matriz; lo que podría ocasionar eventuales perjuicios a terceros vinculados jurídicamente con la subsidiaria.

- 4) Si la prohibición se extiende a los administradores de la subsidiaria probablemente se debe a que se quiere evitar que estos tengan intereses contrapuestos, aunque aquello no sea necesariamente una regla general.
- 5) Ocurrirá en más de un caso que accionistas administradores, ante la prohibición, opten por romper la estructura de matriz o holding, incluso resolver aparecer de forma directa para evitar riesgos de nulidades. Existen muchas razones por las que accionistas de una subsidiaria optan por una estructura societaria intermedia, sin que ello sea pecado o algo prohibido.
- 6) También es posible que en el caso de accionistas administradores, estos opten por contratar administradores independientes manteniendo por lo demás sus estructuras de matriz o holding de control sobre la subsidiaria, apartándose de la administración de la compañía y adoptando criterios de Buen Gobierno Corporativo.

IV. CONCLUSIONES

Consideramos que las prohibiciones analizadas no tienen una buena redacción y que las justificaciones de su inclusión, más bien obedecen a situaciones coyunturales que el órgano de control ha tenido que enfrentar en determinados casos puntuales. No obstante, este es un tema tratado en legislaciones de otros países,

siendo comprensible limitar a las subsidiarias en su participación accionarial en una matriz o holding para la seguridad de terceros, especialmente si las compañías son emisoras en el mercado de valores.

Sin embargo, debe reformarse el artículo para expresamente permitir de forma clara que los administradores de subsidiarias puedan ser accionistas de acciones preferidas de su matriz o holding; incluso por qué no tener acciones ordinarias, pero pensando quizás en participaciones o acciones que no determinen un control absoluto, ni relevante en la sociedad controladora.

También se podría pensar en excluir de la limitación a todos aquellos administradores de sociedades matrices o holding extranjeras que cotizan en bolsas de valores de otros países o sean de propiedad final de fondos de inversión internacionales, las que normalmente invitan a sus administradores a ser accionistas como parte de su paquete remunerativo.

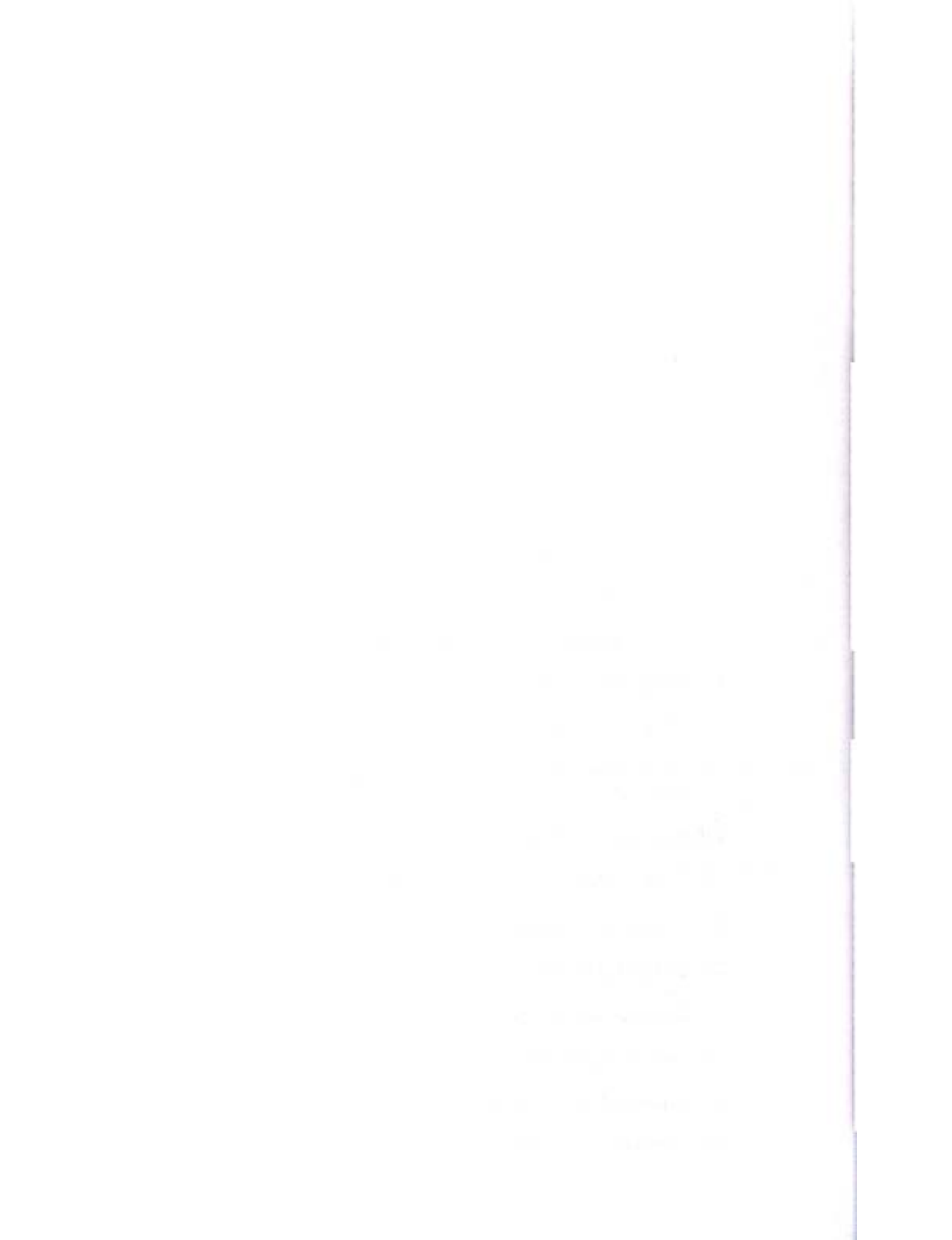
Además, debe reconocerse expresamente la facultad privativa de los jueces para dilucidar la supuesta adecuación a las prohibiciones de imbricación o de participaciones recíprocas, sacando de cualquier clase de prejuzgamiento a la SCVS; o, en su defecto, pensar en una solución diferente fundada en la ineficacia de los actos jurídicos que se encuadren en una prohibición precisa, la que bien podría ser materia de otro ensayo.

Guayaquil, marzo de 2021.

TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN DE COMPAÑÍAS DE ACUERDO A
LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS

Contenido:

- I.- Antecedentes*
- II.- Junta general. Balance de transformación y balance de separación*
- III.- Ejercicio del derecho de separación*
- IV.- Situación que se presenta en la transformación*
- V.- Impugnación al balance de transformación*
- VI.- Balance de separación*
- VII. Reembolso a socios o accionistas que ejercieron derecho de separación*
- VIII. Plazo para reembolso*
- IX. Posibilidad de resolver un simultáneo aumento de capital social*
- X. Caso en que el reembolso sea superior al valor nominal*
- XI. Escritura pública de transformación*
- XII. Reducción del capital social*
- XIII. No modificación de la participación de los socios*
- XIV. Asunción de responsabilidad ilimitada*
- XV. Efectos de la transformación*



TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN DE COMPAÑÍAS DE ACUERDO A LA LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS

Dr. Roberto Salgado Valdez

I. ANTECEDENTES

1. Antecedentes generales

Antes de la vigencia de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías (Tercer Suplemento del Registro Oficial 347 de 10 de diciembre del 2020) la Transformación de las Compañías En Nombre Colectivo, En Comandita Simple o de Responsabilidad Limitada a otra especie de Compañía requería el *«acuerdo unánime de los socios»*, de modo que, en consecuencia, no podía entenderse como la Ley trataba en los anteriores artículos 333 y 332 con respecto al derecho de separación o de receso de «los socios» no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación ya que la Ley al exigir dicho acuerdo unánime, al mismo tiempo, lo volvía inviable pues nunca podía haber **«socios»** no concurrentes o disidentes.

La situación era más que obvia: en esos puntuales casos previstos en el inciso segundo del artículo 331, que exigía unanimidad de los «socios», no existía el derecho de separación o de receso. Ese derecho existía en todos los otros casos, Transformación de Compañías Anónimas, En Comandita por

Acciones y de Economía Mixta, en que se requería tan solo una votación de mayoría del capital pagado concurrente aun cuando no implicara, a los accionistas, un cambio de responsabilidad limitada a responsabilidad ilimitada.

2. Mayoría necesaria para Transformación de Compañías de Responsabilidad Limitada

A fin de posibilitar que en las Compañías de Responsabilidad Limitada se cuente con el derecho de separación lo que cabía es que se suprimiera la exigencia legal de autorización de la «**unanimidad de los socios**», particular que se propuso en el Proyecto de Reformas a la Ley de Compañías enviado al Congreso Nacional en el año 2002 por parte de la Superintendencia de Compañías, sugiriendo la transformación de estas compañías contando solo con la autorización del 75 % del capital social.

Con este antecedente cabe señalar que la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, incorporó esta proposición del 2002, de modo que la Transformación de Compañías de Responsabilidad Limitada hoy requiere del acuerdo del 75 % del capital social, constituyéndose en una acertada reforma.

3. Breve resumen de efectos de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, en lo concerniente a la Transformación

La Ley de Modernización a la Ley de Compañías en lo concerniente a la Transformación no es didáctica sino más bien absolutamente confusa —particular que la desmerece— de modo que, realizando el correspondiente esfuerzo intelectual, trataremos de desentrañar y explicar su contenido, dividiendo la materia de la mejor manera que sea posible para cumplir esos objetivos.

La Ley de Compañías, antes de la reforma, en los artículos 330 a 336, estableció la normativa legal a la que debía sujetarse una compañía para transformarse en otra especie y, fundamentalmente, para el efecto, debía contar con la correspondiente resolución de la junta general de socios o accionistas, a la cual debía agregarse el acuerdo de transformación constante en el acta, la lista de los accionistas o socios que hicieren uso del derecho de separación y un balance final cerrado al día anterior al del otorgamiento de la escritura, elaborado como si se tratara de un balance para la liquidación de la compañía, esto es, en el que apareciera el valor de reembolso de las participaciones o acciones en favor de los socios o accionistas que ejercieran el derecho de separación.

Por su parte los accionistas no concurrentes o disidentes que quisieran ejercer el derecho de separación debían notificarlo al Gerente de la compañía, por escrito, dentro de los quince días contados desde la fecha de la junta general en que se tomó el acuerdo, pudiendo, además, si lo consideraban necesario, ejercer un derecho de impugnación al balance en lo relativo al reembolso del valor de las acciones, ante la Superintendencia de Compañías, en un plazo de treinta días contados a partir de la fecha del balance.

Como se observará, la anterior normativa legal exigía la existencia de un solo balance.

La Ley de Modernización a la Ley de Compañías realizó algunos cambios a esta normativa legal estableciendo:

a) Que existan dos balances: un balance de transformación propiamente dicho y un balance de separación;

b) Que el «balance de transformación» deberá ser cortado al día anterior a la fecha de celebración de la junta y ya no al día anterior al del otorgamiento de la escritura;

c) Que el balance de transformación debe reflejar la situación patrimonial de la sociedad a la referida fecha de corte, lo que se entiende, por obvias razones, que en ese balance no consta el valor de las participaciones o acciones de los socios o accionistas que ejercerán el derecho de separación, para su reembolso;

d) Que se practique, de otra manera, el derecho de separación estableciendo que el representante legal de la compañía debe notificar a todos los socios o accionistas la decisión de la junta general de transformar la compañía a otra especie de compañía, aparejando el balance de transformación a fin de que dichos socios o accionistas puedan ejercer el derecho de separación. La anterior normativa legal no establecía esta notificación que, por cierto, si bien se encontraba implícita, es mejor que quede claramente establecida en la ley;

e) Que el segundo balance, al que se lo ha denominado «*balance de separación*», en el que debe expresarse la situación de la compañía con posterioridad al ejercicio del derecho de separación, contenga las modificaciones que correspondan. La anterior normativa legal no exigía este nuevo balance. En este punto es necesario aclarar que esta dualidad de balances que exige la nueva normativa no constituye ninguna novedad ya que fue establecida en la primera Ley de Compañías de 1964;

f) Que se concede un plazo de cinco días, contados a partir de la notificación, para que los accionistas o socios ausentes o disidentes hagan conocer a la compañía su deseo de separarse de ella. La anterior normativa establecía tal posibilidad dentro de un plazo de quince días contados desde la fecha de la junta general en que se tomó el acuerdo;

g) Que se mantenga la posibilidad de que el balance de transformación pueda ser impugnado por los socios disidentes o no

concurrentes ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en el plazo de treinta días contados desde su fecha, en lo relativo al reembolso del valor de las participaciones o de las acciones, la que resolverá, en definitiva, previos exámenes y peritajes;

h) Que el valor de reembolso de las acciones o participaciones puede ser libremente acordado entre la compañía y los socios o accionistas, particular que no lo admitía la anterior normativa legal y que, en caso de no haber acuerdo, la valoración será realizada por un perito designado por la Superintendencia de Compañías, en parecidos términos —no iguales— a los establecidos para el derecho de impugnación;

i) Que el pago del reembolso deberá realizarse de contado, incluyendo el interés máximo convencional desde la fecha de notificación de la separación, en un plazo máximo de tres meses contados a partir de la fecha en que las partes acordaron el valor de reembolso o de la recepción del informe de valoración por parte de un perito, salvo decisión judicial en contrario que fije un plazo diferente;

j) Que cuando el monto del reembolso fuere superior al valor nominal de las acciones o participaciones, el exceso será cubierto con reservas, de existir, o activos no esenciales;

k) Que verificada la decisión de los socios o accionistas que ejerzan el derecho de separación, la transformación se formalizará por instrumento público, en el que se incorporará el acuerdo de transformación, esto es el acta de junta general que lo autorizó, la lista de los accionistas o socios que hayan hecho uso del derecho de separación y el estatuto social acorde a la especie que se adopte, escritura que deberá otorgarse dentro de los treinta días posteriores a la celebración de la junta, sin que exista obligación

de incorporar el balance de transformación que, por cierto, deberá ser enviado a la Superintendencia junto con la correspondiente solicitud de aprobación;

l) Que por efectos del derecho de separación la compañía deberá disminuir su capital social, en la medida que corresponda a dicho ejercicio, para lo cual debe existir un nuevo acuerdo de junta general expresando en la correspondiente escritura pública, las acciones o participaciones que se eliminan, la identidad de los socios o accionistas que se separan, la fecha de reembolso y la cifra a la que quedará reducido el capital social, sin perjuicio de que, la misma junta general, pueda acordar un aumento de capital social para reponer el valor del rescate, particulares que no señalaba la anterior normativa legal pero que, sin duda, implícitamente así debía procederse.

II. JUNTA GENERAL. BALANCE DE TRANSFORMACIÓN Y BALANCE DE SEPARACIÓN

Como hemos señalado, de acuerdo al artículo 332, reformado, de la Ley de Compañías, la junta general al tomar la decisión de transformación debe, al mismo tiempo, formular un balance de transformación cortado al día anterior a la fecha de su celebración, que refleje la situación patrimonial de la compañía a la referida fecha. Antes de esta reforma la Ley exigía un balance final cortado al día anterior al del otorgamiento de la escritura pública como que si se tratara de un balance para la liquidación de la compañía, lo que resultaba prácticamente muy difícil de obtener; con la reforma introducida, de cierta manera se agrava la situación, ya que resultará tanto más difícil poder contar con un balance cortado a las doce de la noche del día anterior al día en que la junta deba conocerlo, más aún cuando se trate

de compañías de gran movimiento operacional y contable, en circunstancias en que la propia nueva ley, al final del inciso tercero del mismo artículo, establece que el representante legal será civil y penalmente responsable por la presentación de balances falsos, engañosos o que no reflejen fielmente la situación patrimonial de la sociedad.

Por tanto la reforma no debió incluir esta modificación sino que debió mantenerse que el balance de transformación debía ser cortado al día anterior al del otorgamiento de la escritura pública, como si se tratara de un balance de liquidación, esto es incluyendo lo relativo al reembolso del valor de las participaciones o acciones, sin requerir un balance de separación posterior que, por cierto, solo es el resultante del ejercicio de ese derecho de separación y que no es más que la materialización contable de los efectos de esa separación.

Justamente a efectos de darle viabilidad a este balance de transformación es que el innumerado artículo sexto del artículo 2 de la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías, de 13 de diciembre del 2019, señaló que para todos los procesos de transformación, fusión y escisión, la compañía estaba obligada a preparar un balance cortado al día anterior de la fecha de la escritura pública correspondiente, aclarando que no se requería insertar el balance en la escritura pública, pero que la compañía debía 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. Se trató de una magnífica reforma, la misma que debió ser, en nuestro modesto criterio, respetada en la última reforma a la Ley.

Si bien este balance de transformación debe ser aprobado por la junta general —coincidiendo con lo señalado anteriormente— la reforma ratifica que no será documento habilitante de la escritura de transformación; pero deberá remitírsele a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, junto con la solicitud de aprobación del acto societario.

Adicionalmente, la misma junta general que acuerde la transformación deberá autorizar al representante legal de la compañía la elaboración del posterior balance de separación, para el caso de que los socios o accionistas ejercieran su derecho de separación, cuando sean notificados por el representante legal para el efecto, sin necesidad de que dicha junta se instale nuevamente para su aprobación.

III. EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

Dice el artículo 333, reformado, que el acuerdo de transformación resuelto por la junta general solo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor. Los socios o accionistas disidentes o no concurrentes a la junta que acordó la transformación de la compañía tendrán el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o participaciones, de conformidad con el respectivo balance de transformación, más el interés máximo convencional, calculado desde la fecha de la notificación de la separación hasta el día en que deba efectuarse el reembolso.

Obviamente, si los socios o accionistas unánimemente hubieren aprobado la transformación se procederá de inmediato a otorgar la escritura pública correspondiente, pero si hubiere accionistas disidentes o no concurrentes, el representante legal de la compañía deberá notificar dicho particular a todos los

socios o accionistas (¿no debería ser solo a los disidentes o no concurrentes?) mediante comunicación enviada por cualquier medio, físico o digital, por tres días consecutivos, a la cual aparejará el balance de transformación aprobado por la junta general, a fin de que los socios o accionistas disidentes o no concurrentes le hagan conocer si ejercen o no el derecho de separación. Esta es una innovación, la de notificación —que consideramos acertada— porque si bien es cierto la normativa legal anterior no la determinaba y se encontraba implícita, es mucho mejor que ya conste expresamente en la ley.

A los socios o accionistas cuya individualidad, domicilio o residencia sea imposible de determinar, se les comunicará mediante publicaciones que se realizarán, por tres días consecutivos, en un periódico de amplia circulación del domicilio principal de la compañía.

Para ejercer su derecho de separación, el socio o el accionista notificará su decisión a la compañía, dentro de los cinco días contados desde la fecha de la última notificación o publicación previstas anteriormente, mediante comunicación enviada por cualquier medio, físico o digital, al representante legal de dicha compañía. Si no lo hace, aun cuando la Ley no lo dice, se entenderá que ha renunciado a su derecho de separación.

Al respecto cabe señalar que antes de la reforma el plazo para ejercer el derecho era de quince días.

El plazo para el ejercicio del derecho de separación empezará a contarse a partir del día siguiente a la última comunicación o a la última publicación si así correspondiere.

Para que la notificación a través de un medio digital tenga validez, se deberá dejar constancia, por cualquier medio, de

la transmisión y recepción de la comunicación, de su fecha y hora, del contenido íntegro, y de las identidades del remitente y destinatario.

En cualquier caso, el ejercicio del derecho de separación no impedirá la prosecución del trámite normal de transformación y una vez que la compañía haya sido notificada y conozca quiénes ejercieron el derecho de separación, estará habilitada para otorgar la escritura pública de transformación y, posteriormente, la de reducción del capital social.

IV. SITUACIÓN QUE SE PRESENTA EN LA TRANSFORMACIÓN

El socio o accionista, principalmente el no concurrente, recién tendrá conocimiento oficial de la decisión de transformación y del balance de transformación aprobado por la junta general, solo en el momento en que el representante legal le notifique de esos particulares (por tres días consecutivos) de modo que necesariamente deberá, dentro del plazo de cinco días, notificar a la compañía si hace o no ejercicio del derecho de separación, sin perjuicio de que aun cuando lo haga, de todos modos pueda ejercer también el derecho de impugnación a dicho balance, como lo continúa permitiendo el artículo 333, inciso sexto, reformado, ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Al respecto cabe señalar que tal impugnación deberá referirse, por cierto, solamente en lo relativo al reembolso del valor de las acciones o participaciones, y se lo debe hacer en el plazo de treinta días contados desde su fecha (un día antes de la junta); en consecuencia, ese balance de transformación debería contar con los valores relativos al reembolso y no se encontrarán definidos dichos valores mientras la Superintendencia no dicte su

resolución definitiva, previos los exámenes y peritajes que fueren del caso. Al respecto cabe relieves que el anterior artículo 332 de la Ley de Compañías establecía un balance final *«como si se tratara de un balance para la liquidación de la compañía»*, esto es que en el mismo se incluyeran los valores definitivos que debían reembolsarse a los accionistas o socios que hubieren ejercido el derecho de separación. Eso no ocurre en la actualidad porque al reformarse al artículo 332 ya no se establece este balance final de liquidación sino un balance *«que refleje la situación patrimonial de la sociedad a la referida fecha de corte»*, esto es al día anterior a la fecha de celebración de la junta general, de modo que en ese balance ya no puede señalarse los valores definitivos que deben ser reembolsados a los socios o accionistas ya que, para entonces, no se conoce ni siquiera si van a ejercer el derecho de separación. Es por eso que nos permitimos sugerir que el balance de transformación *«que refleje la situación patrimonial de la sociedad a la referida fecha»*, se incorporen los valores, aunque no sean definitivos, con respecto al posible reembolso que deba hacerse a los socios o accionistas en el caso de que éstos ejercieran el derecho de separación. Si esta fuera la situación, como la escritura pública de transformación obligatoriamente debe otorgarse dentro de los treinta días posteriores a la celebración de la junta y que, además, por así disponerlo el artículo 334, inciso segundo, reformado, el ejercicio del derecho de separación no impide la prosecución del trámite de transformación, dicha escritura se otorgará aun cuando el valor de reembolso de las participaciones y acciones no esté definido sin perjuicio de que dicho balance no constituya documento habilitante.

Hemos descrito esta situación con el objeto de manifestar que posiblemente la decisión del legislador fue separar absolutamente dos actos distintos: a) El de Transformación que es un acto societario unilateral; y, b) El de ejercicio de derecho de separación

y reembolso del valor de las acciones y participaciones de quienes lo hubieren ejercido, incluyendo el reembolso, que constituye un acto bilateral entre la compañía y el socio o accionista especialmente por el tema del reembolso.

De ser así, como creemos que es, el acto societario de transformación de la compañía puede realizarse independientemente del ejercicio del derecho de separación, esto es que a pesar de su ejercicio, puede inmediatamente otorgarse la correspondiente escritura pública de Transformación y procederse a su inscripción en el Registro Mercantil o de Sociedades en su caso, aun cuando el balance de transformación, en lo concerniente al reembolso del valor de las participaciones o acciones, no se encuentre definido por cualquier motivo, incluyendo como motivo el ejercicio del derecho de impugnación sobre dicho balance.

Como el ejercicio del derecho de separación se tramitará con absoluta independencia, una vez que se cuente definitivamente con el valor exacto y fecha de reembolso, recién se podrá contar con el balance de separación, y deberá la compañía proceder a otorgar, previa resolución de la junta general, la correspondiente escritura pública de reducción del capital social, en la cuantía que proceda de acuerdo al valor definitivo a que ascienda el derecho de separación, debiendo acompañar el referido balance de separación.

Por cierto, en nuestro modesto criterio, creemos acertada esta distinción que se ha realizado ya que, de no ser así, la compañía se hubiera visto avocada a tener que esperar que concluya, en los términos que hemos señalado, el ejercicio y consecuencias del derecho de separación para recién, entonces, encontrarse habilitada para poder otorgar la escritura pública de transformación.

En otras legislaciones como la española, no es así, como nos lo señala, por ejemplo, Nemesio Vara De Paz: «...*hay que entender que la transformación no es efectiva hasta que no hayan sido pagados los accionistas que ejerciten el derecho de separación*» y Manuel de la Cámara Álvarez que agrega: «...*creemos que hay base suficiente para sostener que la eficacia de la transformación está supeditada a que los accionistas separados cobren*».

En definitiva, aún cuando no lo hace con la claridad que se requería —ya que en sí la nueva normativa es bastante confusa— ha primado el principio societario de que el interés de la compañía se encuentra por sobre el interés de los socios o accionistas.

V. IMPUGNACIÓN AL BALANCE DE TRANSFORMACIÓN

El artículo 333, reformado, en su último inciso, manifiesta que el balance de transformación, en lo relativo al reembolso del valor de las participaciones o de las acciones, podrá ser impugnado, ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, por el accionista o socio disidente o no concurrente en el plazo de treinta días contados desde su fecha, la que dictará resolución definitiva previos los exámenes y peritajes que fueren del caso. Por eso, aun cuando la ley luego de la reforma no lo exige, debería en ese balance hacerse constar los valores que habría que reembolsar a los socios o accionistas, en general, para que los conozcan y tengan motivos para impugnarlo.

VI. BALANCE DE SEPARACIÓN

El artículo 332, reformado, señala en su tercer inciso, que en el caso de que existieren accionistas que ejercieren su derecho

de separación, el representante legal de la compañía que ya se encuentra debidamente autorizado para el efecto por la junta general que acordó la transformación, elaborará un balance de separación que exprese la situación de la compañía con posterioridad a dichas operaciones, una vez que se encuentren definidas, conteniendo las modificaciones que en su caso resultaren procedentes, el mismo que deberá adjuntarse al acto societario de disminución de capital (no al de transformación) resultante del ejercicio de dicho derecho.

Al respecto, sinceramente, no consideramos acertado la incorporación de este balance porque, de acuerdo a la reforma, no tiene ningún sentido práctico ya que el derecho de impugnación o la referencia que tienen los socios o accionistas para ejercer el derecho de separación lo hacen con respecto al análisis del balance de transformación y no al de separación ya que, este segundo, no es sino, como hemos señalado anteriormente, el resultado final del valor definitivo del reembolso que, una vez inscrita la escritura pública de reducción de capital social, modificará en los valores correspondientes la contabilidad de la compañía, por lo que, en nuestro criterio, ningún sentido jurídico tiene, inclusive, el que la Ley exija que a esa escritura pública se agregue el balance de separación que ni siquiera se sabe a qué fecha debe ser cortado. Fue justamente por este análisis, que ya se realizó hace muchos años, que se suprimió de la Ley este balance y se mantuvo, como siempre debió mantenerse, la existencia de un solo balance: el balance de transformación, como si se tratara de un balance para la liquidación de la compañía. Dicho en otras palabras, la reforma ha vuelto a reincorporar, sin ningún sentido, algo que fue suprimido hace ya muchos años.

VII. REEMBOLSO A SOCIOS O ACCIONISTAS QUE EJERCIERON DERECHO DE SEPARACIÓN

Con respecto a este tema la anterior normativa legal establecía, sin decirlo expresamente, que este reembolso a los socios o accionistas debía hacerse a «*valor en libros*», es decir, de conformidad con el valor de las *acciones o participación* que surja de la contabilidad y más propiamente del balance único de la compañía, realizado como si se tratase de un balance final de liquidación, al que se refería el anterior artículo 332.

En nuestro criterio, la antigua normativa incluía dos silencios: El uno en lo tocante al plazo máximo en que debía hacerse el pago, que considerábamos obviamente debía ser de contado, salvo que hubiera acuerdo en contrario; y el otro, en lo tocante a los intereses que deberían reconocerse a favor del accionista o socio separado.

Es en estas circunstancias que en el Proyecto de Reformas a la Ley de Compañías enviado por la entonces Superintendencia de Compañías al Congreso Nacional en el año 2002 se propuso incorporar el siguiente texto:

«Los socios o accionistas no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la compañía tienen derecho a separarse de ella y a exigir el reembolso del valor de sus acciones o sus participaciones, de conformidad con el respectivo balance, más el interés convencional calculado desde la fecha de la notificación de la separación hasta el día en que deba efectuarse el reembolso».

La Ley de Modernización a la Ley de Compañías, en su artículo 333, reformado, incorporó lo siguiente:

«Los socios o accionistas disidentes o no concurrentes a la junta que acordó la transformación de una compañía tendrán derecho de separación de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o participaciones de conformidad con el respectivo balance de transformación más el interés máximo convencional, calculado desde la fecha de la notificación de la separación hasta el día en que deba efectuarse el reembolso».

Como se observa, el planteamiento realizado en el Proyecto del 2002, ha sido acogido y transcrito en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, de forma tal que, inclusive, prácticamente utiliza los mismos términos, por no decir que casi son textuales.

Con este antecedente cabe señalar que, de acuerdo al actual artículo 334, inciso primero, reformado, las acciones o participaciones de quienes hayan hecho uso del derecho de separación se reembolsarán al valor que, libremente, acuerden el socio o accionista que se separa de la compañía.

No nos parece conveniente esta reforma en cuanto a permitir que el valor de reembolso se acuerde entre las partes. Esta posibilidad puede traer problemas y malos entendidos con socios o accionistas minoritarios, porque podría utilizársela para que el reembolso sea mucho mayor al que contablemente corresponda, beneficiando a uno o más accionistas que se separen. Para evitar esta posibilidad debió mantenerse intocada la anterior legislación que no permitía este acuerdo y que, en consecuencia, implicaba que, en el peor de los casos, el valor establecido por parte de la Superintendencia de Compañías mediante resolución definitiva, previos los exámenes y peritajes que fueren del caso, establecerían los valores de reembolso, con lo cual se establecía un elemento técnico, y equitativo, aplicable tanto para la compañía cuanto para el socio o accionista.

De no haber acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, estas serán valoradas por un perito designado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a solicitud de la compañía o de cualquiera de los socios o accionistas titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. El perito deberá emitir su informe en el plazo máximo de dos meses a contar desde su designación, informe que será definitivo.

VIII. PLAZO PARA REEMBOLSO

La compañía deberá efectuar el reembolso del valor de las acciones o participaciones en un plazo que no excederá de tres meses contados a partir de la fecha en que el socio o accionista y la compañía acordaren el valor de las participaciones o de las acciones; o, en su defecto, contados a partir de la recepción del informe de valoración del perito; sin embargo, en caso de que mediere un acuerdo entre las partes podrá fijarse un plazo diferente. Si no hubiere tal acuerdo el socio o accionista inconforme podrá solicitar que dicho plazo sea fijado en sede judicial, para lo cual presentará la correspondiente solicitud, conforme lo determina el artículo 334, inciso segundo, reformado.

El reembolso, salvo acuerdo en contrario, deberá ser hecho de contado.

IX. POSIBILIDAD DE RESOLVER UN SIMULTÁNEO AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL

Señala el artículo 334, reformado, en su inciso tercero, que la propia junta general que resuelva la reducción del capital social podrá acordar un simultáneo aumento de capital social para reponer el valor del rescate.

X. CASO EN QUE EL REEMBOLSO SEA SUPERIOR AL VALOR NOMINAL

Cuando el monto del reembolso fuere superior al valor nominal de las acciones o participaciones, el exceso no cubierto por la disminución de capital deberá ser pagado con fondos de la compañía, para lo cual se podrán emplear reservas legales o facultativas y estatutarias, de existir, o activos no esenciales de la misma —dación en pago— siempre y cuando no se perjudique su normal funcionamiento. Si el reembolso del exceso pusiere en peligro la estabilidad patrimonial de la compañía o ésta no estuviese en posibilidad de realizarlo por falta de liquidez u otro motivo, éste se efectuará en los plazos y forma de pago que acuerden las partes; y, de no existir acuerdo, en la forma dispuesta por el Juez del domicilio principal de la compañía, mediante procedimiento sumario, a solicitud del socio o accionista que decidiera ejercer su derecho de separación. En cualquier caso, la compañía deberá adoptar los recaudos que correspondieren para asegurar el cumplimiento del plan de pagos convenido entre las partes o dispuesto en sede judicial. Así lo establece el artículo 334, reformado, en sus incisos cuarto y quinto.

XI. ESCRITURA PÚBLICA DE TRANSFORMACIÓN

Verificada la decisión de aquellos socios o accionistas que ejerzan su derecho de separación la transformación se formalizará por escritura pública.

En la escritura pública de transformación se agregará el acuerdo de transformación, esto es el acta de la correspondiente junta general, la lista de los accionistas o socios que hayan hecho uso del derecho de separarse de la compañía por no conformarse con la transformación y el estatuto social, acorde a la especie que se adopte.

Si ninguno de los socios o accionistas hubiere ejercido su derecho de separación, el representante legal deberá señalar este hecho, de manera expresa en el instrumento de transformación. Caso contrario, deberá adjuntar el listado de aquellos socios o accionistas que ejercieron su derecho de separarse.

Esta escritura pública deberá otorgarse dentro de los 30 días posteriores a la celebración de la junta y cumplirá con todos los requisitos exigidos por la Ley para la constitución de la compañía cuya forma se adopte. Es la primera ocasión que la Ley establece un plazo para el otorgamiento de una escritura pública de un acto societario. No entendemos la razón para aquello. ¿Qué sucede si no ocurre así? Suponemos que se tendrá que volver al inicio del proceso.

XII. REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Por efectos del derecho de separación, la compañía deberá disminuir su capital social, en la medida que represente el valor nominal de las acciones o participaciones del socio o accionista que se separare. En este caso, el representante legal, previo acuerdo de la junta general, otorgará inmediatamente (¿inmediatamente de qué? Suponemos que inmediatamente después de que la escritura pública de transformación se haya inscrito en el Registro Mercantil o de Sociedades, aunque lamentablemente no lo dice la Ley, y ya se cuente con la cifra definitiva del valor a reembolsarse y de la fecha para efectos del balance de separación) el acto societario de disminución de capital social, expresando en ella las acciones o participaciones que se eliminan, la identidad de los socios o accionistas que se separan, la fecha de reembolso y la cifra a la que hubiera quedado reducido el capital social, a más de adjuntar el balance de separación.

XIII. NO MODIFICACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS

El artículo 335, reformado, expresa que el acuerdo de transformación no podrá modificar las participaciones (los porcentajes sobre el capital social) de los socios (socios y accionistas) en el capital de la compañía. Vale decir que para el efecto, si se ejerce el derecho de separación, habrá que considerar la reducción del capital social, y sobre el resultante no pueden modificarse los porcentajes que correspondan a los accionistas o socios en el nuevo capital social, ya reducido. A cambio de las acciones, participaciones o cuotas sociales que desaparezcan, los antiguos socios o accionistas tendrán derecho a que se les asigne acciones, cuotas o participaciones proporcionales al valor nominal de las antiguamente poseídas por cada uno de ellos.

No pueden sufrir reducción los derechos correspondientes a títulos distintos de las acciones, participaciones o cuotas sociales, a no ser que los titulares lo consientan expresamente. Se refiere entre otros, a las partes beneficiarias y a las obligaciones.

En definitiva, la reforma ha aclarado, especificándolo, las referencias no solo a «acciones» sino que ha incluido, como corresponde, las «participaciones» y «cuotas sociales», pero en definitiva el concepto general ya se encontraba previsto en el antiguo artículo 334.

XIV. ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD ILIMITADA

El artículo 335, en su inciso cuarto, reformado, establece que la responsabilidad ilimitada que asuman los socios o accionistas en virtud de la transformación no se extiende a las obligaciones anteriores a ese acto societario.

Esta reforma resulta importante ya que en el anterior artículo 334 se establecía lo contrario —y, en nuestro criterio, esa afirmación era errada—, es decir que los accionistas que en virtud de la transformación asuman responsabilidad ilimitada debían responder en la misma forma por las deudas anteriores a la transformación. Por no considerarla justa consideramos que esta asunción de responsabilidad debía ser modificada, particular que lo señalamos en el punto 1474, página 58 del Tomo IV del *Tratado de Derecho Empresarial y Societario* por lo que la reforma es acertada.

En cambio es justo que los socios de las Compañías en Nombre Colectivo y Comanditarias, que en virtud de la transformación, asuman responsabilidad limitada, como lo establecía y lo sigue estableciendo la actual Ley, deban responder con todos sus bienes por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación, a no ser que los acreedores lo hayan consentido expresamente en la transformación.

XV. EFECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN

El artículo 336, incorporado por la reforma, señala que la transformación surtirá efecto desde la inscripción de la escritura pública correspondiente en el Registro Mercantil.

XVI. TRANSFORMACIÓN DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

El artículo 331, inciso tercero, reformado, establece que la transformación de cualquier compañía mercantil en una Sociedad por Acciones Simplificadas se regirá por la Sección de la Ley que regula dicha sociedad. Por su parte, el mismo artículo, en su

inciso quinto, establece que la transformación de una compañía mercantil a una sociedad por acciones simplificadas y viceversa se sujetará al procedimiento previsto en la correspondiente Sección y, finalmente, el artículo 336, reformado, establece que la transformación de cualquier compañía en una Sociedad por Acciones Simplificadas surtirá sus efectos a partir de su inscripción en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

XVII. FUSIÓN

A fin de tratar sobre los efectos de la reforma, introducidos en la Ley de Compañías por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías en la Fusión, previamente debemos señalar que el artículo 344, que no fue reformado, expresa que en aquello que no estuviere regulado para los casos de fusión, se estará a lo dispuesto para los casos de transformación, de modo que las reformas introducidas en cuanto se refieren a la transformación deberán aplicarse supletoriamente a estos casos de fusión.

Con este brevísimo antecedente cabe señalar que, al respecto, solamente se reformó el artículo 343 que se refiere a la escritura pública de fusión manifestando que cuando una compañía se fusione o absorba a otra u otras, se deberá elaborar, además del balance o estado de situación de las fusionadas o de la absorbente o absorbidas, el balance o estado consolidado de situación resultante de esta operación, aprobados por la junta general de socios o accionistas, según corresponda.

Por lo señalado, en el caso de fusión propiamente dicha, es decir, por creación de una nueva persona jurídica, la junta general de cada una de las compañías intervinientes deberá aprobar un balance cortado al día anterior a la fecha de la celebración

de la junta general, que refleje la situación patrimonial de la sociedad a la referida fecha. Cada junta general debe autorizar al representante legal la elaboración del balance de separación para el caso en que los accionistas o socios resolvieran ejercer el derecho de separación, sin necesidad de que dicha junta se instale nuevamente para su aprobación, pero adicionalmente cada junta general deberá aprobar un balance con respecto al estado consolidado de situación resultante de la operación de fusión, debiendo entenderse que también deberá ser cortado al día anterior a la fecha de celebración de la junta.

Así mismo, en el caso de fusión por absorción, en la que existe una compañía absorbente y una absorbida o varias absorbidas, es decir sin creación de una nueva persona jurídica, la junta general de cada una de las compañías intervinientes deberá aprobar un balance cortado al día anterior a la fecha de la celebración de la junta general, que refleje la situación patrimonial de cada sociedad a la referida fecha. Cada junta general debe autorizar al representante legal de cada compañía, tanto absorbente como absorbida o absorbidas, la elaboración del balance de separación para el caso en que los accionistas o socios resolvieran ejercer el derecho de separación, sin necesidad de que dicha junta se instale nuevamente para su aprobación, pero adicionalmente cada junta general deberá aprobar un balance con respecto al estado consolidado de situación resultante de la operación de fusión, debiendo entenderse que también deberá ser cortado al día anterior a la fecha de celebración de la junta.

Al igual que en el caso de transformación, estos balances no son documentos habilitantes de la escritura de fusión pero deberán remitirse a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros junto con la correspondiente solicitud para la aprobación.

de la junta general, que refleje la situación patrimonial de la sociedad a la referida fecha. Cada junta general debe autorizar al representante legal la elaboración del balance de separación para el caso en que los accionistas o socios resolvieran ejercer el derecho de separación, sin necesidad de que dicha junta se instale nuevamente para su aprobación, pero adicionalmente cada junta general deberá aprobar un balance con respecto al estado consolidado de situación resultante de la operación de fusión, debiendo entenderse que también deberá ser cortado al día anterior a la fecha de celebración de la junta.

Así mismo, en el caso de fusión por absorción, en la que existe una compañía absorbente y una absorbida o varias absorbidas, es decir sin creación de una nueva persona jurídica, la junta general de cada una de las compañías intervinientes deberá aprobar un balance cortado al día anterior a la fecha de la celebración de la junta general, que refleje la situación patrimonial de cada sociedad a la referida fecha. Cada junta general debe autorizar al representante legal de cada compañía, tanto absorbente como absorbida o absorbidas, la elaboración del balance de separación para el caso en que los accionistas o socios resolvieran ejercer el derecho de separación, sin necesidad de que dicha junta se instale nuevamente para su aprobación, pero adicionalmente cada junta general deberá aprobar un balance con respecto al estado consolidado de situación resultante de la operación de fusión, debiendo entenderse que también deberá ser cortado al día anterior a la fecha de celebración de la junta.

Al igual que en el caso de transformación, estos balances no son documentos habilitantes de la escritura de fusión pero deberán remitirse a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros junto con la correspondiente solicitud para la aprobación.

La escritura de fusión deberá celebrarse dentro de los treinta días posteriores a dicha junta.

Para los efectos correspondientes, el derecho de separación deberá ejercitarse hasta el reembolso, incluyendo la correspondiente reducción del capital social de la nueva compañía o de la absorbente, de conformidad con lo previsto al respecto en lo que señalamos para el caso de transformación.

XVIII. ESCISIÓN

A fin de tratar sobre los efectos de la reforma introducidos en la Ley de Compañías por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías en la Escisión, previamente debemos señalar que el artículo 352, que no fue reformado, expresa que en aquello que no estuviere regulado en el Parágrafo de la Escisión, son aplicables las normas de la fusión y, por ende, en aquello que no estuviere regulado en la fusión, deberá estarse a lo aplicable de las normas de la Transformación, de modo que las reformas introducidas en cuanto se refieren a la Transformación y Fusión deberán aplicarse supletoriamente a estos casos de Escisión.

Por lo señalado, en el caso de escisión con nacimiento de una o más compañías, previsto en el artículo 345, es decir con creación de una nueva o nuevas personas jurídicas, la junta general de la compañía escidente deberá aprobar un balance cortado al día anterior a la fecha de la celebración de la junta general, que refleje la situación patrimonial de la sociedad a la referida fecha. Esa junta general debe autorizar al representante legal la elaboración del balance de separación para el caso en que los accionistas o socios resolvieran ejercer el derecho de separación, sin necesidad de que dicha junta se instale nuevamente para su aprobación.

pero adicionalmente esa misma junta general deberá aprobar un balance con respecto al estado consolidado de situación resultante de la operación de escisión, debiendo entenderse que también deberá ser cortado al día anterior a la fecha de celebración de la junta.

Por lo señalado, también en el caso de escisiones múltiples, previstas en el artículo 352.3, es decir en las que intervienen dos o más sociedades que se escinden creando una compañía nueva, las juntas generales de las compañías escindentes deberán aprobar un balance cortado al día anterior a la fecha de la celebración de la junta general, que refleje la situación patrimonial de las sociedades a la referida fecha. Esas juntas generales deben autorizar al representante legal la elaboración del balance de separación para el caso en que los accionistas o socios resolvieran ejercer el derecho de separación, sin necesidad de que dichas juntas se instalen nuevamente para su aprobación, pero adicionalmente esas mismas juntas generales deberán aprobar un balance con respecto al estado consolidado de situación resultante de la operación de escisión, debiendo entenderse que también deberá ser cortado al día anterior a la fecha de celebración de la junta.

Al igual que en el caso de transformación, estos balances no son documentos habilitantes de la escritura de escisión pero deberán remitirse a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros junto con la correspondiente solicitud para la aprobación.

La escritura de escisión deberá celebrarse dentro de los treinta días posteriores a dicha junta.

Para los efectos correspondientes, el derecho de separación deberá ejercitarse hasta su reembolso, incluyendo la correspondiente reducción del capital social, de conformidad con lo previsto al respecto en lo que señalamos para el caso de transformación.



Dr. Nicolás Cassis Martínez

REFORMAS LEGALES A LA DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Contenido:

Introducción

Reformas

- 1.- Sobre el trámite de oposición*
- 2.- Sobre convocatoria a acreedores.*
- 3.- Sobre el liquidador*
- 4.- Aprobaciones de balances*

Cancelación

REFORMAS LEGALES A LA DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Dr. Nicolás Cassis Martínez

INTRODUCCIÓN

La disolución es un momento jurídico, de índole societario, por el que se pone fin a la etapa del normal funcionamiento de la sociedad, y da inicio, por lo general, a una nueva etapa denominada «etapa de liquidación», que una vez concluida extingue la sociedad como sujeto de derecho. Se puede afirmar, entonces, que es el momento que marca el inicio de su posible extinción. Y decimos «posible», porque la situación de disolución de la sociedad no es irreversible, ya que, hasta antes de concluir la liquidación, bien puede reactivarse y continuar viviendo en el mundo jurídico-económico, retomando su habitual actividad mercantil.

Parecería ser que la disolución es el umbral jurídico dispuesto para colocar a la sociedad en un letargo, para proceder así, como única forma, a realizar su patrimonio, lo que sería imposible si la sociedad continuara en su habitual actividad. El letargo o suspensión o paralización de su giro ordinario, de su capacidad

de actuar, es lo que va a permitir, real y jurídicamente, el proceso de liquidación. Viene a ser la disolución, el preámbulo de la liquidación.

De lo afirmado, bien podemos distinguir tres momentos diferentes que concluyen con la terminación o extinción de la sociedad. El primero es la *disolución*, que significa la suspensión de su plenitud jurídica, la resolución de las relaciones jurídicas vinculantes en las que participe, y la cesación, que puede ser temporal, de sus actividades empresariales, expresada por un acto declarativo, que se agota con la inscripción en el Registro Mercantil. El siguiente es la *liquidación*, proceso que se dirige a realizar sus activos, cubrir o extinguir el pasivo y, de existir un remanente, repartirlo entre sus socios o accionistas; por lo que es un conjunto de actos o actividades que se suceden en el tiempo. El último es la *extinción* que se opera una vez concluido el anterior; momento final por el cual el ente jurídico desaparece definitivamente ante sus socios o accionistas y ante el mundo jurídico y económico; que al igual que el de disolución es un acto jurídico declarativo que se agota con la inscripción en el Registro Mercantil.

Para el profesor Emilio Beltrán, referido por Reyes (ob. cit., II-p 224), la disolución *«es una institución jurídica de perfiles pocos precisos, cuyo único significado radica hoy en marcar de un modo indubitado el final del período de vida activa de la sociedad, encaminado al ejercicio de la actividad económica para la obtención y reparto de ganancias, y el comienzo del período de liquidación, dirigido a la extinción de la sociedad a través de la eliminación de sus relaciones jurídicas»*.

Para, Ferrara, citado por Brunetti, y este por Richard y Muiño (ob. cit. p. 293), *«La persona jurídica no muere en el instante en que interviene la causa extintiva, sino que si se permite una imagen*

funeraria..., entra en la agonía. Su vitalidad queda limitada, debilitada, especializada, en el sentido de que, abandonando el objeto de vida, ahora persigue su objeto de muerte, piensa en liquidarse, en arreglar sus propios asuntos y en preparar su definitivo traspaso. El fin se modifica: el originario es sustituido por el fin de la liquidación».

Pero, no siempre la disolución es el umbral de la liquidación, sino que hay casos en que es el umbral directo a la extinción de la sociedad. Esto sucede en las figuras jurídicas de la fusión y de la escisión total. En la fusión, una o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para ser absorbidas por una existente (fusión por absorción) o para crear una nueva (fusión por creación). Lo que sucede con las sociedades en cuestión es que, en la primera fórmula, los patrimonios de una o de varias de ellas es absorbido por otra sociedad existente que permanece, por cuyo resultado, las sociedades cuyos patrimonios se absorben, quedan sin activo y pasivo que liquidar y por ende, se hace innecesario e inútil el proceso de liquidación, pasando directamente a su extinción. Se disuelven, entonces, para facilitar el traspaso del patrimonio, lo que una vez operado produce la extinción.

Lo mismo ocurre en la fórmula de la fusión por creación, con la diferencia en que los patrimonios de las sociedades existentes involucradas, pasan a constituir el patrimonio de una sociedad naciente. En la escisión total o «escisión por creación con extinción», una sociedad existente escinde la totalidad de su patrimonio, en una o más sociedades nacientes, que surgen con dicho patrimonio escindido. La sociedad escindida, ya sin patrimonio, tiende a su extinción sin cumplir con el proceso de liquidación, porque nada tiene que liquidar. Prevalece el criterio de la falta de utilidad de cumplir con el procedimiento de liquidación, porque una nueva persona jurídica-sociedad asume

la totalidad de las obligaciones y la totalidad de los activos de la sociedad que se disuelve, lo que impide efectuar la realización de un activo que no está en situación de realizarse para afrontar las deudas ni para distribuir su remanente.

Vista desde una forma independiente, podemos expresar que la disolución es el momento jurídico de una sociedad en el que se suspende su capacidad de actuar y su normal funcionamiento, una vez que se verifica una causal legal, contractual o voluntaria. No se trata de un desconocimiento de su personalidad jurídica, sino todo lo contrario, de su reconocimiento. Por constituir una persona jurídica es que no se puede pensar en la aplicación de un sistema similar al simplemente contractual, para concluir con la sociedad. La situación es más compleja, por las relaciones que como persona jurídica ha tenido durante el ejercicio de sus actividades. En el sistema simplemente contractual, no constitutivo de persona jurídica, las relaciones o vinculaciones jurídicas se agotan con su ejecución, lo que no sucede con la sociedad, la cual durante su existencia va creando otras situaciones como sujeto de derecho; y, son éstas las que debe realizar antes de extinguirse.

Lo antes expresado lo acoge el art. 363 de la Ley de Compañías cuando expresa que el representante legal de la compañía disuelta no podrá iniciar nuevas operaciones relacionadas con el objeto de la compañía, la que conservará su personalidad jurídica únicamente para los actos necesarios para la liquidación.

Lo que se añade es lo relacionado a la verificación de una causal legal, contractual o voluntaria. Esto significa que la disolución está sujeta a causales que deben verificarse y pronunciarse, o solamente pronunciarse por la misma sociedad, más aún cuando corresponde a la junta general adoptar la decisión de disolución voluntaria, excepto cuando la disolución es de pleno derecho o la

declarada de oficio por el ente de control, declaraciones que están sujetas a determinadas causales.

REFORMAS

La Ley de Compañías, en el transcurso de dos años y dos meses, ha tenido cambios en lo que respecta al proceso de disolución, y liquidación de las sociedades mercantiles.

Las primeras reformas de amplio espectro constan en la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial n.º 353 de 23 de octubre de 2018. Por esta ley, en el número 7 de su Disposición Reformatoria Tercera, se sustituyó totalmente, en la Ley de Compañías, la sección XII sobre Disolución, Liquidación, Cancelación y Reactivación.

En el Registro Oficial, Suplemento, n.º 347 del 10 de diciembre de 2020, se publica la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, en la que se incluyen varias reformas a la normativa que se incorporó en la ley primeramente nombrada.

El trabajo que nos ocupa será establecer cuáles han sido algunos de esos cambios, en ambas leyes reformativas.

1.- Sobre el trámite de oposición.- Antes de las referidas reformas, era necesario realizar un trámite de oposición de terceros, para lo cual debía publicarse por periódico, un extracto de la Resolución de aprobación de la disolución dictada por la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros (SCVS), para que quien tuviere razón de oponerse lo haga ante los jueces competentes. En la actualidad, no se procede a dicha publicación

en un periódico, sino en la página web institucional, cuando la disolución es de pleno derecho o de oficio.

Cuando la disolución es voluntaria, según el art. 372 reformado por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, la escritura pública declarativa se inscribe directamente en el Registro Mercantil del domicilio principal de la compañía, sin que sea necesario de aprobación por parte de la SCVS ni el trámite de oposición de terceros, ni de ninguna otra publicación previa a su inscripción. Esta inscripción directa rige desde el 10 de diciembre de 2020, por lo que toda disolución que se perfeccione desde esa fecha, o sea, que conste en escritura pública, se presentará directamente al Registro Mercantil para su inscripción, sin necesidad de resolución de aprobación ni del trámite de oposición de terceros. Pero, por el art. 374 vamos a tener ciertas añadiduras por parte del ente de control, ya que de forma general expresa que el procedimiento de liquidación de las compañías disueltas voluntariamente, será el previsto para las compañías disueltas de pleno derecho. Ahora bien, cuáles son las disposiciones legales para la liquidación que deben aplicarse, si la ley no separa con claridad las normas de disolución con las de liquidación. La primera aplicación normativa es la que consta en los arts. 362 al 369, y la segunda aplicación es la que consta en los arts. 396 al 406, para separar la disolución de la liquidación.

2.- Sobre convocatoria a acreedores.- Antes de las reformas, era necesario realizar una publicación por periódico de un AVISO A ACREEDORES, convocando el Liquidador a quienes tuvieran acreencias contra la compañía, para que en un plazo de treinta días hagan su reclamo y se los integre en el pasivo, de acuerdo a lo que disponía el art. 393 de la Ley de Compañías. Este aviso ya no es parte del proceso, para aquellas compañías que se disolvieron con la vigencia de las reformas. Pero, para las

sociedades disueltas antes de las reformas, sí deben cumplir con la publicación, razón por la que observamos aún en los periódicos publicaciones de este tipo.

En la actualidad, en la disolución de pleno derecho y en la disolución de oficio, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, debe convocar a los acreedores con el fin de que, en el término de sesenta días, presenten a la compañía los documentos que justifiquen sus acreencias (arts. 362.5 y 380.5), lo que se cumple mediante la publicación en la página web institucional. En esta parte del proceso, se ha ampliado el término a sesenta días, contrariando así la economía del procedimiento. No encuentro razón válida para esta ampliación, en épocas en las que la comunicación es más ágil.

3.- Sobre Liquidador.- Hasta antes de las reformas de 23 de octubre de 2018, en toda disolución se designaba un Liquidador, que reemplazaba al representante legal, y tenía que someterse a limitadas y especiales facultades en el proceso de liquidación, cuyo nombramiento se inscribía en el Registro Mercantil.

Desde la reforma constante en la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos (LOOETA), la liquidación la inicia el representante legal, tanto en las disueltas de pleno derecho (art. 362.4) como en las disueltas voluntariamente (art. 374), no necesitándose emisión de nombramiento de liquidador ni, por ende, inscripción en el Registro Mercantil; sin perjuicio de que los socios o accionistas resuelvan en junta general designar liquidador (art. 373), hecho que puede ocurrir, en la práctica, por falta, renuncia o imposibilidad del representante legal, como cuando a éste se le inicia una acción de responsabilidad por su gestión; y también por decisión sin causa, *ad nutum*, de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

(art. 364), cuyo nombramiento, en todo caso, debe ser inscrito en el Registro Mercantil. Es posible que el representante legal, por su decisión, no acepte iniciar el proceso de liquidación, una vez disuelta la compañía, ante lo cual, se procedería a designar un liquidador por parte de la junta general, previa convocatoria, o sin esta, si fuere universal.

Otro caso de designación de liquidador lo contempla el art. 375, cuando el representante legal encargado de la liquidación o el liquidador designado por los socios o accionistas, incumpliere con la ley, y con el fin de precautelar los intereses de la compañía, sus socios, accionistas o terceros; cuya remoción y la designación de un nuevo liquidador le compete a la SCVS.

Se concluye que la designación de liquidador es opcional en la disolución voluntaria, aunque en alguna ocasión me topé con la observación del ente de control, de no ser procedente la designación de liquidador, exigiendo que sea el representante legal quien lleve adelante la liquidación.

4.- Aprobaciones de balances.- Antes de las reformas, el trámite de liquidación no incluía, en la práctica, aprobaciones de tantos balances, sino que se hacía un solo balance final. Actualmente, se deben elaborar TRES balances: uno inicial de liquidación (365) dentro del término de treinta días, contados a partir de la inscripción de la disolución; otro, luego de sesenta días, contados desde que venció el término (60 días) para presentación de acreencias (366); y, un tercero, que es el balance final, en el plazo de sesenta días posteriores a que el pasivo se haya extinguido (368). Obsérvese que la ley emplea «término» para los dos primeros balances y «plazo» para el balance final. Me pregunto, si tales términos y plazo que contempla la ley, procuran

agilidad o más bien demora. En la práctica, el interesado se topa con un verdadero muro de contención, en esta parte del proceso.

Además, hasta antes de la vigencia de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, la normativa no contemplaba que el balance inicial y el balance final fueran remitidos a la SCVS para su revisión y aprobación (véase los arts. 365 y 368 anteriores a la última reforma). Era en la práctica que se incluía este trámite que frenaba el proceso, por requerimientos contables. Es de buscar una fórmula que haga ágil el proceso, dando un término para la revisión y aprobación, sin el uso de prácticas administrativas, como la de indicar aspectos meramente formales o de redacción que se emiten dentro de 15 días de presentado el balance, para no caer el ente de control en la disposición legal del silencio administrativo.

CANCELACIÓN

El procedimiento de cancelación de compañías nacionales es más de requerimientos contables que legales. Se inicia con la presentación del balance final y distribución del haber social, debidamente protocolizados junto con el acta de junta general en que fueron aprobados. Como ya no acude un Delegado del Superintendente de Compañías a la junta general en la que se aprueba el balance final y la distribución del haber social, como sucedía antes de las reformas, el procedimiento de cancelación se tropieza con muchas dificultades contables. Un buen número de compañías se han mantenido por años, en la imposibilidad de alcanzar la resolución de su cancelación, en la mayoría de ocasiones por simples observaciones que bien se hubieran superado, o por falta de interés del liquidador dado el tiempo que le ocupaba la exigente tramitología, dejando abandonado su trabajo.

Ahora bien, el balance final de liquidación con la distribución del haber social, debe remitirse a la SCVS, para su revisión y pronunciamiento, y una vez superado este paso, es que corresponde a la junta general de socios o accionistas convocada por el liquidador, para su conocimiento y aprobación,

Bien ha hecho el legislador en disponer en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, (Segunda de las Disposiciones Generales), la cancelación de la inscripción de oficio y sin ningún otro trámite, de compañías disueltas, en liquidación o que afrontaren una orden de cancelación aún no inscrita, siempre y cuando la correspondiente declaratoria de disolución hubiere sido efectuada, por lo menos, con siete años de anterioridad a la adopción de la decisión de cancelarlas. Así se alcanzará la depuración constante de las compañías cuya inscripción no se cancela, aliviando de este peso a la SCVS. Lo importante y positivo de la norma es que el ente de control sea ágil en la aplicación de esta disposición, pudiendo resolver cancelaciones por grupos de compañías.

Como es de oficio, no impide que un liquidador o cualquier socio o accionista de una compañía inmersa en el caso, eleve una solicitud a la institución de control, haciéndole conocer de la situación en que se encuentra conforme a la norma, y solicitándole que se proceda a disponer su cancelación, solicitud que debe ser acogida y tramitada. La facultad de oficio no impide la petición de parte, pues esta sería colaboradora para ejercer aquella.

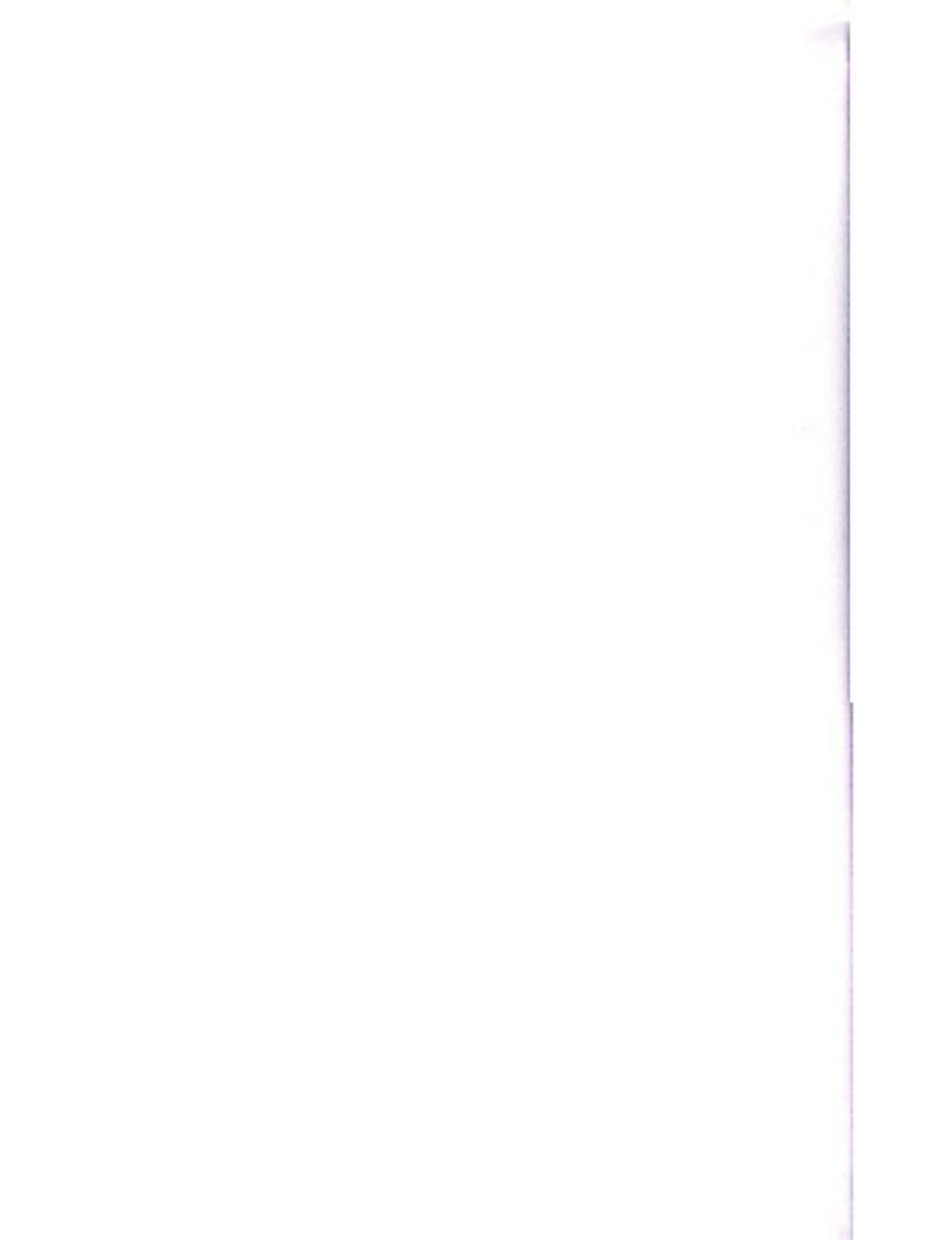
Mucho hay que seguir mejorando en la legislación para esta actividad de disolución, liquidación y cancelación, esperando que el Reglamento que dicte la SCVS aclare los pasos a darse y separe cada uno de los actos, y no solo sea repetitivo de los artículos de la ley.

Obras consultadas:

Cassis Martínez, Nicolás: *Sociedades por acciones*, edición 2012, Eduquil, Guayaquil, Ecuador.

Reyes Villamizar, Francisco: *Derecho Societario*, Tomo II, 2004, Editorial Temis S. A., Bogotá, Colombia

Richard, Efraín Hugo, y Muiño Orlando Manuel: *Derecho societario*, 2002, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.



Dr. Nicolás Cassis Martínez

**EL DOLO IN CONTRAHENDO EN LAS TRANSFERENCIAS DE ACCIONES
CON O SIN FINES DE CONTROL, Y EN LA ADQUISICIÓN DE EMPRESAS**

Contenido:

- I.- Introducción al tema*
- II.- Transferencias de acciones*
- III.- Adquisición del negocio*
- IV.- Dolo*

EL DOLO IN CONTRAHENDO EN LAS TRANSFERENCIAS DE ACCIONES CON O SIN FINES DE CONTROL, Y EN LA ADQUISICIÓN DE EMPRESAS

Dr. Nicolás Cassis Martínez

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Según el art. 8 del Código de Comercio, son actos de comercio para todos los efectos legales, «d)... *la negociación a título oneroso de las acciones, participaciones o partes sociales*».

En la vertiginosa actividad mercantil, es común la negociación de acciones de sociedades anónimas, en el ámbito nacional e internacional, cuya importancia para el presente estudio, se ubica en aquellas transacciones de paquetes accionarios para alcanzar el control de una empresa o para participar de una forma importante en su administración (designación de miembros de su Directorio o del Consejo de Administración); así como para invertir excesos de tesorería o de liquidez que le permitan a la adquirente un ingreso adicional de utilidades.

El tema que nos lleva a redactar este artículo es sobre la responsabilidad contractual o extracontractual, que deviene de una falta de información o falsa información del estado de las acciones o de la situación financiera de la empresa al momento de

concretar el negocio, omisión imputable a quien las transfiere y que el adquirente o comprador pretende que el vendedor las conoce. Hecho que desnaturaliza el objeto perseguido y que puede dar paso a demandar la resolución del contrato o a la responsabilidad civil por el dolo *in contrahendo*, o a desconocer las fórmulas de saneamiento por el incumplimiento.

Recordemos en qué consiste el dolo *in contrahendo*. Hay dolo precontractual cuando el que transfiere conoce y calla el defecto de la cosa que vende o transfiere, cuando actúa de mala fe.

El Art. 1562 del Código Civil sobre la buena fe, preceptúa que:

«Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella».

Por su parte, el Código de Comercio recoge la buena fe como uno de los principios de la actividad mercantil (art. 3.c).

Con esta limitada introducción pasemos a analizar algunas situaciones que pueden darse.

II. TRANSFERENCIAS DE ACCIONES

A.- El accionista cedente oculta que las acciones están embargadas y no consta registrada dicha medida en el Libro de Acciones y Accionistas que está en manos del cedente que es a su vez representante legal. Registro que lo impone el art. 31 de la Ley de Compañías.

Primer caso: Entre accionistas comunes que sin ninguna asesoría técnica, convienen el uno a transferir y el otro a adquirir un determinado número de acciones, sea o no para fines de control o de participación en la administración. En este caso la buena fe es la base del negocio. Obvio que el cedente conocía del embargo, no así el adquirente. Aplicable, entonces, la fórmula que soporta el dolo *in contrahendo*, para reclamar la resolución del contrato y la indemnización debida.

Segundo caso.- Pero, si el tratamiento es entre empresas, en que una busca controlar la administración de la otra, o participar en ella mediante la adquisición de acciones, entonces la sola buena fe no es asible en forma absoluta. Es de admitir que esta especie de negociaciones están basadas en las debidas diligencias e informaciones, al existir de por medio un grupo de asesores legales, financieros y contables, a quienes muy difícilmente se podrá ocultar una situación negativa, salvo que el ocultamiento no haya sido posible evitarlo, verbigracia cuando, sin constar registrado el embargo en el Libro de Acciones y Accionistas, no aparecía en la página web de la función judicial la información del proceso en el que se había dispuesto tal embargo (lo que, por supuesto, debe demostrarse).

En estos niveles de negociaciones es indispensable que forme parte esencial el «*threshold*» de responsabilidad, o sea, el umbral o límite de seguridad para evitar un riesgo, o las llamadas «*caps*» (tapas o tapones limitantes en un contrato).

Sobre este tema, advierte Carrasco (pp. 1268-1269 ob. cit.):

«Todavía hemos de proceder más lejos, y negamos que todo estado de conocimiento de la contingencia negativa en la fase in contrahendo pueda constituir un dolo de los arts. 1269 y 1270 CC, o,

cuando menos –que es lo que importa aquí–, un *dolo malo* del art. 1107.II CC. Quiero ejemplificarlo con el conflicto más problemático con el que se enfrentan nuestros tribunales y cortes arbitrales en este terreno, el de las **compraventas de los paquetes accionarios de control** de empresas, cuando el comprador posteriormente advierte que el vendedor era conocedor de contingencias de pasivo subyacente que no fueron comunicadas al comprador, el cual pretende por lo mismo, que no se apliquen en su contra las cláusulas específicas de limitación cuantitativa o cualitativa de responsabilidad que se han pactado en el contrato. Es evidente que **no cualquier dolo** (eso es, conocimiento de un estado de cosas por la parte deudora) puede ser decisivo para eliminar las limitaciones de responsabilidad establecidas en los contratos de esta clase. Si así fuera, la arquitectura típica internacional y absolutamente uniforme de estos *share purchase agreements* (SPA) quedaría sin más eliminada por la alegación de que el vendedor conocía, o conocía hasta algún grado, el estado de cosas que conduce a la contingencia conflictiva entre las partes».

III. ADQUISICIÓN DEL NEGOCIO

El Código de Comercio, en su art. 8 literal c) señala entre los actos de comercio «La compra o enajenación de establecimientos de comercio y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos».

En la adquisición del negocio de una empresa o del establecimiento de comercio, el estado de conocimiento en la contingencia negativa en la etapa «*in contrahendo*» resulta más claro para el comprador, ante el ocultamiento de la ausencia de posibles

pasivos, como aquellos relacionados con contratos limitantes de su dominio (más común en los muebles, como prenda, retención venta con reserva de dominio).

Al respecto, el segundo párrafo del art. 14 del Código de Comercio apunta:

«Art. 14.- ... El establecimiento de comercio como parte integrante de la empresa, comprende el conjunto de bienes organizados por el comerciante o empresario, en un lugar determinado, para realizar los fines de la empresa. Podrán formar parte de una misma empresa varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá ser parte de varias empresas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales».

A continuación, los arts. 15 y 16, *ibidem*, nos entregan lo que forma parte integrante de una empresa y lo que comprende un establecimiento de comercio, disposiciones que deben tomarse muy en cuenta al momento de realizar esta clase de negocio.

Concordancias: los arts. 1470, 1474 segundo párrafo, 1480 párrafo final, 1483 segundo párrafo, 1562 que trata de la buena fe y 1574 del Código Civil, son aplicables por la disposición del art. 5 del Código de Comercio.

IV. DOLO

El dolo no es algo subjetivo, sino objetivo, ya que comprende el propósito malicioso, por quien transfiere, de dañar al contrario que adquiere de buena fe. Se produce el dolo causal o determinante de la responsabilidad *in contrahendo*, que tiene efectos en la manifestación de voluntad de la víctima a la hora de celebrar

el contrato definitivo, manifestación de voluntad que no hubiere ocurrido si en la fase precontractual se lo hubiere informado de la situación negativa afectante del bien que se negocia; lo que conlleva, por supuesto, a una invalidez del contrato (nulidad relativa e indemnizatoria).

Veámos el art. 1474 del Código Civil que nos dice:

«Art. 1474.- El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo».

OBRAS CONSULTADAS:

CARRASCO Perera, Ángel. *Derecho de Contratos*, Editorial Aranzadi S. A., Pamplona, España, 2010.

CASSIS Martínez, Nicolás. *Sociedades por Acciones*, Editorial Eduquil, Universidad de Guayaquil, 2012.

Dr. Eduardo Carmigniani y Dra. Carla Cepeda

EL ARBITRAJE ESTATUARIO

Contenido:

I.- Introducción

II.- El Arbitraje Estatuario

III.- Evaluación de las reformas que regulan el arbitraje estatutario

IV.- Conclusiones

EL ARBITRAJE SOCIETARIO

Eduardo Carmigniani¹ y Carla Cepeda²

RESUMEN

El presente estudio realiza un análisis de las recientes reformas a la Ley de Compañías que admiten expresamente la posibilidad de incluir un convenio arbitral en el estatuto de las (i) sociedades anónimas simplificadas (S. A. S.); (ii) compañías limitadas y (iii) compañías anónimas. Aunque a primera vista esto pudiera parecer un avance, en verdad ha generado dudas y discusiones. La tesis de este artículo es que la base del arbitraje estatutario es en verdad el principio de la autonomía de la voluntad y su reconocimiento constitucional (art. 190). Y, por lo tanto, que la «admisión» expresa en la ley era innecesaria e incluso, como se verá más adelante, ha resultado contraproducente por antitécnicamente formulado.

¹ Socio de CARMIGNIANI PÉREZ ABOGADOS. Presidente del Capítulo Ecuatoriano del Club Español del Arbitraje. Abogado por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. ecarmi@cplaw.ec.

² Asociada de CARMIGNIANI PÉREZ ABOGADOS. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. LLM. Stanford University. ccepeda@cplaw.ec.

1. INTRODUCCIÓN

Antes de las reformas a la Ley de Compañías, en el Ecuador era admisible incorporar un convenio arbitral en el estatuto social de una compañía, a fin de que las disputas que surjan entre socios, la sociedad o los administradores sean dirimidas mediante arbitraje³. Sin embargo, la utilización de este mecanismo —a pesar de ser el idóneo para resolver este tipo de controversias— ha sido escasa o nula en el Ecuador. Por este motivo se recomendó que aquellas personas que asesoran a empresarios o que realizan negocios en el país «se animen a sugerir que los conflictos intrasocietarios, bastante frecuentes en el país, sean dirimidos en arbitraje»⁴.

El arbitraje estatutario requiere difusión, difusión y difusión. No obstante, era innecesario e incluso podía ser indeseable un cambio normativo o reconocimiento expreso en la ley, si no era apropiadamente diseñado. Esto porque el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya era suficiente para pactar un arbitraje estatutario y una reforma legal podría generar confusiones e incluso restricciones indeseadas.

Pues eso fue precisamente lo que sucedió. Las recientes reformas legales en materia societaria han incluido de manera expresa la posibilidad de pactar arbitraje en el estatuto de ciertas compañías. Si bien entendemos que la intención del legislador pudo haber sido incentivar el arbitraje intrasocietario, los textos adoptados son restrictivos y, por tanto, atentan contra esa finalidad

3 E. Carmigniani y B. Muriel, Arbitraje Societario (Estatutario) en Ecuador. *Revista de Derecho Societario* n.º 13, Edino, Guayaquil, 2019, pp. 125-126.

4 E. Carmigniani y B. Muriel, Arbitraje Societario (Estatutario) en Ecuador. *Revista de Derecho Societario* n.º 13, Edino, Guayaquil, 2019.

Este trabajo presenta los motivos que habilitan el arbitraje estatutario en Ecuador; una evaluación sobre las últimas reformas que lo han reconocido expresamente; y los retos que continúan pendientes para promover su utilización.

II. ARBITRAJE ESTATUTARIO EN ECUADOR

En varias jurisdicciones es común incluir convenios arbitrales en los estatutos de una compañía, debido a los amplios beneficios del arbitraje en comparación con el sistema judicial ordinario⁵. En efecto, entre las principales ventajas del arbitraje se encuentran: el carácter definitivo y exigibilidad de los laudos, la flexibilidad del proceso, la posibilidad de seleccionar los árbitros y la confidencialidad⁶. Estos atributos, sin duda, son atractivos en el ámbito societario, pues es deseable que estos conflictos se resuelvan: (i) de manera confidencial, para evitar los impactos negativos que una controversia entre socios, con la sociedad o con la administración puede generar en sus consumidores o clientes; (ii) de manera eficiente, diseñando un proceso flexible que se ajuste a las necesidades particulares de cada caso; (iii) ante árbitros

5 G. Born. *International Commercial Arbitration*. Second Edition. Kluwer Law, 2014, p.134.pp. 1503-1504.

6 De acuerdo con el estudio realizado por Queen Mary University of London y la firma White & Case: «Enforceability of awards» continues to be perceived as arbitration's most valuable characteristic, followed by «avoiding specific legal systems/national courts», «flexibility» and «ability of parties to select arbitrators». Adicionalmente, el mismo estudio concluyó que: «87% of respondents believe that confidentiality in international commercial arbitration is of importance. Most of respondents think that confidentiality should be an opt-out, rather than opt-in, feature», *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* (2018). [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF); Ver también O. Hundskopf, *Solución de controversias societarias a través del arbitraje*, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje, Perú, 2008, p. 114.

expertos en temas corporativos y comerciales y (iv) de manera definitiva, evitando posteriores instancias y reclamaciones que provoquen un retardo excesivo.

En el Ecuador, estas ventajas han pasado desapercibidas por muchos años, posiblemente como consecuencia del prejuicio de que la materia societaria debe ser altamente regulada, controlada por ser supuestamente de orden público, pese a que en verdad es el núcleo del derecho de los negocios. En la formación y funcionamiento de una sociedad mercantil debe primar la libertad negocial. Por lo tanto, en materia societaria rige un principio fundamental del derecho privado: «es posible hacer todo, salvo lo expresamente prohibido»⁷.

Partiendo de este principio, al no existir una prohibición de pactar arbitraje en el estatuto de una sociedad, está permitido más aún cuando el arbitraje —al igual que el pacto social— es en esencia negocial. El artículo 190 de la Constitución del Ecuador «reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, **en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir**»⁸. En igual sentido, la Ley de Arbitraje y Mediación dispone:

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o

7 A. Vergara Blanco, La Summa Divisio Iuris/Privado de las disciplinas jurídicas, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17 - N.º 1, 2010 pp. 115-128.

8 Constitución del Ecuador, artículo 190. R. O. 499, 20 octubre de 2008.

por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.⁹ (La negrilla es nuestra).

De estas disposiciones es claro que el arbitraje es un mecanismo válido para dirimir toda controversia que sea transigible. Entonces, cabe analizar qué debe entenderse por transigibilidad y si las controversias intrasocietarias tienen o no esa naturaleza.

El artículo 2348 del Código Civil define a la transacción como «un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual». Y el artículo 2349 agrega que «No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción». Entonces, la transigibilidad como requisito de arbitrabilidad —en el ámbito de controversias privadas— apunta a que las disputas versen sobre asuntos sobre los que las partes puedan disponer.

Las disputas que pueden surgir en el mundo intrasocietario son —generalmente— sobre aspectos de libre disposición. Esto es lógico porque tales controversias surgen esencialmente en el ámbito de derecho privado. Así, por ejemplo, los conflictos relacionados con los derechos de voto, información, asistencia, representación, privilegios, etc., o los conflictos relacionados con los deberes y obligaciones de los administradores y directivos de la compañía¹⁰ innegablemente son dispositivos. Es decir, las partes pueden exigirlos, negociar sobre ellos e incluso abstenerse de su ejercicio, pues forman parte de su propiedad privada y de sus intereses individuales.

⁹ Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 1, R. O. 417, 14 de diciembre de 2006.

¹⁰ Para mayor referencia ver la guía sobre conflictos arbitrables del Informe sobre Arbitraje Societario en España del Club Español de Arbitraje, p. 40 citado en E. Carmigniani y B. Muriel, *Arbitraje Societario (Estatutario) en Ecuador*, *Revista de Derecho Societario* n.º 13, Edino, Guayaquil, 2019, pp. 125-126.

Por lo tanto, es admisible incluir en el estatuto todas aquellas disposiciones contractuales que no se encuentren prohibidas por el ordenamiento jurídico. En esta línea, al no existir prohibición alguna, es posible incluir un convenio arbitral en el estatuto de una compañía en el Ecuador. La fuente de respaldo es constitucional (art. 190).

III. EVALUACIÓN SOBRE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES QUE REGULAN EL ARBITRAJE ESTATUTARIO

Por años el arbitraje estatutario pasó desapercibido por las causas que ya hemos señalado. Sin embargo, el 28 de febrero de 2020 se promulgó la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación¹¹, que incorporó a las sociedades por acciones simplificadas (S. A. S.) como una nueva especie societaria. La Disposición Reformatoria Octava de dicha ley regula el funcionamiento de las S. A. S. y, además, incluye de manera expresa la posibilidad de resolver disputas a través de arbitraje (en adelante identificada como la «Primera Reforma»). A continuación, su texto:

Las diferencias que surjan entre los accionistas, la sociedad o los administradores de una sociedad por acciones simplificadas, que tengan relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva, así como el abuso del derecho, podrán ser resueltas a través de una mediación.

En caso de no llegarse a un acuerdo amistoso, las diferencias mencionadas en el inciso anterior podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta

11 R. O. S. 151 de 28 de febrero de 2020.

en el estatuto social. En este último caso, al dorso de los títulos de acciones constará una mención de la correspondiente cláusula compromisoria, incorporada al estatuto de la sociedad. Cumplido aquel requerimiento, se entenderá que el cesionario de una transferencia de acciones ha aceptado, de manera expresa, someterse al convenio arbitral previsto en el estatuto social¹². (La negrilla es nuestra).

De la Primera Reforma podemos destacar los siguientes elementos:

1. La norma reconoce que el alcance del convenio arbitral estatutario —*ratione personae*— puede abarcar controversias entre (i) accionistas; (ii) accionistas y la sociedad, (iii) accionistas y administradores y (iv) sociedad y administradores. Esto es positivo.
2. Sobre el objeto de la controversia que puede someterse a arbitraje, la norma se refiere en general a aquellas que tengan relación con la existencia y funcionamiento de la compañía. Esto es también positivo, debiendo entenderse que el listado que agrega¹³ es ejemplificativo y no limitativo.
3. Del texto parecería que el arbitraje estatutario debía seguir un proceso escalonado de resolución de disputas. Según el texto citado: «en caso de no llegarse a un

12 Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, Disposición Reformatoria Octava a la Sección VIII de la Ley de Compañías, Artículo Innominado. R. O. S. 151 de 28 de febrero de 2020.

13 «... incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva, así como el abuso del derecho».

acuerdo amistoso, las diferencias mencionadas en el inciso anterior podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta en el estatuto social». Consideramos equivocado tal entendimiento. Como se ha expresado, la posibilidad de pactar arbitraje en el estatuto social deviene del principio de libertad contractual. Entonces, no es que el arbitraje es admisible por el reconocimiento expreso dado en la Primera Reforma, sino por los principios generales y normas que garantizan el ejercicio libre de las relaciones negociales. Por este motivo, es posible someterse a arbitraje social (estatutario) sin tener que agotar la etapa previa de mediación obligatoria que prevé la Primera Reforma. Esto, considerando además que el propio proceso de arbitraje previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación ya contiene una mediación intraprocesal¹⁴. En síntesis, la referencia a una resolución amistosa o mediación previa es un derecho/obligación de la naturaleza (no de la esencia). Por lo tanto, se puede disponer en forma distinta en el estatuto social. Anticipamos que esta disposición fue luego corregida, pues fue eliminada con una reforma que se analizará más adelante.

4. La inclusión de un convenio arbitral estatutario genera debate sobre qué sucede en caso de una transferencia o cesión de acciones a un tercero, considerando que el nuevo accionista no fue parte, no suscribió, ni consintió en el convenio arbitral que consta en el estatuto. La

14 Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 15: «Una vez contestada o no la demanda o la reconvencción, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes...».

respuesta es que al adquirir la calidad de accionista, y por ende los derechos y obligaciones que como tal surgen del estatuto que contiene una cláusula arbitral, el que era tercero ajeno a la relación social se convierte en parte contractual y por ello se encuentra vinculado al convenio arbitral, sin que se requiera la firma de una adhesión particular. En efecto, «la voluntad de las partes de someterse a arbitraje aunque no hayan participado en la redacción de los mismos [estatutos], deriva de la propia condición de socio, con subrogación en la posición del anterior, quedando vinculadas como, se han dicho, por el contenido de los estatutos sociales, lo que no significa que no se respete la autonomía de la voluntad de las mismas, que podrán modificar posteriormente los Estatutos Sociales...»¹⁵.

La Primera Reforma trajo una —aparente— solución expresa a este cuestionamiento. Así, dispuso que para que un cesionario de acciones se encuentre vinculado al arbitraje previsto en el estatuto, los títulos de acciones deberán contener una mención específica sobre la existencia del convenio arbitral. Solo así se entendería la existencia de aceptación. Esta disposición —en realidad— es antitécnica. Establece un requisito adicional innecesario, que parte de la falsa premisa de que la escrituración del convenio en el estatuto y la publicidad de este negocio jurídico en el Registro Mercantil serían insuficientes. Este error también tuvo que ser corregido con una reforma posterior, que se analizará más adelante.

15 M. Sánchez Pons, *La Cláusula Arbitral Estatutaria: Breves apuntes sobre su validez y eficacia*, *Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral*, tomo II, Universidad Javeriana e Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 183.

Además de las observaciones de fondo que hemos planteado sobre la Primera Reforma, el principal problema con dicho reconocimiento expreso es que se encuentra limitado a las S. A. S. Esto, en lugar de promover el arbitraje estatutario, generó dudas y creativas tesis, que sostenían que la posibilidad de arbitrar disputas intrasocietarias en otras especies de compañías no sería permitido a falta de similar reconocimiento expreso, nuevo síntoma de la paranoia de invadir áreas del derecho privado con supuestos lineamientos y limitaciones de orden público.

Para tratar de resolver las dudas que generó la Primera Reforma, en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías de diciembre de 2020¹⁶, se incluyó nuevos reconocimientos expresos sobre la validez de incluir convenios arbitrales, esta vez en los estatutos sociales de las compañías limitadas (artículo 137.2) y las compañías anónimas (artículo 146.1). Veamos los textos:

Artículo 137.2: El estatuto social podrá incluir una cláusula compromisoria como un mecanismo para resolver desacuerdos entre los miembros de la sociedad, siempre que el conflicto recayere sobre materia transigible. En tal caso, procederán los mecanismos alternativos de solución de conflictos en derecho, conforme a las condiciones establecidas en la Ley y lo convenido por las partes.

Si no se hubiere pactado arbitraje para la resolución de conflictos societarios, o si la controversia versare sobre materia no transigible, la competencia para su resolución recaerá sobre el Juez de lo Civil del domicilio principal de la compañía de responsabilidad limitada [o anónima].

¹⁶ Ley de Modernización a la Ley de Compañías, R. O. S. 347 de 10 de diciembre del 2020.

De efectuarse una cesión de participaciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula compromisoria prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario.

Artículo 146.1: El estatuto social podrá incluir una cláusula compromisoria como un mecanismo **para resolver desacuerdos entre los miembros de la sociedad**, siempre que el conflicto recayere sobre materia transigible. En tal caso, procederá **el arbitraje en derecho**, conforme a las condiciones establecidas en la Ley y en el convenio arbitral.

Si no se hubiere pactado arbitraje para la resolución de conflictos societarios, o si la controversia versare sobre materia no transigible, la competencia para su resolución recaerá sobre el Juez de lo Civil del domicilio principal de la sociedad anónima.

De efectuarse una transferencia de acciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula compromisoria prevista en el estatuto social, **salvo pacto expreso en contrario**. (La negrilla es nuestra).

Las diferencias entre estas disposiciones son mínimas. Por un lado, el artículo 137(2) se refiere a compañías limitadas y establece —de manera general— la posibilidad de someterse a mecanismos alternativos de resolución de disputas. Por otro lado, el artículo 146 (1) es aplicable a las compañías anónimas y en su primer inciso dispone específicamente la posibilidad de someterse a arbitraje. No obstante, para objeto del análisis de fondo, trataremos a las dos normas como la «**Segunda Reforma**», pues —en esencia— su contenido es el mismo.

1. El texto de la Segunda Reforma parece intentar limitar su aplicación a controversias entre los miembros de la sociedad. Es decir, entre los socios o accionistas, excluyendo las disputas (i) entre socios y sociedad, (ii) entre socios y administradores o (iii) entre sociedad y administradores. Esto, no obstante que la Primera Reforma, de pocos meses antes, aplicable a las S. A. S. es mucho más amplia (**«las diferencias que surjan entre los accionistas, la sociedad o los administradores de una sociedad por acciones simplificadas, que tengan relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad»**). Es inexplicable este giro restrictivo, que dará lugar a innecesarias discusiones sobre arbitrabilidad, pues si, como sostenemos, en verdad no se requiere habilitación legislativa expresa para incorporar convenios arbitrales en los estatutos de una sociedad (pues la habilitación surge del artículo 190 de la Constitución), no puede una ley imponer una restricción como la comentada.
2. La Segunda Reforma pretende imponer que el arbitraje solo pueda resolverse en derecho, eliminando a la equidad como alternativa. No encontramos lógica o motivo alguno para esta restricción, que constituye una inconstitucional intromisión en la libertad negocial. Además, es inconveniente. El arbitraje de equidad puede ser en ciertas circunstancias atractivo para dirimir conflictos mercantiles, por la necesidad de una resolución apegada a la evolución y requerimientos particulares de cada actividad de comercio.
3. La Segunda Reforma corrige el error de la primera (aplicable a las S. A. S.) respecto al requisito de incluir al dorso de los títulos de acciones la mención de la cláusula

compromisoria estatutaria para vincular a un cesionario. En el nuevo texto, reconoce el principio de que los nuevos accionistas se vinculan a todas las disposiciones del estatuto —incluyendo el convenio arbitral— con la simple aceptación de la cesión de acciones y debido a la publicidad del estatuto.

No obstante, establece una absurda salvedad: el cesionario —nuevo socio o accionista— puede desvincularse del convenio arbitral si existe pacto expreso. Dado que la adquisición de participaciones o acciones no implica pacto del adquirente con la compañía sino con el tridente, ese pacto de exclusión solo pudiera ser con este último. Se permite entonces la desvinculación del estatuto de un socio o accionista sin que el estatuto hubiese sido reformado, abriendo un peligrosísimo boquete, que quiebra el principio de que todos los socios o accionistas, por el hecho de serlo, están vinculados a aquel.

4. Finalmente, la Segunda Reforma no incluye el procedimiento escalonado de resolución de disputas previsto en la Primera Reforma para las S. A. S. Esto es acertado porque —como lo mencionamos— un procedimiento escalonado no es un requisito de la esencia del arbitraje y de hecho, en nuestro sistema —que ya contempla una mediación intraprocesal— resulta innecesario.

Por último, la Ley de Modernización a la Ley de Compañías de diciembre de 2020, además de reconocer expresamente el arbitraje para otras especies societarias, reformó el régimen arbitral ya existente para las S. A. S. El texto actual es el siguiente:

Las diferencias que surjan entre los accionistas de una sociedad por acciones simplificada, entre éstos y la compañía o sus administradores, o entre la sociedad con las personas que la administraren, podrán ser resueltas a través de una mediación. Estas diferencias deberán tener relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad por acciones simplificada, incluida la impugnación de determinaciones de la asamblea o Directorio, así como el abuso del derecho.

Las diferencias mencionadas en el inciso anterior **también podrán someterse a decisión arbitral**, si así se pacta en el estatuto social. De efectuarse una transferencia de acciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula arbitral prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario.
[...]

Se deberá incluir a la cláusula arbitral al momento de extender un nombramiento a favor de los administradores de la sociedad por acciones simplificada. De aceptar el nombramiento bajo dichas condiciones, los administradores quedarán sujetos a la cláusula arbitral. Caso contrario, éstos no quedarán obligados por el convenio.

En caso de conflictos intrasocietarios, el levantamiento del velo societario también podrá ser ordenado por un tribunal arbitral, de así determinarlo el estatuto social¹⁷. (La negrilla es nuestra).

Esta, a la que denominaremos «**Tercera Reforma**», si bien corrige algunos errores, sigue la misma línea restrictiva, impo-

17 Art.68 y 69, Ley de Modernización a la Ley de Compañías, R. O. S. 347 de 10 de diciembre del 2020.

niendo requisitos o formalidades innecesarias, entorpeciendo el arbitraje estatutario.

1. Corrige el error de exigir, como requisito de vinculación del adquirente de acciones al convenio arbitral, que en el dorso de los títulos de acciones se haga mención de la cláusula compromisoria estatutaria, pero con la misma desatina salvedad de la Segunda Reforma (el pacto expreso en contrario).
2. Elimina el procedimiento escalonado de resolución de disputas previsto en la Primera Reforma. Esto es acertado.
3. Establece una nueva restricción a los conflictos entre (i) sociedad-administradores y (ii) accionistas-administradores. La Tercera Reforma exige que, para vincular a los administradores con el convenio arbitral, el nombramiento incluya una réplica de la cláusula arbitral del estatuto para que pueda entenderse aceptada aquella.

Esto último desconoce que los derechos y obligaciones del administrador con la compañía surgen principalmente del estatuto social. Y que si este contiene un convenio arbitral, la aceptación del nombramiento vincula al administrador con todo el estatuto, sin necesidad de expresiones adicionales como las exigidas en la Tercera Reforma¹⁸. Esta disposición generará confusiones sobre su aplicación, controversias sobre su alcance e incluso, decisiones contradictorias (en sede judicial y arbitral). Lo que abunda, sí daña.

18 Si se requiere una ratificación de la voluntad del convenio arbitral del estatuto para vincular a los administradores, por qué no se requeriría de otra obligación prevista en dicho instrumento social. Esta es una duda que la reforma genera innecesariamente.

IV. CONCLUSIONES

Hay que promover el arbitraje estatutario en Ecuador. Las ventajas que ofrece este mecanismo en comparación con la justicia ordinaria (eficiencia, flexibilidad, confidencialidad y experticia de los árbitros) son indiscutibles. Su fundamento esencial es el principio de autonomía de la voluntad y su reconocimiento constitucional (art. 190). Las disputas intrasocietarias son —en general— de naturaleza transigible, pues responden a intereses privados. Por lo tanto, salvo que se trate de cuestiones no transigibles (que deben ser analizadas caso a caso) ninguna ley puede limitarlo.

Las últimas reformas a la Ley de Compañías, si bien reconocen de manera expresa al arbitraje estatutario, lo hacen de manera incorrecta. Lo que abunda, sí daña porque al menos causa confusión.

Aspiramos que lo expuesto sirva para continuar el proceso de promoción del arbitraje como el mecanismo idóneo para resolver controversias intrasocietarias y para aclarar las dudas o trabas que las «innovadoras» reformas traen en esta materia.

Dr Roberto González Torre

AUTORREGULACIÓN REGULADA Y SUBORDINADA DE LAS BOLSAS DE VALORES EN LA LEGISLACIÓN BURSÁTIL ECUATORIANA

Contenido:

- I.- Aspectos de introducción*
- II.- Atribuciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (JPRMF) y de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS)*
- III.- La autorregulación según la LOFOSSYB, el COMYF y resolución de la JPRMF*
- IV.- El reglamento conjunto de las bolsas de valores*
- V.- Efectos y responsabilidades derivadas la autorregulación*

AUTORREGULACIÓN REGULADA Y SUBORDINADA DE LAS BOLSAS DE VALORES EN LA LEGISLACIÓN BURSÁTIL ECUATORIANA

Dr. Roberto González Torre

I. ASPECTOS DE INTRODUCCIÓN

No es usual escuchar la palabra «*autorregulación*» por estos tiempos, al tener un sistema jurídico extremadamente normado por parte de autoridades, que se han visto fortalecidas constitucional y legalmente en sus competencias regulatorias en diversas áreas, con base a la aplicación de la Constitución vigente desde 2008.¹

1 Más allá que la disposición del n.º 5 del art. 261 de la Constitución las competencias en materia económica son de competencia exclusiva del Estado central y que el art. 308 de la misma carta suprema indica que las actividades financieras son un servicio de orden público, el Gobierno anterior le dio un alcance restringido al «sistema financiero» al disponer que los accionistas de instituciones del sistema financiero no puedan ser accionistas de entidades del mercado de valores. El art. 312 de la Constitución en concordancia con el n.º 5 la Disposición reformativa vigésimo segunda de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado (R.O. 555 del 13 de octubre de 2011) que agregó un artículo innumerado luego del Art. 141 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y la disposición transitoria primera dispuso que enajenen hasta el 12 de julio del 2012, las acciones y participaciones que mantuvieron en compañías o sociedades mercantiles ajenas al sector financiero, con presencia o actividad en el mercado ecuatoriano, incluidas las reguladas por la Ley de Mercado de Valores o por la Ley General de Seguros. Sin perjuicio de este comentario,

Sin duda, este concepto guarda relación directa con los postulados filosóficos del libre mercado, en contrapartida con el intervencionismo estatal postkeynesiano; ello sin querer referirme a modelos de intervencionismo extremo que más bien lo eliminarían y evitarían que estemos siquiera pensando en la terminología en cuestión. Lo cierto es que, históricamente hablando, la autorregulación se desarrolló inicialmente en sistemas jurídicos anglosajones y con el paso del tiempo se fue incorporando a los sistemas jurídicos romano-germánicos.²

La autorregulación de las bolsas de valores pasó en el Ecuador de ser una autorregulación propia y limitada en sus efectos, a una de carácter regulada y subordinada a la ley y al poder público; todo como efecto de lo dispuesto por la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil

actualmente la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera JPRMYF tiene enormes poderes regulatorios conferidos por ley en materia financiera, mercado de valores y seguros, de conformidad con lo previsto en el n.º 6 del art. 132 de la Constitución.

2 «Por otra parte, en los sistemas de derecho romano-germánicos, en particular, en España y Alemania, los primeros desarrollos consistentes en el campo del derecho sobre el término de autorregulación datan del año 1996, momento en el cual se produce un auge en el debate acerca del papel del Estado y del derecho administrativo ante la autorregulación. Esta afirmación no implica que con anterioridad al citado año no se hubieren presentado casos de autorregulación, de hecho, ellos tienen arraigos en diferentes figuras en estos países; lo que se quiere resaltar, sin embargo, es que solo a partir de la fecha indicada se ha pretendido una comprensión sistemática de la autorregulación. Lo anterior es igualmente válido para los casos de autorregulación en los sistemas de derecho anglosajón, especialmente en Estados Unidos, en donde el término "autorregulación" ha tenido una antigua tradición; sin embargo, su uso específico puede rastrearse a partir de la segunda mitad del siglo xx, cuando empiezan a generarse estudios particulares sobre algunos casos de autorregulación en ciertos sectores industriales tales como la banca y el cine». Ramírez Grisales, Richard: *La Autorregulación en el Derecho Administrativo*; CEDA Centro de Estudios de Derecho Administrativo; Librería Jurídica Sánchez; primera edición, Medellín, 2013; página 41.

que reformó el art. 43 de la Ley de Mercado de Valores (LMV) (Ley n.º 0, publicada en el Suplemento del Registro Oficial n.º 249 del 20 de mayo de 2014; en adelante LOFOSSYB).

Más allá de esta modificación legal, lo cierto es que en materia de autorregulación existen disposiciones que analizaremos a la luz del ordenamiento jurídico vigente. Por lo pronto diremos que, conceptualmente y en sentido amplio, la autorregulación en el mercado de valores es *«la capacidad que tienen los participantes del mercado de normarse a sí mismos y a otros participantes en temas relacionados con su actividad, mecanismos de solución de controversias y normas de conducta, principalmente»*.³

Respecto de las bolsas de valores, que son las encargadas de expedir y hacer cumplir las normas de autorregulación, hoy en día son compañías anónimas también por disposición de la LOFOSSYB (art. 44 y siguientes); es decir, pasaron de ser entidades sin fines de lucro a compañías anónimas, dejándose de lado —en teoría— el concepto de *«mutualismo»* que estuvo vigente por muchos años; convirtiéndose por tanto en empresas de lucro; sin perjuicio de las limitaciones a la estructura accionarial que impone el art. 46 de la LMV.⁴

3 Serra Puente Arnao, Gerardo: *El Mercado de Valores en el Perú*; pág. 22 Cultural Cuzco Ediciones, Lima, 1999.

4 Otros aspectos relevantes que incluyó la LOFOSSYB son la inclusión de principios rectores para el Mercado de Valores; redefinición de los conceptos de mercado bursátil, extrabursátil y privado; la previsión de sociedad proveedora y administradora del Sistema Único Bursátil SIUB de la que por mandato del COMYF deben ser accionistas las bolsas de valores por mandato de la misma ley; la excepción para que en determinados casos el sector público no negocie sus valores en las bolsas de valores, lo cual ya venía ocurriendo con la reforma al art. 37 de la Ley de Mercado de Valores por la Ley de Creación de Seguridad Financiera del año 2008; la creación del Registro Especial Bursátil REB como un segmento permanente del mercado bursátil en el cual se negociarán únicamente valores de las empresas pertenecientes al sector económico de pequeñas y/o medianas empresas y de las organizaciones de la economía popular y solidaria.

Sin embargo de lo expuesto, la exigencia legal de que las casas de valores deban ser accionistas de las bolsas de valores para poder operar, continúa siendo un rezago del «*mutualismo*», exigencia que no necesariamente coincide con el hecho de que las bolsas de valores en la actualidad son compañías de capital abierto; pero más allá de lo indicado, pueden tener otros accionistas, claro dentro de las limitaciones que respecto de su estructura de capital establece la ley.⁵

5 «Art. 46.- Estructura de capital de las bolsas de valores.- (Reformado por la Disposición Reformativa Décimo Séptima, núms. 1 y 3 del Código Orgánico Monetario y Financiero; R.O. 332-2S, 12-IX-2014; y, por el lit.e) del núm. 13 de la Ley s/n, R.O. 986-S, 18-IV-2017).- Un accionista de una bolsa de valores no podrá ser titular ni acumular, directa ni indirectamente, un porcentaje mayor al diez por ciento de acciones emitidas y en circulación, de dicha bolsa. Por excepción, con la finalidad de propender a la integración regional de las bolsas de valores locales y desarrollar el mercado de valores ecuatoriano, podrán superar este límite de participación hasta un máximo del treinta por ciento (30%) bolsas de valores o mercados regulados, calificados como tales por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que cumpla por lo menos con los siguientes requisitos:

1. Acreditar experiencia de al menos tres años en la administración de sistemas bursátiles en otros mercados internacionales;
2. Demostrar un volumen total de montos negociados en el último año, superior en por lo menos diez veces el monto total negociado por todas las Bolsas de Valores autorizadas para funcionar en el Ecuador, en el último año; y,
3. (Reformado por la Disposición Reformativa Décimo Séptima, núm. 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero; R.O. 332-2S, 12-IX-2014).- Los demás requisitos que establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Los grupos financieros y las entidades vinculadas de manera directa o indirecta a estos, no podrán ser accionistas de las bolsas de valores ni formar parte de su Directorio.

Las acciones en que se encuentra dividido el capital social de una bolsa de valores, deben inscribirse en el Catastro Público del Mercado de Valores y ser negociadas bursátilmente.

Para el cumplimiento de esta disposición se debe tomar en consideración lo establecido en esta Ley y en sus normas secundarias, respecto de vinculaciones».

Analizaremos en este ensayo las normas legales y reglamentarias de la autorregulación bursátil que le compete a las bolsas de valores; su forma de expedición; su ámbito; y, las responsabilidades inherentes a su observancia, impuesta por mandato de ley a las bolsas de valores en cabeza de sus representantes legales y directorios.

II. ATRIBUCIONES DE LA JUNTA DE POLÍTICA Y REGULACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA (JPRMF) Y DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS (SCVS)

1.- Atribuciones legales de la JPRMF para regular la autorregulación.

Como hemos indicado, el Código Orgánico Monetario y Financiero (COMYF) recoge actualmente un concepto de autorregulación subordinada a la ley y al poder público.

Al efecto, el n.º 5 del art. 9 dentro del título II del libro II del COMYF, relativo a las atribuciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera («La Junta» o la «JPRMF») dispone:

«Art. 9.- De las atribuciones del Consejo Nacional de Valores.- El Consejo Nacional de Valores deberá:

5. Expedir las normas generales en base a las cuales las bolsas de valores y las asociaciones gremiales creadas al amparo de esta Ley podrán dictar sus normas de autorregulación».

Recordemos que el COMYF se expidió por Ley n.º 00, publicada en el Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre

del 2014 y, entre otras cosas, dispuso que la Ley de Mercado de Valores (LMV) se agregue como su Libro II.

Por otra parte, la disposición reformativa décima séptima del Libro I, en su n.º 2 manda que en todas las denominaciones que se mencione a la Junta de Regulación del Mercado de Valores (que había reemplazado al CNV meses atrás con la expedición del art. 93 de la LOFOSSYB que añadió a la Ley de Mercado de Valores la disposición décimo novena por la que toda referencia al CNV pasaba hacia la Junta de Regulación) se reemplace por «Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera» (JPRMF).

En concordancia con ello, todas las competencias del CNV pasaron, en definitiva, a la última indicada JPRMF.⁶

6 Resulta difícil comprender por qué si la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil había previsto que la Junta de Regulación asuma las competencias del CNV, pocos meses después esas competencias pasaron a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera que aglutina la capacidad de reglar aspectos bancarios, de mercado de valores y seguros en lo sustancial. La integración de la Junta de Regulación para el mercado de valores venía dada por:

- 1 El ministro encargado de la Política Económica, quien lo presidirá, o su delegado;
2. El ministro encargado de la Política de la Producción, o su delegado; y,
3. Un delegado del Presidente de la República. El Superintendente de Compañías y Valores, el Superintendente de Bancos y Seguros, y el Superintendente del Sistema Financiero Popular y Solidario eran parte de la Junta de Regulación del Mercado de Valores, con voz informativa pero sin voto. Además, se había previsto una secretaría técnica.

En cambio se pasó hacia la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera que la conforman: a) El ministro titular de la economía y finanzas públicas, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente, b) El ministro titular de la planificación nacional del Estado, c) El ministro que sea delegado del Presidente de la República para representar al sector de la producción y; d) Un delegado del Presidente de la República quien asumirá la presidencia en caso de ausencia del Presidente. Participarán en las deliberaciones de la Junta, con voz pero sin voto, el Superintendente de Bancos, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, el Superintendente de Economía Popular y Solidaria, el Gerente General del Banco Central del Ecuador

2.- Atribuciones de la SCVS.- Por su parte el art. 10 del título III del mismo libro II del COMYF en sus numerales 10 y 18, incluye como competencia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS) lo siguiente:

«Art. 10.- De las atribuciones y funciones de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.- Además de las funciones señaladas en la Ley de Compañías, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para efectos de esta Ley, ejercerá las funciones de vigilancia, auditoría, intervención y control del mercado de valores con el propósito de que las actividades de este mercado se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general, y tendrá las siguientes atribuciones:

10. Disponer mediante resolución fundamentada, la suspensión o modificación de las normas de autorregulación expedidas por las bolsas de valores o las asociaciones gremiales creadas al amparo de esta Ley, cuando tales normas pudieran inferir perjuicios al desarrollo del mercado o contraríen expresas normas legales o complementarias;

18. Aprobar las normas de autorregulación y disponer mediante resolución fundamentada, la suspensión o modificación de las normas de autorregulación expedidas por las bolsas de valores».

Por otra parte, el n.º 4 del art. 22 de la LMV contempla como potestad de la SCVS poder suspender mediante resolución fundamentada, la inscripción de un participante o valores sujetos

y el Presidente del Directorio de la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados. El organismo cuenta con más de cincuenta y cinco atribuciones, que no sólo se limita a la regulación sino que tiene un rol ampliado, incluso con facultades de control macroeconómico de divisas (Art. 15 Libro I COMYF).

a inscripción en el Catastro Público del Mercado de Valores, por incumplimiento de la ley, sus normas complementarias y las de autorregulación, así como demás normas que expida la JPRMF.

Adicionalmente, el art. 23 de la LMV faculta a la SCVS como órgano de control, para disponer la cancelación de oficio la inscripción de un participante o un valor en el Catastro Público del Mercado de Valores cuando hubiere incumplido reiteradamente disposiciones de la LMV, sus normas complementarias y de autorregulación, que fueren objeto de sanciones administrativas.

Las facultades de control otorgadas a la SCVS guardan concordancia con el texto actual del art. 43 del COMYF, el cual desarrolla la autorregulación de las bolsas de valores y que pasamos a analizar a continuación.

III. LA AUTORREGULACIÓN SEGÚN LA LOFOSSYB, EL COMYF Y RESOLUCIÓN DE LA JPRMF

1. COMYF.- Dispone el art. 43 del COMYF, junto con su artículo innumerado, que había sido incluido en la LMV por la LOFOSSYB meses antes de la vigencia de aquel código, lo siguiente:

«Art. 43.- Del concepto y alcance.- Se entiende por autorregulación, la facultad que tienen las bolsas de valores y las asociaciones gremiales formadas por los entes creados al amparo de esta Ley y debidamente reconocidos por el C.N.V., para dictar sus reglamentos y demás normas internas, así como para ejercer el control de sus miembros e imponer las sanciones dentro del ámbito de su competencia».

La autorregulación contemplará al menos las normas de ética, disciplina, autocontrol, vigilancia, sanción y sanas costumbres constituidas por hechos uniformes, públicos y generalmente practicados.

La transgresión de las normas de autorregulación, deberá ser sancionada por el órgano autorregulador, sin perjuicio de la sanción que eventualmente dispusiere el órgano de control». (Lo remarcado y acentuado es nuestro).

«Art. ... De la aprobación de las normas de autorregulación.- Las normas de autorregulación requerirán, necesariamente, de la aprobación de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Las normas de autorregulación en el mercado bursátil que se refieran a la negociación de valores, inscripción y cancelación de intermediarios, operadores, emisores de valores, sistema único bursátil y en los demás casos en los que determine la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, deben ser aprobadas de manera conjunta con las bolsas de valores. Las normas deben garantizar un tratamiento igualitario a sus regulados.⁷

Los miembros del máximo órgano administrativo de las bolsas de valores y de las asociaciones gremiales formadas por los entes creados al amparo de esta Ley, así como sus representantes legales serán responsables

7 En el ejercicio de sus competencias legales, vemos como ejemplo como la JPRMF en el art. 24 de la Resolución 337-2017-V (hoy art. 51 de la sección VI del Título VII de la Codificación) dispuso que para suspender operaciones de un determinado valor, las bolsas de valores deberán presentar las normas de autorregulación correspondientes. Incluso, agrega que las bolsas de valores deberán regular conjuntamente el procedimiento de suspensión del valor; el procedimiento de coordinación entre ambas bolsas; la información que se difundirá al mercado; el procedimiento de información al emisor; y, el procedimiento de información a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

de velar por la estricta observancia de las normas de autorregulación.

Cualquier incumplimiento de esas normas de autorregulación deberán ser sancionadas por el ente autorregulador e informado de forma inmediata a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Las sanciones que contemplan los entes autorreguladores deberán observar los criterios de gradación, contenidos en esta Ley y guardar concordancia con las sanciones administrativas previstas en la misma». (Lo remarcado y acentuado es nuestro).

Como se observa de las disposiciones legales citadas, el ámbito de la autorregulación va desde la regulación interna o propia hacia lo externo, con conceptos de controles delegados por el Estado y sanciones; todo con base al procedimiento regulado para el efecto por el Estado que en determinados casos o en los casos fijados por el regulador, requiere de aprobación conjunta de las dos bolsas de valores. El contenido mínimo debe contener normas de ética, disciplina, autocontrol, vigilancia, sanción y sanas costumbres constituidas por hechos uniformes, públicos y generalmente practicados.⁸

8 Código de Comercio: «Art. 6.- La costumbre mercantil suple el silencio de la ley siempre que los hechos que la constituyan sean uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República del Ecuador, o en una determinada localidad y sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en operaciones del mismo tipo en el tráfico mercantil del que se trate por el plazo mínimo de cinco años. La existencia de una costumbre mercantil, así como el cumplimiento de los requisitos descritos en el inciso anterior deberán ser probados por quien los invoca.

Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, estos deberán ser por lo menos cinco comerciantes idóneos inscritos en el Registro Mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos respectivos; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido expedidas dentro de los 5 años anteriores al hecho controvertido».

La generación de una especie de control concurrente de las bolsas de valores respecto del cumplimiento de las normas de autorregulación y de la SCVS, tanto de aquello como de la ley, determina que exista una confluencia controladora con miras a precautelar los intereses del mercado de valores y los principios que lo rigen. Es decir, el legislador pretende que las funciones de supervisión, vigilancia, monitoreo y control se fortalezcan.⁹

2.- LOFOSSYB y la reforma a la LMV.- Como se indicó, las disposiciones legales citadas, hoy contenidas en el libro II del COMYF, fueron reformadas meses antes de su expedición, por la LOFOSSYB, cuyo artículo 22 expresamente derogó el segundo inciso del art. 43 de la Ley de Mercado de Valores que disponía:

«En el marco de las normas generales expedidas por el C.N.V., las bolsas de valores y asociaciones gremiales antes indicadas expedirán sus regulaciones de carácter interno y operativo, las que requerirán únicamente de la aprobación de sus órganos competentes y entrarán en vigencia transcurrido el término de cinco días a partir de la notificación a sus miembros y a la Superintendencia de Compañías».

Esta derogatoria determina un cambio fundamental, se pasó de un concepto de autorregulación digamos que más libre pero limitado a un carácter interno y operativo, a uno subordinado pero de mucho mayor contenido como lo fijan las normas legales que constan en el COMYF. En lo formal, las normas de autorregulación requieren la necesaria aprobación de la SCVS para producir efectos jurídicos; sin perjuicio de que exista una

⁹ La Corte Constitucional de Colombia así lo reconoció respecto de la autorregulación regulada introducida en Colombia por la Ley 964 de 2005, conforme consta de la sentencia C-692 de 2007. Ramírez Grisales, Richard; ob. cit. Página 67.

norma general o marco expedido por el órgano regulador del mercado, esto es por parte de la JPRMF que precisamente expidió para el efecto, la Resolución n.º 246-2016-V de 5 de mayo de 2016.

Antes de la reforma, tanto las bolsas de valores y las asociaciones gremiales estaban dotadas de mayor poder de autorregulación (dentro del alcance más limitado en cuanto a su ámbito), no obstante hay que reconocer que este jamás se ejerció a plenitud y quizás faltó en la LMV de 1998 haber contemplado una autorregulación extensiva a todos los participantes del mercado de valores, lo que pudo haber consolidado el mercado en su momento o determinado en definitiva otro destino.¹⁰

Finalmente, comentamos que la disposición transitoria décima dispuso que las normas de autorregulación creadas al amparo de la LMV antes de la reforma, estarán vigentes hasta que las nuevas instituciones se adecúen a las disposiciones legales nuevas y dicten sus propias normas de autorregulación.

3.- JPRMF y la resolución n.º 246-201-V. Como indicamos, y en línea con el concepto de autorregulación regulada y subordinada, la JPRMF expidió la Resolución n.º 246-2016-V (hoy codificada en el Título VI del Libro II Tomo IX de la Codificación de Resoluciones de la JPRMFF (en adelante la codificación) con

10 Ecuador cuenta entre los participantes del mercado de valores con fondos de inversión, tanto administrados como colectivos; casas de valores, sociedades administradoras de fondos y fideicomisos; así como con fideicomisos de titularización de distintas clases: inversionistas institucionales que pudieron haber adoptado un concepto de autorregulación del mercado mucho más amplio, quizás pensándose en un «autorregulador del mercado de valores único» y especializado, tal como ocurre en Estados Unidos con FINRA (The Financial Industry Regulatory Authority) o el Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia (AMV), en virtud de la Ley Marco del Mercado de Valores n.º 964 de 2005. <https://www.amvcolombia.org.co>

base en sus atribuciones previstas en los n.º 4 y 5 de los arts. 9 y 43 de la LMV.

En resumen, mediante dicha norma general la JPRMF dispuso:

- a) Las bolsas de valores y asociaciones gremiales en el ejercicio de la autorregulación deberán expedir normas internas para el correcto funcionamiento de las actividades que realicen los sujetos autorregulados y su propia actuación. Además, deberán realizar vigilancia y control de las actividades y operaciones de los sujetos autorregulados. Finalmente deberán aplicar sanciones a los sujetos autorregulados por trasgresiones a las normas de autorregulación, sin perjuicio de las potestades de la SCVS (art. 1).

En este punto el art. 2 no es claro en definir qué debemos entender por «sujetos autorregulados». Indica que son sujetos de aplicación de las facultades de autorregulación las bolsas de valores y las asociaciones gremiales formadas por los entes creados al amparo de la LMV y las personas naturales y jurídicas relacionadas con dichos sujetos. Eso nos lleva a pensar que, inicialmente, sus accionistas o miembros son sujetos de la autorregulación.

Pero luego la norma agrega:

«Se entiende por personas naturales y jurídicas vinculadas con los sujetos autorregulados a sus representantes legales, administradores y demás funcionarios, compañías relacionadas independientemente del tipo de relación contractual, en tanto participen directa o indirectamente, en la realización de actividades propias del sujeto autorregulado. Para

este efecto, se considerarán los criterios de vinculación previstos por la Ley de Mercado de Valores y sus normas complementarias». Esto nos hace pensar que incluso los emisores deben ser considerados como sujetos obligados a acatar las normas de autorregulación y por tanto pueden ser objeto de sanción por inobservancia o transgresión.

- b) El contenido del reglamento de autorregulación a expedirse conjuntamente por las bolsas de valores, luego de aprobado por sus directorios, debe contener: objetivo y facultades de la bolsa como mercado organizado; procedimientos y requisitos de autorización para la operación de los intermediarios, así como para la inscripción de operadores de valores; regulación del mercado bursátil y tipos de operaciones; requisitos para la inscripción de valores, emisores y originadores de titularización; normas de presentación y divulgación de información sobre grupos y relaciones empresariales de los emisores; causales de suspensión y cancelación de emisores, originadores y valores, intermediarios y operadores; régimen de supervisión de intermediarios y operadores de valores; derechos y obligaciones de intermediarios y operadores en sus operaciones; procedimientos de supervisión y control de actividades, prácticas y conductas de intermediarios y operadores de valores así como de sus directivos y funcionarios; procedimientos para prevenir conflictos de interés, uso indebido de información privilegiada, manipulación de precios y vulneración de normas del mercado; procedimiento monitoreo continuo de emisores inscritos en bolsa; procedimientos para promover protección a los inversionistas; procedimientos de difusión de

información relevante al mercado; obligaciones de los intermediarios autorizados para constituir la garantía de compensación y liquidación; determinación de los perfiles de riesgo de los inversionistas; determinación de las infracciones, procedimiento y sanciones por transgresión a la autorregulación (arts. 4 y 5).

- c) Las bolsas deberán cumplir con su facultad de supervisión. El ejercicio de la supervisión por parte de las bolsas implica la comprobación, vigilancia, fiscalización e inspección de los sujetos autorregulados, en asuntos relacionados exclusivamente con las actividades de las casas de valores, incluyendo las relaciones de los intermediarios con sus clientes. Para el efecto, las bolsas deberán llevar a cabo diversas actividades de supervisión como son: monitoreo y vigilancia de las actividades de los sujetos autorregulados; diseño y ejecución de plan de visitas; requerimiento de información a sus sujetos autorregulados y a terceros relacionados; evaluación de quejas presentadas por los sujetos autorregulados, clientes y terceros relacionados; diseño e implementación de sistemas de alertas para identificar operaciones irregulares; y gestión de supervisión preventiva (art. 8).
- d) Respecto de la facultad sancionadora las bolsas deben contar con un órgano disciplinario designado por su directorio con miembros especializados e independientes de los sujetos autorregulados (art. 10), encargado de sustanciar el procedimiento sancionador y luego imponer la sanción, garantizando los derechos constitucionales de defensa y debido proceso. Al efecto, el procedimiento debe tener etapa de investigación inicial, intermedia y resolutive, tomando en cuenta los criterios de gradación previstos en la LMV. (Art. 9).

4. Resumen del ámbito de la autorregulación según COMYF y JPRMF.- De lo previsto en el COMYF y la resolución de la JPRMF extraemos que su ámbito, en resumen, implica lo siguiente:

1. La autorregulación contempla normas de ética, disciplina, autocontrol, vigilancia, sanción y sanas costumbres constituidas por hechos uniformes, públicos y generalmente practicados, así como todo el contenido previsto en el art. 5 de la resolución hoy codificada como Título VI de la Codificación.
2. Por mandato legal, las normas de autorregulación de las bolsas que se refieran a *negociación de valores, inscripción y cancelación de intermediarios, operadores, emisores de valores, sistema único bursátil y en los demás casos fijados por la Junta*, requieren la aprobación de las dos bolsas de valores y luego de la SCVS.¹¹
3. Los máximos organismos administrativos y representantes legales de las bolsas son responsables de velar por la estricta observancia de las normas de autorregulación.
4. La autorregulación contiene facultades de carácter normativo, supervisión y sanción (art. 1, Resolución 246-2016-V).
5. Las bolsas deben cumplir con su obligación de supervisión, en los términos del art. 8 del Título VI del Libro

11 La JPRMF incluyó en el art. 5 de la Resolución, numerales del 1 al 21, que constituyen aspectos no taxativos que deben ser aprobados por las dos bolsas de valores del país conjuntamente, salvo lo relativo a tarifas y comisiones por servicios prestados y el Código de ética de accionistas, directivos, personal administrativo y funcionarios; que podrán ser regulados por cada bolsa de manera independiente.

II; el incumplimiento de las normas de autorregulación deberá ser sancionado por la bolsa e informado de forma inmediata a la SCVS, con base en un criterio de debido proceso (art. 9, Resolución 246-2016-V).

6. Las sanciones a través del órgano especializado que contemplen las bolsas, deberán observar los criterios de gradación, contenidos en la LMV y guardar concordancia con las sanciones administrativas previstas en la misma; siempre observando el debido proceso.

IV. EL REGLAMENTO CONJUNTO DE LAS BOLSAS DE VALORES

Mediante Resolución SCVS-INMV-DNAR-170001241 de 3 de abril de 2017, el Intendente Nacional de Mercado de Valores aprobó el reglamento general de las Bolsas de Valores de Quito y Guayaquil, que previamente conocieron y aprobaron sus respectivos directorios, de conformidad con la ley y en cumplimiento de la Resolución n.º 246-2016-V, expedida por la JPRMF, que hemos comentado.

El reglamento general en cuestión es extenso y cuenta con 237 artículos. En lo que respecta a la autorregulación, el reglamento general la definió como:

«la facultad que tienen las bolsas de valores para dictar sus reglamentos y demás normas internas, así como para ejercer el control de sus miembros e imponer las sanciones dentro del ámbito de su competencia».

Es importante remarcar que el artículo 1 del reglamento conjunto expresamente incluye como sujetos de aplicación de sus normas a las casas de valores, sus funcionarios y operadores de valores; las instituciones del sector público que tengan calificados funcionarios públicos para operar en bolsa y funcionarios públicos autorizados; los emisores de valores; los Depósitos Centralizados de Compensación y Liquidación de Valores; los miembros del Directorio, de la administración y funcionarios de las bolsas de valores; los directivos y funcionarios de la sociedad anónima Administradora del Sistema Único Bursátil SIUB; y otros partícipes del mercado de valores que establezca el propio reglamento. Esto tiene relevancia para entender si la capacidad de sanción de las bolsas, incluye a todos estos sujetos de la autorregulación o no, tema al que volveremos más adelante.

En el reglamento general, las Bolsas de Valores de Quito y Guayaquil fijaron el alcance de la autorregulación en el art. 3 literales a) hasta el s). Incluso, como novedad, contemplan que la iniciativa para proponer reformas a las normas de autorregulación no solo provenga de las propias bolsas, sino de las casas de valores o de las asociaciones gremiales de las casas de valores.

El art. 6 establece que corresponderá a la administración de cada bolsa de valores, presentar la norma aprobada por los directorios de ambas bolsas a la SCVS para su aprobación, reafirmando que requieren la aprobación conjunta de ambas bolsas como lo dispone la ley.

En cuanto a responsabilidades frente a terceros, el artículo 9 indica que las bolsas de valores no serán responsables patrimonialmente por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de las casas de valores para con sus clientes o para con terceros. Como regla general, es comprensible la

disposición porque la bolsa sería ajena a aquella relación contractual, pero en nuestra opinión no enerva en lo absoluto, las responsabilidades que devienen de la ley a las que nos referiremos en el siguiente acápite.

En lo que respecta al régimen de monitoreo y supervisión de las casas de valores y operadores, los artículos 150 a 153 recogen normas generales que responden al contenido general previsto en la Resolución 246-2016-V de la JPRMF, pero dejando contemplado que cada bolsa, mediante sus instructivos internos harán las visitas de control ordinario y extraordinario, a efectos de verificar que las funciones de las casas de valores se adecúen a la normativa vigente. Surge la duda si tales instructivos deben ir a la aprobación de la SCVS por ser normas de aplicación de la autorregulación, atreviéndonos a pensar que sí, tal y conforme además se infiere de los artículos 5 y 6 del propio reglamento conjunto.

En cuanto a sanciones, se recoge en la sección II del título VIII, arts. 154 a 157 lo relativo al órgano disciplinario, sin embargo dispone que no podrá conocer asuntos *«que la Ley atribuye a otros organismos de control, o a la potestad judicial o arbitral»*. Creemos que esta imprecisión podría determinar que muchas defensas, de quienes estén siendo sujetos de un procedimiento de sanción, se acojan precisamente a esa limitación.

Al igual que en lo previsto para la supervisión, la operativa interna administrativa del órgano disciplinario de cada bolsa será regulada por instructivo interno.

Refiriéndonos nuevamente al ámbito de sanción que tienen las bolsas, el reglamento en el artículo 159 limita la calidad de sujeto pasivo del proceso disciplinario a las casas de valores, bancas de inversión y operadores de valores autorizados para operar en bolsa, sin mencionar a ningún otro sujeto de los que se habían

incluido en el art. 1 del reglamento. ¿Quiere decir entonces que el procedimiento disciplinario es aplicable solo a éstos, aún cuando existen sanciones como la suspensión y cancelación de un emisor?

Para dilucidar la respuesta anterior, el propio reglamento en su art. 147 indica que *«la determinación de una causal de suspensión o cancelación se la deberá efectuar luego de seguir el procedimiento disciplinario dispuesto en el presente Reglamento»*.

Por ello, pensamos en que cabe sanción aún para los emisores, al haberse éstos acogido a las normas de autorregulación como efecto propio derivado de su inscripción y mantenimiento de la misma en la bolsa; lo que a su vez guarda sentido con el No. 6 art. 207 de la LMV que contempla como infracción administrativa sancionable por parte de la SCVS:

«6. No observar las normas de autorregulación aprobadas por las bolsas de valores o por las asociaciones gremiales que formen las entidades creadas al amparo de esta Ley.¹²

(...)

16. No informar y sancionar, por parte de las bolsas de valores, o las asociaciones gremiales formadas por los entes creados al amparo de esta Ley, a la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, de cualquier incumplimiento de las normas de autorregulación, en forma inmediata a su conocimiento, o de las sanciones impuestas por transgresión a las normas de autorregulación».

Sin embargo de todo lo expuesto en este ensayo, respecto a la facultad de sanción por parte de las bolsas de valores, ésta deja abierta dos dudas constitucionales que devienen de lo que

¹² El reconocimiento del efecto obligatorio y público que tiene la autorregulación por parte del Estado, reafirma su carácter coercible para todos aquellos sujetos al ámbito de la Ley de Mercado de Valores.

disponen, por un lado el numeral 3; y, por otro el numeral 7 en el literal i) del artículo 76 de la Constitución de la República:

«Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

(...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto».

Si la ley ha delegado a las bolsas la facultad de autorregulación y dentro de ellas la potestad de sancionar determinadas infracciones allí contempladas; y considerando que la SCVS aprueba las normas de autorregulación (que incluyen sanciones) consideramos que precisamente encajarían en el concepto de «infracciones de otra naturaleza» que expresamente considera la Constitución.

Lo que sí representa un tema complejo es el eventual proceso de determinación, por ejemplo, de una sanción administrativa por parte de la SCVS y a la vez de las bolsas de valores, por similares hechos lo que sería una inconstitucionalidad manifiesta

al violarse una garantía constitucional del debido proceso, como es el principio «*non bis in idem*».

Sin embargo, si en esa hipótesis el juzgamiento fuese de infracciones de diversa índole y con sanciones diferentes, podría pensarse que se trata de sanciones de distinta naturaleza: una administrativa como tal y otra de régimen disciplinario de la bolsa, que deviene de la propia autorregulación delegada por el Estado y subordinada a sus preceptos.

V. EFECTOS Y RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA AUTORREGULACIÓN

Hasta aquí vemos como la autorregulación en Ecuador es regulada y subordinada a la ley y a la potestad estatal reguladora. En ese sentido, si bien la ley la recoge, dispone que debe ceñirse a lo que el Estado disponga mediante resolución de la JRPMF y con aprobación de ambas bolsas cuando involucre aspectos previstos en la ley o si así lo dispone la JRPMF; contando con la necesaria aprobación de la SCVS para que surtan efectos jurídicos.

Y lo que es más, la ley obliga a las bolsas a ejercer el control de las normas de autorregulación e imponer sanciones por su transgresión; sin perjuicio de las que aplique el órgano de control.

Vale indicar que de las sanciones que imponga la bolsa por transgresión a las normas de autorregulación o de las que impone el órgano de control, cabe recurso de revisión ante la máxima autoridad de la SCVS, lo que hace más complejo el debate respecto de la garantía constitucional del «*non bis in idem*» expuesto en líneas anteriores.¹³

13 «Art. 210.- Recurso de revisión.- (Sustituido por el Art. 82 de la Ley s/n, R.O. 249-S, 20-V-2014; y, reformado por la Disposición Reformativa Décima

La carga que impone la ley a los directorios de las bolsas de valores y a sus representantes legales es altísima al disponer, lo que hemos citado anteriormente:

«Los miembros del máximo órgano administrativo de las bolsas de valores y de las asociaciones gremiales formadas por los entes creados al amparo de esta Ley, así como sus representantes legales serán responsables de velar por la estricta observancia de las normas de autorregulación».

Séptima, num. 2 y 3 del Código Orgánico Monetario y Financiero; R.O. 332-2S, 12-IX-2014).- De las sanciones impuestas por la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, de las impuestas por un ente autorregulador, así como la negativa de inscribir valores en una bolsa de valores o por falta de pronunciamiento sobre solicitudes presentadas ante los administradores de los mercados antes mencionados, habrá recurso de revisión ante la máxima autoridad de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, el cual podrá interponer dentro del término de siete días contados a partir de la notificación de la resolución sancionadora.

La interposición de este recurso no suspenderá la ejecución de la respectiva resolución sancionadora.

El recurso de revisión deberá ser resuelto de manera motivada e indelegable por el o la Superintendente de Compañías Valores y Seguros en un plazo no mayor de 60 días. En caso de no hacerlo, se entenderá aceptado.

Se entenderá ejecutoriada la resolución cuando se haya agotado la instancia administrativa, esto es por no haberse presentado el recurso de revisión conforme a la Ley o cuando habiendo sido presentado, haya sido resuelto.

La resolución de la máxima autoridad de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, causará ejecutoria en el ámbito administrativo y podrá ser impugnada ante la sala o el juez de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con esta ley.

La Superintendencia de Compañías Valores y Seguros publicará en su página web institucional el texto íntegro de las resoluciones de sanción impuestas, indicando si se encuentran ejecutoriadas en el ámbito administrativo o si ha sido notificada de su impugnación judicial.

El procedimiento para la sustanciación del recurso de revisión será establecido por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera».

La misma LMV contempla en su art. 47 que el máximo órgano de administración de la bolsa es el directorio, por tanto dicho organismo y el respectivo representante legal de cada bolsa deben transformarse casi que un organismo de control paralelo, en lo que a velar por el cumplimiento de la normativa de autorregulación respecta. En lo que a la Bolsa de Valores de Guayaquil corresponde, los artículos 10 y 22 de su estatuto social reafirma que el directorio es el máximo organismo de dirección y administración de la compañía que se ejecutará a través del Gerente General.

A más de lo anterior, el art. 48 de la LMV contiene algunas obligaciones íntimamente relacionadas con el deber de velar por la estricta observancia de las normas de autorregulación, entre otras obligaciones de las bolsas de valores, extraemos las siguientes:

- 1) *«Regular y supervisar, en el ámbito de su competencia, las operaciones de los participantes, y velar porque se cumplan las disposiciones de la Ley; (...)*
- 6) *Divulgar y mantener a disposición del mercado y del público en general información simétrica, veraz, completa y oportuna, sobre las cotizaciones de los valores, intermediarios y las operaciones efectuadas en bolsas de valores, así como sobre la situación económica financiera y los hechos relevantes de los emisores; (...)*
- 8) *Mantener estándares de seguridad informática tales como protección de los sistemas informáticos, respaldos de la información en sedes distintas al lugar donde operen las Bolsas de Valores, medidas de gestión del riesgo legal, operativo y financiero, de acuerdo a lo que determine la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera;*

(...)

10) *Cumplir con los principios de transparencia y objetividad que garanticen la adopción de buenas prácticas corporativas;*

(...)

12) *Sancionar a las personas jurídicas y personas naturales sometidas a su control, por transgresiones a las normas de autorregulación;»¹⁴*

Si a más de lo expuesto consideramos que la propia JRPMF dispuso que las bolsas de valores elaboren su resolución conjunta de autorregulación, fijándoles un contenido mínimo y que ambas bolsas del país dictaron un reglamento general que recoge precisamente lo dispuesto por el organismo regulador para su posterior implementación en detalle, no hay duda de las obligaciones que les son inherentes y de la responsabilidad que tienen para el efecto.

A más de lo expuesto hay que tener presente recientes normas incluidas en la Ley de Compañías por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías expedida en el tercer suplemento del Re-

14 Otra obligación fundamental para las bolsas de valores deviene de lo previsto en el art. 28 de la LMV:

«Art. 28.- De los mecanismos de información.- Las bolsas de valores y otras asociaciones de autorregulación, deberán mantener mecanismos de información al público en los que se registre la información que deben hacer pública los emisores e instituciones reguladas por esta Ley. Estos registros, al igual que el Catastro Público del Mercado de Valores serán públicos y, la información en ellos contenida debe ser ampliamente difundida por cualquier medio electrónico u otros sistemas a los que tengan acceso los partícipes del mercado.

Los mecanismos de información podrán ser establecidos por las bolsas de valores ya sea por cuenta propia o a través de terceros, con los cuales mantenga vínculos de propiedad, administración, responsabilidad crediticia y resultados».

gistro Oficial n.º 347 de 10 de diciembre de 2020. Cito las más relevantes:

«Art. 262.- Deber de debida diligencia: Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes, reglamentos, estatutos y demás normativa aplicable, con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Para tales efectos, los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección de la compañía.

En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la compañía la información que fuere necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

De acuerdo con la regla de la discrecionalidad, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Se presumirá que el administrador ha actuado conforme a la regla de la discrecionalidad, salvo prueba en contrario que demuestre actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. La carga de la prueba recaerá sobre quien alega la responsabilidad del administrador.

(...)

Art. 262.1.- Deber de lealtad.- Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la compañía.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador

a:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él y hasta por un año contado a partir de su desvinculación, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de contratar o negociar, directa o indirectamente, con la compañía que administrare, salvo las excepciones previstas en el artículo 261 de esta Ley; y de incurrir en las prohibiciones enumeradas en el artículo 243 de esta Ley;

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio, juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; y,

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la compañía.

La infracción del deber de lealtad, resuelto en sede judicial, determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social en caso de haberlo, sino también la de devolver a la compañía el enriquecimiento injustificado obtenido por el administrador, cuando correspondiere».

Desde la óptica del derecho civil, estaríamos pensando que con disposiciones como las anteriores los administradores de las bolsas de valores responden hasta por culpa levísima (art. 29 Código Civil).

Hay que recordar además que la LMV en artículo innumerado agregado luego del art. 1 por la LOFOSSYB, contempla principios rectores del mercado de valores, que son importantísimos para su desenvolvimiento y desarrollo:

«Art. ...- Principios rectores del mercado de valores.- Los principios rectores del mercado de valores que orientan la actuación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, de la Superintendencia de Compañías y Valores y de los participantes son:

- 1. La fe pública;*
- 2. Protección del inversionista;*
- 3. Transparencia y publicidad;*
- 4. Información simétrica, clara, veraz, completa y oportuna;*
- 5. La libre competencia;*
- 6. Tratamiento igualitario a los participantes del mercado de valores;*
- 7. La aplicación de buenas prácticas corporativas.*
- 8. Respeto y fortalecimiento de la potestad normativa de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, con sujeción a la Constitución de la República, las políticas públicas de Mercado de Valores y la Ley; y,*
- 9. Promover el financiamiento e inversión en el régimen de desarrollo nacional y un mercado democrático, productivo, eficiente y solidario.*

Los principios expresados en este artículo deberán interpretarse siempre en el sentido que más favorezca al inversionista».

Entre los participantes del mercado de valores consta, conforme lo indica el art. 1 de la LMV, las bolsas de valores que por el rol de precautelar el cumplimiento de la regulación, ve acrecentada aún más tal responsabilidad.

Recordamos además, que las bolsas de valores deben contar con un buen gobierno corporativo, tal como lo dispone la normativa aplicable al ser parte de su esencia estatutaria.¹⁵

Finalmente, en todo momento hay que tener presente el concepto de responsabilidad civil extracontractual por daños, que lo recoge expresamente la LMV:

15 «TÍTULO VII de la Codificación de Resoluciones de JPRMF Art. 2.- Requisitos mínimos del estatuto social: El estatuto social de las bolsas de valores sociedades anónimas, contendrá al menos lo siguiente:

1. Denominación y duración.
2. Nacionalidad y domicilio.
3. Objeto social único y actividades conexas autorizadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera para el desarrollo del objeto social.
4. Capital autorizado, suscrito y pagado.
5. Clases de acciones y los derechos que confieren a los accionistas.
6. Forma de representación de las acciones.
7. Suscripción de las acciones.
8. Libro de acciones y accionistas.
9. Normas sobre la transferencia y transmisión de acciones.
10. Normas respecto a su composición accionaria y limitaciones previstas en la Ley.
11. Estructura y gobierno.
12. Definición y conformación: órganos de dirección y administración y representantes legales.
13. Atribuciones y obligaciones de los órganos de dirección y administración, formas de convocatoria, quórum de instalación y decisorio, causales de remoción y vacancia.
14. Requisitos, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los miembros del Directorio y Comités y de los representantes legales.
15. Normas respecto a la disolución y liquidación.
16. Forma de resolución de conflictos.
17. Normas de buen gobierno corporativo.

«Art. 205.- Responsabilidad civil.- Las personas naturales y jurídicas que, por infracciones de esta Ley, de sus reglamentos y otras normas complementarias y de las demás disposiciones que regulan el mercado de valores, ocasionen daños a terceros serán solidariamente responsables y deberán indemnizar los perjuicios causados, en conformidad con el derecho común. Esta responsabilidad civil es independiente frente a las sanciones administrativas o penales a que hubiere lugar.

Sin perjuicio a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, si los perjuicios hubieren sido ocasionados por resoluciones o actos del C.N.V., o de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; estos organismos de ser procedente tendrán derecho de repetición en contra de los funcionarios o empleados que tuvieron la responsabilidad directa en la realización de tales hechos, caso contrario por los perjuicios irrogados responderá el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros o los miembros del C.N.V.»

Por lo indicado, la responsabilidad de los administradores de las bolsas de valores en el cumplimiento y en velar porque las normas de autorregulación se cumplan, impone un esfuerzo permanente y dinámico con miras no solo a cumplir sus obligaciones sino además en coadyuvar a plasmar los principios del mercado de valores.

VI. CONCLUSIONES

1. La autorregulación está prevista en la legislación bursátil como facultad de las bolsas de valores y de las asociaciones gremiales de los entes que participan en el mercado de valores.

2. Su expedición versa sobre la facultad para dictar sus reglamentos y normas internas, así como para ejercer el control de los sujetos autorregulados e imponer sanciones por transgresión.
3. Luego de la aprobación de sus directorios, debe someterse necesariamente a la SCVS para su vigencia y efecto erga omnes.
4. El contenido que fije la JRPMF a ser expedido conjuntamente por las dos bolsas en materia de autorregulación, debe seguir ese procedimiento, hecho lo cual requerirá aprobación de la SCVS. Esto incluye instructivos o resoluciones particulares que se vayan expidiendo en el futuro sobre el contenido fijado por la autoridad reguladora que sea materia de autorregulación conjunta.
5. Las normas de autorregulación vinculan a los participantes de la bolsa de valores desde emisores, intermediarios y operadores, así como a los propios administradores y funcionarios de las bolsas, tanto en su sujeción como en su control y exigencia.
6. La transgresión de las normas de la autorregulación es falta administrativa según la LMV, como lo es para las bolsas no aplicar las sanciones por transgresión de la autorregulación.
7. Compete a los directorios y representante legal de cada bolsa, velar sobre la estricta observancia de las normas de autorregulación por parte de los sujetos autorregulados; esto es de todos quienes se vinculan con sus efectos, precisamente a partir de las operaciones que se inician con un emisor y terminan en la bolsa de valores.

8. La supervisión de las bolsas de valores es una actuación concurrente, pero diferente a los controles que competen a la SCVS como órgano de control del Estado.
9. De igual forma, la imposición de sanciones administrativas derivadas de la violación de las normas de autorregulación, son independientes de las que competen a la SCVS como órgano de control; sin embargo, deben ser conocidas y resueltas por el organismo pertinente e independiente creado por cada una de las bolsas, precautelando el debido proceso que la Constitución garantiza; ello más allá del debate constitucional que el tema determina.
10. Si por inacción u omisiones de los roles de supervisión y control a cargo de las bolsas derivadas de la autorregulación, se produce un daño, pudiera presentarse un caso de responsabilidad por falta de cumplimiento de sus deberes de supervisión que son obligaciones de medios, pero que como toda obligación deben llevarse a cabo con diligencia, cuidado y máximo esmero profesional.
11. Los principios rectores de mercado de valores agravan la responsabilidad de las bolsas en su rol activo de ir hacia una supervisión efectiva de las normas de autorregulación. Posiblemente la gradación de la culpa sea levísima en atención al profesionalismo y alta especialidad del área, sumada a la administración profesional y leal que impone la Ley de Compañías.

Guayaquil, marzo de 2021

Dr Carlos Cortaza Vinuesa

NUEVAS REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL:
EL «COMPLIANCE» COMO ATENUANTE Y LOS «ACTOS DE CORRUPCIÓN EN
EL SECTOR PRIVADO»

Contenido:

- I.- *Responsabilidad de la persona jurídica y sus límites*
 - a) *El nuevo «compliance» penal*
 - b) *El nuevo delito de «actos de corrupción en el sector privado»*
- II.- *Conclusión*

NUEVAS REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL: EL «COMPLIANCE» COMO ATENUANTE Y LOS «ACTOS DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO»

Ab. Carlos Cortaza Vinuesa

1. RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA Y SUS LÍMITES

Con la introducción en nuestra legislación del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en agosto del año 2014 (y de manera aislada en otras normas anteriores), se terminó de institucionalizar la responsabilidad penal de la persona jurídica en el país, es decir, que al ente ficticio¹ e incapaz relativo² «persona jurídica», del tipo que fuere, reconocida por la ley y creada mediante el trámite legal establecido, se le atribuyó la capacidad de cometer infracciones penales y, por lo tanto, de estar sujeta a una pena.

1 Art. 564 Código Civil: «Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente»; Art. 2 de la Ley de Compañías: «Sin perjuicio de lo previsto en normas especiales, hay seis especies de sociedades mercantiles...».

2 Art. 1463 Código Civil: «(...) Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas...».

Más allá de las discusiones sobre la capacidad de atribución a un ente incorporal que carece de la conciencia necesaria para cometer delitos, el legislador se sumó a los sistemas penales modernos que prevén este tipo de responsabilidad, los cuales trascienden los conceptos tradicionales de dolo volitivo (voluntad de cometer el delito), dolo cognoscitivo (conocimiento de la prohibición de realizar el hecho delictivo) y culpabilidad (capacidad de querer realizar la conducta delictiva y entender las consecuencias de ello), necesarios para la imposición de la pena y más apegados a la actuación de los seres humanos.

Cabe anotar en esta parte que las modificaciones a la teoría del delito que permiten el procesamiento penal de las personas jurídicas no son materia de este trabajo, sin embargo, para determinar las diferencias entre responsabilidad humana y corporativa —y su correspondiente castigo—, vale aclarar para lo que se va a revisar más adelante que la parte subjetiva del tipo, que se encuentra en el dolo³ y en la culpabilidad y que contiene la parte consciente del ser humano, se la cambió por el mero incumplimiento normativo, con el objeto de que estos conceptos (repito, sin los cuales no puede imponerse una pena) puedan aplicarse a las personas jurídicas que obran sin conciencia de sus actos y a través de personas físicas.

En cuanto a las sanciones, la incorporalidad de estas entidades les impide cumplir físicamente una pena privativa de libertad, por ello se extrajeron las respectivas sanciones del derecho administrativo sancionador (como por ejemplo, la intervención, disolución, liquidación, clausura, etcétera)⁴, pero quien las impone es un juez perteneciente al orgánico judicial y

3 Art. 26 COIP: «Dolo.- Actúa con dolo la persona que conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta».

4 Art. 71 Código Orgánico Integral Penal.

no la autoridad administrativa, como tradicionalmente sucede, por ejemplo, con la Superintendencia de Compañías.

Atendiendo a las posibilidades que en la vida real tiene un organismo corporativo para cometer muchos de los delitos que se encuentran en el catálogo penal, la principal limitación es que no se puede atribuir esta responsabilidad a las personas jurídicas de manera indiscriminada, sino solamente en los casos expresamente previstos en el mismo COIP, que hasta hoy son los siguientes⁵:

- 1) Graves violaciones a los Derechos Humanos y Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario (arts. 79-90)⁶.
- 2) Trata de personas (art. 91, 94).
- 3) Diversas formas de explotación (art. 95-109)⁷.
- 4) Estafa (art. 186).
- 5) Ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras (art. 201).

5 Listado y notas al pie tomadas del artículo titulado «El nuevo delito de “actos de corrupción en el sector privado” es inconstitucional (o por lo menos constitucionalmente condicionado)», cuyo autor es el Dr. Fernando Yávar Umpiérrez, publicado en Guayaquil el 24 de febrero de 2021.

6 Genocidio, etnocidio, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, persecución, *apartheid*, agresión y delitos de lesa humanidad.

7 Extracción y tratamiento ilegal de órganos y tejidos; tráfico de órganos; publicidad de tráfico de órganos; realización de procedimientos de trasplante sin autorización; turismo para la extracción, tratamiento ilegal o comercio de órganos; explotación sexual de personas; prostitución forzada; turismo sexual; pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes; comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes, trabajos forzados u otras formas de explotación laboral; promesa de matrimonio o unión de hecho servil; adopción ilegal; empleo de personas para mendicidad.

- 6) Insolvencia fraudulenta (art. 205).
- 7) Falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor (art. 208.1)
- 8) Tráfico ilícito de migrantes (art. 213).
- 9) Comercialización, distribución, importación, almacenamiento y dispensación de medicamentos, dispositivos médicos y productos de uso y consumo humano caducados (art. 217).
- 10) Producción, fabricación, comercialización, distribución, importación, almacenamiento o dispensación de medicamentos, dispositivos médicos y productos de uso y consumo humano falsificados o adulterados (art. 217.1).
- 11) Desatención del servicio de salud (art. 218).
- 12) Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos (art. 235).
- 13) Destrucción de bienes del patrimonio cultural (art. 237).
- 14) Retención ilegal de aportación a la seguridad social (art. 242).
- 15) Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica (art. 243).
- 16) Delitos contra el Ambiente y la Naturaleza o Pacha Mama (art. 245-258)⁸.

8 Invasión de áreas de importancia ecológica, incendios forestales y de vegetación; delitos contra la flora y fauna silvestres; delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional; lesiones a animales que formen parte del ámbito de la fauna urbana; abuso sexual a animales que forman parte del ámbito de la fauna urbana; muerte a animal que forma parte del ámbito de la fauna urbana; peleas o combates entre perros u otros animales de fauna urbana; abandono

- 17) Delitos contra los recursos naturales no renovables (arts. 260-267)⁹.
- 18) Cohecho (art. 280).
- 19) Tráfico de influencias (art. 285).
- 20) Testaferismo (art. 289).
- 21) Defraudación tributaria (art. 298).
- 22) Lavado de activos (art. 317).
- 23) Actos de corrupción en el sector privado (art. 320.1)
- 24) Delitos contra el sistema financiero (arts. 322-326).¹⁰
- 25) Financiación del terrorismo (art. 367).

Según la legislación vigente: *«Las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado en Ecuador son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o*

de animales de compañía; maltrato a animales que forman parte del ámbito de la fauna urbana; delitos contra el agua; delitos contra suelo; contaminación del aire; gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas; falsedad u ocultamiento de información ambiental.

9 Actividad ilícita de recursos mineros; financiamiento o suministro de maquinarias para extracción ilícita de recursos mineros; paralización del servicio de distribución de combustibles; adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles; almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles; almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial; sustracción de hidrocarburos.

10 Pánico financiero; captación ilegal de dinero; falsedad de información financiera; descuento indebido de valores.

convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas»¹¹.

Con este texto se estableció la responsabilidad penal directa y la llamada «actuación en lugar de otro», que es el enlace necesario entre la persona física —con voluntad y conciencia—, y la etérea —sin voluntad ni conciencia—, para poder sancionar penalmente a los dos por un mismo hecho delictivo, relación que nace de la aplicación de la «Teoría del interés» —*delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados*—, íntimamente ligada a la «Teoría del dolo»¹², pero ambas no de aceptación unánime y construidas hace décadas para establecer la autoría, coautoría y complicidad de las personas naturales y no de las jurídicas.

La actuación en nombre o lugar de otro (se entiende de la persona jurídica en este caso) como se estableció en otras legislaciones, se refiere a los actos de administradores de hecho y de derecho¹³, legales o voluntarios, de forma que para establecer los parámetros de comportamiento de la persona natural que obra a nombre de la jurídica se tiene que recurrir a los conceptos de ac-

11 Art. 49 Código Orgánico Integral Penal.

12 Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pp. 71-77, Marcial Pons.

13 Art. 31 Código Penal Español: «El que como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

tuación y representación establecidos en la normativa que regula el sector societario, mercantil y civil, dentro del sector privado, por ejemplo. Sin embargo, en la norma transcrita, probablemente ante la inseguridad jurídica que reina en nuestro país, el legislador exageró casi al punto de crear un *numerus clausus* en algo ya definido tradicionalmente en la ley y trató de crear un «dominio social típico» para los supuestos de «administradores de hecho» adaptado a nuestro sistema legal, convirtiendo la disposición en tediosa, confusa y difícil de aplicar, hasta que en algún momento se vuelva anacrónica.

El problema entonces a sortear aquí para el derecho penal es el de la «representación de hecho» —porque la representación legal está claramente definida y delimitada en las leyes de la materia— y que la doctrina está resolviendo con el indicado «dominio social típico», basado en el sistema de atribución de responsabilidad penal por dominio del hecho (acción), de la persona (voluntad) o dominio funcional (aparatos organizados de poder) de amplia aceptación en la dogmática penal actual.¹⁴

14 «El asumir funciones de administración por parte de un administrador no significa aún un dominio social, pues el ámbito de protección de la norma es todavía más específico que el simple desempeño de labores de administración. Para poder hablar de un dominio social, el administrador de hecho debe, en el ejercicio de las funciones de administración asumidas, estar en posición de afectar el objeto de protección de la norma, pero no del mismo modo que cualquier extraño pueda afectarlo, sino tal y cual como un administrador de derecho —en tanto órgano principal de la empresa— puede hacerlo (...) Cuando el administrador de hecho asume con dominio social las funciones de administración y mediante esta organización del ámbito de la empresa o del administrador de derecho produce riesgos no permitidos por los delitos especiales —o los creados espontáneamente por la organización de esta esfera no son impedidos—, responderá como autor del delito de dominio correspondiente». Percy García Caverro, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de Imputación*, pp. 174-176, J. M. Bosch Editor.

En resumen, este tipo de responsabilidad exige siempre la existencia de un beneficio demostrable para la compañía, pero la ley no especifica si este debe ser material o inmaterial —o ambos—, pero en todo caso siempre es más simple demostrar uno material en el ámbito probatorio y al tratarse de responsabilidades extraídas para la protección de bienes jurídicos individuales,¹⁵ como los patrimoniales y reconducidos a bienes jurídicos supraindividuales, tales «beneficios» deberían ser exclusivamente materiales.

A) EL NUEVO «COMPLIANCE» PENAL

Con las reformas al COIP publicadas en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 392, del 17 de febrero de 2021, el legislador sigue en el proceso de construcción de una teoría del delito para las personas jurídicas en Ecuador que, aún incipiente —a pesar del tiempo transcurrido— y con graves errores en su aplicación por parte del sistema judicial, ahora se decidió por adaptar a la normativa penal la institución del cumplimiento normativo (*compliance programs*) con fines «político-criminales»¹⁶

15 «En el orden propiamente jurídico-penal, la aceptación de bienes jurídicos de signo individualista o suprapersonal, puede presentarse de acuerdo a la distinción entre teorías monistas y teorías dualistas. De acuerdo a la teoría dualista, los bienes jurídicos pueden ser de naturaleza individual o bienes universales, sin que quepa encontrar un denominador común a los mismos, al tener su origen en intereses heterogéneos. Para la teoría monista, sólo es posible concebir el bien jurídico desde una sola perspectiva, bien en sentido estatista o bien desde el punto de vista de los intereses de la persona singular (...) En la actualidad el proceso de determinación de los bienes jurídicos de carácter personal y de signo colectivo, su relación y jerarquía se realiza mediante una correlación con las vinculaciones entre persona y sociedad de acuerdo a los principios constitucionales que inspiran los distintos sistemas políticos». Ricardo M. Mata y Martín, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pp. 12-15, Editorial Comares.

16 «El estado de Derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad, algo que nuestro Tribunal Constitucional Federal

y «preventivo generales»¹⁷ (art. 52 COIP)¹⁸, es decir, para prevenir la comisión de cierto tipo de delitos a través de la intimidación y educación en el respeto a la norma, con un nuevo sistema de premios y castigos.

En el artículo 1 de la Ley Reformativa se agrega un numeral más al artículo 45 del COIP, que opera al momento de la individualización judicial de la pena para la persona jurídica y que consiste en la aplicación de «sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión» (art. 1, numeral 7, letra d).

En concordancia, el artículo 3 de la Ley Reformativa, agrega al final del transcrito artículo 49 del COIP un listado de «requisitos mínimos», para que se entiendan cumplidos estos «sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión...», a saber:

ha caracterizado a través del concepto de «funcionabilidad de la justicia penal», así como la mayor protección posible de los derechos del autor, que no puede convertirse en objeto de intervenciones estatales desproporcionadas. Ambos fines del Estado de Derecho —protección de la sociedad y salvaguardia de la libertad— son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de la libertad ciudadana". Claus Roxin, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, p. 32, Tirant lo Blanch.

17 «A. Las teorías de la prevención general: 1. a) Ya de entrada se desarrolló el modelo de una prevención general positiva, es decir el modelo de una pena cuya función consiste en ejercitar en el reconocimiento de la norma. También se encuentra en la prevención general la idea de que misión de la pena es hacer desistir (intimidar) a autores potenciales». Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 26, Marcial Pons.

18 «Art. 52.- Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima».

1. *Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;*
2. *Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo;*
3. *Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;*
4. *Modelos de gestión financiera;*
5. *Canal de denuncias;*
6. *Código de Ética;*
7. *Programas de capacitación del personal;*
8. *Mecanismos de investigación interna;*
9. *Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;*
10. *Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y,*
11. *Programas conozca a su cliente o debida diligencia.*

El propósito de esta adenda, como lo dice el mismo artículo 49 reformado, es atenuar la responsabilidad de la persona jurídica de la mano con el artículo 45, numeral 7, también reformado, pero lamentablemente por problemas recurrentes en técnica legislativa se creó esta atenuante adicional que debería operar como una rebaja de pena según los artículos 44 y 46 del mismo COIP, disposiciones legales que no están diseñadas para atenuar la responsabilidad de la persona jurídica y, por tanto, son inaplicables para estos casos. Es decir, aunque la persona jurídica presente en juicio un programa de cumplimiento normativo, el juez no puede

hacer nada en beneficio de ella, más allá de rebajarle la multa en el mejor de los casos y contra la prohibición de analogía, porque no existe la contraparte en la ley que contenga el beneficio para la persona jurídica por esta atenuante, pues las penas establecidas para ella en el artículo 71 del COIP, no son susceptibles de la reducción prevista en el antedicho 44 (*ídem*).

Otro error penoso del legislador es que para no crear un *numerus clausus*, en cuanto a las recomendaciones sobre cumplimiento normativo, en el mismo artículo ofrece dictar disposiciones para estos efectos en un Reglamento¹⁹, ignorante de que el derecho penal no admite reglamentaciones por principio de legalidad o reserva de ley, es decir, que las leyes penales para que sean de obligatorio cumplimiento, contengan sanciones o beneficios, solamente pueden incorporarse a la normativa (en este caso exclusivamente el COIP²⁰) por ley creada mediante el procedimiento establecido en la Constitución de la República.

El Reglamento no es ley y no sigue el mismo procedimiento de creación que forma parte del garantismo penal dentro del marco de un Derecho penal democrático, por lo cual el único camino que tenía el legislador era reformar otra ley (aunque no sea orgánica), como la de Compañías, por ejemplo, y establecer una norma penal en blanco²¹ o una norma de remisión del mismo

19 Art. 49 reformado: «... sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento que se dicte para el efecto, y de otras normas específicas».

20 «Art. 18.- **Infracción penal.**- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código».

21 “B) Se habla de «**leyes penales en blanco**» para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros los preceptos o autoridades para que *completen* la determinación de aquellos elementos”. Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general*, P. 33.

nivel a la cual el COIP pueda acudir para completar sus disposiciones penales, más acorde con aquello de «*y de otras normas específicas*».

Sin embargo, en algún momento se enmendará el error y es poco probable que esta nueva institución sea excluida del Derecho procesal penal ecuatoriano, razón por la que es necesario hacer las implementaciones respectivas, la elaboración de reglamentos y manuales por organización y atribución de funciones y responsabilidades que tienen un inicio en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías.

B) EL NUEVO DELITO DE «ACTOS DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO»

Ante hechos graves ocurridos en el giro del negocio de grandes empresas y otros tipos de personas jurídicas relacionadas con el sector financiero y social, el legislador decidió entrar a regular el comportamiento de administradores y gestores, extrayendo conductas tradicionalmente reservadas para funcionarios públicos en delitos como cohecho, concusión y tráfico de influencias para aplicarlas al ciudadano de a pie en negocios privados.

En otras palabras, delitos tradicionales cuyo objeto de protección era la administración pública (ahora llamada «eficiencia de la administración pública» en el COIP) como bien jurídico intermedio²², fueron trasplantados a los «delitos económicos»,

22 «En otra dirección, se toma contacto con los bienes intermedios como aquellos que —además de otras características— protagonizan una técnica legislativa cuya última finalidad es la protección de bienes de los particulares. GRASSO señala así la tendencia a la protección jurídico penal —especialmente en el ámbito del Derecho penal económico— de bienes intermedios que desarrollan una función instrumental en relación a otros intereses jurídico-penales de carácter individual». Id. número 15, p. 33. «Bienes jurídicos

que se ubican dentro de los «Delitos contra la responsabilidad ciudadana», para convertir delitos tradicionalmente protectores de bienes jurídicos individuales como la propiedad, en estos de bienes jurídicos supraindividuales²³, que admiten posibilidades de comisión —y de castigo— más anticipada²⁴, donde no se necesita para la intervención penal una lesión de bien jurídico como delitos de daño, sino que basta la posibilidad de este daño²⁵,

intermedios o de referente individual pueden considerarse aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de los particulares, siendo ambos de carácter homogéneo o estando situados en una misma línea de ataque». Id. número 15, p. 71.

23 «1. Todos los bienes jurídico-penales supraindividuales tienen en común que no son derechos o intereses que recaigan en una persona, sino que son derechos o intereses de una colectividad. La titularidad de estos derechos no es personal sino compartida por todos los ciudadanos o, al menos, por una colectividad de personas, con independencia de que esa protección sirva a cada uno de los ciudadanos para lograr su pleno desarrollo como personas individuales». Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, pp. 203 y 204. Tirant Monografías.

24 «Otra característica de los delitos en que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales es que en ellos no se produce un resultado material, en sentido estricto, aun cuando, como veíamos, la afectación del objeto del delito puede cumplir una función análoga, esencialmente de seguridad jurídica, que la que se atribuye al resultado de lesión». Id. anterior, p. 206.

25 «Los delitos de peligro se consideran en una forma de protección adelantada para los bienes jurídicos. Frente a la exigencia de menoscabo efectivo (lesión) para el objeto jurídico de tutela, los delitos de peligro hacen intervenir al poder punitivo del Estado en momentos previos a la afectación efectiva del bien jurídico». Id. Número 15, p. 48.

como delitos²⁶ de peligro concreto y abstracto.²⁷

Esto que suena un poco complicado significa, según la redacción del tipo que no es necesario que se haga o deje de hacer el asunto por el cual se acepta u ofrece un «soborno». Basta la oferta, la solicitud o la aceptación de recibirlo para que se entienda cometido el delito por quien da (u ofrece) y por quien recibe (o solicita). Es más, si el acto se lleva a cabo a continuación de la coima, el mismo tipo establece una pena mucho más grave, es decir que el legislador hizo diferencia al anticipar la intervención penal como delito de peligro con una pena menor, para imponer una mayor cuando la lesión se perfecciona, pero considerando cualquiera de los dos casos como un resultado delictivo, ya sea de acción o de omisión.

26 «B) Delitos de peligro concreto. a) Delitos contra bienes jurídicos supra-individuales con resultado de peligro para bienes jurídicos supraindividuales. 1. Dentro de los distintos grupos de delitos contra bienes jurídicos supraindividuales algunos tipos están configurados como delitos de peligro abstracto y otros de peligro concreto. Los delitos contra la seguridad en el tráfico son la mayoría de peligro concreto, conducción temeraria o alteración de la vía pública, pero el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o estupefacientes es de peligro abstracto (...) La razón de esta afirmación hay que buscarla en la comprensión de estos delitos como adelantamiento de la barrera de protección, respecto de la protección de bienes jurídicos individuales, en cuyo caso es correcto entender que deben de ser siempre de peligro concreto». Id. Número 23, p. 247.

27 La ley ecuatoriana reconoce la existencia de esta clasificación de los delitos en el art. 22 del COIP: «**Conductas penalmente relevantes.**.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables»; y la doctrina los define como: «**c) Por el bien jurídico y el modo de afectación del bien jurídico: 1) Delitos de lesión y de peligro:** a') Los *delitos de lesión* suponen ya la efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico. No deben confundirse con los delitos de resultado (...) b') Los *delitos de peligro* se consuman sin necesidad de lesión, con el simple peligro —inseguridad y probabilidad de lesión— del bien jurídico, suponiendo por tanto un adelantamiento de las barreras de protección a una fase anterior a la lesión». Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, p. 161, Tirant lo Blanch.

El problema es que no se puede hacer este tipo de injertos sin tener claros los lineamientos de la política criminal y los principios garantistas establecidos en la ley y la Constitución, porque las diferencias que produce la protección de bienes jurídico-penales individuales, supraindividuales y colectivos obliga al legislador —como ya vimos— a hacer el recorrido con delitos de daño, peligro concreto y abstracto, es decir pasando desde la mera actividad hasta el resultado material o, dicho en otras palabras, desde la sola acción sin consecuencias o resultados, hasta el resultado dañoso.

Esta nueva conducta delictiva está en el artículo 15 de la reforma, que introduce en el COIP el artículo 320.1 donde se sanciona al «*director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección*», lo cual abarca ampliamente las modalidades legales y estatutarias que contempla nuestra legislación y nuestros usos y costumbres en la contratación, probablemente para evitar la creatividad usada para distraer la responsabilidad de quien actúa a nombre y en representación de una persona jurídica.

Ya vimos la tendencia del legislador a usar esta «técnica legislativa» para subsanar su desconocimiento sobre la naturaleza jurídica del administrador de hecho, cuando en lugar de esto debió referirse a actos realizados por cualquier persona en su propio beneficio o de terceros, que impliquen actos de administración, los que a mi parecer deberían ser perjudiciales a la persona jurídica o a los accionistas para que constituyan un comportamiento penalmente punible (atendiendo su origen en delitos con referente de bien jurídico individual), lo cual inclusive podría incluir aquellas actuaciones donde un supuesto administrador de hecho

obre por su cuenta sin calidad legítima, usurpando funciones que no le han sido conferidas ni por ley ni por contrato y que jamás serían objeto de ratificación.

Tan genérico es este nuevo tipo penal que ni siquiera importa si el acto se realiza en perjuicio o beneficio de la persona jurídica, haciendo una mala transformación del resultado lesivo en una mera actividad²⁸ del administrador de hecho o de derecho por el solo acto de pedir o aceptar una prebenda —aunque no sea mal intencionada—, llevando la prohibición al extremo del peligro abstracto²⁹, ni siquiera previsto para el cohecho, sino solo para la concusión.

Las formas de cometer estos delitos están en aceptar «intencionalmente» beneficios materiales o inmateriales —aquí sí se hizo la aclaración—, aunque la reforma peca de inconsistente porque no dice de quién ni para qué, ni exige que sea fraudulenta de alguna manera. Parecería que trató de decir «a sabiendas» de que se trata de un soborno y no un inocente obsequio, pero se quedó en una mala redacción.

También ahora es delito realizar actos en favorecimiento propio o de terceros, por acción u omisión, pero esta parte del tipo también está incompleta porque no se sabe en dónde debe

28 «1) *Delitos de mera conducta típica y el resultado (o resultativos)*: a') En los *delitos de mera conducta* el tipo sólo requiere una determinada conducta, activa o pasiva, sin necesidad de un ulterior resultado distinto de aquélla». Id. Número 27. p. 157.

29 Los delitos de peligro «Pueden ser a su vez *delitos de peligro concreto*, que requieren que la acción produzca un *resultado* de concreto peligro de lesión material inmediata o próxima para algún bien jurídico (que estuvo próximo o a punto de lesionarse) (...) o *delitos de peligro abstracto*, en los que basta con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima como en la conducción bajo influencia de bebidas...» Id. Número 27, p. 161.

originarse este favorecimiento para que pueda ser considerado delito doloso y susceptible de sanción, porque a simple vista todo negocio que favorezca a cualquier tercera persona, natural o jurídica, puede ser considerado delito dependiendo de cómo se quieran ver los hechos.

En resumen, cuando entre en vigencia la norma será delito pedir, ofrecer y aceptar coimas, materiales o inmateriales y también el favorecimiento personal o a terceros en actividades «económicas, financieras o comerciales», aunque no esté determinado el daño a la empresa o los accionistas, siempre y cuando la acción u omisión sea contraria *«al deber inherente a las funciones»*, lo cual en derecho penal no significa más que un elemento objetivo del tipo indeterminado e indefinido, que podría completarse por ejemplo con una remisión a la Ley de Compañías, que en los artículos 261 y 262 reformados por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías (publicada en el Registro Oficial número 347 del 10 de diciembre de 2020), establece los actos prohibidos a los administradores y el deber de debida diligencia, ley que constituye la *«norma específica»* que regula el ámbito societario para personas jurídicas mercantiles de derecho privado, pero con la advertencia de que no se debe confundir dolo penal con la teoría de la culpa introducida por el legislador para determinar los niveles de responsabilidad civil del administrador. La reforma penal no ha establecido responsabilidad por actos culposos, por lo que en aplicación contraria del artículo 27 del COIP³⁰, debe entenderse que la negligencia no es punible.

También se presenta el inconveniente de que en la forma que está redactado el tipo parece que se puede considerar delito

30 «Art. 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este Código».

desde el simple regalo navideño hasta la donación de equipos deportivos, por poner un ejemplo con nuestras costumbres locales, a menos que en el reglamento de la empresa se haga la correspondiente permisión a manera de exclusiones que puedan operar como una causa de justificación.

El delito creado no aclara que el sujeto pasivo debe ser la persona jurídica y esto tiene una explicación compleja relacionada con lo mencionado al inicio del acápite (para que no se convierta en delito de daño y se mantenga como de peligro), de tal forma que puede llevar a errores a los funcionarios del sistema de justicia al momento de aplicar la ley y confundir víctima con victimario.

El tipo también agrava la conducta si los hechos se producen *«aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción»*, pero estas son figuras totalmente ajenas al sector privado y es inaplicable la agravante constitutiva del tipo porque no se están regulando negocios del Estado, ni entre particulares y el Estado, sino solamente entre particulares.

De igual forma está sancionada la apropiación indebida de bienes de la empresa por parte del administrador, cuando están a su disposición, conducta ya recogida en el abuso de confianza del artículo 187 del COIP o en el hurto del 196 ídem, como delitos de daño que protegen el bien jurídico-penal individual de la propiedad. El error del legislador aquí es que quiso crear un híbrido entre el peculado y el abuso de confianza, para poder migrar de los delitos contra la propiedad a los delitos económicos, usando el mismo esquema de los delitos contra administración pública y poder supraindividualizar el bien jurídico protegido, que a fin de cuentas sigue siendo el patrimonio de la persona jurídica de derecho privado o sus propietarios.

Finalmente, y para cerrar con broche de oro la pésima tipificación de una conducta, en el artículo 18 de la Reforma, se crea el artículo 430.2 del COIP, en el cual se establecen como «incentivos por denuncia o información efectiva» entre un 10 y 20 % de lo que el Estado logre recuperar, para el denunciante por denuncia con resultados efectivos, recompensa aplicable perfectamente en el ámbito de los delitos donde el Estado es la víctima, pero no en los «actos de corrupción del sector privado», porque lo recuperado en estos casos no le pertenece al Estado sino a la víctima y no se le puede despojar de su patrimonio contra su voluntad y peor hacerle descuentos en la reparación integral o pagar recompensas que no ha ofrecido.

II. CONCLUSIÓN

Aunque la reforma legal tiene muchos defectos, en 180 días entrará en vigor, por lo cual lo mejor es establecer programas de cumplimiento normativo dentro de los estándares legales mínimos —al menos— y hacer las reformas internas necesarias al contrato social, reglamentos, estatutos, instructivos, contratos de servicios, manuales de operación, etcétera, para crear espacios por donde el administrador, directivo o representante (incluso el abogado o el «administrador de hecho») de la compañía pueda moverse sin que su conducta se entienda como delictiva en los nuevos parámetros establecidos en esta ley reformativa, hasta que se corrija su redacción y tengamos más clara la intención del legislador.

El resto de la reforma contiene cambios en varios delitos que se cometen contra el Estado y también en el articulado de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, lo cual probablemente fue la base de todas las equivocaciones cometidas en la elaboración de la parte penal, pues es evidente que el

legislador se confundió al tratar de normar de la misma manera actividades del sector público y sector privado, cuya naturaleza es completamente diferente; así como también existe una gran distancia entre los bienes públicos y los privados como objeto de protección y en las modalidades de comisión —para establecer la conducta punible y el sujeto activo de la misma— por las sendas diferencias entre la actividad del funcionario público y el privado.

Dr. Roberto Salgado Valdez

LA INTERVENCIÓN EN SEMINARIO

«DERECHO SOCIETARIO: ACTUALIZACIÓN Y REFORMAS»

INTERVENCIÓN EN SEMINARIO

«DERECHO SOCIETARIO: ACTUALIZACIÓN Y REFORMAS»

Dr. Roberto Salgado Valdez

El día 1 de febrero de este año, por gentil solicitud del Instituto Iberoamericano de Leyes y Economía IILE y de la Asociación Carrera de Derecho de la Universidad de Cuenca, por vía zoom, sustenté una conferencia con respecto al tema «Reformas a las Disposiciones Generales de la Ley de Compañías y sobre Compañías de Responsabilidad Limitada» en atención a las producidas por la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, promulgadas el 10 de diciembre del año pasado.

A algunos colegas abogados y amigos que escucharon mi intervención les ha parecido de importancia que la reproduzca por lo que, atendiendo su gentil pedido e interés, lo hago en los siguientes términos:

«He sido invitado para tratar sobre las modificaciones que se han presentado en las Disposiciones Generales y en las Compañías de Responsabilidad Limitada luego de la promulgación de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, de manera

tal que me referiré también, directa o si ustedes quieren medio indirectamente, a aquellas que traen las reformas con respecto a la Compañía Anónima porque, en mi criterio, se aplicarían también a las Compañías de Responsabilidad Limitada.

Efectivamente yo había preparado esta presentación ante ustedes en este sentido pero acabo de escuchar este momento, con un poco de sorpresa, una intervención anterior que considero merece aclaraciones, de modo que, tengo que decirlo, como tratadista de derecho societario y habiendo ejercido funciones de Intendente y Superintendente de Compañías, que tengo la impresión de que esa intervención, si bien es cierto constituye producto del entusiasmo propio cuando se realiza una innovación, no concuerda perfectamente con lo que es la historia del derecho societario ecuatoriano y de lo que es la Superintendencia de Compañías; y lo digo con todo respeto y con toda humildad porque es así. Efectivamente yo, y ustedes me van a permitir muy rápidamente por cierto –porque sí me referiré al tema principal, más aún cuando se me acaba de indicar que hay más de quinientas personas que nos están escuchando– dirigirme, conversar y aclarar de entrada a esas quinientas personas, que estamos en el año 2021 y las reformas que acaban de hacerse son del año 2020.

Considero que efectivamente esta Ley de Modernización acaba de poner al Ecuador dentro de una etapa especial que significa la era digital; es obvio que eso es así y eso debía hacerse, de manera tal que veo que no solo con éstas sino con muchas otras que las veremos a continuación, me darán la razón y les dará la razón a ustedes de que efectivamente es así, ya que creo que la nueva Ley de Modernización a la Ley de Compañías nos trae muchas nuevas cosas positivas, pero de ahí a decir, en definitiva, conforme he escuchado, que este es un antes y un después del derecho societario, con toda consideración y respeto y como repito, con humildad, no puedo decir que estoy de acuerdo; no puedo decir

que estoy de acuerdo porque sino diríamos que en cada reforma que se hace a una ley, como es, siempre hay un antes y un después; esto es definitivo porque se trata de un hecho práctico, de manera tal que a mi modo de ver eso significa posiblemente no conocer lo que ha ocurrido desde la promulgación de la primera Ley de Compañías, desde 1964, a la que, por eso entiendo, se la acaba de calificar como anacrónica fundamentándose en que ella proviene del Código de Comercio de 1906 y del Código de Comercio de Napoleón de 1807, según acaba de afirmarse. Sin embargo, faltó decir que ese Código fue codificado en el año 1960.

Al respecto cabe aclarar que efectivamente la primera Ley de Compañías proviene del Código de Comercio de 1906 el mismo que, a su vez, proviene, por cierto, del Código de Comercio Francés de 1807 –y no es el Código «Napoleón» como se señaló–. Ciertamente ese Código de Comercio francés fue dictado en la época de Napoleón I, Napoleón Bonaparte, pero el Código «Napoleón» auténtico es el Código Civil de 1804.

He escuchado y en general se ha dado a entender, y así se dice inclusive en los antecedentes de la Ley de Modernización, que la primera Ley de Compañías proviene de 1964, y claro que es así pero no por eso es anacrónica porque, si así se ha sostenido, vamos a llegar con ese calificativo a la conclusión de que también el Código Civil ecuatoriano es anacrónico y voy a decir por qué: Porque el Código Civil ecuatoriano proviene del Código Napoleón de 1804; de manera que quiero aclarar un poco este tipo de temas para que queden absolutamente claros porque parece, de lo que pude escuchar, que desde 1964 aquí no se ha hecho nada; que hemos pasado por la Superintendencia de Compañías muchos Intendentes y muchos Superintendentes pero no hemos hecho nada porque ha llegado el momento, en el 2020, el 10 de diciembre, en que por fin se ha hecho todo. Entonces se trata de un asunto al que debo referirme con toda

humildad porque sí creo que es muy importante lo que hizo el doctor René Bustamante Muñoz que, en ese año 1964, fue el que llevó adelante la creación de la Superintendencia de Compañías luego de la expedición de esa primera Ley de Compañías y creo que debemos estar muy agradecidos con él; yo creo que es muy importante lo que hizo el segundo Superintendente, el doctor Francisco J. Salgado, que propició la gran reforma del año 1971, porque se dijo que no había ninguna otra importante: La de 1971 es, en mi criterio, la más importante. Yo he estudiado y he escrito al respecto y por eso lo sé; y qué importante fue que en el año 1969 se crearan las Bolsas de Valores de Quito y Guayaquil bajo el impulso y decisión del propio doctor Francisco J. Salgado, Superintendente de Compañías. Es decir que sí se han hecho cosas en el momento que había que hacerlas, porque en esa época no había el internet ni la era digital, de la cual vamos a hablar. Cómo olvidar al doctor Marco Antonio Guzmán Carrasco que fue quien propuso la incorporación a la Ley de Compañías de la institución de la Intervención, y a la Economista Teresa Minuche de Mera que obtuvo la incorporación de la Auditoría Externa, a efectos de que los bancos, instituciones financieras y los propios terceros contaran con mayor credibilidad con respecto a los estados financieros; y así podría seguir yo nombrando a muchos otros Superintendentes que ejecutaron una serie de actividades en beneficio del derecho societario ecuatoriano, inclusive del mercado de valores (Dr. Gustavo Ortega Trujillo). Me parece que el dato que se dio con respecto a las compañías extranjeras, como ejemplo, en el sentido de que se había introducido en el artículo 415, en el caso de domiciliación de compañías extranjeras el solicitar que se acompañe una certificación consular que acredite la existencia legal de la compañía se trataba de un asunto que lo había introducido en la Ley de Compañías la Economista Teresa Minuche de Mera, cuando en realidad se trata de una exigencia que viene de mucho más atrás, viene de la primera Ley de

Compañías. La Economista Minuche de Mera nunca hizo eso y, adicionalmente, si es que no ha parecido bien que un Cónsul certifique la existencia legal de una compañía extranjera, que no sabemos si existe o no, no es cuestión de entrar simplemente al internet para comprobarlo sino que se debe estar seguro de conocer si esta compañía se encuentra activa, que es otra cosa. Entonces no tiene sentido alguno que en la actualidad se solicite igual certificación cuando una compañía extranjera es accionista o socia de una compañía anónima o de responsabilidad limitada nacional cuando se pide que se agregue una similar certificación que acredite su existencia legal; entonces, si es un requisito que se ha considerado que no es apropiado en una domiciliación de una compañía extranjera —que es tan importante como la constitución de una compañía nacional—, no entiendo cómo sea procedente haber suprimido este requisito en el caso de compañías extranjeras para seguir manteniendo lo mismo, que se dice que no sirve, tratándose de la constitución de Compañías Anónimas y de Responsabilidad Limitada.

La Superintendencia de Compañías es una entidad que permanentemente ha actuado de acuerdo a la época promoviendo las reformas que le correspondía; no le podemos pedir al doctor Salgado, al doctor Muñoz o a la Economista Minuche que hayan promovido una reforma a la Ley en la que se señale que hay que notificar digitalmente las convocatorias a juntas generales, por la simple razón de que cuando ellos eran Superintendentes no existía la era digital, como lo mismo va a ocurrir cuando se diga, por ejemplo ahora, que las juntas generales universales ya pueden realizarse en cualquier parte del mundo y nos preguntemos por qué no se puso también que pueden realizarse en la Luna. La respuesta es muy simple: Porque por el momento todavía no pueden reunirse juntas generales en la Luna, pero seguramente después de cincuenta o cien años sí será posible hacerlo y no

vamos a preguntar el por qué en el año 2020 no se puso que las juntas generales pueden reunirse en la Luna. Entonces hay que mirar las cosas con la ponderación, responsabilidad y sobre todo con el respeto que merecen todos aquellos ecuatorianos que pasaron y que pasamos por la Superintendencia de Compañías haciendo lo mejor que hemos considerado y de acuerdo a nuestros mejores deseos. Yo creo que deben entenderse las cosas dentro de su contexto. Estos son puntos que yo quería aclarar con ustedes; se dice que somos anacrónicos los que pensamos que las compañías deben ser constituidas por dos personas y no por una sola pero, por favor, si hasta el término «compañía» deviene de «cumpanie» que significa «personas que comen de un mismo pan»; no significa «persona que come de un mismo pan», y es un contrato y tan es un contrato que les voy a comentar a ustedes que cuando se promulgó la Ley de las SAS se reformó el artículo 1 de la Ley de Compañías, donde se expresó que el contrato de compañía es aquel por el cual una o más personas unen sus capitales. Eso se expresó. Y está en la Ley; está en el Registro Oficial y ahora, con la nueva Ley de Modernización, se suprimió lo de la una persona y se mantuvo a las dos. ¿Por qué no se dejó solo con una?. ¿Por qué se volvió a poner dos?. Miren ustedes las contradicciones que se presentan: Se dice que el contrato de compañía es entre al menos dos personas pero que las SAS pueden constituirse, no por contrato sino mediante acto unilateral, solo por una, cuando la definición de compañía señala que se trata de un contrato entre al menos dos personas. ¿Es contrato o es acto unilateral?. ¿Por qué es importante esto?. Porque como es contrato, de acuerdo al Código Civil y al Código de Comercio, existen normas aplicables a los contratos que no son aplicables a los actos unilaterales y, si es acto unilateral, no son aplicables las de los contratos. Más allá del absurdo que significa «me voy a casar conmigo mismo» o «me voy acompañado de nadie», eso va hasta contra la lógica y no constituye justificación el que así lo hayan hecho en España o así

lo hayan hecho en Italia. Nosotros somos ecuatorianos y tenemos principios jurídicos en nuestra legislación que deben respetarse. Nosotros tenemos que hacer las cosas, por supuesto tomando los buenos criterios de otros países, pero ecuatorianizándolos, ecuatorianizándolos. No se ha dicho aquí —en algún momento se va a decir— que las SAS son colombianas y que sus disposiciones fueron tomadas de la ley colombiana para redactar la nuestra, con artículos hasta textuales y en su forma sucesiva; eso no se ha dicho. Se dice que aquí hay 4.500 SAS. Qué maravilla, me alegro muchísimo; esto me parece excelente, excelente; eso significa que hemos tenido 4.500 emprendimientos represados; 4.500 personas que no intervinieron, pero qué bueno saber que existen porque van a llevar adelante al país. Por supuesto que este momento no vamos a saber si esos emprendimientos van a concluir con buen éxito. Ojalá sea así para que, después de unos años, no vaya a ocurrir lo que ya ocurrió en el caso de las otras compañías tradicionales que han tenido que ser disueltas masivamente por no poder sostenerse en el tiempo. El éxito de las SAS, queridos amigos, no se encuentra en que se constituya el mayor número de ellas, como se ufana, sino que el mayor número de ellas tenga éxito y no se extingan.

Así mismo es absolutamente inaceptable la calificación de «pésima» proferida con respecto a la Ley de Concurso Preventivo y a la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada y la afirmación de que deben ser derogadas. Posiblemente no se conoce su origen: Así, la de Concurso Preventivo tuvo su origen en 1983 en que el fenómeno del Niño azotó las costas ecuatorianas con los correspondientes estragos ya que llovió durante diez meses. A fin de obtener una herramienta importante para evitar la extinción de las compañías propuse a la Superintendente de Compañías de entonces, la Economista Teresa Minuche de Mera, el incorporar a la legislación ecuatoriana una Ley de Concurso

Preventivo, visitando para el efecto a la Superintendencia de Sociedades de Colombia y recibiendo el correspondiente asesoramiento directo por parte del mejor experto colombiano en la materia de ese entonces, el doctor Jesús María Sanguino Sánchez, con quien preparamos el proyecto correspondiente, el mismo que recién se convirtió en Ley de la República, en 1997 (siendo Superintendente de Compañías el doctor Ignacio Vidal Maspons). Con respecto a esa Ley cabe señalar que, en mi criterio, contiene un aspecto que debe ser modificado en el sentido de que no debe requerirse el 75 % de las acreencias para la celebración de un concordato sino tan solo el 51 %, a más de que no puede sustentarse la ineficacia de esta Ley relacionándola con que pocas compañías la hayan utilizado. Qué mejor que más bien no hayan sido muchas las que se encontraban en cesación de pagos y, adicionalmente, posiblemente muchas no se acogieron a este beneficio porque no cumplían con los requisitos que la misma prevé o porque no tenían posibilidad de mantenerse. De modo que no puede sostenerse ligeramente que la Ley es pésima y debe derogarse. En cuanto se refiere a la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada cabe también señalar que fui yo quien en 1979 propuse su adopción y preparé un proyecto de Ley. Posteriormente, años después, el distinguido jurista guayaquileño, doctor Emilio Romero Parducci, a la sazón Intendente de Compañías de Guayaquil, elaboró otro proyecto de Ley que sirvió de base para su expedición y la cual, en mi criterio no ha tenido mayor éxito por la sencilla razón de que se incorporó un trámite previo de oposición de terceros durante veinte días, de modo que se prefirió no constituir este tipo de empresas sino más bien continuar constituyendo Sociedades de Responsabilidad Limitada con dos socios. En consecuencia lo que debería hacerse simplemente es reformarse la Ley derogando esa oposición de terceros y, de ser el caso, suprimiendo la aprobación judicial, pero de ahí a señalar que esa Ley es pésima y debe derogarse ello no

se compadece con sus intenciones y contenido preparado por un excelente jurista.

Luego de estas necesarias aclaraciones paso a tratar el tema principal de esta conferencia manifestando que la Ley de Compañías en forma permanente prohibió la intervención como socia de una Compañía de Responsabilidad Limitada, a una Compañía Anónima Extranjera, prohibición que ha sido acertadamente eliminada con la exigencia de que tratándose de cualquier sociedad extranjera, su capital debe estar necesariamente representado únicamente por participaciones, acciones o partes sociales nominativas. Es importante también señalar que en cuanto se refiere a los aumentos de capital social, el derecho de preferencia puede ejercerse si es que en el estatuto social no se conviniere otra cosa, suprimiéndose acertadamente lo que señalaba la Ley en el sentido de que también la junta general podía resolver cualquier otro asunto con respecto a ese derecho. En lo particular considero que debió aprovecharse de la reforma para que el ejercicio de este derecho sea pleno y que ni siquiera exista la posibilidad de que en el estatuto social se convenga otra cosa.

Me llamó profundamente la atención que se haya agregado una causa de exclusión de socios en el sentido de que el socio no administrador que se ausenta y requerido no vuelve ni justifica la causa de su ausencia, también podrá ser excluido, ya que no encuentro ningún fundamento para que, no siendo administrador, su ausencia constituya causa de exclusión si, además, no entiendo para qué puede ser requerido.

Tema importante que las nuevas reformas señalan es el referente a las juntas generales en las que, en forma acertada, se incorpora nuestra legislación a la era digital, estableciendo que las convocatorias deben realizarse por correo electrónico con cinco días de anticipación por lo menos, salvo que el estatuto estableciere

un plazo mayor, y que las reuniones pueden realizarse físicamente o por vía telemática, aun cuando no se trate de juntas generales universales. Se incorpora, por primera ocasión, la posibilidad de realizar juntas no presenciales por las que el representante legal puede proponer en la convocatoria que las decisiones las adopten los socios mediante comunicaciones enviadas a la compañía sin que se requiera una reunión. Se ha dicho, por ejemplo, que tal posibilidad existiría en el caso de designación de un administrador. No estoy totalmente de acuerdo con esta posibilidad en virtud de que la junta general, inclusive de acuerdo a su definición, se encuentra formada por los socios legalmente convocados y reunidos, lo que implica una necesaria deliberación para tomar una decisión. En el caso propuesto como ejemplo solo de la deliberación puede el socio adoptar o hasta modificar un criterio inicial sobre la conveniencia o inconveniencia de la designación de un administrador. Adicionalmente la reforma también ha previsto la posibilidad de que un socio renuncie expresamente al derecho a asistir a las juntas generales enviando una comunicación, computándose sus votos dentro del quorum de instalación y entendiéndose, salvo pacto en contrario, que se abstuvo de votar, lo cual contradice una evidente realidad que es el conferir una presencia a quien no ha asistido y hasta el sentido de un voto en esta situación. Así mismo la reforma ha previsto la posibilidad de que un socio pueda renunciar a su derecho a ser convocado a una reunión determinada, lo cual implica que, entonces, ya conoce de antemano de la convocatoria, de modo que no puede entenderse cómo puede renunciar a algo que ya conoce, a menos que se quiera referir al hecho de que no fue convocado por no haber entregado su correo electrónico a la compañía, pero aun así, si se presenta en la reunión. Debería ser aceptado como que hubiera sido convocado.

Importante innovación resulta, por cierto, el de la separación voluntaria de los socios, con iguales efectos que el caso

de exclusión de socios. El estatuto social puede establecer estas causas de separación voluntaria y la forma de ejercer el derecho de separación y el plazo de su ejecución, lo cual puede significar una gran posibilidad para superar los conflictos internos que se susciten no solo con la compañía sino entre socios.

También resulta novedosa la innovación que se ha hecho con respecto a la posibilidad de incorporar cláusulas compromisorias en los estatutos de las compañías para efectos de resolver desacuerdos entre miembros de la sociedad, de modo que tales cláusulas involucren también a los cesionarios de las participaciones sociales, salvo un pacto expreso en contrario, lo cual puede traer problemas futuros porque si no se cuenta con el consentimiento expreso del cesionario podría argüirse que no puede llevarse a efecto un procedimiento arbitral.

Con respecto al tema de los administradores, y siempre refiriéndome a las Compañías de Responsabilidad Limitada, el tema de su renuncia, por ejemplo, prevista en el artículo 133, ustedes recordarán que de acuerdo al texto de la antigua Ley bastaba que presenten la renuncia ante la junta general y desde el momento de esa presentación, sin necesidad de aceptación, surtía efectos. Sí, señores, y eso sigue diciendo la Ley: Si ustedes revisan el artículo 133, inciso primero, observarán que se agregó un inciso que exige que debe inscribírsele en el Registro Mercantil, con lo cual yo estoy de acuerdo pero, entonces surtirá sus efectos desde esa inscripción; pero eso no dice la Ley. Lo que dice la Ley, porque sigue diciéndolo, es que surtirá sus efectos sin necesidad de aceptación desde la fecha en que es conocida por la junta general. Esto hay que aclararlo, precisarlo y reformarlo en iguales términos en los que se expresa en la Compañía Anónima.

Escuché sobre la doctrina ultra vires. Yo no sé por qué se está en contra de esta doctrina creándose un problema para las sociedades por varios motivos: Tener un objeto social no concreto. No podemos exigir que el objeto social incluya todas las actividades; esto no es admisible; puede incluir todas las que se desee pero debe decírselo. El no decirlo ha representado problemas en el Registro Único de Contribuyentes y eso lo dice inclusive el propio Contralor, porque se utilizan las compañías, por ejemplo, para importar medicinas; si se las utilizó para importar medicinas sin que el objeto social se lo permita, qué va a ocurrir ahora cuando el objeto social ni siquiera lo señale. ¿Cómo se va a luchar contra la corrupción?. Simplemente hago notar estas cosas. Este tema ha sido analizado por grandes juristas y no se lo ha tratado a la ligera; es un tema que tiene mucha profundidad. Hay que meditar este tipo de decisiones.

Me parece muy bien el tema del Directorio. Se lo ha incorporado en las Compañías Anónimas en forma muy clara y eso es correcto y se necesitaba. Se han incorporado también, en cuanto a los administradores por ejemplo, el tema de Deber de debida diligencia y se ha señalado que ya debe superarse la concepción de buen padre de familia que establece el Código Civil por la de el buen empresario ¿Por qué se está en contra de la ficción de la diligencia del buen padre de familia que existe para establecer simplemente el grado de responsabilidad en cuanto a un acto u omisión teniendo como base esa diligencia que en esa condición se debe tener?. Porque la Ley busca dar de alguna manera una acepción de culpa al respecto. Tan es así que la Ley de Compañías continúa señalando que los administradores deben actuar con la debida diligencia. Aquí se encuentra el deber de debida diligencia que efectivamente en forma expresa no dice que deben actuar como buen padre de familia; claro, pues no tiene para qué decírselo porque se trata del mismo concepto. Lo

mismo ocurre con respecto al deber de lealtad, por supuesto. Y, por cierto, ya era hora que Ecuador incorpore las normas de Buen Gobierno Corporativo. Si ustedes revisan mi Tratado de Derecho Empresarial y Societario, desde hace cinco años he solicitado que Ecuador incorpore estas normas y parcialmente se lo ha hecho, no solo en la Ley sino también a través de una Resolución de la Superintendencia, es decir que hay actuaciones positivas, por supuesto que sí, pero de ahí a afirmar que se trata de un antes y después del derecho societario hay una distancia. No, señores, éste no es un nuevo derecho societario ni tenemos una nueva Ley de Compañías: Es la misma Ley de Compañías con sus últimas reformas, modernizada, como bien se lo dice, al año 2020; pero no es otra Ley de Compañías; es exactamente y ojalá siga siendo siempre la misma porque esa Ley ya es bastante conocida por todo el sector, incluidos empresarios, abogados, etc. etc. y, por supuesto, que faltan aún otras reformas.

Miren ustedes la reforma a la transferencia de participaciones que antes requería la unanimidad del capital social siempre adoptado en junta general. Ahora se la puede hacer también de esta manera pero adicionalmente por cualquier otro medio con el que se demuestre tal unanimidad. Perfecto, perfecto, pero si ustedes revisan el proyecto de reformas de la Superintendencia del 2002 van a observar que al respecto esta reforma era más profunda: Ya no se requería la unanimidad del capital social sino del 75 % (al igual que se lo ha hecho para el caso de transformación de estas compañías), incorporando algo que era más directo, ya que se propuso que las transferencias entre socios no requerían autorización porque estas compañías son personalistas, pues si se trataba de los mismos socios no constituía ningún problema el que entre ellos se cedan las participaciones, sin ninguna autorización, porque el personalismo de la compañía continuaba exactamente siendo el mismo.

Me parece excelente, excelente que por fin se haya legislado también correctamente con respecto a la transmisión de acciones. Ese era un asunto confuso porque se refería además exclusivamente solo a la sucesión intestada. Si ustedes revisan el texto del anterior artículo 190 van a observarlo; ahora también se refiere a la testada y establece con claridad qué es lo que sucede cuando el causante ya no está de manera tal que hay que nombrar un administrador común ante un Notario y si no se lo nombra, lo puede hacer el Juez; que no puede renunciar el administrador sino con la mayoría de los socios o accionistas y con la aquiescencia del Juez; etc. etc.; que en el caso de sucesión testada el albacea será el representante legal y si no existe pues será el mismo administrador común. Me parece excelente, miren cuanto hemos avanzado; por fin se ha puesto en orden algo que es muy importante como lo que encierra la norma del artículo 120 en cuanto a Compañías de Responsabilidad Limitada.

A mi me parece muy bien que nos hayamos referido aquí a las SAS, que es otro tema y no el de ahora, pero miren el caso de las Compañías Anónimas y de Responsabilidad Limitada que se constituyen por escritura pública y se inscriben directamente en el Registro Mercantil mientras que las SAS no van directo al Registro Mercantil sino que requieren de cierta aprobación previa y de una inscripción en el Registro de Sociedades de la Superintendencia; entonces existe una especie de capitis diminutio con respecto a las propias SAS. Para que el trámite sea ágil no debía contarse con una aprobación de la Superintendencia sino que, al igual que en las otras compañías, en un control ex post debía revisárselas. ¿Si tan compañía es la una como lo es la otra por qué a la una se le ha impuesto una autorización y no a las otras?. Solamente comento que la ventaja de las SAS es que no se pagan honorarios ni derechos notariales en la constitución de la compañía, etc. No parece tampoco lógico que existan dos registros ¿Cómo puede haber para

unas compañías el Registro Mercantil y para otras el Registro de Sociedades?. Eso ya lo planteamos en el 2002 y propusimos que haya un solo registro refiriéndonos al de Sociedades para todas las compañías. Un solo registro debería haber y en Colombia, que es de donde se importó la idea de las SAS, existe un solo registro. Aparte de lo señalado fíjense ustedes que se señaló que se trata de un tema recientemente aprobado en Delaware y Wisconsin, que nos ponen a la vanguardia del derecho societario, permitiendo que todas las compañías puedan llevar por medios digitales su contabilidad y sus libros sociales pero, al respecto, solo cabe mencionar que esta reforma no constituye ninguna novedad actual, ya que fue propuesta, casi textualmente, en el Proyecto de reformas que remitimos al Congreso Nacional en el 2002, que contenía el siguiente texto: «Podrán prescindir del cumplimiento de las formalidades prescritas en los artículos 39 y siguientes del Código de Comercio. Al efecto, podrán llevar su contabilidad por ordenadores, medios mecánicos, magnéticos o similares, siempre que el sistema respectivo permita la individualización de las operaciones sociales y de las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras, así como su posterior verificación. Esta facultad se extiende a la forma de llevar los libros de acciones y accionistas, de participaciones y socios y de cuotas de interés y socios». Esto lo propusimos hace 18 años.

Entonces miren ustedes las cosas como son. Considero, por cierto, que existen avances importantes y ojalá en el futuro los nuevos elementos de la Superintendencia de Compañías también propicien las reformas adecuadas más aún cuando ya están surgiendo una serie de inquietudes. Ustedes me comentaban y me parece que escuché que habían como 36 preguntas o algo así. Entonces, lo único que yo solamente puedo decir es que el entusiasmo no puede llevar a no reconocer el gran trabajo que se ha hecho por parte de la Superintendencia de Compañías y de los

anteriores Superintendentes en el manejo permanente para tratar de mejorar la Institución y la Ley. Creo que hay que hacer ciertas precisiones en la Ley de Modernización. Me parecería que lo bueno sería que la Superintendencia de Compañías contara —porque yo creo que hay gente mucho mejor que yo en conocimientos de derecho societario— con personas que puedan aportar y dar su criterio al respecto, porque todos los ecuatorianos tenemos que aportar. Yo estoy seguro que la gente de la Superintendencia va a mirar con buenos ojos esta posibilidad de encontrarle una solución a aquellos problemas que pudieran suscitarse una vez que se aplique la Ley de Modernización, porque lo que queremos es tener la mejor Ley. Esto es en términos generales lo que puedo decir. Les pido mil disculpas por esta exposición que no ha tenido nada que ver con la forma en que estaba preparada pero les he brindado en términos generales lo que yo pienso, en especial, sobre la incidencia de las reformas en las Compañías de Responsabilidad Limitada.

Expreso mi agradecimiento a ustedes por haberme permitido hacerles llegar estos pensamientos. Aspiro a que la nueva Ley de Modernización tenga los efectos positivos que en gran parte se que los va a tener y, por favor, quiero que sepan que siempre estaremos atentos para dar, si es posible, nuestro aporte para mejorar el desarrollo del derecho societario como permanentemente lo hemos hecho. Mi agradecimiento profundo a ustedes. Gracias, gracias por invitarme. Debo decirles que siempre alegran mucho mi vida. Para mí es muy importante el que ustedes hayan tenido esta gentileza de invitarme. Les agradezco infinitamente sobre todo por la paciencia que han tenido y, por favor, por poder llamarlos a la meditación en el mejor de los sentidos, sobre todo con respecto a la parte humana ya que creo que ella está muy por encima de cualquier tema jurídico. Gracias. Muchísimas gracias».

Superintendencia de Compañías

CRITERIO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS SOBRE PROYECTO
DE LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

Guayaquil, 23 de junio de 2020

**ASUNTO: PROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE
COMPAÑÍAS - Oficio No. AN-CDEP-2020-0038-O del 22 de mayo
de 2020.- Trámite 33150-0041-20**

Señor Ingeniero
Claudio Esteban Albomoz Vintimilla
**PRESIDENTE DE LA COMISIÓN
ESPECIALIZADA PERMANENTE
DEL DESARROLLO ECONÓMICO,
PRODUCTIVO Y LA MICROEMPRESA
ASAMBLEA NACIONAL**
comision.desarrollo-economico@asambleanacional.gob.ec
Quito.-

De nuestras consideraciones:

Con la finalidad de atender el oficio de la referencia, en virtud del cual, tiene a bien remitirnos copia del "PROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS" (en adelante el "PROYECTO"), el mismo, que se encuentra tramitándose en la Asamblea Nacional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia, con el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, tenemos a bien remitir a usted nuestras observaciones y textos alternativos relacionados con dicho proyecto de reforma a la Ley de Compañías (en adelante la "LC"), de acuerdo a la visión y ordenamiento jurídico del área de control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante la "SUPERINTENDENCIA"), siendo los siguientes, a saber:

1

OBSERVACIONES AL PROYECTO

En el anexo que incorporamos a este oficio, se presenten comentarios al articulado propuesto.



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

2

REFORMAS PROPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA

2.1.- Se sugiere que la Ley de Compañías cambie de denominación por la de "Ley Orgánica de Compañías".

2.2.- Se sugiere agregar un inciso al final del artículo 1 de la LC, con el siguiente texto: "la presente ley regirá para ejercicio del control y aplicación normativa en el ámbito societario, y para los regímenes de valores y seguros, en lo que fuere aplicable".

2.3.- Se sugiere agregar un inciso al final del artículo 3 de la LC, con el siguiente texto: "Las actividades relacionadas con el objeto social de las compañías mercantiles deberán cumplir con su función social y ambiental".

2.4.- Se sugiere reformar los artículos 17A, 18, 22, 23, 24, 27, 28, 92, 103, 136, 144, 147, 148, 151, 155, 158, 160, 173, 183, 199, 207, 212, 233, 266, 288, 290, 293, 294, 295, 296, 299, 318, 319, 321, 323, 324, 328, 340, 354, 355, 356, 358, 430, 431, 433, 438, 439, 440, 442, 443, 445, 446, 449, 455, 456, 458, 459, Disposición General Quinta, Disposición General Sexta, Disposición General Séptima y Disposición General Octava, donde diga: "Superintendencia de Compañías y Valores", debe decir: "Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros".

2.5.- Se sugiere reformar los artículos 10, 14, 102, 120, 126, 277, 279, 294, 318, 353, 356, 431, 433, 434, 435, 438, 440, 441, 443, 444, 449, 451, 452 y 460, donde diga: "Superintendente de Compañías y Valores", debe decir: "Superintendente de Compañías, Valores y Seguros".

2.6.- Se sugiere reformar el artículo 101 de la LC, donde dice: "Las personas comprendidas en el Art. 7 del Código de Comercio no podrán asociarse en esta clase de compañías", debe decir: "Las personas comprendidas en los artículos 40 y 41 del Código de Comercio no podrán asociarse en esta clase de compañías".

2.7.- Se sugiere reformar el artículo 120 de la LC, donde dice: "gerente o administrador", debe decir: "administrador o representante legal".

2.8.- Se sugiere reformar el artículo 132 de la LC, donde dice: "Son aplicables a los gerentes o administradores las disposiciones constantes en los Arts. 129 al 133, inclusive, del Código de Comercio", debe decir: "Son aplicables a los



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

administradores o representantes legales las disposiciones constantes en los Artículos 48 al 58, inclusive, del Código de Comercio".

2.9.- Se sugiere reformar el artículo 139 de la LC, donde dice: "gerente o del administrador", debe decir: "administrador o del representante legal".

2.9.- Se sugiere reformar el artículo 166, numeral 8, de la LC, donde dice: "La fecha de suscripción y la firma del suscriptor y del gerente o promotor autorizado", debe decir: "La fecha de suscripción y la firma del suscriptor; y del representante legal o promotor autorizado".

2.10.- En virtud de la reforma planteada al artículo 198 de la LC, se sugiere reformar el art. 377 y art. 414.11, numeral 3 del mismo cuerpo de leyes.

2.11.- Se sugiere reformar el artículo 211 de la LC, donde dice: "gerente", debe decir: "administrador o representante legal".

2.12.- Se sugiere reformar el artículo 244 de la LC, donde dice: "gerente", debe decir: "administrador o representante legal".

2.13.- Se sugiere reformar el artículo 313 de la LC, donde dice: "Las funciones del directorio y del gerente", debe decir: "Las funciones del directorio, administradores y representantes legales".

2.14.- Se sugiere derogar el artículo 417 de la LC, en virtud de haber sido declarado inconstitucional, mediante Resolución del Tribunal Constitucional signado con el número 38-2007-TC, publicado en Registro Oficial Suplemento 336 del 14 de Mayo del 2008.

2.15.- En la sección XVI de la LC, se sugiere reformar la denominación "DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS Y VALORES Y SU FUNCIONAMIENTO" por "DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS; Y DE SU FUNCIONAMIENTO".

2.16.- En el quinto inciso del artículo 432 de la LC, donde dice: "Superintendencia de Bancos y Seguros", debe decir: "Superintendencia de Bancos".

2.17.- Se sugiere reformar el artículo 442, segundo inciso de la LC, donde dice: "Las notificaciones se harán al o a los representantes legales, al presidente si no tuviere tal representación y a los comisarios", debe decir: "Las notificaciones se harán a los



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

representantes legales, administradores, y a los Comisarios o Consejos de Vigilancia, si los tuviere".

2.18.- Se sugiere la derogatoria expresa del artículo 452 de la LC, en virtud de la expedición del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas".

2.19.- Se sugiere la derogatoria expresa del artículo 453 de la LC, en virtud de la expedición del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas".

2.20.- Se sugiere derogar la Disposición General Décima Segunda de la LC.

3

**DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS SOCIAS DE COMPAÑÍAS
NACIONALES**

Se sugiere, que en lo relacionado a la información que deben proporcionar las personas jurídicas extranjeras, socias de compañías nacionales, *(i)* englobe a todas, sin importar la modalidad de la misma: anónimas, responsabilidad limitadas, sociedades por acciones simplificadas, etc., unificando la redacción de todos los artículos inmersos en el PROYECTO de la LC (art. 20, letra b; art. 115, letra h; art. 131; art. 137, último inciso; Art. 150, último y penúltimo inciso; artículo innumerado agregado a continuación del artículo 221; artículo 263 de la Ley de Compañías en un capítulo distinto y único, cuya denominación sea "DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS SOCIAS DE COMPAÑÍAS NACIONALES", y *(ii)* que no sea obligatorio para las personas jurídicas extranjeras, socias de compañías nacionales, presentar la información relacionada con sus socios y accionistas a la SUPERINTENDENCIA, en virtud de que se estarían duplicando funciones con las asignadas al Servicio de Rentas internas S.R.I., sin perjuicio, de la potestad de la SUPERINTENDENCIA para solicitar dicha información a las compañías sometidas a su vigilancia y control, cuando lo creyere conveniente.

4

REGISTRO DE SOCIOS Y ACCIONISTAS EN LA SUPERINTENDENCIA

La SUPERINTENDENCIA discrepa con el PROYECTO en lo relacionado con las reformas que se pretenden realizar a los artículos 21, 113, 187, 189, 189.1, 189.2, 189.3, 189.4, 189.5, art. 189.6, 190, 200 de la LC, respecto a la inscripción de los títulos de acciones y participaciones de los socios y accionistas, así como, de las transferencias de acciones y cesión de participaciones de las compañías

*Criterio de la Superintendencia de Compañías sobre Proyecto de Ley de
Modernización a la Ley de Compañías*



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

mercantiles en el Registro de Sociedades de la SUPERINTENDENCIA, por los siguientes motivos, a saber.

4.1.- En lo relacionado con la naturaleza jurídica de la sociedad y de los títulos de acciones y participaciones.-

4.1.1.- El término Sociedad se encuentra definido en el Código Civil (en adelante CC)¹, debiendo reunir, al menos, las siguientes características: *(i) el aporte*, donde los futuros socios de la sociedad se encuentran en la obligación de aportar algo (CC)². Esta obligación se constituye, porque dicho ente requiere de la existencia de un patrimonio propio para el cumplimiento de su objeto social. El patrimonio social así establecido, se convierte en un patrimonio distinto del patrimonio personal de cada uno de los socios, cuya inversión se encuentra protegida, de acuerdo a lo establecido en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (en adelante COPCI)³. El aporte constituye un título traslativo de dominio, es decir, que los bienes aportados por los socios dejaron de pertenecerles a título personal, para pertenecerle a la nueva sociedad formada por ellos mismos, a cambio de una participación, encontrándose sujetos al ordenamiento jurídico (COPCI)⁴. *(ii) distribución de los beneficios*, en donde la sociedad busca, mediante el cumplimiento de las actividades establecidas en su objeto social, una utilidad para sus socios, de acuerdo a la participación que tengan cada uno de ellos en la sociedad, *(iii) animus societatis*, ya que en virtud de que la sociedad es un contrato, y como el consentimiento es un requisito para la existencia de los mismos, debe de existir la intención o el *animus* por parte de los futuros socios, de formar una sociedad para cumplir con las actividades establecidas en el objeto social. Este elemento societario debe ser considerado como un *"nosotros"*, y así lo fomentan las políticas públicas del país (Plan Nacional para el Buen Vivir 2007-2013)⁵. Si el *animus societatis* no se encuentra dirigida a formar una sociedad para cumplir con

¹ Art. 1957. "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". (CC).

² "No hay Sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o en efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero". (CC).

³ Art. 4. "Fines. La presente legislación tiene, como principales, las siguientes fines: g) Incentivar y regular todas las formas de inversión privada en actividades productivas y de servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables..." (COPCI).

⁴ Art. 21. "Normas obligatorias. Las inversionistas nacionales y extranjeras y sus inversiones están sujetos, de forma general, a la observancia y fiel cumplimiento de las leyes del país, y, en especial, de las relativas a los aspectos laborales, ambientales, tributarios y de seguridad social vigentes." (COPCI).

⁵ "La concepción del buen vivir necesariamente recurre a la idea del "nosotros" porque el mundo no puede ser entendido desde la perspectiva del "yo" de occidente. La comunidad cobija, protege, demanda y es parte del nosotros." (Plan Nacional para el Buen Vivir 2007-2013).



Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

las actividades establecidas en su objeto social, se considera que el *animus societatis* se encuentra viciado (COPCI)⁶. Estas normas protectoras son normas de orden público, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE).

La sociedad, una vez constituida: (i) adquiere autonomía para poder cumplir con las actividades establecidas en su objeto social, independiente de los socios, como generadora de dichas actividades, (ii) se convierte en un sujeto de derecho y con capacidad, pero sin contrariar el orden público, (iii) se convierte en un ente distinto e independiente de los socios individualmente considerados, y en tal virtud, tiene un nombre, un patrimonio, una nacionalidad y un domicilio, (iv) los acreedores particulares de un socio no podrán cobrar sus obligaciones económicas del patrimonio de la sociedad, y viceversa. Si la sociedad no cumple con su objeto social, corre peligro su personificación jurídica para continuar con dichas actividades (CRE)⁷.

4.1.2.- El contrato de compañía: Análisis legal.

La LC no otorga una definición de lo que es una compañía, ya que lo que define es al "contrato" de compañía, cuando indica *"Contrato de compañía es aquel por el cual una o más personas unen sus capitales e industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades..."*⁸. Por tal motivo, una compañía no es un contrato, sino que nace de un contrato, pero que una vez que ya ha nacido, se convierte en una persona jurídica con fines de lucro, en un organismo social, distinto de los socios individualmente considerados (Guzmán,

⁶ Art. 2. "Actividad productiva. Se considerará actividad productiva al proceso mediante el cual la actividad humana transforma insumos en bienes y servicios lícitos, socialmente necesarios y ambientalmente sustentables, incluyendo actividades comerciales, y otras que generen valor agregado". (COPCI).

⁷ Art. 283, primer inciso. "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, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir..." (CRE).

⁸ Art. 1. "Contrato de compañía es aquel por el cual una o más personas, dependiendo de la modalidad societaria utilizada, unen sus capitales e 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". (LC).



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



**SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS**

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

1968)⁹ y también (Pinzón, 1988)¹⁰, con un objeto social para ser "social y ambientalmente ejercido" (Epstein, 2003)¹¹. El contrato de compañía requiere contener (i) los elementos estructurales de todos los contratos como la capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita, etc., (ii) la intervención y participación de una o más personas, (iii) debe de existir unión de capitales e industrias. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se puede aportar en numerario (dinero), en especie (bienes muebles e inmuebles) o en intangibles, como en las Sociedades Anónimas Simplificadas, (iv) se debe emprender en operaciones mercantiles, pero siempre entendiéndola como "social y ambientalmente ejercido", (v) participar de sus utilidades (Cassis, 1973), entendiéndose, como la participación de utilidades bien habidas, como producto de las actividades de su objeto social "social y ambientalmente ejercido" (Epstein, 2003)¹². La parte final, del artículo 1 de la LC, ofrece la supremacía normativa de aplicación, como son la ley de compañías, el Código de Comercio, convenios de las partes y el Código Civil, sin establecer expresamente, pero que se presume, la CRE, los tratados Internacionales y todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4.1.3.- El capital y patrimonio social de las compañías mercantiles.

El capital de las compañías mercantiles se encuentra destinada a la realización de las actividades de su objeto social *ambientalmente ejercido*, sin permitirse que sea utilizado para realizar actividades contrarias al orden público o al ambiente. El

⁹ "Sociedad y accionistas constituyen entonces distintos sujetos jurídicos; ni el accionista puede obligar a la sociedad, ni la sociedad al accionista; los créditos activos de este no son los de aquella, ni son del accionista las deudas de la sociedad". (Guzmán, 1968).

¹⁰ "Porque la sociedad, como persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, ha adquirido y ha contraído obligaciones en desarrollo de los negocios constitutivos de su objeto, con lo cual ha formado un verdadero patrimonio, con un activo y un pasivo como elementos esenciales...." (Pinzón, 1988).

¹¹ "Un número creciente de líderes corporativos están convencidos de que tiene buen sentido de negocios el asegurar el futuro de sus corporaciones integrando los principios del desarrollo sostenible dentro de sus operaciones. Esos líderes consideran que no podrá darse crecimiento en el largo plazo a menos que sea sostenible ambientalmente. El consenso es que ésta noción de desarrollo sostenible es conveniente para naciones y corporaciones". (Epstein, 2003)

¹² "El reporte de EH&S del E.B. Hedi Group se centra en el desarrollo sostenible. Si bien es cierto que muchas compañías están interesadas principalmente en el cumplimiento de las regulaciones ambientales, el desempeño ambiental del E.B. Hedi está dirigido al desarrollo sostenible. En su declaración de misión, la compañía señala: El desarrollo sostenible no es una cuestión entre escoger entre crecimiento y medio ambiente, es el establecimiento de un proceso de toma de decisiones que integre la conversión eficiente de los recursos con el interés por las consecuencias ambientales a largo plazo. Esta excelencia es más que calidad del producto. También se refiere a calidad de procesos y, más importante aún, calidad de la gente. La combinación entre calidad de procesos, gente y productos hará que el desarrollo sostenible sea una realidad, un mercado de oportunidades para la compañía". (Epstein, 2003).



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

capital de la compañía es la potencialidad económica de la empresa estáticamente considerada (Guzmán, 1968). El capital tiene una especial importancia para el desarrollo del objeto social *ambientalmente ejercido*, porque cumple varias finalidades, **(i) como estructuración del capital**, ya que el capital es uno de los requisitos fundamentales para su constitución, encontrándose representado por el aporte de los socios en el momento de su constitución, **(ii) como fondo de producción**, ya que las compañías mercantiles, para proceder a cumplir con la consecución del objeto social, necesitan de un fondo económico indispensable para proceder a iniciar el proceso productivo (Guzmán, 1968)¹³. El capital de las compañías se encuentra destinada a la realización de las actividades establecidas en su objeto social *ambientalmente ejercido*, y **(iii) como fondo de garantía y de responsabilidad**, en virtud de la solvencia que la compañía transmite a la sociedad, y a su vez, la sociedad recepta y otorga su confianza (Guzmán, 1968)¹⁴. Una vez constituida la compañía se crea una persona jurídica independiente, con un patrimonio social distinto de sus socios, individualmente considerados (Guzmán, 1968)¹⁵.

Tanto por la estructuración del capital, como por la estructuración del patrimonio o como fondo de garantía y de responsabilidad, permite que todos los terceros que realicen actos o contratos con una compañía determinada, no lo hacen tomando en consideración solamente el capital o el aporte de cada uno de los socios que la integran, sino también su capital patrimonial (Pinzón, 1988)¹⁶, sin perjuicio de las sanciones correspondientes, en caso de que la compañía hubiere tenido incentivos (COPCI)¹⁷. Es decir, que los terceros negocian directamente con el ente autónomo con personalidad jurídica, formado por el capital aportado de todos sus socios en

¹³ "Es el primigenio elemento económico con el que la compañía cuenta para la realización de operaciones mercantiles o industriales". (Guzmán, 1968).

¹⁴ "Es la medida de la solvencia de la empresa frente a terceros". (Guzmán, 1968).

¹⁵ "Entonces, se crea un ente ideal, jurídico-contable, que permanece inmutable a lo largo de toda la vida social, que señala la cuantía mínima que debe tener ese esencialmente inestable patrimonio y se establece una nítida distinción entre capital y patrimonio social; el primero es una cifra permanente, abstracta, formal y ficticia, el segundo es una cantidad variable, real y efectiva. El capital es una cantidad matemática equivalente a la suma del valor nominal de las acciones en que está dividido; con él nace y vive la sociedad; para modificarlo, es menester una reforma del acto constitutivo". (Guzmán, 1968).

¹⁶ "Un activo que sirve de medio para el desarrollo de la actividad social, y un pasivo a cuyo pago se encuentra vinculado o afecto el activo; un activo que, como social, no puede ser perseguido por los acreedores personales de los socios, y un pasivo para cuyo pago no pueden perseguirse los bienes personales de los asociados". (Pinzón, 1988).

¹⁷ Art. 31.- "Infracciones.- constituyen causales de infracción en las que podrían incurrir los inversionistas que se beneficien de los incentivos que prevé esta normativa, los siguientes: ...e) Incumplimiento doloso comprobado por autoridad competente, de las leyes laborales, tributarias, de seguridad social o ambientales del país, y demás normas que regulan la inversión..." (COPCI).



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

su constitución y por todo el patrimonio que vaya aumentando o disminuyendo durante su existencia social. El patrimonio social servirá para garantizar las obligaciones contraídas por la sociedad a favor de terceros, en virtud de la prenda general común de los acreedores (CC)¹⁸.

4.1.4.- Los títulos de acciones/participaciones como representación del capital social de las compañías mercantiles.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la existencia de seis tipos de compañías mercantiles¹⁹, dotadas todas ellas, de personalidad jurídica, empleada para asumir riesgos empresariales para la consecución del desarrollo sostenible y sustentable, donde la presencia del accionista responde, precisamente, al aporte realizado. En esta línea de ideas, los títulos de acciones/participaciones se estructuran como un núcleo central, ya que la titularidad e inscripción en el Libro de Acciones y Acciones o Libro de Socios y Participaciones, conferirán a los mismos, la condición de socio, determinando, de esta manera, el ejercicio de sus derechos y obligaciones. Es así que, el doctor Gustavo Ortega Trujillo, señala que "la acción es un efecto del contrato de suscripción que hace nacer un título valor, cuyo contenido no es de carácter crediticio sino eminentemente de carácter corporativo porque no da derecho de crédito, sino que confiere a su titular un "status o calidad especial" que es precisamente la calidad de accionista y que le permite ejercer derechos muy diferentes a los de crédito común"²⁰.

4.1.5.- Los principios de los títulos de acciones/participaciones.

La LC nos trae los principios que se encuentran inherentes a los títulos de acciones/participaciones, cuyos titulares de los mismos, son los socios, como por ejemplo, (i) el principio de libre negociabilidad, en virtud del cual el accionista de una compañía mercantil, puede transferirla en cualquier tiempo y sin limitaciones, en virtud de que la compañía anónima es una sociedad cuyo capital social se

¹⁸ Art. 2367.- "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el art.1634". (CC).

¹⁹ 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; 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 (LC).

²⁰ "Naturaleza jurídica de las acciones emitidas por las compañías anónimas.", Revista Jurídica, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2016, 16, <http://www.revistajuridicaonline.com/1990/09/naturaleza-juridica-de-las-acciones-emitidas-por-lascompaas-annimas/>.



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

encuentra dividido en acciones negociables²¹ y que "el derecho de negociar las acciones libremente no admite limitaciones²², salvo excepciones establecidas en la misma ley, (ii) El principio de proporcionalidad, que se verifica, en el derecho de preferencia (art.110) (art. 114(h) (art. 181); en la responsabilidad de los socios (art. 115); a percibir dividendos (art.195) (208) (art. 298); derecho al voto (art. 210), (iii) el principio de igualdad en la participación de los beneficios sociales (art. 207(2); en las participaciones (art. 106); también se encuentra incluido en la normativa societaria, al señalar que las acciones tendrán derecho a voto en proporción a su valor pagado, (iii) el principio de indivisibilidad de las participaciones y acciones (art. 106) (art. 179).

4.2.- La emisión de títulos de acciones de las compañías mercantiles.

Una vez realizado los aportes por parte de los socios a favor de la compañía mercantil, se debe proceder a la emisión de los certificados provisionales y/o de los títulos definitivos de acciones, ya que este acto, constituye el reconocimiento que la compañía mercantil le otorga a sus propietarios la calidad de socios, debiendo suscribir, (i) el contrato de suscripción de acciones²³, (ii) el libro talonario de acciones que hace la compañía a sus propietarios²⁴ y, (iii) el asiento de inscripción, de dicha realidad, en el Libro de Acciones y Accionistas²⁵.

²¹ Art. 143.- *La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones...* (LC)

²² Art. 191.- *El derecho de negociar las acciones libremente no admite limitaciones. Serán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones. Sin embargo, tales pactos no serán oponibles a terceros, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, y en ningún caso podrán perjudicar los derechos de los accionistas minoritarios.* (LC).

²³ Art. 165.- *El contrato de formación de la compañía determinará la forma de emisión y suscripción de las acciones.*

La suscripción de acciones es un contrato por el que el suscriptor se compromete para con la compañía a pagar un aporte y ser miembro de la misma, sujetándose a las normas del estatuto y reglamentos, y aquella a realizar todos los actos necesarios para la constitución definitiva de la compañía, a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente a cada acción suscrita.

Este contrato se perfecciona por el hecho de la suscripción por parte del suscriptor, sin que pueda sujetarse a condición o modalidad que, de existir, se tendrán por no escritas. (LC).

²⁴ Art. 177.- *Los títulos y certificados de acciones se extenderán en libros talonarios correlativamente numerados. Entregado el título o el certificado al accionista, éste suscribirá el correspondiente talonario. Los títulos y certificados nominativos se inscribirán, además, en el Libro de Acciones y Accionistas, en el que se anotarán las sucesivas transferencias, la constitución de derechos reales y las demás modificaciones que ocurran respecto al derecho sobre las acciones.* (LC)

²⁵ Art. 165.- *El contrato de formación de la compañía determinará la forma de emisión y suscripción de las acciones.*

La suscripción de acciones es un contrato por el que el suscriptor se compromete para con la compañía a pagar un aporte y ser miembro de la misma, sujetándose a las normas del estatuto y reglamentos, y aquella



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

La exteriorización y/o materialización de los aportes por los accionistas, en un "título de acción", que constituyen la expresión de los derechos que forman el status del socio y pertenecen a la subcategoría de "títulos valores", títulos de acción que generan la creación de los libros y registros de la compañía²⁶, señalando que los administradores de una compañía están obligados a llevar y responder por la existencia y exactitud de los libros de la sociedad, como son los de contabilidad, los de actas de juntas generales, directorios, el libro talonario y el de acciones y accionistas, el de expedientes de las juntas generales y el de comunicaciones de transferencias de acciones. Los Libros de la compañía son, por su propia naturaleza, de carácter privado.

4.3.- La inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas de los titulares y las sucesivas transferencias de títulos de acciones.

4.3.1.- El régimen de las acciones nominativas están sujetas a un formalismo similar al de los bienes muebles e inmuebles, que para algunos tratadistas, dicho régimen constituye traba en el comercio accionario, no obstante, lo que supuestamente se

a realizar todos los actos necesarios para la constitución definitiva de la compañía, a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente a cada acción suscrita.

Este contrato se perfecciona por el hecho de la suscripción por parte del suscriptor, sin que pueda sujetarse a condición o modalidad que, de existir, se tendrán por no escritas. (LC)

²⁶ Art. 263.- Los administradores están especialmente obligados a: 1. Cuidar, bajo su responsabilidad, que se lleven los libros exigidos por el Código de Comercio y llevar los libros a que se refiere el Art. 440 de esta Ley; 2. Llevar el libro de actas de la junta general; 3. Llevar el libro de actas de las juntas de administradores o directorios, consejos de administración o de vigilancia, si los hubiere; 4. Entregar a los comisarios y presentar por lo menos cada año a la junta general una memoria razonada acerca de la situación de la compañía, acompañada del balance y del inventario detallado y preciso de las existencias, así como de la cuenta de pérdidas y ganancias. La falta de entrega y presentación oportuna del balance por parte del administrador será motivo para que la junta general acuerde su remoción, sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiere incurrido; 5. Convocar a las juntas generales de accionistas conforme a la Ley y los estatutos, y, de manera particular, cuando conozcan que el capital de la compañía ha disminuido, a fin de que resuelva si se le pone en liquidación conforme a lo dispuesto en el Art. 198; y, 6. Intervenir en calidad de secretarios en las juntas generales, si en el estatuto no se hubiere contemplado la designación de secretario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el literal b) del Art. 20, es obligación del representante legal de la compañía anónima presentar en el mes de enero de cada año a la Superintendencia de Compañías y Valores la nómina de las compañías extranjeras que figuraren como accionistas suyas, con indicación de los nombres, nacionalidades y domicilios correspondientes, junto con xerocopias notariadas de las certificaciones y de las listas mencionadas en el artículo innumerado que le sigue al Art. 221, que hubieren recibido de tales accionistas según dicho artículo.

Si la compañía no hubiere recibido ambos documentos por la o las accionistas obligadas a entregarlos, la obligación impuesta en el inciso anterior será cumplida dentro de los cinco primeros días del siguiente mes de febrero, con indicación de la accionista o accionistas remisas. (LC).



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

pierde en prontitud se gana en seguridad jurídica, porque se fundamenta en los principios del sistema registral, siendo éstos, el de rogación, consentimiento y tracto sucesivo. Todo lo cual está íntimamente relacionado con la titularidad de las acciones.

La inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas constituye un mandato imperativo, conforme lo prescribe el artículo 177 de la Ley de Compañías, siendo obligación del representante legal de la compañía, abrir el registro o el citado libro e inscribir en él, los certificados provisionales o títulos de acciones que se emitan, correspondiéndole realizar un asiento registral por cada certificado o título de acción emitido.

Tanto en la primera inscripción como en las siguientes que se realicen acorde a la normativa vigente deben ser ejecutas por **el representante legal**, quien efectúa el reconocimiento de la calidad del socio, en las personas a favor de la cual se hubiere emitido el título, por ende, las negociaciones que se realicen posteriormente para su eficacia deben inscribirse en el precitado Libro de Acciones y Accionista.

Así mismo, cabe destacar que *el proceso de inscripción de las transferencias de las acciones es una actividad reglada por los artículos 177, 188 y 189 de la LC, donde se recogen los principios generales del derecho registral, de rogación, consentimiento, tracto sucesivo y prioridad.*²⁷

4.3.2.- De acuerdo al artículo 21 de la LC, todas las transferencias de acciones (también las cesiones de participaciones) *(i)* tienen que ser **comunicadas** a la SUPERINTENDENCIA", *(ii)* dicha comunicación, deben realizarla los administradores de la compañía, *(iii)* deben indicar nombre y nacionalidad del cedente y del cesionario, *(iv)* deben realizarla dentro de los 8 días posteriores a la **inscripción** en los libros correspondientes.

4.3.3.- De acuerdo al artículo 189, primer inciso, de la LC, las transferencias de acciones **no surtirán efecto contra la compañía, ni contra terceros**, sino desde la fecha de **inscripción** en el libro de acciones y accionistas, dejando aclarado, que dicha transferencia de acciones surte efecto, **entre las partes**, inmediatamente, producida dicha transferencia, sin necesidad de **inscripción** en el libro de acciones y accionistas. De acuerdo a lo anteriormente expresado, podemos colegir que el efecto de la **inscripción** no es la **validez** del acto, como antónimo de nulidad, sino para que surta efectos contra la compañía y contra terceros, ya que el acto es perfectamente válido entre las partes intervinientes, en este caso, entre cedente y cesionario.

²⁷ "La aplicación de principios registrales al Libro de Acciones y Accionistas", doctor Pedro Alvear Icaza, Revista 9 de Derecho Societario, página 104.



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

El Diccionario de la Real Academia Española, disponible en la página web, remite la palabra **valida** al **verbo validar**, definiéndola entre sus acepciones más coherentes para el contexto, como *"Dar fuerza o firmeza a algo, hacerlo **válido**"*. A su vez, el Diccionario *ibídem* define al **adjetivo válida**, entre sus acepciones más coherentes para el contexto, como *"Firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente"*. La diferencia conceptual entre las palabras **valida** y **válida** (sin tilde o con tilde), es que los verbos pueden referirse a los tiempos pasados, presentes o futuros, mientras que los adjetivos siempre son presentes. Como por ejemplo, yo **valido** algo que hice mal (pasado) para que ahora (presente) sea **válido**. A su vez, el Diccionario *ibídem* define el **adverbio válidamente**, como *"De manera **válida**"*, es decir, ligada al **adjetivo válida**, y así debe de ser, porque los adverbios terminados en *-mente* se encuentran ligados a un **adjetivo**.

Cuando el legislador construyó la primera línea, del segundo inciso del artículo 189, segundo inciso de la LC, indicando *"...Esta inscripción se efectuará **válidamente** con la sola firma del representante legal de la compañía..."*, no se refirió al verbo **validar** como algo que hay que arreglar en el futuro porque en el pasado fue mal hecho, sino al adjetivo **válida**, como algo que se perfecciona en el presente.

4.3.4.- De acuerdo al artículo 189, segundo y tercer inciso de la LC, las transferencias de acciones se realizan, dependiendo si las mismas se encuentren o no inscritas en una bolsa de valores o inmovilizadas en un depósito centralizado de compensación o liquidación de valores. Por lo tanto:

4.3.4.1.- Si las acciones NO se encuentran inscritas en una bolsa de valores o inmovilizadas en un depósito centralizado de compensación o liquidación de valores establecido en el artículo 189, segundo inciso de la LC.-

En este supuesto, la transferencia de acciones puede ser realizada mediante (i) la presentación y entrega de una comunicación firmada conjuntamente por cedente y cesionario, (ii) comunicaciones separadas suscritas por cada uno de ellos que den a conocer la transferencia, (iii) la presentación y entrega del (os) título (s) de acción (es) transferidas. En tales casos, *"...Esta inscripción se efectuará válidamente con la sola firma del representante legal de la compañía, a la presentación y entrega de una comunicación firmada conjuntamente por cedente y cesionario; o de comunicaciones separadas suscritas por cada uno de ellos, que den a conocer la transferencia; o del título objeto de la cesión. Dichas comunicaciones o el título, según fuere del caso, se archivarán en la compañía. De haberse optado por la presentación y entrega del título objeto de la cesión, éste será anulado y en su lugar se emitirá un nuevo título a nombre del adquirente..."*, es decir, si en cualquiera de estas tres formas se hubieren omitido algún requisito que afectare la validez de aquellos actos.



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

Todo lo anteriormente expresado, sin perjuicio, de aplicar las formalidades especiales que tiene que cumplir el representante legal de la compañía, cuando la transferencia de acciones es realizada mediante la modalidad de presentación y entrega del título objeto de la cesión, ya que en tales circunstancias, dicho representante legal, a más de firmar el libro de acciones y accionistas, debe anular el título y emitir uno nuevo a nombre del cesionario.

4.3.4.2.- Si las acciones SI se encuentran inscritas en una bolsa de valores o inmovilizadas en un depósito centralizado de compensación o liquidación de valores establecido en el artículo 189, tercer inciso de la LC.-

En el caso de acciones inscritas en una bolsa de valores o inmovilizadas en un depósito centralizado de compensación y liquidación de valores, la inscripción en el libro de acciones y accionistas será efectuada (i) por el depósito centralizado, (ii) con la sola presentación del formulario de cesión firmado por la casa de valores que actúa como agente, (iii) el depósito centralizado mantendrá los archivos y registros de las transferencias y notificará trimestralmente a la compañía, para lo cual llevará el libro de acciones y accionistas, la nómina de sus accionistas.

De lo anteriormente expuesto se puede colegir que los procesos de suscripción y emisión de acciones; así como, de la anotación en los libros de la compañía de los titulares de títulos de acciones, y de sus sucesivas transferencias, son actividades de carácter estrictamente privado, cuyos responsables son los accionistas y administradores correspondientes.

4.4.- De la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

4.4.1.- El Artículo 213 de la CRE establece que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia y control de las actividades económicas y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que las mismas se sujeten al ordenamiento jurídico y al interés general, y cuyas facultades se establecerán en la ley.

4.4.2.- El artículo 226 de la CRE establece que todas las instituciones del Estado y sus servidores ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

4.4.3.- El artículo 431 de la LC establece que la SUPERINTENDENCIA tendrá, entre sus atribuciones, ejercer la vigilancia y control sobre las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta; las empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie; las compañías de responsabilidad limitada, y las bolsas de valores y demás entes, en los términos de la Ley de Mercado de Valores.

*Criterio de la Superintendencia de Compañías sobre Proyecto de Ley de
Modernización a la Ley de Compañías*



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

CONCLUSIÓN:

Con los antecedentes anteriormente mencionados, la SUPERINTENDENCIA no tiene, dentro de sus atribuciones constitucionales y legales, ejercer las competencias establecidas para (i) proceder a la emisión de los certificados provisionales y/o de los títulos definitivos de acciones, (ii) otorgar el contrato de suscripción de acciones, (iii) confeccionar el libro talonario de acciones que hace la compañía, para la constatación de que los propietarios de los títulos de acciones han recibido dichos títulos, (iv) llevar a su cargo, y bajo su responsabilidad, el Libro de Acciones y Accionistas, que incluye, entre otros, (iv.i) realizar los asientos de inscripción de los titulares de los títulos de acciones y (iv.ii) realizar los asientos de inscripción de las sucesivas transferencias de los titulares de títulos de acciones.

5

CONTROL TOTAL Y CONTROL PARCIAL

Las reformas planteadas sobre el cambio de control institucional, si bien, en la exposición de motivos que respaldan este proyecto, se menciona que *se ha reformulado el catálogo taxativo de actos societarios celebrados por compañías sujetas a control parcial, que requerirán de forma previa a su inscripción, de una resolución aprobatoria de Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. De esta manera, el proyecto centra su atención en aquellos actos societarios que podrían tener una incidencia económica en la marca operacional de las compañías, así como aquellos que abarquen modificaciones estructurales societarias*, la propuesta trae implícito el cambio del control que a la fecha se realiza, es decir, **el control total**, a todos sus controlados y **el control posterior** de los actos societarios no sujetos a aprobación institucional, por lo cual, adoptar un esquema anterior, se puede considerar un retroceso y además por las siguientes consideraciones:

Reconocer que en el tiempo la vigilancia y control de esta SUPERINTENDENCIA, ha sido adecuada a las exigencias propias de la realidad nacional, lo que ha permitido superar en un número considerable los problemas evidenciados en cada periodo, su logro se sustenta en la revisión y actualización permanente de la normativa de la materia y en las oportunas y adecuadas reorganizaciones con la finalidad de dar un mejor servicio y una ágil atención a los usuarios, tendiente a llegar a una adecuada vigilancia y a un eficiente control.



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

Siendo así, es importante que recordemos que ante la expansión de las pequeñas sociedades anónimas, se multiplicó la labor de vigilancia y control institucional, surgieron dos reformas al artículo 441 de la LC hoy artículo 432, la primera fue la de la Ley 58, R.O.594, de diciembre 30 de 1986, y la segunda fue en el año 1993, y consta en la primera Ley de Mercado de Valores, numeral 24 del artículo 74, producto de estas dos reformas, se determinó que: [a] que la vigilancia y control se dividió **en total y parcial**, según el caso; [b] que la **vigilancia y control total** comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables; [c] que en el inciso tercero del mencionado artículo 432 se **describen quienes estaban sujetos a control total**; y, [d] que estaba claramente determinado cuando la institución ejercía el **control parcial**. Para referencia transcribimos seguidamente, el contenido del precitado artículo 432:

***Art. 432.- La vigilancia y control a que se refiere el artículo 431 será total o parcial, según el caso.**
La vigilancia y control total comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables. La vigilancia y control será parcial cuando se concrete a la aprobación o negación que la Superintendencia de Compañías debe dar a la constitución de las sociedades y a cualesquiera de los actos societarios mencionados en el Art. 33 de esta Ley, a la declaración de inactividad, de disolución y de liquidación y a todo lo relacionado con dichos procesos. En estos casos, la Superintendencia podrá ordenar las verificaciones que considere pertinentes.

*La Superintendencia de Compañías ejercerá la **vigilancia y control total** de las compañías emisoras de valores que se inscriban en el registro del mercado de valores; las compañías Holding que voluntariamente hubieren conformado grupos empresariales; las sociedades de economía mixta y las que bajo la forma jurídica de sociedades, constituya el Estado; las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas y las asociaciones que éstas formen y que ejerzan sus actividades en el Ecuador; las bolsas de valores; y demás sociedades reguladas por la Ley de Mercado de Valores, de las compañías que tengan una de las siguientes características: pasivos para con terceros que superen la cantidad de doscientos millones de sucres; la compañía anónima en la que el treinta por ciento del capital pagado pertenezca por lo menos a veinticinco accionistas; y aquéllas que tengan por lo menos treinta trabajadores en relación de dependencia.*

*La Superintendencia ejercerá la **vigilancia y control parcial** respecto de las demás compañías no referidas en el inciso anterior. Las compañías sujetas al control parcial sólo deberán remitir anualmente a la Superintendencia de Compañías sus balances de situación y resultados.*

No obstante, cuando en virtud de una denuncia y mediante inspección se comprobare que se ha violado los derechos de los socios o se ha contravenido el contrato social o la Ley en perjuicio de la propia compañía, de sus socios o de terceros, se dispondrá inmediatamente



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

la intervención de la compañía.

Quedan exceptuadas de la vigilancia y control a que se refiere este artículo, las compañías que en virtud de leyes especiales se encuentran sujetas al control de la Superintendencia de Bancos.- Énfasis incorporado-

Advirtiéndose, que el control parcial se limitaba a la aprobación negación de la constitución de compañías, así como de cualquiera de los actos societarios posteriores previstos en el artículo 33 de la LC, lo cual, devino en varios problemas, entre éstos, el tener bajo control miles de compañías que muchas veces era imposible dar con el lugar de su funcionamiento, con la agravante que estaba limitada la actuación del organismo de control respecto a la facultad de inspección, porque en el caso de control total, se actuaba de oficio o a petición de parte, en cambio en el control parcial, a petición de parte, limitándose a ciertos aspectos determinados en el artículo 440 de la Ley de Compañías.

Sistema que mantuvo durante 20 años, ya que a través de la Ley Orgánica Para el Fortalecimiento y Optimización del Sector, Societario y Bursátil, se introduce a la LC una serie de reformas que con la finalidad de que la ley de la materia se adapte a las exigencias del nuevo orden constitucional, por lo cual, era preciso simplificar y optimizar la racionalización de las tramitaciones que se realizan en la Institución, lo que también implicó cambiar el sistema de control, **preponderándose el control ex post** al proceso de constitución y del registro de sociedades, que la vigilancia y control sea sobre aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables de todos sus controlados, teniendo la facultad de disponer la verificación e inspección, cuando lo considere conveniente, tal como se determina el precitado artículo 432, cuyo texto reza:

***Art. 432.-** (Sustituido por el Art. 132 de la Ley s/n, R.O. 249-S, 20-V-2014).- **La vigilancia y control a que se refiere el artículo 431 será ex post al proceso de constitución y del registro en el Registro de Sociedades.**

La vigilancia y control comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables. Para estos efectos, la Superintendencia podrá ordenar las verificaciones e inspecciones que considere pertinentes.

La Superintendencia de Compañías y Valores, adicionalmente aprobará, de forma previa, todos los actos societarios y ejercerá la vigilancia y control de las compañías emisoras de valores que se inscriban en el registro del mercado de valores; las compañías Holding que voluntariamente hubieren conformado grupos empresariales; las sociedades de economía mixta y las que bajo la forma jurídica de sociedades, constituya el Estado; las sucursales de compañías u otras empresas

extranjeras, organizadas como personas jurídicas; las asociaciones y consorcios que formen entre sí las compañías o empresas extranjeras, las que formen con sociedades



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

nacionales vigiladas por la entidad, y las que éstas últimas formen entre sí, y que ejerzan sus actividades en el Ecuador; las bolsas de valores; y las demás sociedades reguladas por la Ley de Mercado de Valores.

Cuando en virtud de una denuncia o mediante inspección se comprobare que se han violado los derechos de los socios, que se ha contravenido el contrato social o la ley, o que se ha abusado de la personalidad jurídica de la sociedad según lo dispuesto en el Art. 17; en perjuicio de la propia compañía, de sus socios o terceros, se dispondrá inmediatamente la intervención de la compañía.

Adicionalmente, de ser el caso, se cumplirá con la obligación de reportar a la entidad encargada de reprimir el lavado de activos, de haberse detectado indicios de las operaciones previstas en las letras c) y e) del Art. 3 de la Ley para Reprimir y Prevenir el Lavado de Activos, sin perjuicio de las acciones de los socios o terceros, a que hubiere lugar para el cobro de las indemnizaciones correspondientes.

Quedan exceptuadas de la vigilancia y control a que se refiere este artículo, las compañías que en virtud de leyes especiales se encuentran sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros"- Énfasis incorporado-

En definitiva, a la fecha el control de la SUPERINTENDENCIA **ya no es total o parcial**, sino que se ejerce un **control total** sobre todas las compañías referidas en el artículo 431 de la LC. Control en el caso de la constitución es **ex post**, salvo a la constitución sucesiva que es previo, al igual que en los demás actos societarios posteriores a la constitución. El control de legalidad de las constituciones de compañías no es de responsabilidad institucional, son de los Notarios antes quienes se otorgan los contratos constitutivo y de los Registradores Mercantil, quienes inscriben dichas constituciones.

Independientemente, de lo prescrito en el supra citado artículo 432, solamente los actos determinados en la Disposición General Cuarta de la LC requieren resolución aprobatoria, de éstos, hay que considerar que no todos requieren inspección, más aún, si por las reformas a los artículos 332 y 343 de la LC (Suplemento del R.O.100 del 13 de diciembre de 2019), se eliminó la obligación de incorporar a las escrituras de transformación, fusión y por consiguiente de escisión, el balance final cerrado un día antes del otorgamiento de la escritura pública. En la propuesta, si bien, se dispone que el control total o parcial deberá ser reglamentado por la SUPERINTENDENCIA, determina como obligación el realizarse una inspección de los actos societarios de las compañías sujetas a control total, previo a su aprobación; y en el caso del control parcial, se aprobarán los actos establecidos en la Disposición General Cuarta, sin inspección, evidenciándose que es un retroceso al sistema de control y vigilancia institucional.



**SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES
Y SEGUROS**



**SUPERINTENDENCIA
DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS**

Oficio No. SCVS-INC-2020-00024198-O

En todo caso, se deja constancia que en el ejercicio de las atribuciones de esta SUPERINTENDENCIA, se aplican los principios generales previstos en Capítulo I del Libro I del Código Orgánico Administrativo, preponderándose el principio de juridicidad previsto en el artículo 14, que establece: *"La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho"*.

6

CODIFICACIÓN INTEGRAL DE LA LEY DE COMPAÑÍAS

La SUPERINTENDENCIA, con la finalidad de (i) incentivar un mejor manejo de los enunciados normativos para la interpretación y aplicación de los mismos y (ii) que la LC sirva como un instrumento de fácil acceso y conocimiento del sector societario y de la ciudadanía, sugiere que el ordenamiento jurídico societario entre en un proceso de codificación integral de su cuerpo normativo.

Con sentimientos de distinguida consideración y estima.

Atentamente,

**AB. VICTOR ANCHUNDIA PLACES
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS,
VALORES Y SEGUROS**

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
540 EAST 57TH STREET
CHICAGO, ILL. 60637
TEL: 773-936-5000
FAX: 773-936-5001
WWW.CHICAGO.EDU



EDITORIAL Y LIBRERÍA

Malecón 904 y Junín

Piso 1

Teléfonos: 2301975 - 2314471

Guayaquil - Ecuador

SITIO WEB:

www.editorialedino.com.ec

info@editorialedino.com.ec

**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. 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 EMILO 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: 978-9978-21-109-0



9 789978 211090